

# Overactieve rechter stimuleert gepruts van advocaten

.....  
**Michel Knapen**  
journalist  
.....

**H**et is niet het meest opwindende onderdeel van het privaatrecht dat de kern van de nieuwe leerstoel van Bert van Schaick moet worden: het burgerlijk procesrecht. En hij geeft ruiterlijk toe dat hij het vak tijdens zijn rechtenstudie aanvankelijk ook wel saai vond. Maar er is een troost: wie het lukt ‘anders’ tegen het privaatrecht aan te kijken, zal ontdekken dat het burgerlijk procesrecht wel degelijk spannend kan zijn.

Dat is de missie van Van Schaick, die hij uitdraagt in zijn oratie *Het burgerlijk recht de baas?* Die rede sprak hij uit op 9 januari, bij zijn aantreden als hoogleraar Privaatrechtelijke rechtshandhaving en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Tilburg. Vier dagen in de week blijft Van Schaick advocaat bij Linssen Advocaten in dezelfde stad, één dag in de week is hij professor.

Het burgerlijk procesrecht wordt doorgaans gezien als ‘dienend’ aan het materiële burgerlijke recht: door de spelregels van het privaatrecht kunnen de materiële rechten worden verwezenlijkt. Van Schaick stelt de dynamische samenhang tussen deze twee vakgebieden voorop. En dan wordt het vanzelf spannend. Als het aan Van Schaick ligt, wordt er aan het burgerlijk procesrecht meer belang toegekend dan nu het geval is.

**De rechter krijgt steeds meer invloed op het verloop van civiele procedures. Hoogleraar Bert van Schaick spreekt van ‘bevoogding’. Dat stimuleert prutsende advocaten niet om beter werk te leveren.**

En dat moet ook wel, want het burgerlijk procesrecht kan een recht maken, maar ook breken. ‘Het is niet alleen het materiële burgerlijke recht dat bepaalt wie een procedure wint, maar ook allerlei andere factoren die ingebakken zitten in het burgerlijk procesrecht.’ In zijn oratie geeft Van Schaick daarvan aansprekende voorbeelden. In één geval werd er, doordat op een bepaalde wijze werd geprocedureerd, een erfdiensbaarheid gecreëerd die er materieel helemaal niet was. In een ander geval had iemand recht op schadevergoeding, maar dat recht verdampte door de manier waarop het burgerlijk procesrecht werd toegepast. Materiële rechten worden gemaakt en gebroken door de eigen spelregels van het burgerlijk procesrecht (zoals bewijsregels en de stelplicht) en door de persoon van de advocaat en de rechter in een procedure. Het is dan ook bijna onmogelijk om in te schatten hoe dergelijke procedures aflopen.

Van Schaick noemt art. 7:2 BW, dat stelt dat de koopovereenkomst van een woning op papier moet staan. Maar wat

als de eerder gemaakte mondelinge overeenkomst niet wordt nagekomen? Van Schaick: ‘De ene rechter zegt: de mondelinge overeenkomst heeft geen betekenis, want de wet eist een schriftelijke. Een andere rechter zegt: er is sprake van een overeenkomst, want de mondelinge afspraak geldt ook. Voer je hierover een procedure, dan is de uitkomst volstrekt onvoorspelbaar. Het is ook irrationeel, want de persoon van de rechter – de een is bijvoorbeeld rekkelijk, de ander is precies – speelt een rol, evenals de persoon van de advocaat die de procedure voor een cliënt voert.’

## **Partijautonomie**

De partijautonomie is een van de scharnieren van Van Schaicks verhaal. Die autonomie zegt dat partijen hun procespositie kunnen inrichten zoals zij dat het best vinden. ‘Op grond van de partijautonomie moet de burgerlijke rechter zich laten leiden door datgene wat partijen stellen. De rechter moet dan niet de vrijheid nemen om partijen iets in de mond te leggen door te zeggen: waarom heeft



.....  
 ‘De rechter moet uitleggen dat de advocaat bepaalde stappen niet goed heeft gezet, of de jurisprudentie niet heeft bijgehouden’  
 .....

u dit verweer niet gevoerd? Waarom hebt u dat aspect niet aangedragen? Maar dat laatste doet de rechter tijdens een comparitie na antwoord meer en meer. Dat is bevoogdend. Hij gaat steeds vaker op de stoel van de advocaat zitten, waarvan de ene partij meer profiteert dan de andere.’

Die actieve burgerlijke rechter is precies wat de commissie-Asser/Groen/Vranken (de commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht) voor ogen had. Van Schaick vindt dat een slechte zaak. ‘Advocaten profiteren van die actieve houding van de rechter. Zij kunnen maar wat aanprutsen, stapels producties aanleveren en zo met hagel schieten. De advocaat van de tegenpartij móét wel reageren, want stel je voor dat de rechter er iets in ziet. Het wordt al snel een erg warrige boel. Maar dat geeft niet, de rechter corrigeert hem toch wel. Dat geeft een volstrekt verkeerde boodschap. Advocaten worden niet gestimuleerd goed werk te leveren: bij broddelwerk schiet de rechter keurig te hulp.’

Die houding van de rechter is wel te verklaren en sluit ook aan bij de manier waarop rechtzoekenden naar een proces kijken. Die willen dat de waarheid aan het licht komt. ‘Althans, hún waarheid. Maar het doel van rechtspraak is niet om de waarheid boven tafel te brengen, maar om een geschil de wereld uit te

helpen. Het gaat om recht, niet om waarheid of erkenning. Mensen aan hun gelijk helpen, is een te pretentieuze opdracht voor het burgerlijk procesrecht.’

### Dood van het systeem

Het is volgens Van Schaick dan ook de rechter die in staat is het tij te keren. ‘De huidige vonnissen zijn zo opgesteld dat de motivering het dictum draagt. Het is beter dat de rechter in het vonnis benoemt dat de advocaat bepaalde stappen niet goed heeft gezet, of laat weten dat de advocaat de jurisprudentie niet heeft bijgehouden – en dat op een begrijpelijke manier. Zo bereikt de rechter rechtstreeks de cliënt, óver de advocaat heen. Die advocaat moet zijn aanpak dan maar aan zijn cliënt verantwoorden. Ik ben er mij van bewust dat dit ook niet altijd goed uitpakt, want in de advocatuur heerst een grotebakkencultuur en cliënten laten zich vaak snel door bluffende advocaten overtroeven. Wellicht dat die ene cliënt niet direct is gebaat met zo’n vonnis waarin de advocaat op zijn vingers wordt getikt, maar op de lange duur ga je wel de gevolgen merken. Nu wordt er veel onzin geproduceerd, en op de lange termijn is dat de dood van het systeem.’

De burgerlijke rechter moet dus in Van Schaicks visie de lijdelijkheid in acht nemen door de procesautonomie

te respecteren, maar actiever zijn in het uitleggen wanneer advocaten fouten maken. En die procesautonomie moet ook gelden in kantonzaken, waar vaak zonder advocaat wordt geprocedeerd. Ook als het daar misgaat, moet de rechter de partijen niet bijspringen, vindt Van Schaick. ‘Want ook dan stimuleer je dat steeds meer mensen zonder advocaat procederen.’

Van de Nederlandse Orde van Advocaten verwacht Van Schaick weinig. ‘Ik zie, als raadsheer-plaatsvervanger in de kortgedingkamer van het Hof Amsterdam regelmatig dat een partij appelleert van een kortgedingvonnis terwijl zij veel beter een bodemprocedure aanhangig had kunnen maken of een voorlopig getuigenverhoor uitlokken. In mijn oratie noem ik een zaak waarin een partij in drie instanties over een onbegrijpelijke vordering heeft geprocedeerd. Het is echt niet zo dat de Orde in dit soort zaken eens belt met de advocaat om hem te vragen waar hij mee bezig is geweest.’

*In het volgende nummer zullen enkele juristen reageren op de bevindingen van Van Schaick.*

A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978-90-130-6352-3.