

Uitgebalanceerd



# Uitgebalanceerd

Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht

Prof. mr. W.D.H. Asser  
Prof. mr. H.A. Groen  
Prof. mr. J.B.M. Vranken  
m.m.v. mevrouw mr. I.N. Tzankova

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2006

© 2006 Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie) / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 90 5454 695 6

NUR 822

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# Inhoud

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>13</b>
1.1	Het Interimrapport: normatief toetsingskader en tien aandachtsgebieden	13
1.2	De tweede fase	14
1.3	De derde fase: het opstellen van het Eindrapport	16
1.4	Enkele onderwerpen die (grotendeels) buiten ons onderzoek zijn gebleven	17
<b>2</b>	<b>Drie perspectieven: professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening</b>	<b>19</b>
2.1	Ons voorlopig standpunt	19
2.2	Reacties en onze nadere standpuntbepaling	20
2.3	Het perspectief van de justitiabele: vier nuancerings	20
2.3.1	Eerste nuancing: er zijn nauwelijks onderzoeksgegevens over wat de justitiabele van het civiele proces wil	21
2.3.2	Tweede nuancing: onze opdracht is beperkt	22
2.3.3	Derde nuancing: ‘de justitiabele’ is geen eenduidige categorie	23
2.3.4	Vierde nuancing: in het Interimrapport is impliciet het perspectief van de justitiabele op alle aandachtsgebieden aan de orde gekomen	24
2.4	Latere ontwikkelingen	24
2.5	Concrete aanbevelingen	25
<b>3</b>	<b>Doelen van het civiele proces</b>	<b>27</b>
3.1	Ons voorlopig standpunt	27
3.2	Reacties en onze nadere standpuntbepaling	28
3.3	Latere ontwikkelingen	31
3.4	Concrete aanbevelingen	31

<b>4</b>	<b>Overheidsrechtspraak en mediation</b>	<b>33</b>
4.1	Ons voorlopig standpunt	33
4.2	Reacties	35
4.3	Ontwikkelingen sedert het Interimrapport	36
4.4	Nadere standpuntbepaling	38
4.4.1	Mediation en overheidsrechtspraak	38
4.4.2	Verbreding van de discussie over de plaats van mediation	39
4.4.3	De fuik van de standaardprocedure; zelfregulering	40
4.4.4	Twee conclusies	42
4.4.5	Onze conclusies in strijd met Europese regelgeving?	42
4.5	Concrete aanbevelingen	43
<b>5</b>	<b>De verhouding tussen de partijen en de rechter</b>	<b>45</b>
5.1	Ons voorlopig standpunt	45
5.2	Reacties: algemene bezwaren	47
5.2.1	Overbelasting van de gerechten	47
5.2.2	Geen oog voor de al gerealiseerde vernieuwingen	47
5.2.3	Discrepanties tussen de verwachtingen van de actoren in het proces	48
5.3	Gezamenlijke verantwoordelijkheid	48
5.4	Afstand van partijautonomie	49
5.5	Verweren en het oproepen van derden	51
5.6	Het huidige procesrecht onderschrijft impliciet onze uitgangspunten	52
5.7	Hoe kan een coöperatieve houding van partijen worden gestimuleerd?	54
5.8	Kwaliteit van de rechter	55
5.9	Kwaliteit van de rechtshelper	56
5.10	Sancties en prikkels	57
5.10.1	Ons voorlopig standpunt	57
5.10.2	Reacties	57
5.10.3	Nadere standpuntbepaling	58
5.11	Concrete aanbevelingen	59
<b>6</b>	<b>De voorfase</b>	<b>61</b>
6.1	Algemeen	61
6.1.1	Ons voorlopig standpunt	61
6.1.2	Reacties	62
6.1.3	Nadere standpuntbepaling	62
6.2	Conservatoir beslag	63
6.2.1	Ons voorlopig standpunt	63
6.2.2	Reacties	63
6.2.3	Nadere standpuntbepaling	64

6.3	De preprocessuele comparitie	65
6.3.1	Reacties	65
6.3.2	Nadere standpuntbepaling	65
6.4	Preprocessuele protocollen, gedragsregels en -codes	66
6.4.1	Reacties en ontwikkelingen sedert het Interimrapport	66
6.4.2	Nadere standpuntbepaling	67
6.5	Voorlopige bewijsverrichtingen	69
6.5.1	Reacties	69
6.5.2	Ontwikkelingen sedert het Interimrapport	70
6.5.3	Nadere standpuntbepaling	70
6.5.3.1	Voorlopig getuigenverhoor	70
6.5.3.2	‘Disclosure of documents’	71
6.6	Concrete aanbevelingen	75
<b>7</b>	<b>De procedure</b>	<b>77</b>
7.1	Case management	77
7.1.1	Case management: zaaksrechter en/of rolrechter	80
7.1.1.1	Ons voorlopig standpunt	80
7.1.1.2	Reacties	80
7.1.1.3	Nadere standpuntbepaling	81
7.1.2	Case management: de mondelinge behandeling	83
7.1.2.1	Ons voorlopig standpunt	83
7.1.2.2	Reacties	84
7.1.2.3	Ontwikkelingen sedert het Interimrapport	84
7.1.2.4	Nadere standpuntbepaling	84
7.1.3	Case management: onmiddellijke afdoening	86
7.1.3.1	Ons voorlopig standpunt	86
7.1.3.2	Reacties	86
7.1.3.3	Ontwikkelingen sedert het Interimrapport	87
7.1.3.4	Nadere standpuntbepaling	87
7.2	Bewijsrecht. Alternatieven voor het getuigenbewijs dat door middel van het rechterlijk verhoor is verkregen	88
7.2.1	Ons voorlopig standpunt	88
7.2.2	Reacties	88
7.2.3	Ontwikkelingen sedert het Interimrapport	89
7.2.4	Nadere standpuntbepaling	90
7.2.4.1	Dadelijk bij de mondelinge behandeling getuigen horen	90
7.2.4.2	Bewijsaanbod	90
7.3	Concrete aanbevelingen	93

<b>8</b>	<b>Differentiatie</b>	<b>95</b>
8.1	Plan van aanpak	95
8.2	Inleiding van procedures	95
8.2.1	Ons voorlopig standpunt	95
8.2.2	Reacties	96
8.2.3	Latere ontwikkelingen	97
8.2.4	Nadere standpuntbepaling	97
8.2.5	Concrete aanbevelingen	101
8.3	Basismodel	101
8.3.1	Ons voorlopig standpunt	101
8.3.2	Reacties	101
8.3.3	Latere ontwikkelingen	102
8.3.4	Onze nadere standpuntbepaling	102
8.3.5	Concrete aanbevelingen	104
8.4	Afwijkingen van de basisprocedure: small claims	105
8.4.1	Ons voorlopig standpunt	105
8.4.2	Reacties	105
8.4.3	Europese ontwikkelingen sedert het Interimrapport	107
8.4.4	Onze nadere standpuntbepaling	108
8.4.5	Concrete aanbevelingen	109
8.5	Afsplitsingen	109
8.5.1	Ons voorlopig standpunt	109
8.5.2	Onbetwiste vorderingen (incasso's)	110
8.5.2.1	Reacties	110
8.5.2.2	Latere ontwikkelingen	112
8.5.2.3	Onze nadere standpuntbepaling	112
8.5.2.4	Concrete aanbevelingen	113
8.5.3	'Kortsluiten' kort geding en bodemprocedure	114
8.5.3.1	Ons voorlopig standpunt	114
8.5.3.2	Reacties	114
8.5.3.3	Latere ontwikkelingen	115
8.5.3.4	Onze nadere standpuntbepaling	115
8.5.3.5	Concrete aanbevelingen	116
8.5.4	Complexe procedures	116
8.5.4.1	Ons voorlopig standpunt	116
8.5.4.2	Reacties	117
8.5.4.3	Latere ontwikkelingen	118
8.5.4.4	Onze nadere standpuntbepaling	119
8.5.4.5	Eén gerecht exclusief bevoegd	120
8.5.4.6	Een preprocesuele comparitie	121



8.5.4.7	De misbruikpreventie bij collectieve schikkingen	122
8.5.4.8	De procedure als geen schikking wordt bereikt	123
8.5.4.9	Een bijzondere regeling voor gevallen van strooischade	123
8.5.4.10	Concrete aanbevelingen	124
8.6	Specialisatie	125
8.6.1	Ons voorlopig standpunt	125
8.6.2	Reacties	125
8.6.3	Nadere standpuntbepaling	126
<b>9</b>	<b>Het drietrapssysteem van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie</b>	<b>129</b>
9.1	Hoger beroep	129
9.1.1	Ons voorlopig standpunt	129
9.1.2	Reacties	131
9.1.2.1	Voortgezette instantie	131
9.1.2.2	Devolutieve werking van het hoger beroep	131
9.1.2.3	Appèlverboden	131
9.1.2.4	Beperking herkansingsmogelijkheden	132
9.1.2.5	Beperkingen gerechtvaardigd door de omvang van het probleem?	132
9.1.2.6	Beperkingen leiden tot rechtdoen op grond van onvolledige gegevens	133
9.1.2.7	Geen behoefte aan een procedure binnen de procedure over toelating van nova	133
9.1.2.8	Het bestaande stelsel werkt goed	133
9.1.3	Ontwikkelingen sedert het Interimrapport	133
9.1.4	Nadere standpuntbepaling	135
9.1.4.1	Vragen	136
9.1.4.2	Appèluitsluitingen (appèlverboden): algemene opmerkingen	136
9.1.4.3	Afschaffing van de appèlverboden heroverwogen	138
9.1.4.4	Nova: algemene opmerkingen	141
9.1.4.5	Moeten nova worden beperkt?	143
9.1.4.6	Nova onderzoeken: ruimere mogelijkheid van terugwijzing?	146
9.1.4.7	Sancties op ongewenste nova	147
9.1.5	Concrete aanbevelingen	148
9.1.5.1	Devolutieve werking en grievensstelsel	148
9.1.5.2	Appèlverboden	148
9.1.5.3	Nova	149
9.2	Verzet	150
9.2.1	Verzet in eerste aanleg	150
9.2.2	Verzet in appèl	150
9.2.3	Concrete aanbevelingen	151

9.3	Cassatie	151
9.3.1	Ons voorlopig standpunt	151
9.3.2	Reacties	153
9.3.2.1	De Hoge Raad	153
9.3.2.2	De Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht	156
9.3.2.3	Beroepsorganisaties	157
9.3.2.4	Anderen	157
9.3.3	Latere ontwikkelingen	158
9.3.4	Nadere standpuntbepaling	159
9.3.4.1	Werkdruk als argument	159
9.3.4.2	Controlefunctie en motiveringscontrole	159
9.3.4.3	Rechtsvorming	162
9.3.4.4	Tijd voor maatregelen	163
9.3.4.5	Selectie aan de poort; art. 81 RO	164
9.3.4.6	Enkele andere voorstellen uit het Interimrapport nader bezien	166
	a Een actievere en responsievere opstelling; eigen onderzoek van de kamer	166
	b Ambtshalve cassatie	166
	c Prejudiciële vragen	167
	d Toegang tot de Hoge Raad voor derden en belangenorganisaties	168
9.3.4.7	Tot slot	168
9.3.5	Concrete aanbevelingen	169
<b>10</b>	<b>Antwoord op de vraagpunten van de minister</b>	<b>171</b>
10.1	Inleiding	171
10.2	De vraagpunten	171
<b>11</b>	<b>De concrete aanbevelingen op een rij</b>	<b>181</b>
11.1	Vooraf	181
11.2	Hoofdstuk 2 Drie perspectieven: professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening	181
11.3	Hoofdstuk 3 Doelen van het civiele proces	181
11.4	Hoofdstuk 4 Overheidsrechtspraak en mediation	182
11.5	Hoofdstuk 5 De verhouding tussen de partijen en de rechter	182
11.6	Hoofdstuk 6 De voorfase	183
11.7	Hoofdstuk 7 De procedure	184
11.8	Hoofdstuk 8 Differentiatie	185
11.8.1	Inleiding van procedures	185
11.8.2	Basismodel voor de procedure	186
11.8.3	Small claims	186

11.8.4	Incasso's	186
11.8.5	'Kortsluiten' kort geding en bodemprocedure	187
11.8.6	Complexe procedures	187
11.9	Hoofdstuk 9 Het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie	188
11.9.1	Hoger beroep	188
11.9.2	Verzet	189
11.9.3	Cassatie	189
<b>12</b>	<b>Verkort aangehaalde literatuur</b>	<b>191</b>
<b>13</b>	<b>Geraadpleegde websites</b>	<b>201</b>
<b>Bijlagen:</b>		
<b>1</b>	<b>Voortgangsverslag tweede fase (9 juli 2004)</b>	<b>203</b>
<b>2</b>	<b>Een nieuwe balans</b> <i>Interimrapport Fundamentele herbezinning</i> <i>Nederlands burgerlijk procesrecht – Hoofdstuk 13</i>	<b>213</b>



# 1 Inleiding

## 1.1 Het Interimrapport: normatief toetsingskader en tien aandachtsgebieden

In ons Interimrapport hebben wij een normatief toetsingskader voor een fundamentele herbezinning op het civiele procesrecht ontwikkeld, waarbij wij niet zijn blijven steken in de bekende klachten dat procederen te lang duurt, te kostbaar of ingewikkeld is, en berust op een verkeerde verdeling van schaarse middelen. Ons toetsingskader bestaat uit tien aandachtsgebieden waarvan wij, mede op basis van een rechtsvergelijkende en historische verkenning, hebben vastgesteld dat deze altijd en overal terugkeren bij ieder nadenken over (een hervorming van) het civiele procesrecht. Daarmee beweegt het toetsingskader zich op een abstracter niveau dan een benadering waarin klachten over het bestaande civiele procesrecht en de verbetering daarvan het vertrekpunt vormen. Wij beogen eerst een normatief toetsingskader te ontwikkelen, om pas van daaruit in te gaan op de concrete klachten en met aanbevelingen voor verbeteringen te komen. Wij verwachten van deze aanpak meer diepgang en samenhang.

Het Interimrapport is in zijn geheel gewijd aan de inhoudelijke uitwerking van de tien aandachtsgebieden, die samen het normatieve toetsingskader vormen. Wij hebben over elk van deze tien onze gedachten laten gaan, inspiratie geput uit eerdere studies in binnen- en buitenland, en op basis daarvan telkens ons voorlopig standpunt bepaald. Voorzover onze voorlopige standpunten niet in overeenstemming zijn met de heersende opvattingen in de Nederlandse rechtspraak en literatuur, hebben wij gemotiveerd aangegeven tussen welke alternatieven gekozen moet worden en vervolgens onze voorlopige voorkeur uitgesproken.

Wij hebben ons gerealiseerd dat de tien aandachtsgebieden ten dele verschillend van aard zijn. Ze variëren van grondslagen en beginselen tot uitgangspunten voor de inrichting van het civiele proces. Voorts hangen ze nauw met elkaar samen, maar tegelijk zijn sommige meer overkoepelend dan andere omdat ze in alle aandachtsge-

bieden doorwerken. Onder meer is van dit laatste sprake bij de perspectieven professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening (hoofdstuk 3), bij de doelen van het civiele proces (hoofdstuk 4), bij de communicatie (hoofdstuk 11), en bij de wijze van hercodificeren in de huidige tijd (hoofdstuk 12). Ondanks deze verschillen leek het ons gerechtvaardigd de tien aandachtsgebieden samen tot normatief toetsingskader te bestempelen.

Wij stellen vast dat de door ons gekozen methode om een toetsingskader te ontwikkelen geen fundamentele kritiek heeft ondervonden, noch in Nederland, noch van de buitenlandse experts met wie wij over het Interimrapport eind 2004 van gedachten hebben gewisseld.<sup>1</sup> Evenmin is gekritiseerd de selectie van de tien elementen van het toetsingskader. Er is niet betoogd dat sommige elementen ten onrechte zijn opgenomen of dat elementen ontbreken. De kritiek die geuit is, betreft de inhoud en relatieve zwaarte van de afzonderlijke elementen. In de hierna volgende hoofdstukken zullen wij deze kritiek vermelden en erop antwoorden.

Wel signaleren wij dat verschillende commentaren ervan zijn uitgegaan dat ons normatief toetsingskader slechts zou bestaan uit de materie die in de hoofdstukken 3 (De drie perspectieven: professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening) en 4 (Doelen van het civiele proces) aan de orde is gesteld. Dat is een misvatting.<sup>2</sup> Het is van belang te benadrukken dat wij het gehele Interimrapport nodig hebben gehad om ons normatief toetsingskader inhoudelijk uit te werken, en dan ook nog maar voorlopig. Wij hadden nog niets anders gedaan. Met name betekent dit dat de hoofdstukken 5-12 niet kunnen worden beschouwd als concretisering van het normatieve toetsingskader van de daaraan voorafgaande hoofdstukken 3 en 4. Voorts betekent het dat de voorbeelden die wij veelvuldig hebben gebruikt of ideeën over verbeteringen die wij hebben vermeld en samengevat in hoofdstuk 13, vooralsnog vooral dienden om onze gedachten te scherpen en de discussie te openen of te structureren.

## 1.2 De tweede fase

Het Interimrapport vormde de afsluiting van de eerste fase van de fundamentele herbezinning en de start van de tweede fase. In de tweede fase – globaal van medio 2003 tot medio 2004 – heeft een brede consultatie van de rechtspraktijk en rechtswetenschap

---

1 Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 27-31.

2 Om de tekst niet te belasten met de ‘bewijsvoering’ van deze misvatting (die overigens impliceert dat wij niet duidelijk zijn geweest), deze noot. Wij zijn in het Interimrapport op zoek gegaan naar een samenhangend geheel van grondslagen, beginselen en uitgangspunten (een normatief toetsingskader). Vervolgens hebben wij dit samenhangend geheel van grondslagen, beginselen en uitgangspunten (dit normatief toetsingskader) gezocht in tien aandachtsgebieden, verdeeld over de hoofdstukken 3 tot en met 12. Zie Interimrapport, p. 22-23. Daaruit kan volgens ons niet worden afgeleid dat wij alleen de hoofdstukken 3 en 4 als normatief toetsingskader hebben bestempeld.

plaatsgevonden over onze analyse en voorlopige standpunten.<sup>3</sup> Wij hebben hiervan uitgebreid verslag gedaan in ons Voortgangsverslag tweede fase Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht.<sup>4</sup> Het onderhavige Eindrapport is het sluitstuk van de derde en laatste fase van de herbezinning. Hierin willen wij zo concreet mogelijk zijn. Brede algemene beschouwingen zoals in het Interimrapport zullen vrijwel ontbreken.

Het Voortgangsverslag tweede fase Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht is als bijlage 1 bij dit Eindrapport gevoegd. Wij hechten eraan één constatering die wij daarin gemaakt hebben, opnieuw onder de aandacht te brengen, omdat zij van groot belang is ook voor de beoordeling van dit Eindrapport. In het voortgangsverslag hebben wij geconstateerd dat het geenszins aan draagvlak ontbreekt voor onze taak in de derde fase: het uitwerken van het Interimrapport tot meer concrete voorstellen. Een belangrijk argument voor deze constatering was onze vaststelling dat sommige gedachten en ideeën in het Interimrapport al in de praktijk werden toegepast,<sup>5</sup> en dat andere in het jaar na publicatie van het Interimrapport zijn opgepakt en een plaats beginnen te krijgen.<sup>6</sup> In het afgelopen jaar is deze ontwikkeling verder gegaan. Wij verwijzen naar de Agenda van de Rechtspraak 2005-2008 waarin, net als voor de Minister van Justitie, onder meer differentiatie een van de doelstellingen is. De behandeling moet veel meer dan thans worden afgestemd op de soort zaken en hun specifieke kenmerken, niet alleen binnen de overheidsrechtspraak, maar ook bij de keuze tussen rechtspraak en andere wijzen van conflicthantering, en zelfs ten aanzien van de behandelend rechter. Een andere doelstelling is de institutionele borging van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en integriteit. Opvallend is het instrument dat hierbij wordt gebruikt: gedragslijnen (best practices). Dat komt overeen met wat wij in hoofdstuk 12 van het Interimrapport hebben geschreven. Ook bij het bevorderen van rechtseenheid wordt gedacht aan reglementen en richtlijnen als meest in aanmerking komende instrumenten.

---

3 Zie voor een overzicht van de commentaren de hierna te vermelden Voortgangsnota tweede fase Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, 2004, p. 2, waaraan toe te voegen Balanceren en vernieuwen; Prinsengrachtreeks 2004-1; het overzicht, met veel verwijzingen, door Giesen 2005b; voorts de website [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl), waar men via zoeken op 'fundamentele herbezinning nederlands burgerlijk procesrecht' bij reacties en commentaren komt.

4 Aangeboden aan de Minister van Justitie op 9 juli 2004 en door hem naar de Tweede Kamer gezonden op 12 oktober 2004 (kenmerk 5312178/04/6). Zie ook *Handelingen II* 27 oktober 2004, nr. 14, p. 848. Het is intussen ook gepubliceerd in de Rutgers-bundel, 2005, p. 1-11.

5 Onder meer hebben wij gewezen op het toenemende belang van comparities na antwoord en het grote aantal schikkingen dat daarin wordt bereikt (p. 5).

6 Onder meer hebben wij gewezen op de zelfregulering, op de studie naar de regiefunctie van de rechter, reductie van transactiekosten bij letselschade, wensen ten aanzien van veranderingen in het hoger beroep, de concrete actiepunten in het rapport van de Commissie verbetervoorstellen, het wetsvoorstel massaschade.

### 1.3 De derde fase: het opstellen van het Eindrapport

Het voorgaande betekent dat wij in dit Eindrapport, veel meer dan in het Interimrapport, op een rijdende trein kunnen stappen. Anders gezegd: in dit Eindrapport zullen wij bij een aantal onderwerpen kunnen aansluiten bij wat al gebeurt of in beweging is. Alleen daar waar dit nodig is, zullen wij lijnen moeten doortrekken of zaken scherper moeten positioneren. Wij hoeven dus niet over de gehele linie het wiel opnieuw uit te vinden. Waar het er al is, moeten wij er alleen voor zorgen dat het blijft draaien.

Wij hebben, zoals aangekondigd in het Voortgangsverslag tweede fase, tussentijds overleg gevoerd over onderdelen van het concept Eindrapport met de Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, met vertegenwoordigers van de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, en met mediators. Het concept Eindrapport hebben wij in zijn geheel besproken met de begeleidingscommissie. Wij hebben dankbaar gebruikgemaakt van de opmerkingen en suggesties die in al deze gesprekken naar voren zijn gebracht. Wij verwachten dat hierdoor het draagvlak voor onze voorstellen in dit Eindrapport in belangrijke mate is verbreed.

Veel dank zijn wij ook verschuldigd aan onze contactpersonen van het ministerie van Justitie, mr. F.R. Salomons en mr. P.M.M. van der Grinten. Gedurende de gehele duur van het project hebben zij ons desverzocht laten profiteren van hun kennis en, kritische, betrokkenheid. Zij zijn ons tot grote steun geweest. Wij hebben volledig de vrije hand gehad onze eigen weg te kiezen. Dat hebben we ook gedaan. De weg was niet reeds gebaad. Al studierend en discussiërend, onderling en met vele anderen, hebben wij die zelf moeten uitzetten, maar juist dit heeft het werken aan de fundamentele herbezinning voor ons alle vier tot een feest gemaakt.

Onze werkwijze in dit Eindrapport is om per aandachtsgebied (de hoofdstukken 3-12 van het Interimrapport) ons voorlopig standpunt kort samen te vatten,<sup>7</sup> de reacties en latere ontwikkelingen te vermelden, en ons standpunt nader<sup>8</sup> te bepalen. Meestal doen we dit achtereenvolgend, maar soms is (deels) in elkaar overlopend vanzelfsprekend of inzichtelijker. Wij sluiten af met concrete aanbevelingen, waarbij wij, behalve met de reacties, waar nodig ook rekening houden met nieuwe inzichten of nieuwe literatuur. De concrete aanbevelingen die wij doen, zijn voor een deel onze antwoorden op bestaande knelpunten in het civiele procesrecht. Voor een ander deel zijn ze de consequentie van ons standpunt over (onderdelen van) het normatieve toetsingskader, en voegen ze in zoverre dus nieuwe elementen toe aan de huidige discussie over verbeteringen van het civiele procesrecht.

---

7 Meestal zal het erop neerkomen dat wij de samenvatting die in het Interimrapport aan het einde van ieder hoofdstuk was opgenomen, (vrijwel) letterlijk citeren.

8 Nader betekent hier: afsluitend ten behoeve van het Eindrapport.



Als bijlage 2 hebben wij opgenomen hoofdstuk 13 van het Interimrapport, waarin wij onze voorlopige standpunten hebben geformuleerd. De voorlopige standpunten zijn in dit Eindrapport geconcretiseerd – zie voor een handzaam overzicht hoofdstukken 10 en 11 –, maar niet allemaal en soms in een andere volgorde of in een ander kader. Zo gaan wij niet meer afzonderlijk in op de materie van hoofdstuk 11 (Communicatie) en 12 ((Her)codificeren in de huidige tijd) van het Interimrapport en hebben wij bepaalde onderwerpen samengevoegd, bijvoorbeeld differentiatie en schaalvergroting. Waar wij niet uitdrukkelijk terugkomen op onze voorlopige standpunten in het Interimrapport, gelden deze als definitief.

Op een enkele uitzondering na is ons onderzoek afgesloten op 1 januari 2006.

#### **1.4 Enkele onderwerpen die (grotendeels) buiten ons onderzoek zijn gebleven**

Ten slotte nog dit. Er blijven enkele belangrijke onderwerpen van of gerelateerd aan het procesrecht in dit Eindrapport onderbelicht, zoals de inrichting van de rechterlijke macht, de aan de veranderingen van het procesrecht verbonden kosten, zowel voor de overheid (de rechterlijke macht daaronder begrepen) als voor de procespartijen, de kostenveroordeling en de verplichte procesvertegenwoordiging. Ten aanzien van het eerstgenoemde onderwerp (inrichting rechterlijke macht) en het laatstgenoemde (kostenveroordeling) hebben wij onze opdracht heel beperkt opgevat en in de loop van dit Eindrapport geven wij de redenen daarvoor aan.<sup>9</sup> Wat het tweede onderwerp (kosten verbonden aan wijzigingen) betreft is gebleken dat wij, mede bij gebrek aan concrete meetgegevens en modellen, niet in staat zijn om onze voorstellen door te rekenen op hun kosteneffect. Het vooraf voorspellen of achteraf meten van effecten van regelgeving behoort bovendien tot de lastigste en tijdrovendste onderzoeken die bestaan, waardoor wij ook hebben moeten vaststellen dat dergelijke rekenpartijen niet in te passen waren binnen de ruimte die wij voor ons onderzoek hadden begroot. Uiteraard hebben wij wel telkens stilgestaan bij de mogelijkheid van kostenbesparingen of de kostenverhogende werking van onze voorstellen, maar wij hebben er om de zojuist genoemde reden van afgezien daarover concreet te zijn, ook al wordt hier en daar in dit Eindrapport wel iets gezegd over met name de kostenverhogende of -verlagende effecten voor de procespartijen, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de door ons voorgestelde maatregelen in de voorfase.

Ook hebben wij ervan afgezien in te gaan op de problematiek van de verplichte procesvertegenwoordiging. Wij gaan ervan uit dat de verplichte procesvertegenwoordiging, zoals die thans bestaat, voorlopig blijft gehandhaafd. Het betreft overigens een onderwerp dat niet slechts processuele aspecten heeft, waaronder de waarborging van

---

<sup>9</sup> Zie par. 2.3.2 en 5.8, resp. par. 5.10.3.

een effectieve toegang tot het recht en de rechter, maar ook economische, de vraag of de advocatuur hier een procesmonopolie dient te behouden, een vraag waarvan wij menen dat zij in ieder geval buiten het bestek van onze opdracht valt.<sup>10</sup> Ook op de, niet (geheel) met de zojuist genoemde kwestie samenvallende, problematiek rond de beoogde afschaffing van het verplichte procuraat gaan wij niet in, omdat daarover reeds wetgeving aanhangig is en de discussie daarover in dat kader al gevoerd wordt.<sup>11</sup> Ook ten aanzien daarvan spelen overigens belangrijke vragen van organisatorische aard waarvan wij menen dat zij buiten onze opdracht vallen.

---

10 Zie in dit verband de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 23 december 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279 Rechtsstaat en Rechtsorde, nr. 20, met name nr. 3 over het procesmonopolie. Zie voorts het Verslag van een schriftelijk overleg tussen de vaste commissie van justitie van de Tweede Kamer en de minister over die brief, vastgesteld 7 juni 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 23. Op 4 mei 2005 heeft de minister de Commissie Advocatuur onder voorzitterschap van P.C.E. van Wijmen geïnstalleerd, welke commissie is belast met het onderzoek naar de vraag welke positie de advocatuur in het maatschappelijke bestel en de inrichting van het rechtsbestel behoort in te nemen. Tot de onderwerpen waarover de commissie zich buigt behoort het procesmonopolie. Zie ook de door de Nederlandse Orde van Advocaten aan deze commissie verzonden position paper van 12 oktober 2005, met name onder 3, waarin, onder verwijzing naar het rapport van de Commissie herijking omvang verplichte procesvertegenwoordiging (Commissie-Van Delden, 1997), wordt uitgegaan van het voortbestaan van de verplichte procesvertegenwoordiging. De position paper is te vinden op [www.advocatenorde.nl/newsarchive/Cie\\_Advocatuur\\_brief121005.pdf](http://www.advocatenorde.nl/newsarchive/Cie_Advocatuur_brief121005.pdf) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006).

11 Zie de *Kamerstukken II* die zijn gepubliceerd onder nr. 24 252 Aanpassing regelgeving met betrekking tot de advocatuur, waaronder stuk nr. 4, de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 17 mei 2005 met veel gegevens over de stand van zaken.

## 2 Drie perspectieven: professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening

### 2.1 Ons voorlopig standpunt

Ons voorlopig standpunt over dit eerste aandachtsgebied in ons Interimrapport hebben wij als volgt samengevat:<sup>12</sup>

‘Wij houden ons bezig met de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht vanuit drie perspectieven: professionaliteit, rechtsstatelijkheid en het bestuurlijk-organisatorisch en bedrijfskundig perspectief. De professionele en rechtsstatelijke waarden dienen maatgevend te zijn en te blijven voor de kwaliteit van de rechtspraak. Dat is naar onze overtuiging ook wat de procespartijen zelf wensen.

Bij het nadenken over de vraag hoe het samenspel van de in de drie perspectieven verankerde kwaliteitswaarden vorm moet krijgen in het civiele procesrecht, zal het vooral gaan om de inbedding van het derde perspectief. Met de regering in de Contourennota menen wij dat een “rechtspraak op maat” inzet is, wat wil zeggen: een rechtspraak die toegankelijk is, laagdrempelig, kostenefficiënt, met moderne communicatiemiddelen werkt, oog heeft voor alternatieven, en verantwoorde doorlooptijden kent.’

---

<sup>12</sup> Interimrapport, par. 3.4.

## 2.2 Reacties en onze nadere standpuntbepaling

In de commentaren op het Interimrapport<sup>13</sup> zijn de drie perspectieven op zichzelf niet bestreden, ook niet het derde perspectief.<sup>14</sup> Oberhammer spreekt zelfs van ‘ein schönes Motto’.<sup>15</sup> Evenmin is de rangorde die wij hebben aangebracht bekritiseerd, alleen soms over het hoofd gezien, zoals door de NVvR. De meeste commentaren houden in dat wij dit onderdeel van het toetsingskader – dat, zoals gezegd, volgens sommigen samen met hoofdstuk 4 het gehele toetsingskader zou vormen, maar dit ten onrechte: zie hiervoor in Algemeen – niet kenbaar hebben doorgerekend naar de andere onderdelen. Het blijft in de lucht hangen, zoals de NOvA het formuleerde. Dit mogen wij ons aantrekken, omdat juist de afweging tussen, kort gezegd,<sup>16</sup> efficiency en rechtskwaliteit bij vrijwel ieder ander aandachtsgebied van het toetsingskader mede aan de orde is geweest. Anders uitgedrukt: bij de zoektocht naar de grondslagen, beginselen en uitgangspunten van de overige onderdelen van het toetsingskader in de hoofdstukken 4-12 heeft de afweging onvermijdelijk meegespeeld, ook al hebben wij het niet steeds met zoveel woorden gezegd.

Hetzelfde zal het geval zijn bij de concrete aanbevelingen die wij in dit Eindrapport formuleren. Steeds opnieuw is er de spanning tussen enerzijds de gewenste kwaliteit van de rechtsverschaffing en het belang daarvan, en anderzijds de behoefte om snel, niet duur en zo efficiënt en dienstverlenend mogelijk te zijn. Wij stellen dit nu reeds in algemene zin voorop.

## 2.3 Het perspectief van de justitiabele: vier nuanceringen

Onze drie perspectieven hebben de kritiek gekregen dat wij niet volledig zijn geweest, meer in het bijzonder dat wij het perspectief van de justitiabelen niet in onze beschouwingen hebben betrokken.<sup>17</sup> Juist om de justitiabele gaat het immers, zo is het betoog, want hij of zij ondervindt het meest direct de gevolgen van een te traag, te duur of in andere opzichten niet optimaal functionerend procesrecht. Wij onderschrijven dit betoog, maar brengen vier nuanceringen aan.

---

13 Zie voor een overzicht van de commentaren hiervoor noot 3.

14 Het vergelijkbare project Strafvordering 2001 heeft op dit punt wel veel kritiek ondervonden. De verhouding van efficiënt tot professioneel en rechtsstatelijk is in het strafprocesrecht veel gevoeliger.

15 Oberhammer 2004, p. 97.

16 Interimrapport, p. 263 (nr. 13.1 onder c).

17 Sniijders 2003; Storme 2004. Zie ook Bruinsma 2003, p. 2292-2295.

### 2.3.1 *Eerste nuancering: er zijn nauwelijks onderzoeksgegevens over wat de justitiabele van het civiele proces wil*

In het Interimrapport, p. 30, hebben wij bij ons voorlopige standpunt dat professionaliteit en rechtsstatelijkheid maatgevend zijn voor de kwaliteit van de rechtspraak, de kanttekening geplaatst ‘dat wij niet weten of degenen om wie het allemaal begonnen is, de procespartijen als “afnemers” van de rechtspraak, hieraan ook prioriteit geven. De Commissie Leemhuis en de regering weten het evenmin, maar gaan eraan voorbij. Dat is gebruikelijk. Er is bijna geen aandacht voor de mening van procespartijen zelf,<sup>18</sup> althans cijfers of andere gegevens over wat voor hen het zwaarste weegt, ontbreken... Alle betrokkenen (zijn) al heel gauw geneigd hun eigen perspectief tevens valide te achten voor procespartijen. In feite doen wij niet anders.’<sup>19</sup> Vervolgens hebben wij op basis van de weinige empirische gegevens die beschikbaar waren, de conclusie getrokken dat partijen tempo, efficiency, communicatie, kosten, en bejegening belangrijk vinden, maar dat dit niet zo ver gaat dat zij daarmee ook tevreden zijn in situaties waarin zij te maken hebben met een rechter die slecht luistert, zijn zaken niet kent, slordig, niet deskundig of vooringenomen is. Daarom, zo sloten wij af, vinden wij het te eenvoudig ervan uit te gaan dat procespartijen een rechtspraak willen, die uitsluitend of hoofdzakelijk gericht is op het wegnemen en voorkomen van de gangbare klachten over de traagheid, de kosten en de ingewikkeldheid van het civiele procesrecht.<sup>20</sup> Uiteraard wil dit niet zeggen dat het inspelen op deze klachten niet ook moet gebeuren, maar alleen dat dit niet het enige of het beslissende perspectief is. Juist de afweging met de overige perspectieven is van eminent belang, schreven wij in het Interimrapport.<sup>21</sup> De Agenda van de Rechtspraak 2005-2008 geeft hier ook blijk van: de institutionele borging van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en integriteit wordt als doelstelling genoemd naast het vergroten van de transparantie die hoge eisen stelt aan de bedrijfsvoering, en ook gevolgen heeft voor onder meer de schaalgrootte van rechterlijke colleges, het besturingsconcept en het nauwer betrekken van de burger bij

---

18 Met zoveel woorden ook Minekus 2002, die een overzicht geeft van eerder gepubliceerd experimenteel en niet-experimenteel onderzoek in Nederland, de Verenigde Staten en Engeland naar de procesbeleving van partijen. Inmiddels is ook gepubliceerd een onderzoek in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak: Analyse van klantwaarderingsonderzoeken bij de gerechten (2001-2004), 2004. Hierbij waren 18 rechtbanken en alle vijf hoven betrokken.

19 Ook Adviescommissie, nr. 3, is hierover heel open en eerlijk. De commissie beroept zich op de eigen ervaring van haar leden, waarvan niet meer – en terecht – wordt gezegd dan dat deze breed en ruim is.

20 Dit past bij onze redengeving om een normatief toetsingskader te ontwikkelen. Zie hiervoor bij Algemeen, eerste alinea.

21 Voorzover Snijders 2003, p. 1698, r.k. dit ook bedoelt, zijn wij het met hem eens, zij het dat de elementen eenvoud, snelheid en prijsvriendelijkheid niet ontbreken in ons normatieve toetsingskader, zoals hij schrijft, maar onderdeel vormen van ons perspectief dienstverlening, dat wij afwegen tegen de andere twee perspectieven.

de rechtspraak (waarbij overigens vooral aan het strafrecht lijkt te worden gedacht).

Inmiddels moeten wij constateren dat de commentaren op het Interimrapport omtrent dit punt geen duidelijkheid verschaffen. Enerzijds wordt volgens het rapport *Balanceren en vernieuwen* onze benadering in grote lijnen gesteund door sociaal-wetenschappelijke inzichten.<sup>22</sup> Anderzijds lezen wij bij Bruinsma dat procedurele zorgvuldigheid als belangrijke indicator voor tevredenheid onder justitiabelen tot nu toe slechts in experimenten is bevestigd. Empirisch onderzoek lijkt erop te wijzen dat de uitkomst van de procedure bij velen zwaarder weegt. Hij kiest daarom voor de theorie die vooral de aanvaardbaarheid van de uitkomst beslissend acht (de zgn. attributietheorie), maar ook die theorie is niet onbestreden.<sup>23</sup> De oproep in het rapport *Balanceren en vernieuwen* tot meer (empirisch) onderzoek naar de wensen van procespartijen kunnen wij daarom alleen maar onderschrijven. De oproep helpt ons echter niet bij het schrijven van dit Eindrapport. Het zal nog jaren duren voordat de eerste resultaten bekend kunnen zijn en die tijd hebben wij niet. Overigens menen wij dat het ontbreken van empirische gegevens niet in de weg staat aan de bruikbaarheid van onze voorstellen, met name omdat wij niet tot een hercodificatie in de gangbare betekenis oproepen – dan moet men wel op voorhand precies weten wat aan de hand is –, maar veel verwachten van diverse vormen van zelfregulering, waarin het verwerven van (empirisch) inzicht in een bepaalde problematiek hand in hand gaat met het op- en bijstellen van codes, richtlijnen en leidraden.

### 2.3.2 *Tweede nuancering: onze opdracht is beperkt*

De tweede nuancering van de kritiek dat het in het civiele procesrecht eerst en vooral gaat om de justitiabele en dat wij in het Interimrapport daaraan te weinig aandacht hebben besteed, is dat wij ons bij de invulling van onze opdracht tot een fundamentele herbezinning beperkingen hebben willen en ook moeten opleggen. Veel van wat in het perspectief van de justitiabele belangrijk is of kan zijn, hebben wij daarom niet tot onze taak gerekend. Daarom: wanneer de NOvA (Advies, nr. 8) stelt dat wij duidelijk hadden moeten maken dat de huidige gebreken in het civiele procesrecht alleen verholpen kunnen worden, indien de overheid bereid is substantieel meer middelen ter beschikking te stellen, dan is dat een opmerking waarmee wij niets kunnen, zelfs niet als wij het er mee eens zijn, wat niet zeker is nu de stelling allerminst vanzelf spreekt en de NOvA haar poneert zonder ook maar een spoor van ondersteuning of bewijs. Wij hebben het niet tot onze opdracht gerekend aanbevelingen te doen over de

<sup>22</sup> *Balanceren en vernieuwen*, p. 13-16.

<sup>23</sup> Bruinsma 2003, p. 2294, alsook Minnekus 2002, p. 30-38 die dieper ingaat op de attributietheorie, waarover hij onder leiding van Bruinsma een dissertatie voorbereidt. *Balanceren en vernieuwen*, p. 13-16 heeft het punt wel onderkend, maar plaatst daarbij op zijn beurt enkele relativerende kanttekeningen.

beschikbare menskracht en financiële middelen voor de civiele rechtspleging, alleen al, zoals wij aan het slot van Hoofdstuk 1 hebben aangegeven, omdat wij niet in staat zijn gebleken de daartoe vereiste berekeningen te maken.

In dezelfde lijn ligt in principe onze reactie op de opmerking van de president van, en de procureur-generaal bij de Hoge Raad dat wij de kwaliteit van de rechters in eerste aanleg en appèl te hoog inschatten (Advies, p. 2). Omdat wij vinden dat de kwaliteit van de rechters zeker een onderwerp is dat de inrichting van het proces raakt, maken wij, als antwoord op die reactie, daarover een paar opmerkingen in paragraaf 5.8. Maar wij hebben het niet tot onze taak gerekend dienaangaande uitgewerkte voorstellen te doen, omdat wij daarmee te zeer zouden treden op het terrein van de inrichting, opbouw, selectie en rechtspositie, en dus ook mede op dat van de financiering van de rechterlijke macht, en wij menen – principieel – dat dit terrein zeker buiten het bestek van ons onderzoek valt, nog daargelaten dat wij niet in staat zijn berekeningen te maken ten aanzien van de financiering.

Andere voorbeelden van onderwerpen die mogelijk relevant zijn vanuit het perspectief van de justitiabele, maar buiten onze opdracht vallen, variëren van eventuele wensen ten aanzien van een meer klantgericht rechtssysteem in brede zin,<sup>24</sup> tot de kwaliteit van de griffie en de toegankelijkheid, kwaliteit en betaalbaarheid van rechtshulpverleners, met name advocaten, gegeven dat zij (in bepaalde typen zaken) nodig zijn.<sup>25</sup> Kort en goed: wij bestrijken niet het gehele terrein van de civiele rechtspleging.

### 2.3.3 *Derde nuancering: 'de justitiabele' is geen eenduidige categorie*

Een derde nuancering is dat het begrip justitiabele geen eenduidige categorie is. Er zijn particulieren, met onderling sterke verschillen qua opleiding, sociale weerbaarheid en financiële middelen; er is het, minstens zo pluriforme, midden- en kleinbedrijf; er zijn grote concerns en multinationals; er zijn one shotters, repeat players, doe-het-zelvers, initiatiefrijken, passieven, en strategen; soms zijn justitiabelen eiser, andere keren zijn ze gedaagde. Al deze afnemers van civiele rechtspraak hebben – soms zeer – uiteenlopende wensen, behoeften en noden. Tegemoetkomen aan de een betekent vaak tekortdoen aan de ander. Differentiatie is dan de aangewezen weg, maar ook dat kent grenzen. Men kan niet ongeremd differentiëren, zeker niet in procedures waarbij justitiabelen uit verschillende categorieën betrokken zijn. Hier komt bij dat de organisaties die ons informatie zouden kunnen verschaffen over de specifieke wensen van hun achterban – H.J. Sniijders verwachtte veel van de advocatuur, VNO-NCW enzovoort<sup>26</sup> – dat vrijwel niet hebben gedaan. Ook de commentaren op ons Interim-

24 Onder meer hierover Malsch e.a. 2002, p. 117-133.

25 Wij verwijzen hier naar wat wij hebben opgemerkt aan het slot van hoofdstuk 1.

26 Sniijders 2003, p. 1698, l.k. Uitzondering is de Consumentenbond in het na het artikel van Sniijders gepubliceerde commentaar op het Interimrapport.

rapport waarin om meer aandacht voor de justitiabele wordt gevraagd, onderscheiden nauwelijks tussen de verschillende categorieën afnemers, laat staan dat ze aangeven hoe de uiteenlopende wensen, behoeften en noden concreet vorm moeten krijgen in het civiele procesrecht, zodanig dat het nog overzichtelijk en hanteerbaar blijft.

#### 2.3.4 *Vierde nuancering: in het Interimrapport is impliciet het perspectief van de justitiabele op alle aandachtsgebieden aan de orde gekomen*

Een vierde nuancering is dat wij in het Interimrapport uiteraard wél mede geleid zijn door het perspectief van de justitiabele, zoals wij dat meenden te kunnen bepalen bij gemis aan feitelijke gegevens, en voorzover het onderwerpen betrof die binnen onze opdracht vielen. Dit is bij alle aandachtsgebieden die in de hoofdstukken 3-12 aan de orde zijn gesteld, het geval geweest, met name bij de grote aandacht voor de voorfase als geschildempende en conflictoplossende periode, bij mediation, bij de nadruk op een verbetering van de comparitie na antwoord, bij de keuze voor een snelle procedure in eenvoudige en kleine geschillen, bij het voorstel over de afwikkeling van massaschade, bij het verbeteren van de communicatie, en bij het pleidooi voor een meer horizontale wijze van regulering waarbij de direct betrokkenen, waaronder justitiabelen, een belangrijke stem hebben. Kennelijk echter hadden wij het uitdrukkelijker moeten doen. Dat zal alsnog gebeuren in dit Eindrapport, maar dan wel – zoals reeds hiervoor gezegd bij de eerste nuancering, mede onder instemmende verwijzing naar de Agenda van de Rechtspraak 2005-2008 – steeds in samenhang met de perspectieven van professionaliteit en rechtsstatelijkheid, die wij in ons Interimrapport onderscheiden hebben. Een vertrouwenwekkende, goed gewaarborgde, en kwalitatief hoogstaande rechtspraak is in iedere samenleving ook een belang op zichzelf. De Staat is hiervoor verantwoordelijk.

## 2.4 Latere ontwikkelingen

In dit Eindrapport zullen wij waar nodig tevens rekening houden met onderzoeksresultaten die inmiddels ter beschikking zijn gekomen.<sup>27</sup> Daarnaast is er na ons Interimrapport nog relevante informatie verschenen die meer specifiek op bepaalde aandachtsgebieden betrekking had, bijvoorbeeld over mediation, differentiatie en hoger beroep. Wij vermelden en verwerken die in de daarop betrekking hebbende hoofdstukken.

---

<sup>27</sup> Wij noemen in dit verband met name: Geschilbeslechtingdelta 2003; RMO advies 2004; Balanceren en vernieuwen 2004; CBS Rechtspraak in Nederland 2003; Raad voor de Rechtspraak Klantwaardingsonderzoeken 2004; Ecorys Bench Marking 2004; CEPEJ European Judicial Systems 2002; Eshuis 2005.



## 2.5 Concrete aanbevelingen

- a Bij de inrichting van het civiele proces behoort het perspectief van de justitiabele weliswaar een belangrijke rol te spelen maar niet de enige, laat staan de alles beslissende. Er zijn ook andere belangen en waarden die in de afwegingen moeten worden betrokken.
- b Teneinde bij de inrichting van het civiele proces op een verantwoorde manier met de verschillende perspectieven rekening te kunnen houden dient, veel meer dan thans, periodiek onderzoek te worden gedaan naar de ervaringen en de wensen en verlangens van allen, die bij het civiele proces zijn betrokken – degenen die partij in een proces zijn geweest, hun rechtshelpers en de rechterlijke macht –, ten aanzien van de inrichting en het verloop van het proces en van het functioneren van de verschillende actoren daarin.



# 3 Doelen van het civiele proces

## 3.1 Ons voorlopig standpunt

In ons voorlopig standpunt over dit aandachtsgebied hebben wij drie opvattingen onderscheiden:<sup>28</sup>

### *Verschaffing executoriale titel*

‘De eerste, klassieke en breed aangehangen opvatting is dat het civiele proces er toe dient aan de rechtzoekenden recht en een executoriale titel te verschaffen. Het heeft daarom een overwegend dienende functie ten opzichte van het materiële privaatrecht. De verhouding tussen het procesrecht en het materiële recht is een statische. (4.2)’

### *Bijdrage aan rechtsontwikkeling en rechtseenheid*

‘De tweede opvatting vindt dat naast het doel van recht- en titelverschaffing een ander wezenlijk doel van het proces is de bijdrage aan rechtsontwikkeling en rechtseenheid, niet alleen in cassatie maar in alle instanties. Er bestaat een dynamische wisselwerking tussen materieel privaatrecht en procesrecht. De vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen geschiedt mede onder invloed van hoe het proces is verlopen. De rechtsvorming heeft dus ook onder die invloed plaats. De rechtstoepassing door de rechter maakt steeds meer plaats voor afweging van belangen. De ontwikkelingen in het materiële privaatrecht werken door in het procesrecht en met name in de processuele verhoudingen en daarin heersende normen. Evenals in het materiële privaatrecht spreekt men in dit verband van een ontwikkeling van “formal” naar “substantive fairness”. De vraag rijst of in een fundamenteel herzien

---

<sup>28</sup> Wij volgen de samenvatting in het Interimrapport, par. 4.6.

civiel procesrecht naast de bekende, mede in art. 6 EVRM verankerde beginselen van hoor en wederhoor, equality of arms, openbaarheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid, niet ook een plaats moet worden ingeruimd voor inhoudelijke beginselen en gezichtspunten van procesrecht, zoals de zorg- en informatieplichten, gezamenlijke verantwoordelijkheid, evenredigheid en de goede procesorde. (4.3)

### *Oplossing van het onderliggende conflict*

‘De derde opvatting neemt als uitgangspunt dat in geval van een geschil tussen partijen het onderliggende conflict moet worden opgelost. Er is grote behoefte aan technieken en mechanismen, zoals met name mediation, die daartoe kunnen dienen. Het civiele proces voorziet daar niet in, omdat het niet op conflictoplossing maar op geschilbeslechting is gericht. Het kan daarom op zijn best als stok achter de deur en als vangnet fungeren (dit laatste vanwege het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter). Rechten titelverschaffing, bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid staan in de wachtkamer. Primair is het oplossen van het concrete conflict. Het civiele procesrecht speelt hierbij geen enkele rol. Het vormt veeleer een sta-in-de-weg. En als men uiteindelijk toch is aangewezen op de civiele procesgang dient daarin zoveel mogelijk toegewerkt te worden naar een oplossing van het conflict, tenzij die er niet is of de partijen op een juridische beslissing uit zijn. (4.4)’

## **3.2 Reacties en onze nadere standpuntbepaling**

Wij hebben in het Interimrapport geopteerd voor de tweede opvatting, maar hebben daarbij volgens de meeste commentaren die zich over dit onderwerp hebben uitgesproken,<sup>29</sup> het bevorderen van rechtsontwikkeling en rechtseenheid als doelen van het civiele proces te veel op één lijn geplaatst met de recht- en titelverschaffing. Hieruit is afgeleid dat voor ons het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid redengevend zou zijn geweest voor het concept van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen, dat wij in hoofdstuk 6 over de taakverdeling tussen rechter en partijen als analytisch kader hebben verkozen boven de gebruikelijke benadering op basis van partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter. Met name in het advies van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad wordt deze verbinding gemotiveerd<sup>30</sup> bekritiseerd. Het argument is dat partijen ieder voor zich

29 Niet allemaal hebben ze dit gedaan. Wel de Adviescommissie, nr. 5; NVvR advies, nr. 5; NOvA rapport, nr. 10; Snijders 2003, p. 1698; Hoge Raad, nr. II; Storme 2004, p. 151-152.

30 Hoge Raad, nr. II, ‘Principiële aspecten’. Terloops snijdt NOvA rapport, nr. 10, dit punt eveneens aan.

niet primair geïnteresseerd zijn in het bevorderen van rechtsontwikkeling en rechtseenheid, maar in de beslechting van het geschil door de rechter. Elk van haar wil een titel verkrijgen waarmee zij dit gelijk ook daadwerkelijk kan afdwingen. Zowel in eerste aanleg, als in appèl als in cassatie is dit waar partijen, een enkele uitzondering daargelaten, op uit zijn. Daarom mag men, aldus het advies, op het microniveau van de individuele procedures niet verlangen dat partijen zich in hun procesvoering door het belang van de rechtsontwikkeling of de rechtseenheid laten leiden. Alleen op macroniveau behoort het tot het doel van de civiele rechtspraak hieraan bij te dragen. Dat gebeurt echter niet door alle rechters in gelijke mate. Het is vooral de Hoge Raad die hierbij het voortouw neemt en van wie dit ook verwacht wordt.<sup>31</sup>

Wij denken dat de problematiek ingewikkelder is, bijvoorbeeld alleen al omdat rechtsvorming door de Hoge Raad haar basis moet vinden in de feitenvaststelling en de gekozen juridische grondslag van de eerste aanleg en het appèl. Ook kan rechtsvorming door de Hoge Raad er in bestaan dat hij louter een beslissing van het hof bevestigt. Wij geven er echter de voorkeur aan hierop in dit Eindrapport niet nader in te gaan. Om praktische redenen kiezen wij derhalve als uitgangspunt dat in het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid vooral op het bord ligt van de Hoge Raad. Wij betreuren het dat over dit onderwerp een misverstand<sup>32</sup> is gerezen waardoor sommigen onze uiteenzettingen in hoofdstuk 6 van het Interimrapport vanuit een redengeving hebben gelezen die niet de onze is. Onze argumenten voor de vervanging van het analytisch kader bij de bepaling van de taakverdeling tussen rechter en partijen zijn andere. Voor de discussie daarover en tot welke concrete aanbevelingen ze leiden, verwijzen wij naar hoofdstuk 5 van dit Eindrapport.

Hier is van belang de constatering dat uit de voorgaande verduidelijking, of beter: aanscherping van ons voorlopig standpunt over de doelen van het civiele proces, volgt dat wij het niet eens zijn met die commentaren die, in diverse bewoordingen, de eerste opvatting verdedigen: recht- en titelverschaffing in concrete casus is het enige zelfstandige doel van het civiele proces; het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid is niet meer dan een bijproduct daarvan.<sup>33</sup> Het heeft weinig zin – en past ook niet in de opzet van dit Eindrapport (zie Algemeen) – hierover in abstracto te debatteren. In het Interimrapport hebben wij onze positie uiteengezet in hoofdstuk 10 onder B over cassatie. Daarin hebben wij verdedigd dat de taak van de Hoge Raad

---

31 Ook Storme 2004, p. 151 spreekt van micro- en macroprocesrecht en betreurt dat de nadruk op het eerste – snel, goedkoop en eenvoudig – de aandacht voor het tweede – de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid – dreigt te verdringen.

32 Kennelijk is de verbinding van het bevorderen van rechtsontwikkeling en rechtseenheid in hoofdstuk 4 met onze uiteenzettingen over de taak van de Hoge Raad in hoofdstuk 10 sub B niet duidelijk genoeg gelegd. Zie hierna in de tekst.

33 NOV-A rapport, nr. 10; Adviescommissie, nr. 5; NVvR advies, nr. 5.

ten aanzien van rechtsontwikkeling en rechtseenheid van hem een actievere opstelling vereist dan hij thans veelal aan de dag legt,<sup>34</sup> en hebben wij gedachten en ideeën aangedragen over de manier waarop hij dit zou kunnen doen. Het ligt daarom voor de hand dat wij ook in dit Eindrapport pas in hoofdstuk 8 de balans opmaken, en dan mede op basis van de commentaren ons definitieve standpunt bepalen en concrete aanbevelingen doen. Wij lopen daar nu niet op vooruit.

Een volgende kwestie betreft de vraag of wij er niet beter aan hadden gedaan te denken in termen van functies van het civiele proces in plaats van in doelen. Functie is ruimer dan doel, aldus met name H.J. Snijders en het rapport *Balanceren en vernieuwen*. Dit rapport stelt dat als men uitgaat van functies, het perspectief van de justitiabele en zijn afwegingsoverwegingen explicieter tot hun recht kunnen komen. Het onderscheidt in navolging van Blankenburg vier functies:<sup>35</sup>

- de quasi-notariële functie (formele bekrachtiging van partijafspraken, bijv. bij echtscheiding en in ontslagzaken);
- de bemiddelingsfunctie (de rechter als bemiddelaar via schikken of mediation);
- de rechtdoorzettingsfunctie (executoriale titel);
- de beslissingsfunctie (derde die gemotiveerd een knoop doorhakt).

Daaraan voegt het rapport als vijfde toe

- de uitstralingsfunctie,

die inhoudt dat het werk van de rechter een uitstraling heeft op de manier waarop geschillen tussen anderen worden opgelost zonder dat er een rechter aan te pas komt. Hiermee wordt bedoeld op de beroemde schaduw van het recht, die niet alleen in de preprocesuele fase van de procedure werkt, maar ook daarbuiten.

Snijders noemt naast de door ons onderscheiden doelen, die hij overigens ook als functies aanmerkt,<sup>36</sup> met name de bedreigingsfunctie (stok achter de deur) en de politionele functie (voorkomen van eigenrichting).

Wij denken dat de genoemde functies in belangrijke mate samenvallen met, of begrepen zijn in de door ons in het Interimrapport onderscheiden doelen. Die functies betreffen alle immers met het proces beoogde effecten die wij op de verschillende, door ons bestreken aandachtsgebieden, aan de orde laten komen. Wij zijn er niet van overtuigd dat wij door het gebruik van de genoemde functies tot wezenlijk andere visies en uitkomsten zouden komen dan die wij nu bereiken.

---

<sup>34</sup> Zie ook de korte samenvatting in het Interimrapport, hoofdstuk 13 onder 5 (slotzin) en 20.

<sup>35</sup> *Balanceren en vernieuwen*, p. 10-12; Reiling 2003, p. 2286-2291 onderscheidt dezelfde vier functies. Haar artikel bevat veel cijfers over aantallen. *Balanceren en vernieuwen* baseert zich mede op deze cijfers.

<sup>36</sup> Snijders 2003, p. 1698. Ook Storme 2004, p. 151-152 gebruikt de termen doelen en functies onbekommerd door elkaar heen.

### **3.3 Latere ontwikkelingen**

Naast de al besproken reacties, zijn er geen relevante latere ontwikkelingen te melden die specifiek betrekking hebben op dit aandachtsgebied.

### **3.4 Concrete aanbevelingen**

Recht- en titelverschaffing in concrete gevallen is voor ons niet het enige zelfstandige doel van het civiele proces. Voor ons is ook wezenlijk het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Dit heeft met name consequenties voor de taakopvatting en de taakvervulling van de Hoge Raad. In hoofdstuk 9.3 van dit rapport trekken wij deze consequenties ook.





# 4 Overheidsrechtspraak en mediation

## 4.1 Ons voorlopig standpunt

Ons voorlopig standpunt hebben wij als volgt samengevat.<sup>37</sup> De tussenkopjes hebben wij ter wille van de leesbaarheid toegevoegd.

‘Een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht dient aandacht te besteden aan de verhouding tussen overheidsrechtspraak en mediation. Mediation staat in verband met het civiele proces internationaal immers hoog op de agenda. Het Groenboek 2002 getuigt ervan. Bovendien, als juist is dat mediation voor tenminste een aantal typen geschillen die nu gewoonlijk voor de overheidsrechter worden gebracht, een betere conflicthanteringsmethode is, en deze geschillen door mediation uit de wereld geholpen kunnen worden, zijn de rechtzoekenden daarmee meer geholpen dan met een gang naar de rechter en wordt tevens de capaciteit van de rechterlijke macht ontzien. (5.1)’

### *Verschillen*

‘Van mediation onderscheidt de overheidsrechtspraak zich doordat de overheidsrechter op de vordering of het verzoek van één van de partijen bindend beslist (knopen doorhakt), dat hij dat doet op basis van het recht en gebonden is aan fundamentele regels en dwingend recht. (5.2)

Omgekeerd onderscheidt mediation zich doordat centraal staat dat de betrokkenen zelf hun onderling conflict tot een oplossing brengen. Zij ge-

---

<sup>37</sup> Interimrapport, par. 5.8; voor een kortere samenvatting zie Interimrapport, hoofdstuk 13, nr. 4.

schiedt dan ook op basis van vrijwilligheid. Daarbij worden ook die belangen betrokken die niet in rechtsbelangen te vertalen zijn en die in een overheids-procedure dus niet of minder relevant zouden zijn. Mediation vindt plaats in een context van vertrouwelijkheid en dus niet in de openbaarheid. (5.3)

Aan overheidsrechtspraak evenals aan mediation zijn voor- en nadelen verbonden. Er is echter in elk geval niet voldoende empirisch verkregen materiaal om te kunnen zeggen dat mediation kwalitatief beter, efficiënter of goedkoper zou zijn dan overheidsrechtspraak. We kunnen dus niet aannemen dat mediation een wijze van conflictbeëindiging is die in het algemeen valt te verkiezen boven de overheidsrechtspraak. Ook het omgekeerde gaat niet op. (5.4)

### ***Complementair***

‘Overheidsrechtspraak en mediation zijn complementaire instrumenten voor conflicthantering. Twee vragen doen zich voor. De eerste vraag is of het wenselijk is en, zo ja, hoe en in hoeverre doelstellingen en werkwijzen van mediation vruchtbaar gemaakt kunnen worden bij de uitoefening van de overheidsrechtspraak. De schikkende rechter zal als een schikkingspoging mislukt zijn rol van geschilbeslechter moeten kunnen hernemen. Hij is daarom beperkt in de toepassing van de mediationstechnieken (geen “caucus”-techniek bijvoorbeeld). Het gezag dat de rechter uitstraalt, brengt mee dat hij bij zijn schikkingspogingen vooral zich faciliterend zal moeten opstellen en niet evaluatief. De tweede vraag is wanneer en onder welke voorwaarden de rechter een zaak naar mediation moet verwijzen als deze wijze van conflict-hantering in het concrete geval geschikter of beter lijkt. Een dienstverlenende en professionele attitude van de rechter brengt mee dat hij in het daarvoor geëigende geval partijen naar mediation verwijst, maar niet naar hemzelf of zijn collega als mediator. (5.5)’

### ***Taak overheid***

‘De overheid dient verantwoordelijkheid te dragen voor de reglementering en kwaliteitsbewaking van court-annexed mediation. Daarbij gaat het onder meer om het opstellen van opleidings- en kwaliteitseisen, het aanwijzen van de bevoegde opleidingsinstituten, het ontwikkelen van een adequaat beoordelings- en waarborgsysteem. De mediator zal op de punten van professionaliteit, objectiviteit en betrouwbaarheid aan dezelfde verwachtingen moeten voldoen als de partij van de rechter heeft. Verder moet worden voorkomen dat court-annexed mediation formaliseert en haar specifieke kenmerken verliest. (5.6)’

### ***Geen verplichting***

‘Zolang men niet zeker weet of de resultaten van en de ervaringen met mediation in bepaalde typen zaken positief zijn, is het beter haar niet verplicht te stellen. Wij pleiten voor het tot stand brengen van een gericht en gefaseerd mediationbeleid. Een dergelijke aanpak is veel effectiever dan algemene aansporingen aan partijen mediation te proberen. Kernpunt van zo’n beleid is het ontwikkelen van criteria voor de selectie van zaken die zich lenen voor mediation en die tot deugdelijke en verantwoorde resultaten leiden. Uit buitenlandse voorbeelden blijkt het nog zeer moeilijk te zijn een sluitend stelsel van verwijzingscriteria op te stellen. (5.7.1)’

### ***Executie***

‘Wat de tenuitvoerlegging van de uit een mediation resulterende vaststellingsovereenkomst betreft, deze behoort niet anders te worden behandeld dan elke andere vaststellingsovereenkomst. Dit betekent dat het wettelijke stelsel van executoriale titels meebrengt dat slechts de vaststellingsovereenkomst die is opgenomen in een authentieke akte (een notariële akte, rechterlijke uitspraak of proces-verbaal van een comparitie) een executoriale titel oplevert. (5.7.2)’

## **4.2 Reacties**

Ons voorlopig standpunt heeft brede instemming gevonden.<sup>38</sup> Uitgedrukt in termen van het vorige hoofdstuk over doelen van het civiele proces, heeft geen van de commentaren gekozen voor de daar onderscheiden derde opvatting, dat het civiele proces vooral conflictoplossing ten doel zou moeten hebben. Unaniem onderstreept men dat mediation niet in het algemeen beter of slechter is dan overheidsrechtspraak,<sup>39</sup> maar dat beide als complementair zijn te beschouwen. Afhankelijk van het type zaak, de situatie of de betrokken personen, verdient soms de een de voorkeur, soms de ander. De uitwerking hiervan vergt een gericht en gefaseerd mediationbeleid. Ook daar is vrijwel iedereen het mee eens. Enkele constanten in dit beleid zijn volgens de commentaren:

- de afwijzing van een verplichting tot mediation (vrij algemeen);
- de overheid is verantwoordelijk voor reglementering en kwaliteitsbewaking van court-annexed mediation (vrij algemeen);

<sup>38</sup> Zie voor een overzicht van de commentaren, hierboven onder Algemeen, noot 3.

<sup>39</sup> Alleen Balanceren en vernieuwen, p. 29-31, met name p. 31, lijkt uit te gaan van de superioriteit van conflictoplossing door middel van onderhandeling (o.m. in mediation), in ieder geval qua tevredenheid. Dit kan echter niet de enige factor zijn. Ook de vrijwilligheid, de kosten, de aantallen zaken e.d.m. spelen bijvoorbeeld een rol.

- het verbinden van een executoriale titel aan mediation spreekt voor zich en is geen bijzonderheid, in vergelijking met andere vaststellingsovereenkomsten. De KNB pleit voor vastlegging in een notariële akte, omdat die zonder meer een executoriale titel verschaft;
- het zichtbaar én kenbaar maken van de keuzemogelijkheid tussen overheidsrechtspraak en mediation onder meer door voorlichting en informatie aan betrokkenen (vrij algemeen);
- wenselijkheid van een betere structurele inbedding, bijvoorbeeld met behulp van doorverwijzing aan de hand van duidelijke criteria, of door het beter aan elkaar koppelen of zelfs integreren van mediation en overheidsrechtspraak;<sup>40</sup>
- afwachten van de resultaten van het rapport van de Projectgroep Mediation naast rechtspraak over onder meer de doorverwijzingscriteria, en de ontwikkelingen in Europa, om mede op basis daarvan nadere standpunten in te nemen.<sup>41</sup>

### 4.3 Ontwikkelingen sedert het Interimrapport

Behalve de commentaren op ons Interimrapport, is na de publicatie daarvan ook anderszins het nodige gebeurd, dat van belang is voor onze definitieve standpuntbepaling over dit aandachtsgebied. Specifiek voor dit aandachtsgebied zijn in het bijzonder de volgende studies.

- Het WODC-rapport van L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer, M. ter Voert, Ruimte voor Mediation, 2003, waarin de ervaringen met en de resultaten van de projecten Mediation naast Rechtspraak en Mediation andere Rechtshulp in kaart zijn gebracht en geëvalueerd, mede met het oog op het door de overheid te voeren beleid.
- Mediation, Justitiële verkenningen, 2003, nr. 8, waarin onder meer vier bijdragen zijn opgenomen voor het WODC-jaarcongres over mediation op 30 oktober 2003.
- Annie de Roo en Rob Jagtenberg, Europese mediationpraktijken, 2004, waarin wordt voortgebouwd op het reeds in het Interimrapport genoemde onderzoeksrapport van beide auteurs 'De praktijk van mediation in ons omringende landen', 2003.
- M. Pel, Doorverwijzen naar mediation. Een bijdrage aan effectieve conflictoplossing op maat, 2004.

Uit een oogpunt van regelgeving en overheidsbeleid zijn met name de volgende stukken van belang.

<sup>40</sup> Met name M. Pel in NVvP Voorjaarsvergadering 2003, p. 51-52, Wackie Eijsten 2003, p. 143; Balanceren en vernieuwen 2004, p. 31.

<sup>41</sup> M. Pel in NVvP Voorjaarsvergadering 2003, p. 51-52, lichtte zelf al een stukje van de sluier op door te melden dat het niet lukt om een sluitend of hanteerbaar stelsel van doorverwijzingscriteria tot stand te brengen.

- De nota van de Minister van Justitie over Mediation en het rechtsbestel, aangeboden op 19 april 2004 aan de Tweede Kamer. De nota gaat, kort gezegd, in op de plaats van mediation in relatie tot het formele rechtssysteem en bouwt voort op gedachten in eerdere kamerstukken.<sup>42</sup> Vanaf 1 april 2005 maakt mediation deel uit van de voorzieningen bij het Juridisch Loket waarbij cliënten worden gewezen op de mogelijkheden van mediation. Per dezelfde datum is tevens een begin gemaakt<sup>43</sup> met doorverwijzing bij alle rechtbanken en hoven. Zij zullen zaken structureel screenen op hun vatbaarheid voor mediation. Als de zaak daar aanleiding toe geeft, krijgen partijen de gelegenheid alsnog te kiezen voor mediation.
- In Europees verband het voorstel van de Europese Commissie voor een Richtlijn over zekere aspecten van mediation in burgerlijke en handelszaken van 22 oktober 2004, COM (2004) 718 Final; 2004/0251 (COD). De bedoeling is dat de richtlijn uiterlijk 1 september 2007 is omgezet.

Daarnaast hebben wij in het kader van de tweede fase van de Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht de volgende bijeenkomsten gehouden.

- In het voorjaar van 2004 hebben wij vele uitvoerige gesprekken gevoerd met leden van de rechterlijke macht en de advocatuur, waarin ook het onderwerp mediation ter sprake is gekomen. Onder meer is ons hierbij gebleken dat gemiddeld in 80 à 90% van alle handelszaken op tegenspraak een comparitie na antwoord wordt gehouden en dat daarbij in ongeveer de helft van de zaken een schikking wordt bereikt (het percentage schommelt tussen 45 en 55%).<sup>44</sup> Hoewel schikken zeker niet in alle opzichten hetzelfde is als mediaten,<sup>45</sup> is dit een gegeven dat volgens ons meegewogen

42 De nota zelf is gepubliceerd onder *Kamerstukken II 2003/04*, 29 528. Eerdere stukken waren onder meer de beleidsbrief ADR 2000-2002 Meer wegen naar het recht (*Kamerstukken II 1999/2000*, 26 352, nr. 19, en 2002/03, nr. 66). Van 21 april 2004 dateert de nota Bruikbare Rechtsorde (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 9); zie voorts de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer inzake de slagvaardige rechtspraak (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 279, nr. 10), met name reguleringsmodellen 9 over de alternatieve geschillenbeslechting. Zie inmiddels ook de justitiebegroting 2005, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 800 VI, nr. 2, p. 51-52.

43 Vooralsnog 8 rechtbanken en het Gerechtshof Arnhem. Daarna successievelijk uit te breiden tot alle rechtbanken en gerechtshoven. Interessant is de zelftest die in dit verband aan partijen wordt aangeboden, samen met een uitnodigingsbrief om na te denken over de mogelijkheden van mediation in het type conflict waar zij mee te maken hebben (burenruzie, omgangsregeling, verdeling na echtscheiding, arbeidsgeschil).

44 Voortgangsverslag tweede fase Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht, 2004, p. 4.

45 Vergelijk Combrink-Kuiters e.a. 2003, p. 173-174 jo. p. 103-104, waarin eveneens wordt geconstateerd dat op een aantal punten schikken en mediation overeenkomsten vertonen, zij het, tegelijk, met wezenlijke verschillen wat het verbeteren van de communicatie en het herstel van de relatie betreft, alsook ten aanzien van het gevoel de oplossing van het conflict in eigen hand te hebben. Ook de in het vorige hoofdstuk vermelde bemiddelingsfunctie noemt zowel schikken als mediation.

moet worden bij onze standpuntbepaling over de verhouding van overheidsrechtspraak, waarin wordt beslist of geschikt, en mediation.<sup>46</sup>

- Eind oktober 2004 hebben wij een expert meeting gehouden met enkele leden van de rechterlijke macht, de advocatuur en de wetenschap uit Frankrijk, Engeland, Duitsland en Oostenrijk over het Interimrapport. De buitenlandse gasten hebben verslag gedaan van de ervaringen en de meest recente ontwikkelingen in hun land, onder meer en voorzover hier van belang met betrekking tot mediation.<sup>47</sup>

## 4.4 Nadere standpuntbepaling

### 4.4.1 *Mediation en overheidsrechtspraak*

In ons Interimrapport hebben wij de verschillen tussen overheidsrechtspraak en mediation scherp aangezet. In enkele commentaren<sup>48</sup> is dit uitgelegd als een blijk van reserve en zelfs van een zekere onwelwillendheid onzerzijds jegens mediation. In plaats van beide tegen elkaar af te zetten, is het volgens deze commentaren beter te zoeken naar (vormen van) aansluiting tussen beide.

De kritiek strookt niet met wat wij bedoelen. Wij hebben willen duidelijk maken dat en waarom wij het niet eens zijn met het, mede door de overheid, breed uitgedragen standpunt dat overheidsrechtspraak ultimum remedium is. Met dit standpunt wordt volgens ons overheidsrechtspraak te zeer geafficheerd als een groot, afschrikwekkend voorbeeld van hoe het vooral niet moet. Aan deze beeldvorming<sup>49</sup> doen wij niet mee, maar het laat onverlet dat wij het tegelijk eens zijn met degenen die betogen dat er behoefte is aan niet op rechtspraak gerichte manieren van conflictoplossing, zoals mediation, waarin een aantal nadelen van overheidsrechtspraak kan worden vermeden. Alleen gaat dit bij ons wél gepaard met de veronderstelling dat deze andere manieren ook niet zonder nadelen zijn. Wij hebben behoefte deze op te sporen en te analyseren. Om die reden hebben wij in ons Interimrapport overheidsrechtspraak en mediation zo scherp mogelijk tegenover elkaar geplaatst. Wij zijn ervan overtuigd dat het alleen op zo'n basis mogelijk is te bepalen in welke situaties, typen zaken of voor welke personen mediation een goed alternatief kan zijn voor overheidsrechtspraak en omgekeerd. In het bijzonder het concept van de eigen verantwoordelijkheid van betrokkenen, waarmee de overheid steeds weer mediation aanprijst, moet nader ingevuld worden. Welke verantwoordelijkheid betrokkenen dienen te dragen, blijft een slag in de lucht als niet tevens wordt vastgesteld (a) welke verantwoordelijkheid zij kunnen dragen, en (b) of en

46 Zie ook M. Pel in NVvP Voorjaarsvergadering 2003, p. 51-52, waar zij spreekt over mediation als een van de varianten binnen een rechterlijke procedure: beslissen, schikken of mediaten.

47 Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 27-31.

48 M. Pel in NVvP Voorjaarsvergadering 2003, p. 51-52 en Wackie Eijsten 2003, p. 139-143.

49 Mogelijk dat de overheid het niet zo bedoelt: zie Van Laar & Van Wetten 2005, p. 16-17.

zo ja in hoeverre bij mediation hieraan wel, en bij overheidsrechtspraak niet, kan worden tegemoetgekomen. De Geschilbeslechtingdelta lijkt dit te onderstrepen. De meest kwetsbare groepen zijn verhoudingsgewijs het minste in staat hun problemen zelf op te lossen. Voorts maken zij minder gebruik van rechtshulp dan andere groepen.<sup>50</sup>

Beter en gemakkelijker was geweest als wij hadden kunnen verwijzen naar literatuur waarin een diepgaande, vergelijkende analyse van de vooronderstellingen en (impliciete) uitgangspunten van beide was verricht, maar dergelijke studies ontbreken nagenoeg geheel, niet alleen in Nederland,<sup>51</sup> maar elders evenzeer, ook in de Verenigde Staten, de bakermat van mediation. Het WODC-rapport *Ruimte voor mediation*<sup>52</sup> vult deze leemte niet op. Het pleit wel voor vervolgonderzoek. De beleidsbrief van de Minister van Justitie over Mediation en het rechtsbestel van 19 april 2004 reflecteert de stand van zaken in de literatuur volkomen. De brief is meer een wervend gebrachte mix van resultaten en doelstellingen dan een op nuchtere analyse gebaseerd beleidsstuk.<sup>53</sup> Met de opstellers van het rapport *Ruimte voor mediation* zijn wij van mening dat, willen wij de voor- en nadelen van mediation en overheidsrechtspraak vergelijkenderwijs in kaart kunnen brengen, een controleonderzoek moet worden verricht onder soortgelijke zaken waarin beide vormen van conflicthantering zijn gevolgd.<sup>54</sup> In de huidige situatie waarin dergelijk onderzoek ontbreekt, moeten wij op eigen kompas varen en zelf zo nuchter en onbevooroordeeld mogelijk de verdiensten en beperkingen van mediation en overheidsrechtspraak in kaart brengen. Dat hebben wij gedaan. Ongetwijfeld kan men op het resultaat kritiek hebben, maar niet dat wij gereserveerd of zelfs onwelwillend tegenover mediation staan.

#### 4.4.2 *Verbreding van de discussie over de plaats van mediation*

Wij menen dat in de huidige discussie praktisch uitsluitend het accent ligt op mediation en overheidsrechtspraak als complementaire wijzen van geschiloplossing. Wij vinden dat de discussie daarmee op een te smalle basis wordt gevoerd en dat de volgende drie aspecten daarbij betrokken moeten worden.

- a Een differentiatie van de procedure voor de rechter naar de soort zaken en het belang dat op het spel staat en de structurele bevordering van schikkingen door de rechter kunnen leiden tot zowel een heroverdenking van de verhouding tussen schikken, mediaten en beslissen – wat is praktisch gezien het verschil tussen schikken en

---

50 Zie voor deze analyse waar wij het mee eens zijn, Giesen 2005a, p. 14.

51 Een uitzondering op de in de vorige noot geschetste situatie in Nederland is Snijders 2001a, met name wat hij schrijft op p. 19 e.v. over belangen. Wij hebben uit zijn artikel al geput in ons Interimrapport. Zie thans ook Verkijk 2005, en Asser/Vranken 2005, hoofdstuk 8.

52 Combrink-Kuiters 2003.

53 Zie ook Genn 2003, p. 54, die schrijft dat het enthousiasme voor mediation in de weg staat aan een nuchtere en gezonde oordeelsvorming over de waarde en bezwaren van mediation.

54 Combrink-Kuiters e.a. 2003, p. 102-109; p. 173-174 en p. 185.

- mediaten?<sup>55</sup> –, als tot de vraag welke gevolgen een stelsel van goed gedifferentieerde rechtspraak waarin eenvoudige zaken snel beslist of geschikt kunnen worden, heeft voor de behoefte aan alternatieven.
- b Meer dan thans gebeurt moet de voorfase worden betrokken bij de discussie over alternatieven. In de voorfase dienen, als het aan ons ligt, behalve mediation nog veel meer mogelijkheden te bestaan om het geschil op te lossen dan wel niet te laten ontsporen alvorens het aan de overheidsrechter voor te leggen. Zie hoofdstuk 7 Interimrapport en hoofdstuk 6 van dit Eindrapport.
  - c Gedacht moet worden aan uitbreiding van de remedies die voor de overheidsrechter geldend gemaakt kunnen worden. Dit onderwerp behoort tot het materiële privaatrecht, maar heeft belangrijke consequenties voor de mogelijkheden in een procedure om geschillen bevredigend op te lossen. De uitstralingseffecten naar de pre- en buitenprocessuele fase zijn evident.

#### 4.4.3 *De fuik van de standaardprocedure; zelfregulering*

Inmiddels zijn wij op basis van de commentaren op ons Interimrapport en de latere ontwikkelingen, alsook door voortgezette studie tot conclusies gekomen die gedeeltelijk afwijken van wat wij in het Interimrapport hebben overwogen.

Terecht wordt in Balanceren en vernieuwen gewezen op de ‘fuik van de standaardprocedure’.<sup>56</sup> Dezelfde beletselen die partijen verhinderen om hun geschil samen op te lossen, verhinderen hen vaak ook om als het geschil eenmaal bestaat, een andere wijze van geschiloplossing door een derde overeen te komen dan die welke standaard is. In de verhouding van mediation en overheidsrechtspraak is de laatste overduidelijk de standaardprocedure. Hoewel geen cijfers bestaan, mag op basis hiervan verondersteld worden dat mediation niet voldoende aan bod komt, ook niet in gevallen waarin zij meer geïndiceerd kan zijn dan overheidsrechtspraak. Er zijn ten minste drie manieren om te proberen uit deze fuik te ontsnappen.

- 1 Mediation als alternatief voor de civiele procedure kan beter doordringen tot het bewustzijn van alle betrokkenen als voorlichting wordt gegeven aan burgers en instellingen, alsmede aan allen die beroepsmatig bij juridische geschilbehandeling betrokken zijn, zoals rechterlijke macht, advocatuur, deurwaarders, verzekeraars en, meer in het algemeen, juridische adviseurs in bedrijven, vakorganisaties of op commerciële basis. De beroepsmatig betrokkenen kunnen voorts in cursussen worden bijgeschoold om hun cliënten met deskundigheid te kunnen adviseren. Dit is grosso

<sup>55</sup> Zie hiervoor bij noot 45 en 46.

<sup>56</sup> Balanceren en vernieuwen, p. 29-31 (30).



modo de weg die de overheid thans volgt, waarbij ook doorverwijzing door rechterlijke colleges en financiële incentives een rol spelen.<sup>57</sup>

- 2 Men kan mediation structureel of bij wege van experiment verplicht stellen in typen zaken die zich daarvoor, op basis van ervaring of anderszins, bij uitstek lijken te lenen.
- 3 De betrokkenen kunnen zelf, vóórdat het geschil er is, mediation overeenkomen.

Methode 1 is nuttig en goed, maar zal naar onze verwachting, althans vooralsnog, te weinig zoden aan de dijk zetten. Alleen als het lukt om mediation te positioneren als een even bekende en even vertrouwenwekkende wijze van geschiloplossing (of -beëindiging) als overheidsrechtspraak zal dit anders kunnen worden, maar zo ver is het nog niet.

Methode 2 ondersteunen wij niet, omdat het tot nu toe niet gelukt is criteria te ontwikkelen waarmee op basis van het type zaak kan worden bepaald of mediation een redelijke kans van slagen heeft. Partijgebonden kenmerken, zowel van betrokkenen als van mediators, blijken steeds opnieuw het meest bepalend te zijn, maar hoe ze op elkaar inwerken is nog niet duidelijk, laat staan dat ze vertaald kunnen worden in criteria met een betrouwbare voorspellende waarde voor een succesvolle mediation. Het ziet er niet naar uit dat dit op korte termijn zal veranderen.<sup>58</sup> Denkbaar is dat van overheidswege met deze methode wordt geëxperimenteerd doch dat zal onzes inziens alleen verantwoord kunnen gebeuren indien er duidelijke, eventueel tijdens de experimenten verder te ontwikkelen, criteria aan ten grondslag liggen.

Methode 3 verdient de voorkeur. Wij menen dat bij de huidige stand van zaken de overheid nog geen regelgevende taak heeft. Met name de relatieve onbekendheid van mediation en de onduidelijkheid in welke zaken mediation een geschikte wijze van geschiloplossing is, staan hieraan in de weg. Daarom leggen wij de nadruk op zelfregulering door beroepsorganisaties en bedrijfstakken, zoals beschreven in hoofdstuk 12 van ons Interimrapport. Laten de branche- en beroepsorganisaties, samen met vertegenwoordigers van hun cliënten, onderzoeken of en wanneer mediation aanbeveling verdient. Zij kennen de specifieke omstandigheden van hun branche of beroep en kunnen dus veel beter beoordelen of mediation daarin past en hoe daaraan vorm kan worden gegeven. Daarbij zijn tussenvarianten en stap-voor-stap-ontwikkelingen via trial and error denkbaar. Volgens het rapport Balanceren en vernieuwen zijn ook thans reeds de meeste mediations vooraf overeengekomen in algemene voorwaarden. Maar wij denken ook aan andere vormen, zoals codes, protocollen, leidraden, certificering. Hierdoor kan mediation ontsnappen aan wildgroei en gestructureerd een plaats krijgen in het spectrum van mechanismen tot conflictbeëindiging dat zich als gevolg van de activiteiten van de branche- en beroepsorganisaties naast de overheidsrechtspraak ontwikkelt.

---

57 Zie de nota Mediation en het rechtsbestel, 2004 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1-2).

58 Zie ook noot 43.

#### 4.4.4 Twee conclusies

Uit het voorgaande trekken wij twee conclusies die afwijken van ons voorlopig standpunt in het Interimrapport.

- a Wij houden de overheid niet verantwoordelijk voor de opleiding en kwaliteit van, en de controle op mediators. Het is aan de beroepsgroep van de mediators zelf om het vertrouwen van de burgers te winnen en te behouden. Van groot belang lijkt ons dat zij ervoor zorgt dat alle instanties die op enigerlei manier behulpzaam zijn bij het oplossen van conflicten, goed op de hoogte zijn van de mogelijkheden die mediation biedt. Dit sluit niet uit dat ook de overheid mediation propageert, aandringt op zelfregulering bij branche- en beroepsorganisaties, de rechterlijke macht schoolt om zaken door te verwijzen (en de manier waarop rechters het doen, evalueert), en financiële incentives geeft aan degenen die mediation willen proberen. Uiteraard zal de overheidsrechter wanneer hij partijen doorverwijst naar een mediator en daarvoor een lijst van toegelaten mediators ten behoeve van de justitiabelen heeft opgesteld, zich van de kwaliteit van deze mediators moeten (blijven) vergewissen. Dit betekent echter niet dat de overheid aansprakelijk wordt voor hun fouten.
- b Wij zijn in ieder geval vooralsnog geen voorstander van een wettelijke regeling van mediation.<sup>59</sup> Wij zijn dat niet voor de court-annexed variant, en zeker niet voor mediation in het algemeen.<sup>60</sup>

#### 4.4.5 Onze conclusies in strijd met Europese regelgeving?

Ons nader standpunt dat mediation (vooralsnog) niet wettelijk dient te worden geregeld kan op gespannen voet komen te staan met de Europese richtlijn over mediation zodra deze tot stand is gebracht en geïmplementeerd moet worden. De Nederlandse Minister van Justitie tracht de Europese voortvarendheid te temperen en de Europese commissie en de andere lidstaten ervan te overtuigen dat regelgeving op Europees niveau niet zonder meer wenselijk of noodzakelijk is. Wij delen zijn opvatting dat zware regulering afbreuk doet aan de flexibiliteit van mediation om zich los van formele procedures aan te passen aan behoeften en omstandigheden, en dat dit de verdere

---

59 Voor een overzicht van de stand van zaken per 1 april 2004 in Frankrijk, België, Nederland, Spanje, Italië, Duitsland, Oostenrijk, Noorwegen, Denemarken, Zweden, Finland, Engeland en Ierland, verwijzen wij kortheidshalve naar de studie van De Roo & Jagtenberg 2004. De studie bevat overigens meer dan alleen de wettelijke of institutionele basis. Er zijn ook gegevens in opgenomen over kwaliteitseisen voor mediators, cijfers over aantallen, doorverwijzingsvarianten en -criteria, en instemmings- en succesfactoren. Bij die laatste blijkt kosteloosheid een belangrijke, zo niet noodzakelijke voorwaarde te zijn, althans voor particuliere one shotters, niet voor grote commerciële partijen.

60 Om deze reden laten wij ook de UNCITRAL Model Law on International Conciliation van 2002 buiten beschouwing.

ontwikkeling van het instrument eerder kan afremmen dan bevorderen.<sup>61</sup> Als wij het huidige voorstel voor een richtlijn over mediation bestuderen, valt op dat vergeleken met het eerdere voorontwerp, al veel is weggevalen. Er is thans geopteerd voor een minimumregeling, met veel ruimte voor regulering van de kwaliteit van mediators door de beroepsgroep zelf. In feite gaat het om vijf onderwerpen: verwijzing, kwaliteit, executoriale titel, geheimhouding, en schorsing van verjaringstermijnen. Over al deze onderwerpen, met uitzondering van de schorsing (thans in Nederland: verlenging) van de verjaring,<sup>62</sup> kunnen afspraken worden gemaakt in een standaard mediationovereenkomst, maar de vraag is of dit Europees toelaatbaar is, omdat de implementatievereisten vanuit Europees perspectief strikt zijn en niet toelaten dat de wetgever stil blijft zitten met het argument dat voorschriften uit de richtlijn in standaardovereenkomsten worden neergelegd.<sup>63</sup> De richtlijn zal dit met zoveel woorden moeten toelaten. Wij pleiten ervoor dat Nederland in het verdere overleg over de richtlijn zich hiervoor sterk maakt. Mocht dit niet lukken, dan is het geen onoverkomelijk bezwaar de relevante voorschriften uit de richtlijn, met name die over geheimhouding en schorsing (verlenging) van de verjaring, te implementeren, mits men zich dan ook daartoe beperkt en zich niet laat verleiden tot een uitvoeriger regeling die de gehele gang van de mediation bestrijkt.

#### 4.5 Concrete aanbevelingen

- a De discussie over mediation als alternatief voor de civiele procedure dient te worden verbreed door daarbij te betrekken de differentiatie van procedures, de inrichting van de voorfase van de procedure en uitbreiding van de materieelrechtelijke remedies.
- b De overheid komt vooralsnog geen taak en verantwoordelijkheid toe voor de bewaking van de opleiding en de kwaliteit van, en de controle op mediators. Wij bevelen aan dat het aan de verantwoordelijke beroepsorganisaties en bedrijfstakken wordt overgelaten initiatieven te ontplooien (zelfregulering).
- c Noch mediation in het algemeen noch court-annexed mediation dient vooralsnog wettelijk geregeld te worden. Ook het structureel verplicht stellen van mediation verdient geen aanbeveling. Denkbaar is dat van overheidswege hiermee wordt geëxperimenteerd doch alleen indien er duidelijke, eventueel tijdens de experimenten verder te ontwikkelen, criteria aan ten grondslag liggen.
- d In Europees verband dient Nederland zich sterk te maken voor de mogelijkheid van zelfregulering via het opstellen van standaardovereenkomsten, codes, protocollen,

61 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 2, p. 10.

62 Verlenging van de verjaring kan, naar te onzent wordt aangenomen, niet worden overeengekomen. Zie Asser/Hartkamp I 2004, nr. 683-684.

63 Zie voor een uitvoerige beschrijving van deze vereisten Cuijpers 2004, p. 35-76, met veel verdere verwijzingen.

richtlijnen of leidraden in plaats van wetgeving.<sup>64</sup> Zelfregulering gaat verder dan standaardovereenkomsten/algemene voorwaarden.

---

<sup>64</sup> Deze instrumenten, die wij in het Interimrapport hebben genoemd in 10.6.3 onder h, 10.4 onder 3, en vooral in par. 12.3.2 en 12.4, bevelen wij ook voor de zelfregulering van andere onderwerpen in dit Eindrapport aan, zie par. 1.2, 2.3.1, 4.4.3, 8.3.4, 9.1.4.3, 9.3.2.4 en de antwoorden op de vraagpunten 1 en 6.

# 5 De verhouding tussen de partijen en de rechter

## 5.1 Ons voorlopig standpunt

In het Interimrapport hebben wij getracht om vanuit een bepaalde visie op de verhouding tussen de partijen en de rechter over en weer en tussen partijen onderling een kader te scheppen waarbinnen de bevoegdheden en verplichtingen van de partijen en de rechter nader kunnen worden bepaald. Ons voorlopig standpunt met betrekking tot de algemene uitgangspunten is verwoord in hoofdstuk 6. Wij hebben dat als volgt samengevat, waarbij wij ter wille van de overzichtelijkheid hier tussenkopjes hebben toegevoegd.<sup>65</sup>

### *Partijautonomie en rechterlijke lijdelijkheid*

‘De inrichting van het proces dient een voortvarende, efficiënte en effectieve wijze van procederen te bevorderen. Voortvarend en efficiënt vanwege het beslag op de middelen van de overheid en van partijen zelf; effectief vanwege de doelstellingen die aan de orde zijn: beëindiging van het geschil, verschaffing van recht, van een executoriale titel en rechtsvorming. Dit wordt gestimuleerd door het besef dat men gezamenlijk verantwoordelijkheid draagt voor de gang van zaken in de procedure. Een conflictueuze houding van partijen, voortvloeiend uit de opvatting dat procederen strijd of zelfs oorlog is, en een daarmee corresponderende scheidsrechterlijke houding van de rechter werken slechts belemmerend. De gezamenlijke verantwoordelijkheid nodigt

---

<sup>65</sup> Interimrapport, par. 6.6; zie voor een kortere samenvatting ook Interimrapport, hoofdstuk 13, par. 13.5.

uit tot een actieve opstelling van rechter en partijen, maar beperkt ook de keuzevrijheid (“autonomie”) van de partijen. (6.1)

De bruikbaarheid van het begrippenpaar “partijautonomie” en “rechterlijke lijdelijkheid” is niet vanzelfsprekend. Partijautonomie in het civiele procesrecht is een afgeleide van de veronderstelde beschikkingsvrijheid van de burger ten aanzien van zijn rechtsbetrekkingen. Van een volkomen autonomie van de burger op dat punt is echter geen sprake meer. Zowel in bestaande rechtsbetrekkingen – bijvoorbeeld op grond van de redelijkheid en billijkheid – als ingevolge maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen dient men in toenemende mate rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen en met het algemeen belang. (6.2.2)

De partijautonomie doet zich thans voornamelijk nog gelden ten aanzien van de inhoud en omvang van de rechtsstrijd in de verschillende instanties, het initiatief tot het aanvangen, voortzetten of tussentijds beëindigen van het proces, het terrein van incidenten in de dagvaardingsprocedure en de bewijslevering. Voor het overige kan van partijautonomie nauwelijks meer worden gesproken. (6.2.6)

### ***Gezamenlijke verantwoordelijkheid***

‘Grondslag voor de verdeling van bevoegdheden en verplichtingen van partijen en rechter dient te zijn de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de gang van zaken in de procedure. Die leidt tot een vorm van samenwerking die wordt gekenmerkt door een algemene verplichting tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces. Op deze grondslag kunnen open normen zoals redelijkheid en billijkheid en goede procesorde hun functie vervullen bij de vorming en concrete toepassing van processuele rechten en verplichtingen. Partijautonomie kan geen richting gevend beginsel meer zijn. (6.3.2)

De partijen hebben een verplichting tot openheid tegenover de rechter en tegenover elkaar (“kaarten op tafel”); de rechter mag en moet zich actief bezighouden met de feitelijke en juridische grondslagen van het geschil. Ook al zijn het de partijen die de feiten stellen als grondslag voor hun vordering/verzoek of verweer, de rechter dient de bevoegdheid te hebben om, waar hij twijfelt, ook onbestreden feitelijke stellingen nader te onderzoeken. Invoering van een bevoegdheid als neergelegd in art. 8:69 lid 3 Awb ligt (aanvulling van feiten) voor de hand. De rechter moet zonodig zelf feitelijke gegevens van derden kunnen opvragen. Wel moet hij het contradictoire karakter van het geding, hoor en wederhoor daarbij in acht nemen. De rechter behoort de door partijen aangevoerde juridische grondslagen van vordering/verzoek en verweer ter discussie te kunnen stellen, ook als dat gaat om verweren die hij niet ambtshalve mag toepassen (beroep op verjaring, gezag van gewijsde). De

bevoegdheid van de rechter in de rekestprocedure om derden in het geding op te roepen, dient algemeen te worden. (6.3.3)'

## **5.2 Reacties: algemene bezwaren**

Gelet op aard en aantal van de reacties op ons voorlopig standpunt geven wij er in dit hoofdstuk de voorkeur aan te beginnen met een aantal algemene opmerkingen.

### *5.2.1 Overbelasting van de gerechten*

Een belangrijke grondtoon in veel van de commentaren op ons Interimrapport lijkt te zijn dat wij onvoldoende oog hebben voor de overbelasting waaronder de sectoren van de rechtbanken die zich met civiele rechtspraak bezighouden, lijden. Men zit onder deze omstandigheden na de vernieuwingen van 2002 niet te wachten op weer een ronde van vernieuwingen en zeker niet op vernieuwingen die nieuwe taken aan de rechter toedelen.

Een fundamentele herbezinning is niet in de eerste plaats gericht op wat gelet op de bezetting van de gerechten haalbaar is. Maar veel van de concrete voorstellen die wij doen zijn er wel op gericht de lasten beter te verdelen over alle actoren in het proces.

### *5.2.2 Geen oog voor de al gerealiseerde vernieuwingen*

Een andere grondtoon in de kritiek is dat wij geen oog hebben voor de vernieuwingen die in 2002 zijn doorgevoerd en sindsdien in de praktijk worden gebracht. Dat gaat inderdaad in zoverre voor ons Interimrapport op, dat wij dit hebben opgesteld gedurende de periode waarin de nieuwe wetgeving in werking trad en hebben afgerond op een tijdstip (voorjaar 2003) waarop de vernieuwde wetgeving nog slechts betrekkelijk kort in werking was en er nog nauwelijks gegevens voorhanden waren over de praktijk van de uitvoering van de vernieuwingen. Zoals wij in hoofdstuk 1 aan het slot hebben aangegeven, sluit veel van wat wij in het Interimrapport hebben betoogd en hierna nader zullen betogen aan bij de praktijk zoals die zich al vóór 2002 in bepaalde rechtbanken in het kader van het versneld regime heeft ontwikkeld en zich nu ook elders ontwikkelt. De vernieuwingen van 2002 die de verhouding en taakverdeling tussen partijen en rechter betreffen zijn echter niet gebaseerd op een duidelijke en principiële visie op die verhouding, maar ingegeven door de vooral pragmatisch bepaalde doelstellingen van die vernieuwingen. Hetzelfde kan gezegd worden van de ontwikkelingen die zich sedert 2002 hebben voorgedaan en die wij hebben gesignaleerd in hoofdstuk 1. In ons Interimrapport hebben wij zo'n visie wel ontwikkeld en daarop onze voorstellen gebaseerd.

### 5.2.3 *Discrepanties tussen de verwachtingen van de actoren in het proces*

Tijdens de consultaties met de advocatuur en de rechterlijke macht is ons gebleken dat er nogal wat discrepanties bestaan tussen de verwachtingen van advocaten en rechters ten opzichte van elkaar. Rechters verwachten dat advocaten hun huiswerk hebben gedaan, advocaten verwachten van de rechter dat deze laat blijken wat hij relevant vindt in de zaak en initiatieven ter zitting ontplooit. Een duidelijke visie op het proces en een daarop berustende taakverdeling kan helpen de wederzijdse verwachtingen beter op elkaar af te stemmen. Dit geldt met name voor de interactie tussen de partijen en hun rechtshelpers (advocaten, deurwaarders, beroepsgemachtigden) enerzijds en de rechter anderzijds.

## 5.3 **Gezamenlijke verantwoordelijkheid**

In onze visie is wezenlijk voor de vaststelling van de rechten en bevoegdheden van de partijen en van de rechter ten opzichte van elkaar – wij hebben het taakverdeling genoemd – hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een voortvarend, efficiënt en effectief verlopend proces. Er is in de reacties op ons Interimrapport een zekere weerstand te bespeuren tegen het woord ‘gezamenlijk’ en het begrip ‘samenwerking’ dat wij eveneens in dit verband hebben gebruikt.<sup>66</sup> Die weerstand is alleszins begrijpelijk wanneer men die woorden een gevoelswaarde geeft van een op vrijwilligheid gebaseerde gezamenlijke onderneming. In het proces is daarvan geen sprake. De partijen staan tegenover elkaar en de rechter moet, als een regeling in der minne niet totstandkomt, uiteindelijk tussen hen beslissen. De gezamenlijkheid waar wij op doelen is gelegen in de actieve inzet en verantwoordelijkheid die óók in die context van ieder van de actoren mag worden verwacht om het proces hetzij in der minne te beëindigen hetzij zodanig te voeren dat sprake is van zowel procedural als substantial justice. Het is een gedachte, dat wordt hier nog eens beklemtoond, die ook internationaal erkenning heeft gevonden.<sup>67</sup>

De grondslag van deze gezamenlijke verantwoordelijkheid van de procesdeelnemers is gelegen in de algemene maatschappelijke norm dat men over en weer rekening houdt

<sup>66</sup> Interimrapport, par. 6.3.2, p. 78.

<sup>67</sup> Naast de bronnen genoemd in het Interimrapport, p. 78 en 80, wijzen wij graag op wat Storme 2004, p. 152, r.k. heeft geschreven; naar wat Chorus 2004, p. 29 e.v., opmerkt onder verwijzing naar het rapport-Storme en de ALI-Unidroit principles 2004 en naar Oberhammer 2004, p. 94 e.v. die zich daar schaarde achter de gedachte van de gezamenlijke verantwoordelijkheid, verwijzend naar wat de grote Oostenrijkse processualist Franz Klein al in 1890/91 schreef. Zie ook de schrijvers binnen de Duitse rechtssfeer die worden genoemd door Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, Grundzüge par. 128, rdnr. 25-27 en par. 139 rdnr. 4, waar Hartmann overigens zelf voor het positieve Duitse recht terughoudend is en de Parteiherrschaft vooropstelt. Ook Oberhammer 2004, p. 95 wijst op de terughoudendheid van het positieve recht in de Duitse rechtssfeer.



met elkaars gerechtvaardigde belangen. Wederzijdse informatie en communicatie ten aanzien van de feiten en de juridische standpunten is de daaruit voortvloeiende gedragsnorm voor partijen en rechter. Uiteraard denken wij hierbij in de eerste plaats aan het geschil waarin partijen elkaar tegenspreken, het contradictoire geschil. Maar onze uitgangspunten hebben ook gelding voor de vele zaken waarin de verwerende partij geen verweer voert, de bulk van incasso's (verstekzaken) en de niet weersproken verzoeken. Immers, in die gevallen brengen die uitgangspunten mee dat van de eisende/verzoekende partij in de fase voorafgaande aan de procedure – en niet pas in de fase van de executie van een verkregen titel – mag worden verwacht dat hij het nodige doet om in contact te treden met de wederpartij om te proberen bijvoorbeeld de betaling in der minne te verkrijgen. Dat gebeurt ook in de praktijk – advocaten, deurwaarders en incassobureaus vullen er een belangrijk deel van hun tijd mee.<sup>68</sup>

De gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en rechter neemt niet weg dat partijen vanzelfsprekend vóór en in een procedure hun standpunten in het geschil juridisch en op het punt van de 'feiten' scherp ten opzichte van elkaar willen en moeten kunnen afbakenen. Het is inherent aan het toepassen van rechtsregels en het denken in termen van aanspraken en verweren, als mechanismen tot conflictbeheersing en -beëindiging. Wij hebben dat in het Interimrapport uitdrukkelijk onder ogen gezien en erkend.<sup>69</sup> Echter, dat wil niet zeggen dat partijen daarmee een vrijbrief hebben voor conflictbevorderend ('conflictueus') gedrag in de voorfase en in het proces. De 'rechtsstrijd' betreft dat waarover de partijen in het geschil verdeeld zijn maar die term behoort onzes inziens niet uit te drukken dat het proces een slagveld is. Daarom mogen partijen geen relevante gegevens achterhouden, verdragingsstactieken toepassen, elkaar met formaliteiten vliegen afvangen; daarom mag de rechter partijen niet zo kort houden dat zij hun argumenten en bewijzen niet op behoorlijke wijze aan hem en de wederpartij kunnen presenteren en mogen de sancties op verkeerd procesgedrag niet disproportioneel zijn.<sup>70</sup> In essentie is dit wat het concept van de gezamenlijke verantwoordelijkheid in onze visie inhoudt. Niet meer en niet minder. In de reacties op het Interimrapport is dit vaak misverstaan.

#### **5.4 Afstand van partijautonomie**

In dit verband hebben wij afstand genomen van het begrip 'partijautonomie' en geconcludeerd dat dit niet meer als richtinggevend beginsel kan dienen.<sup>71</sup>

---

68 Zie ten aanzien van de inrichting van de incassoprocedure Interimrapport 8.7.4 en hoofdstuk 8 van dit Eindrapport over differentiatie.

69 Interimrapport, par. 7.2, p. 98.

70 Daarover meer in par. 5.10.

71 Interimrapport, p. 79.

Deze opvatting heeft veel weerstand ontmoet in de reacties op ons Interimrapport.<sup>72</sup> Samenvattend kunnen wij het volgende concluderen. De negatieve reacties kwamen enerzijds voort uit de zorg dat de partijen hún zeggenschap over het proces zouden verliezen en het proces niet meer hun proces zou zijn. Het (schrik)beeld van de autoritaire rechter zou door ons zijn opgeroepen. Anderzijds is er de vrees dat indien de rechter te veel zeggenschap krijgt doordat de ‘autonomie’ van partijen als beginsel achter de horizon verdwijnt, de rechter gaat ‘meeprocederen’ en zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid in het gedrang kunnen komen.

Veel van de kritiek lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat wij vinden dat niet de partijen maar de rechter in al deze aangelegenheden steeds het laatste woord zou behoren te hebben en dat deze zo in belangrijke mate op de stoel van de partijen zou gaan zitten. In het Interimrapport betogen wij evenwel dat wij uiteraard niet tornen aan het uitgangspunt dat het in de eerste plaats de procespartijen zelf zijn die de feitelijke gegevens verschaffen (p. 81) en dat partijen in principe het laatste woord hebben over de grondslagen van het proces (p. 83). Wij hebben echter vanuit onze visie op het proces de strikte verdeling van taken op dit punt tussen partijen en rechter genuanceerd, hetgeen overigens ook overeenstemt met wat er in de praktijk in nogal wat gevallen gebeurt, zoals wij al in algemene zin hadden aangegeven (p. 79). In onze visie krijgt de rechter niet meer ‘macht’ ten koste van de partijen. Er is geen sprake van een keuze tussen een ‘liberale’ ratio (de partijen hebben het voor het zeggen en de overheidsrechter moet zo veel mogelijk lijdelijk zijn) tegenover een ‘sociale’ ratio (de overheidsrechter als representant van de gemeenschap dient zich actief te bemoeien met het proces),<sup>73</sup> maar van een gezamenlijk te dragen verantwoordelijkheid van alle actoren in het proces, in de zin als hiervoor aangegeven.

Onzes inziens is de toegenomen activiteit van de rechter en de daarmee gepaard gaande uitbreiding van zijn bevoegdheden die zich hebben gemanifesteerd gedurende de afgelopen decennia, deels het gevolg van de omstandigheid dat advocaten (te) veel aan de rechter overlaten. Wij streven daarom mede naar een meer zelfbewuste advocatuur die haar rol volwaardig vervult. Een begrip als partijautonomie kan in deze benadering geen dienst doen, omdat het suggereert dat partijen ten opzichte van de rechter autonoom zijn terwijl dat in de werkelijkheid van het proces niet (meer) zo is, althans niet meer zo behoort te zijn, ook niet bij de zojuist bepleite meer zelfbewuste opstelling van de advocatuur. Het is opvallend dat bij uitstek zij die het proces als oorlog zien, de partijautonomie zo beklemtonen. Dat is dan partijautonomie die wordt

---

72 Wij noemen hier: Snijders 2003, nr. 4; Adviescommissie, nr. 6; NOvA rapport, nr. 5 e.v.; NOvA brief 2004; Verslag van de drie symposia over de Fundamentele herbezinning van het Nederlands burgerlijk procesrecht te Utrecht, Zwolle en Eindhoven, meegezonden bij NOvA brief 2004, p. 5; NVvR advies, nr. 18 e.v.; KBvG incasso nr. 4.3; Ingelse 2004, p. 43 e.v.

73 Vgl. daarover Oberhammer 2004, p. 90 met gegevens.

gebruikt als grond (excuus) om ook ten opzichte van de wederpartij autonoom en conflictueus procesgedrag te vertonen.

In de kritische reacties is als voorbeeld genoemd dat het geschil betrekking heeft op de vraag of er überhaupt enige rechtsbetrekking tussen de partijen bestaat (denk aan de ontkende onrechtmatige daad, de ontkende overeenkomst enz.). Op het eerste gezicht spreekt dan de gedachte aan dat een partij die meent dat zij zonder enige grond in de procedure wordt betrokken niet tot medewerking kan worden verplicht. Dat is evenwel schijn en ook dan mist het spreken van autonomie van partijen relevantie, want die partij zal haar belang voelen om in een proces over een haars inziens onzinnige claim, de rechter zo snel mogelijk tot het oordeel te laten komen dat die claim inderdaad onzinnig is.

## 5.5 Verweren en het oproepen van derden

In het Interimrapport hebben wij op enige punten voorbeelden genoemd om het voorgaande te illustreren.<sup>74</sup> Wij hebben gezegd dat de rechter de vrijheid moet kunnen bezitten verweren aan de orde te stellen, zoals een beroep op verjaring en het gezag van gewijsde, en derden in het geding te betrekken. Deze opvatting heeft veel kritiek ontmoet. Wij menen echter dat de omstandigheid dat een partij ervan afziet een bepaalde grond voor haar vordering respectievelijk verweer aan te voeren, niet impliceert dat het de rechter verboden zou zijn om, als hij dat van belang vindt voor de beoordeling van de zaak, ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom die grond niet is aangevoerd. De Hoge Raad heeft die bevoegdheid overigens – binnen bepaalde grenzen – erkend.<sup>75</sup> De betrokken partij kan uiteraard aangeven waarom zij die grond niet heeft aangevoerd. Mocht zij hem over het hoofd hebben gezien en hem alsnog willen voeren dan zal de rechter, indien de wederpartij daartegen bezwaar maakt, daarover moeten beslissen, gelet op dat bezwaar en aan de hand van de daartoe geëigende maatstaven, samen te vatten onder de noemer goede procesorde. Deze afweging is in wezen geen andere dan die waarover wij in de volgende paragraaf zullen spreken met betrekking tot de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de wijziging van eis. Dat de rechter de betrokken partij aan een grond heeft ‘geholpen’ moge vanuit het standpunt van de wederpartij bezien negatief worden ervaren, van verlies van onpartijdigheid door meeproceduren is evenwel onzes inziens geen sprake.

En waar de rechten en belangen van derden in het geding zijn valt niet in te zien dat de rechter die niet uit zichzelf aan de orde zou mogen stellen, zoals wij hebben bepleit, teneinde met de partijen te bezien of die derden in het geding betrokken zouden moeten worden. Het is immers een algemeen belang van een goede rechtspleging dat tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen en dat procedures niet onredelijk of

<sup>74</sup> Interimrapport, p. 81-84.

<sup>75</sup> HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460 (JBMV); *JPr* 2004, 15 (K. Teuben).

nodeloos worden vertraagd doordat derden in de procedure worden betrokken,<sup>76</sup> of, juist omgekeerd, doordat een afzonderlijke procedure tegen een derde zou moeten worden gevoerd in plaats van in dezelfde procedure.<sup>77</sup> Intussen zal het duidelijk zijn dat de rechter hiertoe eerst zal overgaan indien hem op grond van wat de partijen hebben gesteld en/of de stukken die zijn overgelegd, is gebleken dat rechten en belangen van derden mogelijk bij het geschil betrokken zijn en na een afweging van de daarmee gepaard gaande vertraging van de procedure en kosten voor partijen.<sup>78</sup> Ook hier geldt dat de rechter opereert binnen de feitelijke en juridische kaders die in het debat zijn ontwikkeld.<sup>79</sup> Voor het overige verwijzen wij hier naar wat wij over derden in het geding opmerken in paragraaf 8.3.4 en de aanbeveling in paragraaf 8.3.5 onder b.

## 5.6 Het huidige procesrecht onderschrijft impliciet onze uitgangspunten

Het is tegen de achtergrond van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechter en de partijen, zoals wij die in het Interimrapport hebben uiteengezet en ook hiervoor samenvattenderwijs hebben aangegeven, dat een aantal processuele fenomenen van het huidige procesrecht pas goed verklaard kan worden. Daarmee beantwoorden wij tegelijkertijd de kritiek dat wij in het Interimrapport onvoldoende rekening hebben gehouden met de veranderingen in het procesrecht die met de wetwijziging van 2002 zijn ingevoerd.<sup>80</sup>

In de eerste plaats wijzen wij op de verstrekkende verplichtingen van partijen en bevoegdheden van de rechter op het punt van waarheid, volledigheid en het geven en verkrijgen van feitelijke informatie in het geding. Vanuit het 'strijdmodel' van het proces of vanuit het primaat van de partijautonomie kunnen niet goed verklaard worden:

- de invoering van de comparitie na antwoord in de laatste decennia van de vorige eeuw;
- de stringente toepassing daarvan, eerst in het versneld regime en sinds 2002 in de wet, die meebrengt dat beide partijen maar ook de rechter ermee rekening moeten houden dat deze comparitie zowel inhoudelijk als processueel een spilfunctie vervult in het proces in de eerste aanleg;
- de voorschriften van art. 20 (de rechter waakt voor onredelijke vertraging van de procedure en de partijen zijn tegenover elkaar verplicht onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen), art. 21 (volledigheids- en waarheidsplicht van partijen), art.

76 Zie in verband met de vrijwaring: HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 446.

77 Vgl. HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 313; *JPBr* 2003, 53 (A. Knigge).

78 Dit laatste is een door de Adviescommissie gehanteerd argument contra, zie Adviescommissie, nr. 8.d jo. c.

79 Daar lijkt ook Wieten 2004 van uit te gaan.

80 Hiervoor par. 5.2.2. In dit verband wijzen wij ook op wat wij hebben opgemerkt in par. 6.2.5 Interimrapport.

- 88 en art. 179 (de bevoegdheid van de rechter om ter comparitie en bij een getuigenverhoor van partijen inlichtingen te verlangen en dezelfde bevoegdheid van partijen ten opzichte van elkaar), art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv (de substantiëringsplicht);
- de verregaande rechterlijke regulering van het proces via de landelijke rolreglementen van kantonrechter en rechtbank;<sup>81</sup>
- de bevoegdheid van de rechter ter comparitie om, bij het uitblijven van een schikking, samen met de partijen de processtof te ordenen en de verdere procesgang te bespreken.

In dit verband verdienen als voorbeelden twee bepalingen in de wet aandacht. In de eerste plaats is de rechter ingevolge art. 25 Rv verplicht de rechtsgronden aan te vullen. Vanwege de verstrengeling van recht en feit zal de rechter die ziet dat het gestelde of gebleken feitencomplex en de door een partij op grond daarvan ingeroepen rechtsgevolgen niet goed op elkaar aansluiten, in het licht van art. 25 Rv de taak hebben zulks aan de orde te stellen.<sup>82</sup> In afwijking van wat thans nog als geldend recht wordt beschouwd, menen wij dat het niet in een volwassen benadering van het proces past dat de rechter op dit punt ten opzichte van de partijen niet open kaart zou behoeven te spelen. De juridische grondslag van de vordering of het verweer betreft een wezenlijk onderdeel van het proces en de rechter mag geen, niet door (een van) de partijen naar voren gebrachte, rechtsgrond aan zijn beslissing ten grondslag leggen zonder partijen daarover eerst te hebben gehoord. Hij zal de desbetreffende partij niet (maar evenmin haar wederpartij) op dit punt mogen verrassen.<sup>83</sup> Blijkt voor de juiste rechtstoepassing een aanpassing van de stellingen nodig en wenst de desbetreffende partij die aanpassing alsnog te verrichten, dan zal, naar wij menen, de rechter die in beginsel moeten toestaan tenzij de wederpartij met goede argumenten de rechter ervan weet te overtuigen dat die aanpassing het proces onredelijk zou vertragen of die wederpartij onevenredig in haar processuele positie zou benadelen. Men kan hier ook korter en algemener spreken van strijd met een goede procesorde.

81 Hoe belangrijk de comparitie na antwoord is bewijzen de unificerende werkzaamheden die binnen het verband van de Raad voor de Rechtspraak worden verricht in het project Regiefunctie; zie hierover Verschoof 2004, nr. 8.

82 Oberhammer 2004, p. 87 e.v. heeft op dit punt kritiek. Hij meent dat het ‘*ius curia novit*’ dat aan art. 25 Rv ten grondslag ligt niet moet worden verward met de vraag naar de rol van de rechter bij de ‘*prozessuale Stoffsammlung*’, ook al erkent hij de in de praktijk nauwe verbondenheid tussen rechtsvragen en feitelijke vragen. Echter, anders dan in de Duitse rechtssfeer, waar hij aan refereert, wordt bij ons de discussie niet zozeer gevoerd op basis van de onderscheiding ‘*Verhandlungsgrundsatz*’ versus ‘*Untersuchungsgrundsatz*’, maar juist in het kader van de in de jurisprudentie scherp tegenover elkaar geplaatste aanvulling van rechtsgronden waartoe de rechter op grond van art. 25 Rv verplicht is en de aanvulling van feitelijke gronden wat de rechter op grond van een *a contrario* uitleg van art. 25 Rv en, voor wat de feiten betreft, op grond van art. 149 Rv, verboden is. Het is die tegenstelling die onnatuurlijk is en die wij relativeren. Vergelijk in dit verband ook Smith 2004, hoofdstuk 4.

83 Vgl. HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34 (DA).

In de tweede plaats valt te wijzen op de verandering of vermeerdering van eis of verzoek (art. 130 Rv). Uitgangspunt is dat de eiser c.q. verzoeker daartoe bevoegd is. Dat uitgangspunt stemt overeen met de bevoegdheid van de eiser en van de verzoeker exclusief te beslissen over de omvang van zijn vordering of verzoek. Die verandering of vermeerdering kan echter door de rechter buiten beschouwing worden gelaten als zij in strijd is met een goede procesorde. En dat kan de rechter niet alleen als de verweerder op die grond bezwaar maakt tegen de verandering of vermeerdering, maar hij kan dat zelfs ambtshalve.

## 5.7 Hoe kan een coöperatieve houding van partijen worden gestimuleerd?

De vraag die bij dit alles kan worden gesteld en met name in het rapport Balanceren en vernieuwen<sup>84</sup> ook is gesteld, is op welke wijze partijen kunnen worden gestimuleerd een coöperatieve houding aan te nemen.

In het voetspoor van het Interimrapport bepleiten wij enerzijds om op het gebied van de regelgeving<sup>85</sup> de organisaties van rechtshulpverleners, rekening houdend met de belangen waar zij voor staan – te weten die van hun potentiële cliënten maar vooral ook van henzelf als professionals in het veld –, nauw te betrekken bij en mede verantwoordelijkheid te laten dragen voor de totstandkoming en inhoud van de desbetreffende regels en daartoe structureel overleg- en beslissingsgremia in het leven te roepen.

Anderzijds kan een coöperatieve houding van partijen en met name ook van hun rechtshelpers, van wie nu eenmaal veel afhankelijk is, worden gestimuleerd doordat (a) door concrete voorschriften en protocollen duidelijk wordt gemaakt wat van hen verwacht wordt op het punt van voorbereiding en informatieverstrekking en (b) aan de kant van de kosten een stelsel wordt ontwikkeld waarin partijen en hun rechtshelpers door reële financiële prikkels in de vorm van sancties (kostenveroordeling) maar wellicht ook bonussen en kortingen in de sfeer van het vastrecht, worden gestimuleerd verantwoordelijk procesgedrag te vertonen.<sup>86</sup>

Ten slotte kan ook hier gelden dat een goede proces-training van de professionele proceshulpverleners zal kunnen bijdragen aan het verkrijgen van een attitude die gericht is op coöperatief procesgedrag. Van belang daarbij is dat de rechtshulpverleners een beter inzicht krijgen in wat rechters doen en verwachten en omgekeerd.

---

84 Balanceren en vernieuwen, hoofdstuk 4.

85 Wij hebben hierbij mede het oog op rechtersregelingen in ruime zin, d.w.z. niet alleen die regelingen die recht bevatten in de zin van art. 79 RO. Zie over het verschil Teuben 2004, in het bijzonder hoofdstukken 4 en 5.

86 Zie over sancties hierna, par. 5.10.

## 5.8 Kwaliteit van de rechter

Dit brengt ons op het volgende punt dat wij in de kritiek zijn tegengekomen: de rechter zou kwalitatief niet in staat zijn zo sturend op te treden als wij voorstellen. De president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad hebben in hun advies daarover opgemerkt<sup>87</sup> dat aan het Interimrapport de onuitgesproken gedachte ten grondslag ligt dat de rechterlijke macht, en met name de eerste aanleg, uitsluitend bestaat uit goed getoolde professionals van het hoogste niveau met een brede ervaring. ‘Met alle respect en waardering voor het vele werk dat – naar ons uit eigen wetenschap bekend is – in alle geledingen dagelijks wordt gedaan, moet toch worden opgemerkt dat de rechterlijke macht, met name door de financiële beperkingen waaraan zij is onderworpen, niet geheel aan dit ideaalbeeld kan voldoen’, aldus de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Zij stellen vast dat de strakke budgettering waaraan de rechterlijke macht is onderworpen, haar tol eist. ‘Nadat partijen het geschil onder een strak tijdschema hebben uitgeprocedeerd, laat de rechterlijke uitspraak vaak maanden – en niet zelden nog langer – op zich wachten. Verder brengen de omstandigheden dat in de eerste aanleg unus-rechtspraak regel is geworden en dat de rechtbanken door de jaren heen een groot verloop kennen en daardoor juist hun meest ervaren rechters plegen kwijt te raken, ook beperkingen mee. Het rapport lijkt daarvoor niet steeds oog te hebben. De rapporteurs signaleren wel dat ervaren rechters niet steeds in de eerste aanleg worden ingezet, maar stellen dat het buiten het bestek van hun rapport valt daarop in te gaan. Niettemin merken wij op dat het aanbeveling verdient als regelmatig “verticaal” wordt gerouleerd bijvoorbeeld doordat jonge rechters een zekere tijd meedraaien in een gerechtshof dan wel worden ingeschakeld in het werk van de Hoge Raad en het Parket en, omgekeerd, dat ervaren en uitstekende raadsheren periodiek in de eerste aanleg worden ingezet om de eerstelijnsrechters van hun kennis en ervaring te laten profiteren’, zo betogen de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad.

Het argument dat de rechterlijke macht kwalitatief niet zou zijn opgewassen tegen de implementatie van onze voorstellen, is serieus te nemen als uitdrukking van zorg over de kwaliteit van de rechterlijke macht. Een fundamentele herbezinning op het procesrecht brengt uiteraard ook mee dat bezonnen wordt op de training van alle professionele procesdeelnemers, de rechters inclusief. Verantwoordelijk procederen brengt bijvoorbeeld noodzakelijkerwijze een goed opleidings- en bijscholingsprogramma voor alle betrokkenen mee. De Engelse ervaringen daarmee rond de invoering van het nieuwe procesrecht, waarover wij tijdens de expert meeting van oktober 2004 nader zijn geïnformeerd, leren ons dat zo'n programma succes kan hebben. Wij onderschrijven overigens in dat verband de suggestie van de Hoge Raad aan het slot van

---

87 Hoge Raad advies, p. 2.

het laatste citaat hiervoor. Als het accent op de eerste aanleg valt, dan zal ook daar de kwaliteit van de rechtspraak volkomen in orde moeten zijn.

Daarbij moet, in het licht van de huidige discussie binnen de rechterlijke macht over kwaliteit en kwaliteitsbewaking,<sup>88</sup> de volgende kanttekening worden gemaakt. Een goed getrainde en bijgeschoolde professional kan uiteraard zijn kwaliteit alleen bewijzen in een omgeving die hem, qua eisen aan en organisatie van zijn werkzaamheden, samenwerking met collega's en ondersteuning, daartoe in staat stelt. Kwaliteit van de rechter en van de rechtspraak is dan ook geen absolute grootheid en al helemaal geen grootheid die enkel afhankelijk zou zijn van het niveau van kennis en ervaring en de daarop gebaseerde vaardigheden van individuele rechters en ondersteunend personeel.<sup>89</sup> Het is zonder twijfel als geheel beschouwd, zoals Tonkens-Gerkema en Van Kesteren beklemtone,<sup>90</sup> vooral een organisatorisch vraagstuk. Dat vraagstuk ligt, zoals we eerder (par. 2.3.2) al hebben aangegeven, buiten ons onderzoeksterrein behoudens voorzover het betreft de inrichting van het proces en de eisen die dit aan de organisatie en de daarin werkzame personen stelt. Wij zullen er nog aandacht aan besteden als wij spreken over het case management (par. 7.1 e.v.).

## 5.9 Kwaliteit van de rechtshelper

Dan is er nog een ander aspect dat in dit verband aandacht verdient. De hier geschets- te ontwikkelingen dwingen de partijen en met name hun deskundige rechtshelpers ook in het belang van hun cliënten ertoe hun zaak zowel ten opzichte van elkaar goed uit de verf te laten komen als te anticiperen op de rechterlijke activiteiten teneinde de rechter in staat te stellen goed gefundeerd te beslissen. Goed gefundeerd betekent echter ook: in een volwaardige contradictoire context, waarin beide partijen ten opzichte van elkaar ook de informatie verstrekken die nodig is. Verschaft de ene partij informatie in het geding dan is het immers in de eerste plaats de wederpartij die door haar reactie die informatie in een bepaald licht plaatst en de dimensie geeft waardoor de rechter beter in staat is de waarde en relevantie van die informatie te bepalen. Ook dat is een aspect van de verantwoordelijkheid die partijen in het proces dragen: elkaar in

88 Wij wijzen op het kwaliteitssysteem RechtspraakQ dat wordt ontwikkeld door de Raad voor de Rechtspraak, waarover recentelijk het Jaarverslag 2004, 2.4, van de Raad en Hidma & Van der Kam 2005. Zie in dit verband de opmerkingen van M.A. Loth, 'Ingrediënten voor een ideaal gerecht. Voorbeschouwing bij de jaarvergadering van de NVvR op 4 oktober 2004', *Trema* 2004, p. 274-275. In *Trema* is in 2005 een discussie gestart over de kwaliteit van de rechtspraak naar aanleiding van opmerkingen van de advocaat-generaal N. Jörg in zijn conclusie bij HR 25 januari 2005, 01698/04, LJN AR7190. In die discussie ligt tot op heden het accent op de kwaliteit van de rechterlijke instanties en rechters. Zie in dat verband Hermans & Mevis 2005; Tonkens-Gerkema & Van Kesteren 2005; Hidma & Van der Kam 2005; Verheij 2005.

89 Zie als voorbeeld van een integrale benadering van de kwaliteit: M.J.C. Koens, 'Een kwaliteitsstatuut voor de familierechtspraak', *Trema* 2003, p. 83-89.

90 Tonkens-Gerkema & Van Kesteren 2005, p. 135-136.



de gelegenheid stellen het eigen standpunt en dat van de wederpartij zo goed mogelijk te bepalen. Wij zien deze verantwoordelijkheid terug in de gevallen dat een partij gegevens in het geding dient te brengen teneinde haar wederpartij aanknopingspunten te verschaffen bij het bewijs van de feiten waarvoor zij bewijslast heeft.

Als wij dus zeggen dat het procesrecht dient te worden gereguleerd vanuit een gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen, is dat een normatieve uitspraak ten opzichte van de partijen: zij behoren hun verantwoordelijkheden op dit punt te nemen. Zoals wij al hebben opgemerkt (par. 5.4), streven wij een meer zelfbewuste advocatuur na die haar rol volwaardig vervult. Partijen en hun rechtshelpers kunnen als het ware het ‘verloren’ terrein terugwinnen door in te spelen op die aan hen toegeedeelde verantwoordelijkheden. Dat vergt evenwel niet alleen veel ervaring maar ook een gerichte procestraining en bijscholing die uitstijgt boven het basale niveau van de beroepsopleiding voor stagiaires.

## **5.10 Sancties en prikkels**

### *5.10.1 Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>91</sup>

‘Ten aanzien van de sancties op ontoelaatbaar procesgedrag verdient uitbreiding van de in art. 237 Rv gegeven bevoegdheid om de nodeloos aangewende of veroorzaakte proceskosten voor rekening te laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte, overweging. Voorts moet worden onderzocht of de dwangsom als prikkel tot medewerking kan worden ingevoerd. (6.4)’

### *5.10.2 Reacties*

Op ons voorlopig standpunt is het volgende commentaar gekomen.

De Raad voor de Rechtspraak merkt in zijn advies het volgende op.<sup>92</sup> De Raad heeft zijn twijfels over de wenselijkheid van het voorstel meer mogelijkheden in het leven te roepen om partijen te sanctioneren voor hun houding in de procedure en in de fase die daaraan voorafgaat. Voorkomen moet worden dat het verloop van de procedure en/of de preprocesuele fase een zelfstandig onderwerp van het geding wordt dat het materiële geschil overschaduwet. Het huidige recht biedt in de visie van de Raad voldoende mogelijkheden om partijen op dit punt te sturen en te sanctioneren, bijvoorbeeld in

<sup>91</sup> Interimrapport, par. 6.6.

<sup>92</sup> Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 7.4.

de vorm van een proceskostenveroordeling als een partij niet of volledig onvoorbereid op een comparitiezitting verschijnt. Het effect van een proceskostenveroordeling zou overigens versterkt kunnen worden door een verhoging van het liquidatietarief, de introductie van de mogelijkheid van een (hoge) forfaitaire proceskostenveroordeling of een veroordeling in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. In het kader van ons eindrapport zouden wij nader onderzoek kunnen doen naar de effecten van de verschillende vormen van proceskostenveroordeling. Buiten de proceskostenveroordeling en niet-ontvankelijkheid bestaat er naar het oordeel van de Raad geen behoefte aan de uitbreiding van het sanctiestelsel.

Volgens de auteurs van het rapport *Balanceren en vernieuwen* zou, om de haalbaarheid te beoordelen van sancties als middel om een goed verloop van de procedure te waarborgen, kunnen worden bekeken welk empirisch materiaal er is over de Anglosaksische ‘contempt of court’ regeling en andere sancties. Een veel gesignaleerd probleem is dat rechters zulke sancties niet, of niet consequent, toepassen. Als geïnvolveerde professional wil de rechter in de eerste plaats recht doen, en is hij niet bereid partijen op dat punt tekort te doen, dan wel partijen ‘de dupe’ te laten worden van hun advocaat. Het langetermijndoel – disciplineren van de advocatuur – heeft op korte termijn negatieve consequenties voor iets dat de kern van de professionaliteit van de rechter – recht doen – raakt. Een Amerikaans onderzoek van alle gepubliceerde beslissingen over sancties door rechters op advocatengedrag bevestigt dit: rechters lijken vooral in te grijpen wanneer het gedrag sterk relevant is voor de kernfunctie van het geven van goede beslissingen. Hoewel rechters bredere bevoegdheden hebben, lijken zij niet geneigd die te gebruiken; waarbij zij ook meewegen dat het doen van ‘fact-finding’ en het geven van ‘due process’ aan de advocaat een extra aanslag op de tijd en middelen van het gerecht doen, aldus dit rapport.<sup>93</sup>

### 5.10.3 *Nadere standpuntbepaling*

De suggestie van de Raad voor de Rechtspraak dat wij onderzoek zouden doen naar de effecten van de verschillende vormen van kostenveroordeling hebben wij niet opgevolgd aangezien een dergelijk onderzoek, dat mede rechtsvergelijkend zou dienen te zijn, met het oog op het daarmee gepaard gaande tijdsbeslag, niet zou passen binnen de overeengekomen tijdsduur van ons onderzoek.<sup>94</sup> Wij bevelen het verrichten van zulk onderzoek, evenals onderzoek zoals door het rapport *Balanceren en vernieuwen* gesuggereerd, wel aan, omdat wij overigens in de hiervoor weergegeven beschouwingen geen aanleiding vinden ons voorlopig standpunt te herzien.

<sup>93</sup> *Balanceren en vernieuwen*, par. 6.3.

<sup>94</sup> Wij verwijzen ook naar wat wij hebben opgemerkt aan het slot van Hoofdstuk 1.

De twijfels van de Raad die gevoed worden door de vrees dat het materiële geschil wordt overschaduwd door processuele geschillen over het (pre)processueel gedrag van partijen, zijn op zichzelf begrijpelijk. Evenzeer herkennen wij de – in het verlengde daarvan liggende – observaties van het rapport Balanceren en vernieuwen over de rechterlijke attitude ten aanzien van het toepassen van sancties. Een en ander vormt naar wij menen een extra reden om over te gaan tot onderzoek zoals gesuggereerd, omdat de rechterlijke attitude ten aanzien van het opleggen van sancties niet voortspuit uit de ervaring dat zulke sancties geen enkele (generaal)preventieve werking hebben – wij gaan er vooralsnog van uit dat zij die wél hebben<sup>95</sup> – maar is gebaseerd op de aan professionals eigen behoefte om de zaak zelf niet te belasten met, of met wat wordt beschouwd als, bijkomende kwesties.

Wij verwachten overigens niet dat het eventueel opleggen van sancties of toepassing van dwangmiddelen de lopende instantie disproportioneel zal belasten, omdat enerzijds sancties in de sfeer van de proceskostenveroordeling bij de einduitspraak zullen worden getroffen en, voorzover sprake is van het toepassen van een dwangsom, dit in de regel bij tussenuitspraak zal geschieden en, nadat daaraan voorafgaande een kort te houden debat uiteraard mogelijk zal zijn geweest, de uitsluiting van het tussentijds instellen van beroep verdere vertraging zal voorkomen. Een gepaste slagvaardigheid van de rechter zal hier bovendien slepende incidenten kunnen voorkomen.

### 5.11 Concrete aanbevelingen

- a De rechter dient bevoegd te zijn ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom een feitelijke of rechtsgrond die hij in de stellingen van een partij niet heeft aange troffen, niet is aangevoerd, als hij dat van belang vindt voor de beoordeling van de zaak. Maakt de wederpartij bezwaar tegen het alsnog aanvoeren van die grond, dan zal de rechter, gelet op dat bezwaar en aan de hand van de aan de goede procesorde ontleende maatstaven, daarop hebben te beslissen.
- b Waar de rechten en belangen van derden in het geding zijn, is de rechter bevoegd ambtshalve die rechten en belangen aan de orde te stellen teneinde met de partijen te bezien of die derden in het geding betrokken zouden moeten worden. Voor het overige verwijzen wij hier naar wat wij over derden in het geding opmerken in paragraaf 8.3.4 en de aanbeveling in paragraaf 8.3.5 onder b.
- c Indien de rechter de rechtsgronden meent te moeten aanvullen (art. 25 Rv) zal hij partijen daarop eerst dienen te horen. Blijkt dan een aanpassing van de feitelijke grondslag nodig en wenst de desbetreffende partij daartoe (alsnog) over te gaan, dan zal de rechter dat in beginsel moeten toestaan tenzij die aanpassing het proces

---

<sup>95</sup> Zoals wij al in par. 5.7 hebben laten blijken. Zo ook Storme 2004, p. 152 r.k.-153 l.k. die ook de dwangsom als middel tot afdwinging van processuele verplichtingen aanvaardt.

onredelijk zou vertragen of de wederpartij onevenredig in haar processuele positie zou benadelen.

- d De organisaties van rechtshulpverleners dienen nauw te worden betrokken bij en mede verantwoordelijkheid te dragen voor de totstandkoming en inhoud van de regelgeving, zoals bijvoorbeeld die ten aanzien van de rol, de voorbereiding van de mondelinge behandeling en bewijsverrichtingen, en daartoe dienen structurele overleg- en beslissingsgremia in het leven te worden geroepen.
- e Er dient een loopbaanbeleid binnen de rechterlijke macht te worden ontwikkeld dat het mogelijk maakt dat jonge rechters zekere tijd kunnen meedraaien in een gerechtshof en dat goede en ervaren raadsheren in een gerechtshof stimuleert weer deel te nemen aan de rechtspraak in eerste aanleg.
- f Er moeten middelen worden ontwikkeld (in de sfeer van kostenveroordeling, bonussen, kortingen op het vastrecht e.d.) om partijen en hun rechtshelpers tot een coöperatieve proceshouding te stimuleren. Er dient in verband met de sanctionering van ontoelaatbaar procesgedrag onderzoek te worden verricht naar de effecten van de verschillende vormen van kostenveroordeling.

# 6 De voorfase

## 6.1 Algemeen

### 6.1.1 *Ons voorlopig standpunt*

In hoofdstuk 7 van het Interimrapport hebben wij aandacht besteed aan de verhouding tussen de partijen in de fase die, vanuit de procedure bezien, daaraan is voorafgegaan (de voorfase). Ten aanzien van de algemene uitgangspunten hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>96</sup>

‘Zodra partijen in een geschil zijn betrokken staan zij in een verhouding tot elkaar die normerend moet zijn voor hun gedrag. Zij dienen dan in elk geval rekening te houden met elkaars belangen met het oog op de beëindiging van hun geschil en hun geschil niet nodeloos te laten escaleren maar integendeel te proberen het in der minne te beëindigen.

Zij moeten elkaar in verband met het geschil niet meer schade berokkenen dan strikt nodig is voor de handhaving van het eigen belang dat bij het geschil betrokken is en verdere schade zoveel mogelijk voorkomen en waar mogelijk beperken.

De voorfase moet er ook voor dienen om de feitelijke grondslag van het geschil zo snel mogelijk duidelijk te krijgen, doordat partijen elkaar snel en zo volledig mogelijk informeren over het eigen standpunt en de feiten waarop dat berust. Voorkomen van escalatie en het verkrijgen van beter inzicht is het parool. Daarmee gaat een heroverweging van het eigen inzicht gepaard. Daarvoor moet ruimte zijn. Met het oog hierop zouden met name institu-

---

<sup>96</sup> Interimrapport, par. 7.5.

tionele partijen algemene procesvoorwaarden en gedragscodes moeten hebben voor het behandelen van geschillen.’

### 6.1.2 *Reacties*

Een algemeen punt van kritiek is dat de optuiging van het proces en de daarmee gepaard gaande verhoging van kosten voor partijen nodeloos kunnen blijken te zijn.<sup>97</sup> Hiermee wordt geduid op wat ook wel wordt genoemd ‘frontloading of costs’, het naar voren brengen van kosten die anders wellicht niet gemaakt zouden zijn.

De Adviescommissie wijst in dit verband op het volgende.<sup>98</sup> Zij onderscheidt (met erkenning van gradaties) twee systemen van procesrecht. Men kent de Angelsaksische systemen die de nadruk leggen op de verplichting van partijen om vóórdat de zaak aan de rechter wordt voorgelegd, hun stellingen en de onderbouwing daarvan zo (veel) mogelijk volledig tot klaarheid te brengen. Daarnaast bestaan de systemen die ervan uitgaan dat de rechter, nadat partijen het geschil in grote lijnen hebben uiteengezet, bepaalt hoe de geschilpunten verder zullen worden onderzocht. In het laatste geval moet de rechter dan (vooral) beoordelen welke stappen vermoedelijk het snelste en het meest efficiënt tot de gewenste beslissing kunnen leiden. Dit laatste noemt de Adviescommissie het ‘trechtermodel’. Zij meent dat aan dit model, dat onder meer het Nederlandse is, grote voordelen op het punt van efficiëntie zijn verbonden. Zij vreest dat in onze benadering materie door de rechter aan de orde gesteld zal kunnen worden die via het trechtermodel buiten beschouwing zou zijn gebleven.

### 6.1.3 *Nadere standpuntbepaling*

Onze voorstellen beogen geen ‘optuiging’ van het proces maar het aanbieden van middelen en faciliteiten die naar keuze kunnen worden ingezet en het verstrekken van routekaarten om procedures te voorkomen of voor te bereiden (pre-action protocols). Kosten die daardoor worden verschoven naar die fase verdienen zich terug door vermindering van kosten van nodeloze, en het bereiken van kostenbesparingen in onvermijdelijke procedures. Het zal duidelijk zijn dat eenvoudige geschillen, voorzover die al bij de rechter komen, niet de inzet van zware middelen in de voorfase vereisen, maar complexe procedures weer wel, zoals wij in paragraaf 8.5.4.6 zullen betogen in verband met ons voorstel tot de invoering van een (verplichte) preprocesuele comparitie in zulke procedures. Het zal dus een kwestie zijn van behoefte in het gegeven geval of in bepaalde categorieën van gevallen en van een gedifferentieerde aanwending van de geboden middelen, een en ander uiteraard mede op basis van een afweging van het

<sup>97</sup> Zie met name Snijders 2003, nr. 6.

<sup>98</sup> Adviescommissie, nr. 9.

belang van de zaak, de met zulke middelen gemoeide tijd en kosten en de te verwachten resultaten, waaronder tijd- en kostenbesparingen als gevolg van het voorkomen of bekorten van een eventuele (tijdrovende en kostbare) procedure.

Het door de Adviescommissie geprezen trechtermodel voorkomt, zoals in de praktijk blijkt, als zodanig niet dat partijen de neiging hebben erg veel aan de orde te stellen dat niet relevant is ('niet geschoten altijd mis'). Bovendien voorkomt het evenmin dat, zoals de ontwikkeling van het procesrecht al heel lang toont, de rechter zich genoodzaakt voelt meer activiteiten te ontplooiën om de basis te scheppen voor een verantwoorde beslechting van het geschil. Soms lijkt de activiteit van de partijen meer tot een omgekeerde trechter te leiden. Maar het model kan op zichzelf uiteraard onderschreven worden omdat het een illustratie is van waartoe het selectieproces door partijen en rechter, als het tenminste goed verloopt, moet leiden. Wil die selectie effectief verlopen dan is essentieel dat (a) de partijen hun zaak zo goed hebben voorbereid dat voor de beslechting van hun geschil relevante gegevens en aangelegenheden ook daadwerkelijk boven tafel zijn gekomen en (b) de rechter juist door die goede voorbereiding door partijen snel en efficiënt samen met de partijen kan nagaan welke geschilpunten en gegevens relevant zijn en welke niet, welke informatie eventueel nog ontbreekt en welke juridische aspecten alsnog in het geding moeten worden betrokken om een verantwoorde beslissing voor te bereiden en tegelijkertijd de zaak zo nodig tot hanteerbare proporties te brengen. Een goede voorbereiding en een daarop gebaseerde activiteit van rechter en partijen leidt zonder twijfel tot de gewenste trechter.

## 6.2 Conservatoir beslag

### 6.2.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>99</sup>

‘Teneinde escalatie door dwangmaatregelen in de voorfase te verminderen, dient voortijdige conservatoire beslaglegging te leiden tot een verplichting tot vergoeding van de als gevolg daarvan door de beslagene geleden schade.’

### 6.2.2 *Reacties*

De Adviescommissie meent dat een zwaardere inhoudelijke toetsing van verzoeken om beslagverlof niet effectief mogelijk is. De rechter kan een ex-parte gedaan verzoek nu eenmaal, zeldzame uitzonderingen daargelaten, niet deugdelijk op al zijn merites beoordelen. Beteugeling van excessieve conservatoire beslagen door een kritischer

<sup>99</sup> Interimrapport, par. 7.5.

toetsing van de begroting van de bedragen waarvoor beslagverlof wordt gevraagd, en door een minder terughoudende benadering van de aansprakelijkheid wegens excessief beslag, verdient wel nadere overweging. De Adviescommissie zou voorts onderzocht willen hebben of het effect van conservatoir derdenbeslag kan worden beperkt tot het (begrote) bedrag waarvoor het beslag gelegd is, mede gelet op de mogelijkheid van later nog te leggen beslagen.

De Commissie Burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten<sup>100</sup> heeft ten aanzien van ons voorstel om ontijdige conservatoire beslaglegging te laten leiden tot een verplichting tot schadevergoeding opgemerkt dat men niet wilde tornen aan de thans bestaande mogelijkheid om conservatoire maatregelen te nemen. Het bestaande systeem werkt in het algemeen goed en dan moet men het zo laten. In de praktijk van alledag blijken vele partijen geneigd te zijn zo mogelijk goederen aan verhaal te onttrekken; er is geen reden om die mogelijkheid te faciliteren. Bij de consultatieronde onder de advocaten bleken geen voorstanders te vinden voor verandering van het conservatoir beslag. Het beslag wordt ervaren als een snel middel om partijen om de tafel te krijgen en een oplossing van het geschil te betrachten. Er wordt weinig misbruik van gemaakt. Bovendien is er het kort geding om onjuiste beslaglegging op te heffen. Sommige advocaten waren van mening dat een betere motivering van het verzoek tot beslaglegging en een betere toets door de rechter een goede zaak zouden zijn.<sup>101</sup>

### 6.2.3 *Nadere standpuntbepaling*

Gelet op de hiervoor geciteerde opmerkingen zien wij geen aanleiding ons voorlopig standpunt te wijzigen. Wij beogen immers geen wijziging van het bestaande systeem van conservatoire beslaglegging en de mogelijkheid van opheffing daarvan in kort geding, maar een grotere bewustwording van de soms al te scherpe kanten van ons beslagvriendelijke systeem en een aanscherping van de sancties op prematuur beslag. Wij onderschrijven de gedachte van zowel de Adviescommissie als van enige advocaten om de verloftoetsing wat meer inhoud te geven dan veelal gebruikelijk is.

---

100 NOvA rapport, nr. 16.

101 Verslag van de drie symposia over de Fundamentele herbezinning van het Nederlands burgerlijk procesrecht te Utrecht, Zwolle en Eindhoven, meegezonden bij NOvA brief 2004, p. 6-7.



### 6.3 De preprocesuele comparitie

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>102</sup>

‘Er dient, los van het voorlopig getuigenverhoor, een mogelijkheid van een preprocesuele schikkingscomparitie te worden geopend.

Indien een procedure onafwendbaar lijkt dient de invoering van de mogelijkheid om vóór de procesinleiding een preprocesuele conferentie tussen partijen en rechter te houden, te worden overwogen.’

#### 6.3.1 *Reacties*

Opgemerkt is dat de rechter niet goed in staat is partijen in een preprocesuele comparitie van dienst te zijn omdat hij in dat stadium niet voldoende geïnformeerd zal zijn.<sup>103</sup>

#### 6.3.2 *Nadere standpuntbepaling*

Uiteraard zal een preprocesuele comparitie weinig efficiënt verlopen en weinig effectief zijn indien de rechter in het duister moet tasten ten aanzien van de problemen die tussen de partijen spelen en wat van hem wordt gevraagd. Teneinde hieraan tegemoet te komen stellen wij voor van de partijen te verlangen dat zij gezamenlijk of ieder van hen een stuk indienen waarin hun geschil wordt omschreven en waarin nauwkeurig wordt aangegeven op welke punten de rechterlijke tussenkomst wordt verzocht. Aansluiting kan hier worden gezocht bij het bestaande art. 96 Rv, dat het geval betreft dat partijen aan een kantonrechter naar hun keuze een beslissing in hun geschil vragen, bij de comparitie na voorlopig getuigenverhoor (art. 191 Rv), bij de praktijk van de welwillendheidsbeslissingen<sup>104</sup> en het kort geding.

---

<sup>102</sup> Interimrapport, par. 7.5.

<sup>103</sup> Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 2; Adviescommissie, nr. 7, 9 en 15; NVvR advies, nr. 22.

<sup>104</sup> Verwezen wordt hier naar HR 15 juni 1972, *NJ* 1973, 218 (benoeming arbiters is een welwillendheidsbeslissing); Hof Den Haag 13 december 2001, *NJ* 2002, 290 (Gemeente verzoekt aan de rechtbank benoeming van deskundigen op de voet van art. 23 en 24 Algemene Voorwaarden inzake uitgifte erfpacht); Rb. Zutphen 21 december 2001, *NJ* 2002, 250 (benoeming door de kantonrechter van een bindend adviseur ingevolge geschillenregeling aandeelhouders BV); Hof Den Bosch 22 april 2003, *JPr* 2003, 74 (S.C.J.J. Kortmann) (benoeming van deskundigen door de kantonrechter op verzoek van een vennootschap).

Ons staat een faciliterende rechter voor ogen: een rechter tot wie partijen zich kunnen wenden teneinde door bemiddeling een procedure te voorkomen,<sup>105</sup> voorlopige bewijsmaatregelen te entameren of eventueel een beslissing te verkrijgen.<sup>106</sup> De vrijwilligheid moet hier waarborgen dat partijen bereid zijn de comparitie en het vervolg efficiënt te laten verlopen. Dit laat uiteraard onverlet de mogelijkheid om door beslag en/of kort geding dwang jegens elkaar uit te oefenen.<sup>107</sup>

## 6.4 Preprocessuele protocollen, gedragsregels en -codes

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>108</sup>

‘De introductie van pre-action protocols en offers to settle naar Engels voorbeeld kan worden overwogen, maar voorzienbaar is dat voor het succes van de offers to settle het stelsel van de kostenveroordeling zal moeten worden herzien.’

### 6.4.1 *Reacties en ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

Op ons voorstel om preprocessuele protocollen in te voeren is nauwelijks commentaar geleverd. De Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht<sup>109</sup> verklaarde zich ertegen vanwege de hiervoor reeds besproken, door haar beklemtoonde voordelen van het ‘trechtermodel’ en het gevaar dat in de voorfase te veel zinloos werk zou moeten worden verricht. Vanwege dit kostenaspect lijkt ook de Commissie Burgerlijk Procesrecht van de NOvA<sup>110</sup> geen voorstander te zijn van pre-action protocols.

De Minister van Justitie heeft in zijn brief aan de Tweede Kamer van 27 oktober 2004 met betrekking tot het programma ‘Bruikbare rechtsorde’<sup>111</sup> het belang van

105 Wij verwijzen naar de beschouwingen van Snijders, Ynzonides & Meijer 2002, p. 91-92, in verband met art. 96 Rv.

106 Vergelijk in dit verband niet alleen het al genoemde art. 96 Rv, maar ook de praktijk van het kort geding, zoals deze zich heeft ontwikkeld.

107 Ons voorstel wijkt door de vrijwilligheid af van het voorstel van De Groot (De Groot 2005) tot invoering van een procedure tot ‘buitengerechtelijke’ afdoening door de rechter van deelgeschillen in letschadezaken, waarbij ‘buitengerechtelijk’ betekent dat een snelle en eenvoudige en zo goedkoop mogelijke gerechtelijke procedure wordt ingevoerd, die weliswaar los van de gewone bodemprocedure staat maar die een voorlopige, maar niettemin bindende – en voor appel vatbare – voorziening biedt ter beslechting van tijdens onderhandelingen opkomende deelgeschillen.

108 Interimrapport, par. 7.5. Zie ook onze opmerking hierboven in 4.4.2 onder (b) dat in de voorfase behalve mediation nog veel meer mogelijkheden dienen te bestaan om het geschil op te lossen dan wel niet te laten ontsporen alvorens het aan de overheidsrechter voor te leggen.

109 Adviescommissie, nr. 15.

110 NOvA rapport, nr. 16.

111 Brief Minister van Justitie van 27 oktober 2004, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 279, nr. 17, onder ‘voor wat betreft de verhouding tussen burgers’. Zie voor de nota Bruikbare Rechtsorde hiervoor noot 42.

zelfregulering door middel van gedragscodes, standaardregelingen en vergelijkbare instrumenten beklemtoond, waarbij hij met name ook heeft gewezen op het project met betrekking tot de preprocesuele behandeling van letselschades.<sup>112</sup> Ook in zijn brief aan de Tweede Kamer van 19 april 2004, waarbij hij zijn notitie ‘Mediation en het rechtsbestel’ heeft aangeboden, heeft de minister het belang van het voorkomen van conflicten door het bieden van zekerheid vooraf in de vorm van gedragscodes en rules of best practices onderstreept. Hij haalt in die brief ook als ondersteuning voor zijn streven om zo veel mogelijk te voorkomen dat conflicten escaleren, juridiseren en bij de rechter terechtkomen, ons Interimrapport aan waar wij de zeeffunctie van de voorfase ter voorkoming van onnodige processen aan de orde hebben gesteld.<sup>113</sup>

Eenzelfde toonzetting heeft de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 26 september 2005<sup>114</sup> waarin de reactie van het kabinet is verwoord op het RMO advies Toegang tot Recht van 2004.

Met betrekking tot procedures tegen de media worden in de literatuur juist wel pre-action protocols en offers to settle bepleit.<sup>115</sup>

#### 6.4.2 *Nadere standpuntbepaling*

Het is wenselijk dat voor bepaalde soorten zaken protocollen (regelingen) tot stand worden gebracht die ertoe dienen om vroegtijdige en gestructureerde uitwisseling van informatie tussen partijen te verzekeren teneinde een betere basis voor een preprocesuele schikking te bieden. Dat aldus ook een eventuele procedure beter wordt voorbereid, is een effect dat niet onderschat moet worden, zeker niet als bedacht wordt dat die voorbereiding ook een steviger basis geeft voor de totstandkoming van een schikking in de procedure door bemiddeling van de rechter.<sup>116</sup> Zulke protocollen geven aldus inhoud en vorm, maar ook steun aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en rechter voor het proces.

De vraag is vervolgens wie dergelijke protocollen tot stand dient te brengen. Bij ons behoef dat niet noodzakelijkerwijze in alle gevallen te gebeuren door of onder (eind)verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht. Het ligt meer voor de hand om, aansluitend bij het bestaande landschap van institutionele, buitengerechtelijke, geschiloplossing en -beslechting (met name door klachten- en geschillencommissies)

---

112 Zie hierna noot 117.

113 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 528, nr. 1.

114 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 279, nr. 31, met name in 3.1 en 3.2.

115 Van Harinxma thoe Slooten 2005.

116 Ook in Engeland worden de pre-action protocols in de eerste plaats gezien als instrumenten om ‘early but well-informed settlements which genuinely satisfy both parties to a dispute’ te bereiken. Zie het Final Report van Lord Woolf, Access to Justice – Final Report, Juli 1996, 10.1-6; het rapport is gepubliceerd op de site [www.dca.gov.uk](http://www.dca.gov.uk) doorklikken via Publications en vervolgens Reports and reviews (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006).

in ons land en de ontwikkelingen die plaatsvinden met betrekking tot het opstellen van gedragscodes en regelingen,<sup>117</sup> het opstellen van een protocol over te laten aan de partijen in de maatschappij die bij het desbetreffende soort zaken betrokken zijn. Dit betekent dat in de eerste plaats gedacht dient te worden aan protocollen in zaken waarin steeds of bijna altijd institutionele repeat-players aan ten minste één kant staan, zoals verzekeraars.

Voor welke gevallen protocollen opgesteld zullen moeten worden en wie daartoe het initiatief dient te nemen, kan eveneens worden overgelaten aan de partijen die daarbij het meeste baat hebben. Men kan met enkele veelvoorkomende gevallen beginnen, zoals op het terrein van de letselschade.<sup>118</sup> Zo nodig kan aan de Raad voor de Rechtspraak een initiërende en eventueel coördinerende rol worden toegedeeld. Men kan ook denken aan de instelling van een permanente gemengde commissie van leden van de rechterlijke macht, advocaten en andere rechtshulpverleners alsmede vertegenwoordigers van de betrokken repeat-players.<sup>119</sup>

Een kwestie die uiteraard regeling behoeft is de binding aan het protocol en de sanctie op niet-naleving.

Aanknopend bij de protocollen die worden opgesteld voor zaken waarin ten minste aan één kant institutionele repeat-players optreden, zou door een systeem van zelfbinding de naleving van een protocol op het terrein van bijvoorbeeld beroepsaansprakelijkheidszaken of ongevallen-letselschadezaken de facto worden afgedwongen. Een systeem van algemeen-verbindendverklaring van een protocol zou ook kunnen

---

117 Wij verwijzen bijvoorbeeld naar de diverse regelingen van het Verbond van Verzekeraars, zoals de Bedrijfsregeling 7 (schuldloze derde en WAM) en de Bedrijfsregeling 15 (letselschade), beide gepubliceerd op de website [www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl) onder Publicaties, doorklikken via Downloads, Regelingen, Overig en Bedrijfsregelingen motorrijtuigen (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006); zie voorts de Gedragscode persoonlijk onderzoek van het Verbond van Verzekeraars, te vinden op de website [www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl) onder Downloads en Gedragscodes, Gedragscode verwerking persoonsgegevens financiële instellingen, Bijlage IV (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006); de Normen Snelheid Aansprakelijkheidstraject voor verkeersslachtoffers en de Normen Snelheid Schaderegelingstraject voor verkeersslachtoffers van het Nationaal Platform Personenschade, gepubliceerd op de website [www.npp.nl/moxie/richtlijn/index.shtml](http://www.npp.nl/moxie/richtlijn/index.shtml) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006), alsmede het concept Gedragscode behandeling letselschade (versie 3, mei 2005) van het project Procedurele Normering Personenschade (zie NJB 2005, p. 1172-1173), te vinden op de website <http://rechten.uvt.nl/normering> (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006).

118 In Engeland kent men thans (december 2005) de volgende pre-action protocols: pre-action protocol for the construction and engineering disputes; pre-action protocol for defamation; pre-action protocol for disease and illness claims; pre-action protocol for housing disrepair cases; pre-action protocol for judicial review; pre-action protocol for professional negligence; pre-action protocol for personal injury claims; pre-action protocol for the resolution of clinical disputes. 40<sup>th</sup> Update van de Civil Procedure Rules van oktober 2005, gepubliceerd op de website: [www.dca.gov.uk/civil/procrules\\_fin/menus/protocol.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006).

119 Vgl. de gemengde, door de NVvR en de NOvA ingestelde Commissie-Punt die in haar rapport van 1995 het versneld regime heeft voorgesteld.

worden overwogen.<sup>120</sup> Daarmee zijn dan de niet-institutionele wederpartijen ook gebonden en kan de rechter ook ten nadele van hen rekening houden met hun toerekenbare non-compliance, waarbij hij de mogelijkheid heeft om gedragingen van partijen ook inhoudelijk aan het protocol te toetsen en dit met het oog daarop zo nodig uit te leggen.

Het volgen van een protocol dient naar onze mening niet optioneel/vrijblijvend te zijn. Het toerekenbaar niet volgen ervan kan consequenties hebben in de procedure, bijvoorbeeld in de sfeer van het case management (termijnstellingen), de bewijslastverdeling en de kostenveroordeling. Een belangrijke kanttekening hierbij is dat men in Engeland een steekspel in de procedure over de vraag of een protocol (voldoende) is nageleefd, beoogt te voorkomen doordat de Practice Direction – Protocols onder 2.2 bepaalt: ‘The court will expect all parties to have complied in substance with the terms of an approved protocol.’ Klachten over kleine of technische schendingen van het protocol worden beschouwd als ‘going against the spirit of the policy behind the protocols.’<sup>121</sup> Deze vingerwijzing dient ook bij ons ter harte te worden genomen.

## 6.5 Voorlopige bewijsverrichtingen

### 6.5.1 *Reacties*

De Raad voor de Rechtspraak bepleit in zijn advies naar aanleiding van het Interimrapport<sup>122</sup> de toegang tot het voorlopig getuigenverhoor te beperken. Hij baseert dit op het volgende. In de huidige procespraktijk laat het voorlopig getuigenverhoor een ongewenste ontwikkeling zien. Partijen gebruiken het voorlopig getuigenverhoor nogal eens als een fishing expedition zonder uitzicht te hebben op een mogelijke procedure. Bovendien kiezen sommige partijen voor een voorlopig getuigenverhoor omdat hiermee tegen de laagste kosten kan worden geprocedeerd. De inrichting van het voorlopig getuigenverhoor verhindert echter een doeltreffend en doelmatig gebruik. Het komt regelmatig voor dat partijen tijdens een voorlopig getuigenverhoor grote aantallen getuigen laten oproepen zonder dat de rechter een verzoekschrift heeft dat duidelijk maakt welk geschil ten grondslag ligt aan het voorlopig getuigenverhoor. Hierdoor is het voor de rechter moeilijk om leiding te kunnen geven aan het voorlopig getuigenverhoor, heeft die rechter onvoldoende aanknopingspunten voor de bevraging van getuigen en om, voorzover daar bij partijen behoefte aan bestaat, op een preprocesuele schikking tussen partijen te kunnen aansturen. Ook is het in deze fase moeilijk om het horen van getuigen te weigeren, terwijl vaak op voorhand niet valt in

---

120 Vergelijk het stelsel van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, Stb. 2005, 340 en daarover 8.5.4.3.

121 Zuckerman 2003, 1.111.

122 Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 2.

te zien waarom bepaalde getuigen moeten worden gehoord. Hiermee gaat kostbare tijd verloren. Bovendien heeft de rechter er geen zicht op of er een procedure aanhangig gemaakt zal worden en langs welke lijnen deze zich zal ontwikkelen. Het voorlopig getuigenverhoor heeft veelal een minimaal of onduidelijk resultaat waarvoor de rechter en partijen een grote (tijds)inspanning hebben moeten leveren. Een en ander geldt grosso modo, weliswaar in mindere mate, ook voor het voorlopig bericht of verhoor van deskundigen, aldus de Raad.

### 6.5.2 *Ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

De Commissie verbetervoorstellen komt op overeenkomstige gronden – waaraan zij toevoegt dat sommige partijen kiezen voor een voorlopig getuigenverhoor omdat hiermee tegen de laagste kosten een procedure bij de rechter kan worden gestart – tot de volgende voorstellen tot verbetering:<sup>123</sup> (1) het in de wet beperken van het voorlopig getuigenverhoor tot alleen die gevallen waarin niet kan worden gewacht op een eventuele bewijsopdracht in de procedure; (2) het in de wet beperken van het voorlopig getuigenverhoor tot zaken met een belang groter dan € 5000, en (3) het verhogen van het griffierecht voor verzoeken tot voorlopig getuigenverhoor of voorlopig bericht of verhoor van deskundigen. Oneigenlijk en voor de rechtspraak tijdrovend gebruik van het voorlopig getuigenverhoor kan hierdoor volgens de Commissie worden tegengegaan.

### 6.5.3 *Nadere standpuntbepaling*

#### 6.5.3.1 *Voorlopig getuigenverhoor*

Wij betwijfelen of de hiervoor genoemde voorstellen een verbetering zullen opleveren. Zaken met een belang groter dan € 5000 zijn er vele en bovendien is voorstelbaar dat juist bij de grotere zaken (a) de fishing expeditions meer zullen voorkomen dan in de kleinere (wij beschikken evenwel niet over onderzoeksresultaten op dit punt) en (b) de verhoren in grotere zaken relatief tijdrovend zijn en de bewijsthema's niet per definitie duidelijker omljnd.

De mogelijkheden om onnuttige voorlopige getuigenverhoren tegen te houden zijn door de Hoge Raad vergroot doordat de criteria voor afwijzing van een voorlopig getuigenverhoor nader zijn gedefinieerd en nu even ruim zijn als voor de afwijzing van een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht.<sup>124</sup> Hierdoor heeft de rechter al veel armslag gekregen om zulke verzoeken tot voorlopige bewijsver-

<sup>123</sup> Commissie verbetervoorstellen 5.3.

<sup>124</sup> HR 11 februari 2005, *RvdW* 2005, 27; *JPBr* 2005, 21 (E.F. Groot).

richtingen af te wijzen. Dat betekent dat voorafgaande aan of tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek de rechter extra informatie kan vragen aan de verzoevende partij teneinde meer duidelijkheid over het bewijsthema en meer inzicht in de te verwachten duur en omvang van de verhoren c.q. het deskundigenonderzoek te verkrijgen en bij gebreke van de verschaffing daarvan, het verzoek als strijdig met de goede procesorde kan afwijzen. Er is dus op basis van de huidige rechtspraak voldoende ruimte om hier een beleid te voeren waardoor enerzijds deze voorlopige bewijsverrichtingen hun nuttige functie kunnen blijven behouden en anderzijds partijen worden gestimuleerd verzoeken daartoe deugdelijk te onderbouwen.

### 6.5.3.2 *'Disclosure of documents'*

Naar aanleiding van wat hiervoor is gezegd in verband met de voorlopige bewijsmaatregelen en de wens van de Raad voor de Rechtspraak de toegang daartoe te beperken, willen wij beklemtonen dat het juist van belang is dat partijen over en weer en zo nodig ook ten opzichte van derden aanspraak kunnen maken op de informatie die nodig is om het proces goed voor te bereiden, te voeren en eventueel na een feitelijk goed gefundeerde inschatting van een toekomstige procespositie te voorkomen. Dat is tevens een belang van een goede rechtspraak. Uiteraard moeten de sluisen niet worden opengezet naar kostbare bewijsverrichtingen en moet een excessieve 'frontloading of costs' worden voorkomen. Daarmee zou de toegankelijkheid van het proces qua tijdsduur en kosten in gevaar kunnen komen en het paard achter de wagen worden gespannen. Maar in dit verband vragen wij aandacht voor het volgende.

De vraag is actueel of ons procesrecht niet beter geëquipeerd dient te zijn ten aanzien van de gedwongen 'disclosure of documents'.<sup>125</sup> Dit houdt in dat een partij of een derde verplicht is ten aanzien van bepaalde stukken die 'disclosable' zijn mee te delen dat hij ze in zijn bezit heeft, wat als gevolg heeft dat de partij ten opzichte van wie de disclosure plaatsvindt het recht heeft de betrokken documenten in te zien. Het is een onderwerp dat wij in het Interimrapport niet rechtstreeks hebben aangeroerd, doch zijdelings hebben vermeld bij de bespreking van het Engelse recht in hoofdstuk 7.<sup>126</sup> Het Engelse recht kent gedetailleerde regelingen ten aanzien van disclosure die aan een procedure voorafgaat (pre-action disclosure) en disclosure die plaatsvindt nadat de procedure is begonnen. Het gaat dan niet alleen om disclosure door de wederpartij maar ook om de

---

<sup>125</sup> Zie hierover Storme 1994, p. 97, en voorts het daar opgenomen ontwerp Europese richtlijn voor discovery: art. 4.1.1-4.5.2 op p. 195-198 met toelichting op p. 128-135. De Tombe-Grootenhuis 2000 bepleit voor ons land eveneens een preprocesuele disclosure op het voetspoor van de door haar in noot 7 en 8 genoemde auteurs. Vergelijk ook Ekelmans 2005 die met zijn pleidooi voor een ruime uitleg van art. 843a Rv de disclosure *tussen partijen* (dus niet ten aanzien van derden) dicht nadert.

<sup>126</sup> Interimrapport 7.3.1.1.

disclosure door derden.<sup>127</sup> Te onzent hebben wij enerzijds zowel buiten als in de procedure de mogelijkheid van gedwongen exhibitie van art. 843a Rv die weliswaar vrij ruim geformuleerd is, maar naar zijn aard nog beperkt van opzet is,<sup>128</sup> alsmede art. 22 Rv dat slechts in het geding geldt en de rechter de bevoegdheid geeft om de partijen (en dus geen derden) te bevelen bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Ook die bevoegdheid is beperkt. Zij is gekoppeld aan de verplichting van de partijen tot volledigheid en waarheid, neergelegd in art. 21 Rv.

Tijdens de consultatieronde met de advocatuur is de vraag aan de orde geweest of er een toenemende behoefte te constateren is aan rechtsmiddelen om de wederpartij te dwingen om in haar bezit zijnd bewijsmateriaal over te leggen en, zo ja, waar die toenemende behoefte mee samenhangt. Daar is door de deelnemers aangegeven dat als er in een vroegtijdig stadium bewijsmiddelen op tafel komen, dit kan helpen procedures te voorkomen of vroegtijdig te beëindigen. Voor zeer specifieke bewijsmiddelen zou nieuwe wetgeving kunnen helpen, zoals bij de wens om een onderzoek in de administratie van een bedrijf te mogen doen, zo gaf men tevens aan.<sup>129</sup> Daarnaast is het onderwerp aan de orde gekomen tijdens de najaarsvergadering op 13 oktober 2005 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, welke was gewijd aan het thema 'Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht'. P.J. van der Korst bepleitte daar invoering van een vorm van disclosure naar Engels voorbeeld, versterkt met een zo nodig door de rechter op te leggen dwangsom. J.W. Westenberg beklemtoonde de goede voorbereiding van de comparitie en meende dat aan art. 843a Rv een ruimere toepassing zou kunnen worden gegeven. R.M. Hermans toonde zich een voorstander van een discovery door middel van deskundigenbericht en met het oog daarop de invoering van een naar de enquêteprocedure gemodelleerd (voorlopig) deskundigenonderzoek.<sup>130</sup> E.M. Wesseling-van Gent vond dat niet passen binnen de systematiek van ons burgerlijk procesrecht, dat haars inziens overigens reeds voldoende instrumenten voor de waarheidsvinding bevat.<sup>131</sup>

Nemen wij tot uitgangspunt dat de bestaande voorlopige bewijsmaatregelen niet mogen worden misbruikt, met name niet gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij zijn gegeven, dan zijn er in de praktijk weinig mogelijkheden om de wederpartij

---

127 Zie Civil Procedure Rules (CPR), Part 31, en daarover het standaardwerk Matthews & Malek 2001-2003.

128 Zie over art. 843a Rv onder meer Ekelmans 2005; Daalder 2005, 8.7.3 met verdere gegevens.

129 Verslag van de drie symposia over de Fundamentele herbezinning van het Nederlands burgerlijk procesrecht te Utrecht, Zwolle en Eindhoven, meegezonden bij NOvA brief 2004.

130 Zie in dit verband ook Hermans 2003 en Hermans 2004.

131 De Hoge Raad heeft zich overigens in HR 18 november 2005, *RvdW* 2005, 127 zeer terughoudend getoond ten aanzien van de toepassing van de enquêteprocedure in vermogensrechtelijke zaken, terwijl hij in HR 8 april 2005, *RvdW* 2005, 51 heeft geoordeeld dat de uitkomst van de enquêteprocedure slechts beperkte bewijsrechtelijke betekenis kan hebben in andere procedures.



te dwingen relevante gegevens over te leggen, hetzij voorafgaande aan de procedure, hetzij in de procedure, anders dan stukken waarvan reeds bekend is dat zij bestaan en relevant zijn. Anderzijds brengen wij in herinnering dat in verband met het voorlopig getuigenverhoor de Hoge Raad deze bewijsmaatregel als volgt heeft gekarakteriseerd: ‘Het voorlopig getuigenverhoor, zoals dat in de art. 214 e.v. [thans art. 202 e.v.] is geregeld, beoogt niet alleen mogelijk te maken dat spoedig na het plaatsvinden van omstreden feiten daaromtrent getuigenverklaringen kunnen worden afgelegd alsmede te voorkomen dat bewijs verloren gaat; het strekt óók en vooral ertoe belanghebbenden bij een eventueel naderhand bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding – degene die het aanspannen daarvan overweegt, degene die verwacht dat het tegen hem zal worden aangespannen, dan wel een derde die anderszins bij dat geding belang heeft – de gelegenheid te bieden vooraf opheldering te verkrijgen omtrent de (hun wellicht nog niet precies bekende) feiten, zulks teneinde hen in staat te stellen hun positie beter te beoordelen, met name ook ten aanzien van de vraag tegen wie het geding moet worden aangespannen.’<sup>132</sup> Ten aanzien van het voorlopig deskundigenbericht heeft de Hoge Raad een vergelijkbare karakteristiek gegeven: een voorlopig deskundigenonderzoek kan mede ertoe dienen een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen en, als daartoe wordt overgegaan, beter te kunnen aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld.<sup>133</sup>

Het gaat dus om een in wezen algemeen geldige ratio. Daarnaast menen wij dat uit de gezamenlijke verantwoordelijkheid en de medewerkingsplicht van partijen die wij als uitgangspunt voor de normering van processueel handelen hebben genomen, voortvloeit dat partijen informatieplichten jegens elkaar hebben die verder gaan dan het onderbouwen en bewijzen van de eigen stellingen.<sup>134</sup> Voorts moet worden onderkend dat bij invoering van preprocesuele protocollen (zie hiervoor in par. 6.1.4) de preprocesuele exhibitieplicht in de vorm van een pre-action disclosure een belangrijk ondersteunend middel kan zijn voor de toepassing van zo’n protocol.<sup>135</sup>

Daarom menen wij dat er aanleiding is voor een ruimere regeling die tot doel heeft een partij of een derde te dwingen tot ‘disclosure of documents’ welke desgewenst en waar nodig, op verzoek en onder rechterlijk toezicht, kan worden toegepast. Daarbij wijzen wij er nogmaals op dat ook het huidige Engelse procesrecht een rechterlijk toezicht op dit punt kent.<sup>136</sup>

---

132 HR 24 maart 1995, *NJ* 1998, 414 (PV).

133 HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 (HJS); *JPBr* 2003, 20 (E.F. Groot).

134 Vgl. in dit verband onder meer Van den Reek 1997.

135 Zoals dat in Engeland het geval is; zie het Interimrapport, par. 7.3.1.1.

136 Vermelding verdient in dit geval dat het Engelse recht voor de kleine zaken (small claims track) de regels voor de ‘standard disclosure’ niet van toepassing heeft verklaard, CPR 31.1 (2).

In een te overwegen regeling zou dat toezicht er mede toe moeten dienen – met name geldverslindende – uitwassen te voorkomen. In dit verband wordt wel gewezen op het nadeel dat aan disclosure kleeft vanwege de mogelijkheid van ‘fishing expeditions’. Met dit laatste wordt in Engeland bedoeld de pre-action disclosure waarmee men door het verkrijgen van een ander van documenten, waarop men ‘independently of litigation’ rechtens geen aanspraak heeft, kan bezien of men tegen die ander een actie kan instellen. Het Engelse recht staat dat in beginsel niet toe – keert zich dus juist tegen ‘fishing expeditions’ – omdat men uitgaat van het principe dat ‘orders of disclosure are intended to assist parties to establish a case they already have, not to find out whether they have a case’. Maar de grens tussen wat wel en wat niet is toegestaan, is soms moeilijk vast te stellen.<sup>137</sup>

De uitwerking kan bestaan in een uitbreiding van de bijzondere exhibitieplicht van art. 843a Rv tot een algemene die tevens een exhibitieplicht van derden bevat. Beter echter lijkt het een nieuwe regeling te scheppen die bijvoorbeeld zou kunnen aansluiten bij het Europese ontwerp van de werkgroep-Storme uit 1994.<sup>138</sup> In de *voorfase* zou elke partij dan de rechter kunnen verzoeken de wederpartij of een derde te bevelen een lijst van documenten over te leggen waartoe die wederpartij of derde toegang heeft, en zo nodig inzage te verlenen in of afschrift te verstrekken van de documenten ten aanzien waarvan dat wordt verlangd. Het betreft hier een preliminair verzoek,<sup>139</sup> zoals wij dat thans kennen ten aanzien van de voorlopige bewijsverrichtingen. Bij de *aanvang van een procedure* zou voor de aanlegger en vervolgens voor de verweerder de verplichting moeten worden opgenomen om zulke lijsten over te leggen bij het stuk dat de procedure inleidt respectievelijk het eerste stuk waarin het verweer is opgenomen. Het tegengaan van ‘fishing expeditions’ zou kunnen worden bewerkstelligd door, in het geval van een verzoek voorafgaande aan een procedure (de ‘pre-action disclosure’), de eis te stellen dat aannemelijk is dat de verzoekende partij een bepaalde vordering zal kunnen instellen tegen de partij van wie disclosure wordt verlangd of tegen een ander, dat disclosure nodig is om te kunnen vaststellen of zo’n procedure zin heeft of om de grondslag voor een schikking te scheppen en een procedure te voorkomen.<sup>140</sup>

De documenten die op de lijst dienen voor te komen betreffen alle documenten die betrekking hebben op het geschil dat is omschreven in het preliminaire verzoek of in het procesinleidend stuk dan wel in het eerste stuk waarin het verweer en de eventuele tegenvordering zijn opgenomen. Ten aanzien van derden kan een preliminair verzoek

---

137 Zie daarover Zuckerman 2003, nr. 14.83; zie ook Matthews & Malek 2001-2003, 1st. supplement 2002, 2.28.

138 De vindplaatsen zijn hiervoor in noot 125 vermeld.

139 Wij leiden uit HvJ EG 28 april 2005, nr. C-104/03, *JPBr* 2005, 47 af dat in internationale gevallen deze rechter ten opzichte van een zodanig verzoek waarschijnlijk geen bevoegdheid kan ontleen aan art. 24 EEX of art. 31 EEX-Vo.

140 Zie voor het Engelse recht de literatuur die is vermeld in noot 137.

voor of tijdens een aanhangig geding worden ingediend dat betrekking heeft op dezelfde soort documenten.

Zowel voor de partijen bij een geschil als voor derden zou dienen te gelden dat van het verlenen van inzage of het verstrekken van afschrift, dus niet van de plaatsing op de lijst, uitgezonderd zijn de documenten die worden beschermd door een geheimhoudingsplicht van de betrokken partij of derde waarop een rechtens erkend verschoningsrecht is gebaseerd, of ten aanzien waarvan gewichtige redenen zich verzetten tegen kennisneming door de verzoekende partij. Geschillen hierover kunnen uiteraard aan de rechter ter toetsing worden voorgelegd.<sup>141</sup>

Dit is een schets. De procedurele voorschriften die in dit verband nodig zijn dienen uiteraard nader te worden ingevuld.

## 6.6 Concrete aanbevelingen

- a Teneinde escalatie door dwangmaatregelen in de voorfase te verminderen, dient ontijdige conservatoire beslaglegging te leiden tot een verplichting tot vergoeding van de als gevolg daarvan door de beslagene geleden schade.
- b De toetsing bij de beoordeling van het verzoek om verlof tot conservatoire beslaglegging dient meer inhoud te krijgen dan thans het geval is.
- c Er dient, los van het voorlopig getuigenverhoor, een mogelijkheid van een preprocesuele schikkingscomparitie te worden geopend.
- d Het is wenselijk dat voor bepaalde soorten zaken protocollen (regelingen) tot stand worden gebracht die ertoe dienen om vroegtijdige en gestructureerde uitwisseling van informatie tussen partijen te verzekeren teneinde een betere basis voor een preprocesuele schikking te bieden.
- e Het opstellen van preprocesuele protocollen dient te worden overgelaten aan de partijen in de maatschappij die bij het desbetreffende soort zaken betrokken zijn. Aan de Raad voor de Rechtspraak kan hier een initiërende en eventueel coördinerende rol worden toegedeeld.
- f Aanknepend bij de protocollen die worden opgesteld voor zaken waarin ten minste aan één kant institutionele repeat-players optreden, zou door een systeem van zelfbinding de naleving van een protocol op het terrein van bijvoorbeeld beroepsaansprakelijkheidszaken of ongevallen-letselschadezaken de facto kunnen worden afdwongen. Een systeem van algemeen-verbindendverklaring van een protocol zou ook kunnen worden overwogen.
- g De door de Commissie verbetervoorstellen gedane voorstellen tot beperking van het gebruik van het voorlopig getuigenverhoor verdienen geen aanbeveling. Er is op basis van de huidige rechtspraak voldoende ruimte om een beleid te voeren waardoor

---

<sup>141</sup> Vgl. voor zulke toetsing HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 (JBMV).

enerzijds deze voorlopige bewijsverrichtingen hun nuttige functie kunnen blijven behouden en anderzijds partijen worden gestimuleerd verzoeken daartoe goed voor te bereiden.

h Er is aanleiding een regeling in te voeren die tot doel heeft een partij of een derde te dwingen tot 'disclosure of documents' welke desgewenst en waar nodig, op verzoek en onder rechterlijk toezicht, kan worden toegepast. Boven uitbreiding van de mogelijkheden onder het huidige art. 843a Rv verdient een nieuwe regeling de voorkeur die zou kunnen aansluiten bij de voorstellen van de Commissie Storme uit 1994.

# 7 De procedure

## 7.1 Case management

In ons Interimrapport zijn wij in hoofdstuk 6 ingegaan op het case management.<sup>142</sup> Sedertdien heeft het onderwerp, naar wij hebben kunnen vaststellen,<sup>143</sup> specifieke aandacht gekregen van de Raad voor de Rechtspraak, zoals blijkt uit het project Versterking regiefunctie van de rechter.<sup>144</sup>

Alvorens enkele bijzonderheden te bespreken naar aanleiding van reacties op ons standpunt, maken wij een aantal algemene opmerkingen.

Case management, het gerechtelijk beheer van de zaak tijdens de procedure, omvat verschillende taken. Tot de algemene managementtaken behoren:

- de controle op de formaliteiten in verband met de rechtsingang;
- de keuze voor de wijze waarop de procedure verloopt mede in verband met de differentiatie ten opzichte van de standaardprocedure;
- de bewaking van de doorlooptijd van de zaak;
- de bewaking en administratieve verrichtingen met betrekking tot de proceskosten.

De belangrijkste bijzondere managementtaken zijn:

- de bewaking van de procedure met betrekking tot een tegenvordering of -verzoek;
- de behandeling van procedurele complicaties (incidenten);
- bepalen of de zaak zich leent voor doorverwijzing naar mediation;

---

<sup>142</sup> Interimrapport, par. 6.3.4.

<sup>143</sup> Wij hebben er ook naar verwezen in ons Voortgangsverslag tweede fase herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, hierna Bijlage 1, nr. 2.

<sup>144</sup> Het project is vermeld in Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 4; Jaarplan voor de rechtspraak 2004, nr. 4.4; Jaarplan rechtspraak 2005, Bijlage 1; zie voor de comparitiehandleiding die in het kader van dit project wordt voorbereid hierna par. 7.1.2.3.

- de voorbereiding van de zitting (mondelinge behandeling; pleitzitting; verhoor van getuigen of deskundigen, plaatsopneming);
- de gang van zaken tijdens de zitting, procedurebeslissingen en -afspraken;
- bewaking van de voortgang na de zitting en de uitvoering van daar gegeven tussenbeslissingen en gemaakte procesafspraken;
- de voorbereiding en voortgang van de bewijslevering;
- de bewaking van de voortgang van de totstandkoming van de uitspraak en de bewaking van de uitspraaktermijn.

Het rapport *Balanceren en vernieuwen*<sup>145</sup> stelt vast dat er weinig literatuur in Nederland bestaat over de vraag hoe de rechter het proces het beste kan ‘regisseren’. Met het oog op de ontwikkeling van ‘regiemodellen’ kan de meest effectieve vorm van ‘regie’ door de rechter in de eerste plaats met behulp van verschillende criteria worden bepaald. Daartoe wordt een aantal reeds eerder in het rapport besproken perspectieven genoemd die criteria kunnen opleveren (wij voegen er tussen haakjes enige verklarende opmerkingen aan toe):

- het perspectief van partijen: functies, wensen en ‘prijs’;
- de wijze waarop de rechter coöperatief gedrag van partijen kan bewerkstelligen;
- het logistieke perspectief (de inrichting van de ‘productie’ binnen de organisatie van het gerecht);
- de gewenste mate van accuraatheid van de procedure (de toelaatbaarheid van foutenmarges);
- de toespitsing op hulp bij onderhandeling tussen partijen en/of het voorbereiden van de eigen beslissing;
- het verschil in toegankelijkheid tussen procespartijen (d.w.z. de toegankelijkheid tot het rechtssysteem en de rechter – denk aan partijen uit verschillende bevolkingsgroepen, particulieren/consumenten versus bedrijven en overheden).

Daarbij wordt een verband gelegd tussen het case management en differentiatie van procedures. Case management wordt als een vorm van differentiatie gezien, te weten het doordifferentiëren op het niveau van de individuele zaak. Verder wordt in dit verband een brug geslagen naar de competenties van de rechter: op welke attitudes, kennis en vaardigheden worden rechters geselecteerd en verder opgeleid? De door de rechterlijke macht ontwikkelde competenties zouden moeten aansluiten bij de te ontwikkelen case management modellen. Er is over het feitelijk optreden van rechters ter zitting nog weinig bekend uit empirisch onderzoek. Het rapport noemt een aantal vragen die zich daartoe aandienen en een beeld geven van de verschillende aspecten van de problematiek:

---

<sup>145</sup> *Balanceren en vernieuwen*, par. 6.1.

- Hoe verloopt de driehoekscommunicatie van rechter, advocaat en justitiabele tijdens de comparitie?
- Maakt de rechter optimaal gebruik van de hem thans al ter beschikking staande instrumenten ten behoeve van een efficiënte procesvoering?
- Bereiden rechters zich adequaat voor op een comparitie?
- Welke competenties heeft hij als beginnend rechter (na zijn opleiding als raio of ‘buitenstaander’)? Welke gebruikt hij?
- Onder welke omstandigheden ontnemt de rechter een partij het recht haar standpunt verder uiteen te zetten? Welke reactiewijzen van de advocaat zijn adequaat?
- Wat zijn de verschillende strategieën van rechters in bepaalde soorten geschillen? Wat bepaalt deze verschillen in strategie (achtergrond en soort en plaats van opleiding)?
- Hoe valt het gedrag van rechters te rubriceren (informatie verschaffend, conflict- en escalatiebeperkend)?<sup>146</sup>

Wij onderschrijven de noodzaak van verder onderzoek als hier bedoeld. Wij kunnen ons ook vinden in een gedifferentieerde en waar nodig modelmatige aanpak van het case management. Dit bevordert immers de voorspelbaarheid en controleerbaarheid van de aanpak van de zaken door de rechter en, mede vanwege het intervisie-effect dat van zulke onderzoeken kan uitgaan, de kwaliteit van zijn inhoudelijk werk. Dat is niet alleen wenselijk vanuit het perspectief van de justitiabelen en hun rechtshelpers, maar ook vanuit het perspectief van het functioneren van de rechtspraak binnen de rechtsstaat. Gerichte onderzoeken als hier bedoeld zullen er substantieel aan kunnen bijdragen dat er op het gebied van het management plaatselijk en landelijk regels, handleidingen en modellen ontstaan die effectief zijn en een efficiënte afdoening van zaken bewerkstelligen. Hierbij willen wij beklemtonen dat zulke onderzoeken niet alleen mede vanuit de gezichtshoek van de rechtszoekende en zijn proceshelfer zullen moeten worden verricht, maar bovendien tevens gericht zullen moeten zijn op het functioneren van de proceshelfers zelf in het proces. Wij hebben hiervoor (par. 5.4 en 5.9) immers gepleit voor een zelfbewuste advocatuur die haar rol volwaardig vervult.

Het lijkt ons voorts juist dat er een verband wordt gelegd tussen gedifferentieerd case management en de differentiatie van procedures, die wij in hoofdstuk 8 van het Interimrapport hebben beschreven en hierna in hoofdstuk 8 nader onder de loep nemen.<sup>147</sup> Beide vallen evenwel niet (geheel) samen. De differentiatie van procedures, hoezeer ook uitdrukking van een bepaalde wijze van ‘management’ van daarvoor aangewezen soorten zaken, is namelijk in zoverre van een verdere strekking dan het rechterlijk case management, dat aan de differentiatie keuzen ten grondslag liggen

---

<sup>146</sup> Balanceren en vernieuwen, par. 6.2.

<sup>147</sup> Dat doet ook de Raad voor de Rechtspraak advies, p. 5-6. Zie naar aanleiding daarvan wat wij in par. 8.3.4 opmerken ten aanzien van de regie van de rechter.

met betrekking tot de inrichting van het proces, welke keuzen de rechten en bevoegdheden van partijen in de kern raken, zoals op het punt van de binding van de rechterlijke beslissing, de rechtsmiddelen daartegen en de bewijslevering.

Hierna bespreken wij enkele aspecten van case management die in de reacties op ons Interimrapport en tijdens de consultatierondes in de tweede fase in het bijzonder aandacht hebben gekregen. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- a zaaksrechter en/of rolrechter (par. 7.1.1);
- b de mondelinge behandeling (par. 7.1.2);
- c onmiddellijke afdoening (par. 7.1.3).

Ten slotte willen wij hier beklemtonen dat wij met het navolgende het oog hebben op het *basismodel* van de procedure en niet op de beoogde eenvoudige procedures voor de small claims en de incassozaken.

### *7.1.1 Case management: zaaksrechter en/of rolrechter*

#### *7.1.1.1 Ons voorlopig standpunt*

In ons Interimrapport hebben wij een lans gebroken voor case management door de zaaksrechter:

‘De zorg voor een voortvarende, efficiënte en effectieve procesgang eist invoering van case management door de zaaksrechter. Communicatie tussen partijen en met de rechter dient niet meer te lopen via een centrale rol.’<sup>148</sup>

#### *7.1.1.2 Reacties*

Op ons standpunt om de communicatie tussen zaaksrechter en partijen niet meer te laten lopen via een centrale rol is veel kritiek gekomen.<sup>149</sup>

De NVvR staat positief tegenover het uitgangspunt dat een zaak in een vroeg stadium wordt gekoppeld aan een zaaksrechter die vervolgens voor het verdere verloop van de procedure verantwoordelijk is. Zij meent evenwel dat het ongewenst en te kostbaar is de centrale rol af te schaffen en alle administratieve handelingen door de zaaksrechter te doen verrichten. De eenheid in de toepassing van het rolrecht zal dan nog meer in het gedrang komen. Bovendien wordt door middel van de centrale rol op eenvoudige wijze bewerkstelligd dat beide partijen steeds afschriften ontvangen

---

<sup>148</sup> Interimrapport, par. 6.6, p. 91.

<sup>149</sup> Zie met name Adviescommissie, nr. 11; NVvR advies, nr. 23; Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 7.2; Heemskerk 2005.



van alle stukken en zicht houden op de stand van de zaak. In plaats hiervan verdient het aanbeveling de centrale rol zodanig in te richten dat de zaaksrechter steeds wordt betrokken bij alle beslissingen die de zaak inhoudelijk raken en dat nauwe samenwerking bestaat tussen de (secretaris van de) zaaksrechter en de medewerkers van de centrale rol teneinde te waarborgen dat de beslissingen van de zaaksrechter op de rol worden uitgevoerd. Dit is thans al de praktijk bij de rechtbanken te Alkmaar en Assen. Indien de zaaksrechter in alle lopende zaken op zijn naam onbelemmerd contact via e-mail met partijen onderhoudt en de zaak aldus instrueert, wordt zijn werklast en worden daarmee de kosten van de overheidsrechtspraak, aanzienlijk vergroot. Om het proces beheersbaar en controleerbaar te houden heeft hij een secretaresse nodig voor het bijhouden van beslissingen, termijnen voor e-mailantwoord enzovoort. Dat is een financieel onevenredig zware last ten opzichte van het voordeel van specifieke instructie van de zaak door de zaaksrechter. Eenvoudiger en efficiënter is het een en ander via de rol te laten lopen, aldus de NVvR.

De Raad voor de Rechtspraak geeft in zijn advies te kennen dat binnen het huidige stelsel overleg tussen de rol- en de zaaksrechter voldoende mogelijkheden biedt om een procedure aan te passen aan de behoeften van partijen. In de praktijk functioneert de rol naar tevredenheid omdat (i) deze een goed overzicht geeft van de status en voortgang van lopende zaken, (ii) de rol disciplinerend werkt, (iii) het voor partijen duidelijk is waar en hoe zij hun stukken kunnen indienen en (iv) het de rechtseenheid van de procedureregels bevordert. Bovendien is een centraal beheer van de rol door één rolrechter ondersteund door één of meer administratieve krachten vanuit een bedrijfseconomisch perspectief te verkiezen boven de door ons bedoelde vorm van case management. Overigens sluit een centraal rolbeheer case management in een andere vorm niet uit. Mochten er in een individuele zaak redenen zijn om af te wijken van de standaardprocedure, dan kunnen deze afspraken worden vastgelegd op de centrale rol. De rolrechter kan dan vervolgens de voortgang van deze (afwijkende) procedure bewaken, aldus de Raad voor de Rechtspraak.

Hiermee convergerende opmerkingen zijn bij de consultatieronde gemaakt door (rol)rechters.<sup>150</sup>

### *7.1.1.3 Nadere standpuntbepaling*

Beziet men de vraag onder wiens verantwoordelijkheid de verschillende, zojuist genoemde onderdelen van het case management vallen, dan moeten wij vaststellen dat er in het huidige stelsel van ons procesrecht geen strakke verdeling van taken en be-

---

<sup>150</sup> Zie met name het verslag van de ressortsconferentie Amsterdam, nr. 3; het verslag van de ressortsconferentie Den Haag, nr. 5; Rb. 's-Hertogenbosch onder D (verslag ressortsconferentie 's-Hertogenbosch).

voegdheden bestaat. In veel gevallen geschiedt in de huidige dagvaardingsprocedure het case management rond en op de rol door de roladministratie van de griffie onder verantwoordelijkheid van de rolrechter alsmede door de enquêteadministratie van de griffie gedurende de loop van de bewijslevering onder verantwoordelijkheid van de zaaksrechter. Daarnaast zijn er momenten waarop de zaaksrechter in de meest directe zin betrokken is bij het case management, te weten als hij het griffiedossier heeft gekregen en zich op de zitting voorbereidt en in dat verband met griffie en partijen communiceert, alsmede tijdens de zitting. Ook als de zaaksrechter een tussenvonnis wijst treedt hij door het nemen van beslissingen ten aanzien van het vervolg van de procedure als case manager op. In de einduitspraak kan het case management aan de orde komen indien en voorzover het afwegingen met betrekking tot de kostenveroordeling of andere afwegingen betreft welke op het procesverloop en -gedrag zijn gebaseerd. Zulke afwegingen kunnen bij het case management gedurende de loop van het proces hun schaduwen vooruitwerpen, bijvoorbeeld als de kostenveroordeling mede het karakter van sanctie op onbehoorlijk procesgedrag krijgt.

De reacties op onze voorstellen hebben ons ertoe geleid ons standpunt te nuanceren, waarbij wij aantekenen dat, zoals wij hiervoor aan het slot van paragraaf 7.1 hebben vooropgesteld, wij het oog hebben op het basismodel van de procedure en dat wij slechts enkele principes aangeven, in het besef dat een nauwkeuriger taakverdeling tussen zaaksrechter en rol slechts kan worden vastgesteld op grond van het onderzoek waarop wij in paragraaf 7.1 hebben gedoeld.

De zaaksrechter dient in onze ogen de centrale rechter te zijn als het gaat om het management van de zaak. Met behoud van een centrale rol in de basisprocedure zou het huidige systeem, dat in de dagvaardingsprocedure de centrale rol op de voorgrond plaatst, vervangen dienen te worden door een systeem dat uitgaat van de zaaksrechter als het centrale punt waarbij deze vanuit administratief oogpunt bepaalde verrichtingen en de voortgangscntrole overlaat aan de centrale rol – en dus de roladministratie. Dit betekent dat administratieve beslissingen, zoals het bepalen van (nadere) termijnen waarop partijen proceshandelingen op de rol moeten verrichten, het in ontvangst nemen en doorgeleiden naar de zaaksrechter van proces- en bewijsstukken, brieven en andere mededelingen van partijen en andersom e.d., worden genomen door de roladministratie onder toezicht van de rechter die in de sector verantwoordelijk is voor de centrale rol. Dat geschiedt zo nodig in overleg met de zaaksrechter. Beslissingen echter die meer inhouden worden onder de verantwoordelijkheid van de zaaksrechter genomen. Bij deze laatste moet in het bijzonder worden gedacht aan:

- beslissingen waarbij een partij, bijvoorbeeld wegens termijnoverschrijding, definitief de bevoegdheid wordt ontzegd een bepaalde proceshandeling te verrichten;
- beslissingen ten aanzien van een vermeerdering of wijziging van de eis;
- beslissingen met betrekking tot het al dan niet houden van een mondelinge behandeling en alles wat met de voorbereiding van zo'n behandeling te maken heeft;

– beslissingen ten aanzien van de (verdere) informatievergaring en ten aanzien van de bewijslevering.

Voor de partijen en de buitenwereld dient zo transparant mogelijk te zijn welke rechter voor welke soort beslissingen verantwoordelijk is. Aldus wordt ook duidelijker dat de zaaksrechter zowel ter zitting als in de fase waarin de proceshandelingen via de rol worden verricht de bevoegde rechter is ter zake van alle beslissingen die van meer dan louter administratieve aard zijn (dat zijn anders gezegd de beslissingen die als voor beroep vatbare uitspraken worden beschouwd). Een en ander vergt coördinatie tussen de roladministratie en de daarvoor verantwoordelijke rolrechter enerzijds en de zaaksrechter anderzijds.

Wat het verloop van de communicatie tussen de zaaksrechter en de partijen betreft, willen wij ervoor pleiten de rechter meer mogelijkheden te verschaffen rechtstreeks en gelijktijdig met de partijen (lees: hun proceshulpers) te communiceren met gelijktijdige registratie op de rol. De vrees dat de rechterlijke onpartijdigheid schade zou oplopen door rechtstreeks contact tussen rechter en partijen<sup>151</sup> behoeft naar onze mening niet bewaarheid te worden. Het is weliswaar niet toegestaan dat de rechter contact opneemt met een van de partijen buiten de andere om (en omgekeerd), maar het zal duidelijk zijn dat systemen ontwikkeld kunnen worden waardoor aan de eis van gelijktijdigheid wordt voldaan als de rechter zich anders dan ter zitting tot een van de partijen wendt met bijvoorbeeld een verzoek om stukken over te leggen of inlichtingen van procedurele aard (bijvoorbeeld wie ter zitting verschijnt, welke getuigen te verwachten zijn enz.) indien de reeds via de rol verkregen informatie op korte termijn aanvulling behoeft. Uiteraard kan die communicatie ook geschieden via de rol- of enquêteadministratie, maar het moet ook rechtstreeks kunnen, mits aan de eis van gelijktijdigheid wordt voldaan, zoals dat controleerbaar in het e-mailverkeer gebeurt.

## 7.1.2 *Case management: de mondelinge behandeling*

### 7.1.2.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij met betrekking tot case management ten aanzien van de mondelinge behandeling ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>152</sup>

‘Het systeem van incidenten in de dagvaardingsprocedure zal moeten worden vervangen door een systeem waarin processuele complicaties in het over-

---

<sup>151</sup> Zie vooral het betoog van de Maastrichtse rechter A.A.H. Verhezen (verslag van de ressortsconferentie 's-Hertogenbosch).

<sup>152</sup> Interimrapport, par. 6.6, p. 91.

leg tussen partijen en rechter aan de orde worden gesteld. De mondelinge behandeling dient gedegen te worden voorbereid. Partijen onderling en partijen en rechter ten opzichte van elkaar mogen verwachten dat tijdig voor de zitting de informatie wordt verstrekt die een zo volledig mogelijk beeld van de standpunten en bewijsmogelijkheden schept. Van partijen en rechter wordt dus een actieve communicatie voor de zitting verwacht over wat nog nodig is om deze efficiënt en effectief te laten verlopen. De mondelinge behandeling moet structureel ruimte bieden aan partijen om hun standpunten uiteen te zetten.’

#### *7.1.2.2 Reacties*

Bij de consultatieronde bij de advocatuur bleek het beeld ten aanzien van met name de comparitie na antwoord wisselend, zowel wat het comparitievonnissen als het optreden van de comparitierechter betreft. In enkele arrondissementen volstaat de rechtbank bij het geven van het comparitiebevel met een kaal standaardtussenvonnissen waarin weinig sturing wordt gegeven in de zaak zelf, in andere gevallen worden uitvoerige instructies gegeven. De advocaten ervaren een aangekleed vonnis als nuttig. Zij stellen het ook op prijs als de rechter vooraf aangeeft welke richting hij op denkt; negatief werd ervaren dat de agenda van de comparitierechter onvoorspelbaar is. Men wil ook graag de mogelijkheid van een toelichting op de zitting. Vooral de eiser heeft behoefte om op het antwoord te reageren. Er is veel verschil tussen de rechtbanken met betrekking tot het aannemen van pleitnotities. Als een negatief aspect werd ervaren dat vaak jonge onervaren rechters de comparitie doen.<sup>153</sup>

#### *7.1.2.3 Ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

Inmiddels is in het kader van het project Versterking regiefunctie van de rechter van de Raad voor de Rechtspraak<sup>154</sup> een concept voor een gedetailleerde comparitieleiding opgesteld. Die handleiding beoogt een meer uniforme behandeling van de comparitie na antwoord te bewerkstelligen.<sup>155</sup>

#### *7.1.2.4 Nadere standpuntbepaling*

In de ontwikkelingen sedert ons Interimrapport en de opmerkingen vanuit de balie tijdens de consultatieronden zien wij een bevestiging van ons voorlopig standpunt.

---

<sup>153</sup> Vergelijk de opmerking van gelijke strekking van de Hoge Raad, hiervoor par. 5.8.

<sup>154</sup> Het project maakt deel uit van het sectorprogramma van de civiele sectoren, zie Jaarplan voor de rechtspraak 2004, par. 4.4.

<sup>155</sup> Zie over de praktijk van de comparitie na antwoord vooral Verschoof 2004.

Case management hebben wij tot nu toe vooral betrokken op het management van de procedure. Echter de zaak vergt ook inhoudelijk management: de kern blootleggen van het geschil vereist vaak het verwijderen van schillen ('kappen van dood hout', waarop wij in par. 7.1.3 zullen ingaan), de voorbereiding van de beslissing vergt veelal keuzen ten aanzien van bewijslevering en de modaliteiten daarvan: het inwinnen van inlichtingen, het laten overleggen van stukken, het al of niet toelaten van getuigenbewijs en de keuze in welke vorm dat moet c.q. kan gebeuren, het benoemen van deskundigen en alles dat daarmee samenhangt. De rechter is altijd al hiermee bezig geweest, waarbij zijn beslissingen en daaraan ten grondslag liggende overwegingen werden neergelegd in één of meer tussenvonnissen. Echter meer en meer verhuizen deze werkzaamheden van de schrijftafel naar de mondelinge behandeling (comparitie). De partijen en de rechter zullen daarop ingesteld moeten zijn en dat betekent meer aandacht in een vroeg stadium van de procedure ook voor dit inhoudelijke case management en een actievere bemoeienis van de partijen in dit proces door de onmiddellijkheid van de zitting. Een goede voorbereiding van de mondelinge behandeling brengt met het oog hierop zo nodig mee dat daaraan voorafgaande de rechter, die inmiddels de stukken heeft gelezen, en de partijen informatie (per brief of e-mail) uitwisselen die verder gaat dan het opvragen van stukken.

Kijken wij mede met het oog hierop weer naar het management van de procedure, dan stellen wij vast dat een goede voorbereiding van de mondelinge behandeling moet worden gestimuleerd door algemene en gepubliceerde richtlijnen die een kader geven voor de instructies die de zaaksrechter in de individuele zaak dient te geven. Van belang is namelijk niet alleen dat de partijen door die instructies weten wat van hen ter voorbereiding van de zitting wordt verwacht en wat zij van de rechter kunnen verwachten ter zitting. Ook wordt een goede voorbereiding bevorderd doordat zowel de rechter als de partijen het kader kennen waarin die instructies worden gegeven en hoe over die instructies eventueel nog voor de zitting overleg kan worden gevoerd. Te denken valt aan een bepaalde, in richtlijnen neergelegde routine van het vaststellen van een comparitieagenda<sup>156</sup> waarin in overleg tussen rechter en partijen tevoren de nog te beantwoorden vragen, de overige te behandelen inhoudelijke en processuele onderwerpen en de gang van zaken ter zitting worden neergelegd. Denk aan de eventueel te kiezen uitgangspunten voor het beproeven van een schikking, de eventuele mondelinge toelichting door (de advocaten van partijen), de eventuele bewijslevering, het meebrengen van getuigen of informanten e.d.

Het verdient aanbeveling dat bij de mondelinge behandeling structureel ruimte wordt ingebouwd voor de advocaten om, in aansluiting op wat zij in de schriftelijke ronde hebben uiteengezet, de zaak (juridisch) toe te lichten naar aanleiding van wat

---

<sup>156</sup> Het ons ter beschikking gestelde concept comparitiehandleiding (zie par. 7.1.2.3) bevat ook het voorstel voor een agenda.

ter zitting is voorgevallen. Wij zeggen dit vanuit tweeërlei oogpunt: (a) het in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op effectieve toegang tot de rechter ‘access to court’<sup>157</sup> en het in die bepaling besloten liggende beginsel van equality of arms<sup>158</sup> brengen mee dat elke partij in staat moet worden gesteld adequaat het eigen juridische standpunt naar voren te brengen en te reageren op de juridische argumenten van de wederpartij en (b) de volwaardige rol die, zoals wij eerder (par. 5.4 en 5.9) hebben bepleit, de advocaten dient toe te komen. Daarbij zal de eisende partij zo nodig nog moeten kunnen reageren op het schriftelijke antwoord van de gedaagde. De partijen hebben er immers ingevolge het recht van hoor en wederhoor aanspraak op dat zij kunnen reageren op al wat in de procedure is te berde gebracht en naar voren is gekomen.

In dit verband pleiten wij hier in het voetspoor van wat wij in het Interimrapport hebben betoogd (hoofdstuk 11) voor het gebruik, zeker waar dat vertraging door uitstel kan voorkomen, van elektronische communicatiemiddelen, niet alleen in de fase voorafgaande aan, maar ook tijdens de mondelinge behandeling.

### 7.1.3 *Case management: onmiddellijke afdoening*

#### 7.1.3.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>159</sup>

‘De rechter zou bij de mondelinge behandeling van de zaak de bevoegdheid moeten hebben om naar zijn oordeel voor de beslissing kennelijk niet relevante vorderingen, gronden en verweren aanstonds te verwerpen.’

#### 7.1.3.2 *Reacties*

Op dit standpunt is wel kritiek gekomen van de Hoge Raad en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. De Hoge Raad is van mening dat ook ten aanzien van zodanige stellingen of weren de procespartij die in het ongelijk wordt gesteld, recht heeft op een motivering van het rechterlijk oordeel. Als die stellingen of weren werkelijk als ‘aanstonds ongegrond’ zijn aan te merken, mag het de rechter ook niet veel moeite kosten de verwerping ervan op papier te zetten, aldus de Hoge Raad, die er aan toevoegt dat de rechter overigens bij de instructie van de zaak wél op deze beslissing kan vooruitlopen en partijen tevoren mondeling van de reden daarvan op de hoogte kan stellen.<sup>160</sup> De kritiek van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak sluit daar-

157 Zie EHRM 9 oktober 1979, A 32, *NJ* 1980, 376 (EAA) (Airey).

158 EHRM 27 oktober 1993, A 274, *NJ* 1994, 534 (HJS en EJD) (Dombo Beheer).

159 Interimrapport, 6.6, p. 91.

160 Hoge Raad, p. 5 onder (ii) laatste alinea.

bij aan. Zij ziet niets in het aanstonds en ongemotiveerd verwerpen van kennelijk ongegronde stellingen. De rechter kan tijdens de mondelinge behandeling door middel van een voorshands oordeel dan wel het ‘parkeren’ van bepaalde onderwerpen richting geven aan het vervolg van de procedure en wellicht een schikking bevorderen, maar wanneer partijen zich hierin niet kunnen vinden, zal het oordeel in een gemotiveerd vonnis moeten worden neergelegd. Dit is niet alleen voor de aanvaardbaarheid ervan van belang, maar ook voor de toetsing in hoger beroep.<sup>161</sup>

#### *7.1.3.3 Ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

De Commissie verbetervoorstellen gaat in haar rapport (2.3) nog verder dan het Interimrapport en stelt voor om analoog aan art. 8:54 en 8:55 Awb een ‘voorzittersbeschikking’ mogelijk te maken waarin de rechter kennelijke niet-ontvankelijkheid, onbevoegdheid of ongegrondheid uitspreekt. Tegen die uitspraak zou dan binnen een bepaalde periode (bijvoorbeeld twee weken) verzet moeten openstaan bij de meervoudige kamer.

#### *7.1.3.4 Nadere standpuntbepaling*

Eerder (par. 7.1.2.2) hebben wij gesignaleerd dat advocaten graag willen dat de rechter te kennen geeft hoe hij over de zaak denkt. Wij pleiten ervoor om op dit punt de rechter meer armslag te geven, wat betekent dat hij ook schriftelijk en voorafgaande aan de comparitie zijn mening over de relevantie van bepaalde, in de stukken naar voren gebrachte feitelijke of juridische stellingen of weren kan geven, zonder zich daarbij te binden. Daarbij dient door alle betrokkenen als uitgangspunt te worden genomen dat zulke voorlopige meningen in beginsel ‘sans préjudice’ voor het eindoordeel worden gegeven en geen afbreuk doen aan de onpartijdigheid van de rechter. Wanneer de rechter evenwel definitief van oordeel is dat bepaalde stellingen of weren, al of niet kennelijk, ongegrond of irrelevant zijn, dient hij dat op de zitting, na de partijen gehoord te hebben, te beslissen en het ligt voor de hand dat hij dat ook, zij het in overeenstemming met de aard van dit soort beslissingen (het gaat immers om kennelijk niet relevante vorderingen, gronden en verweren), kort motiveert en, met het oog op het aanwenden van rechtsmiddelen, die beslissing en motivering in het proces-verbaal van de zitting neerlegt. Het betekent een praktische vereenvoudiging ten opzichte van een afzonderlijk tussenvonnis, maar laat vanzelfsprekend onverlet dat de rechter zijn beslissing neerlegt in een na de zitting te wijzen tussenvonnis.

Wij zijn dus geen voorstander van invoering van een vorm van vereenvoudigde afdoening buiten partijen om, zoals is geregeld in art. 8:54 Awb, reeds omdat, zoals die regeling laat zien in art. 8:55, dan in verband met het recht van hoor en wederhoor, verzet opengesteld zou moeten worden. Dat levert geen winst op.

---

161 NVvR advies, nr. 24.

## 7.2 Bewijsrecht. Alternatieven voor het getuigenbewijs dat door middel van het rechterlijk verhoor is verkregen

### 7.2.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>162</sup>

‘Schriftelijke, onbeëdigde verklaringen van getuigen die in het bijzijn van alle partijen zijn afgelegd en vastgelegd dienen te worden beschouwd als getuigenverklaringen, met dien verstande dat een verzoek om de getuigen van wie zulke verklaringen in het geding zijn gebracht alsnog door de rechter te laten horen, ingewilligd kan worden indien de rechter daartoe aanleiding vindt. Indien een partij niet heeft meegewerkt aan een bewijsverzameling in de voorfase terwijl die medewerking wel redelijkerwijze van haar kon worden verwacht, dient die partij te worden veroordeeld in de proceskosten die zijn verbonden aan het alsnog horen van getuigen in de procedure.’

‘Ten aanzien van de bewijsverrichtingen zal de rechter op elk serieus verzoek tot een bewijsverrichting (getuigenverhoor, deskundigenonderzoek, horen partijdeskundige, descende) gemotiveerd moeten beslissen. Er is geen goede grond voor het handhaven van het onderscheid tussen de verplichting ex art. 166 Rv een deugdelijk bewijsaanbod te honoreren, en de discretionaire bevoegdheden ten aanzien van andere bewijsverrichtingen.

De rechter zou in overleg met de partijen te horen getuigen moeten kunnen selecteren op basis van vooraf door de partijen overgelegde schriftelijke verklaringen van de getuigen. Het bestaande prognoseverbod zou dan moeten vervallen.’

### 7.2.2 *Reacties*

Ons voorstel om zowel in de voorfase als in de procedure meer te gaan werken met schriftelijke verklaringen van getuigen die buiten de rechter om zijn afgelegd, heeft enige weerstand ontmoet. De Adviescommissie was negatief daarover.<sup>163</sup> Het rapport van de Commissie burgerlijk procesrecht van de NOvA vond onze voorstellen weliswaar een ‘niet geheel doordachte’ indruk maken maar toonde zich wel een voorstander

---

<sup>162</sup> Interimrapport, par. 7.5 en par. 6.6, p. 91.

<sup>163</sup> Adviescommissie, nr. 15, laatste alinea.



van ‘depositions’ van getuigen die ook buiten de rechter om tot stand kunnen zijn gekomen.<sup>164</sup>

In het advies van de Raad voor de Rechtspraak wordt het volgende betoogd.<sup>165</sup> Bevoorderd dient te worden dat het getuigenverhoor waar wenselijk en mogelijk vervangen wordt door een door getuigen afgegeven schriftelijke verklaring. Daarnaast zouden schriftelijke getuigenverklaringen die in het bijzijn van de advocaten van partijen tot stand gekomen zijn, gelijk gesteld moeten worden aan een getuigenverhoor voor de rechter. Een en ander laat onverlet de mogelijkheid van de rechter om een mondeling getuigenverhoor te gelasten waar hij dat nodig acht. Indien een van de partijen weigert mee te werken aan het schriftelijk getuigenbewijs en het nodig blijkt alsnog een getuigenverhoor te gelasten, dan moet de weigerachtige partij veroordeeld kunnen worden in de kosten van het getuigenverhoor. Daarnaast moet de rechter de mogelijkheid krijgen om het horen van getuigen te weigeren wanneer het duidelijk is dat het houden van een getuigenverhoor niets bijdraagt aan het bewijs, aldus de Raad voor de Rechtspraak.

### 7.2.3 *Ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

In het rapport van de Commissie verbetervoorstellen vinden wij dit uitgewerkt in hoofdstuk 5, paragraaf 5.1. Daar wordt in de eerste plaats voorgesteld te bevorderen dat het getuigenverhoor waar mogelijk wordt vervangen door een door getuigen afgegeven schriftelijke verklaring. Daaraan dient als eis te worden gesteld dat deze (i) in vrijheid is afgelegd en (ii) contradictoir tot stand is gekomen. Dit kan worden bereikt door de mogelijkheid van een schriftelijke getuigenverklaring expliciet in de wet op te nemen. In de tweede plaats stelt de Commissie voor nader onderzoek te doen naar de wenselijkheid en de mogelijkheden om (een deel) van de verhoren te laten afnemen door een ander dan een gewone rechter.

In de praktijk wordt ook daadwerkelijk gezocht naar alternatieven voor het verkrijgen van getuigenverklaringen door middel van het verhoor door de rechter. Gewezen kan hier worden op het Rotterdamse experiment met de Regeling inzake Kantoorverklaringen (RiK).<sup>166</sup> In de jurisprudentie van de Hoge Raad is eveneens al duidelijk een kentering zichtbaar ten gunste van de schriftelijke getuigenverklaringen die in elk geval vrije bewijskracht hebben als schriftelijk bewijs.<sup>167</sup>

---

164 NOvA rapport, nr. 15.

165 Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 7.3.

166 Zie daarover de discussie tussen De Boer & Ynzonides 2004 en Ziekman 2004; Stubenrouch 2005; Van Mierlo 2005.

167 HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 166; *JPr* 2003, 39 (Ahsmann) waarin is beslist dat art. 164 lid 2 Rv niet van toepassing is op schriftelijke getuigenverklaringen; HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 151 betreffende de vrije bewijskracht van een schriftelijke verklaring van een derde, en vooral in verband met de eis van specificatie van het bewijsaanbod in hoger beroep HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 94; *JPr* 2004, 65 (HWW).

#### 7.2.4 *Nadere standpuntbepaling*

Wij zien in de opvatting van de Raad voor de Rechtspraak en in de ontwikkelingen na ons Interimrapport aanleiding ons standpunt te handhaven.<sup>168</sup> Daaraan voegen wij hier nog opmerkingen toe over twee onderwerpen:

- a dadelijk bij de mondelinge behandeling getuigen horen;
- b het bewijsaanbod.

##### 7.2.4.1 *Dadelijk bij de mondelinge behandeling getuigen horen*

Een ruimer gebruik zou kunnen worden gemaakt van de reeds bestaande mogelijkheid om met name in eenvoudige zaken waarin er slechts enkele getuigen beschikbaar zijn, bij gelegenheid van de mondelinge behandeling getuigen ter zitting mee te brengen en dadelijk te laten horen. De huidige wet laat dit voor de comparitie al toe, zoals blijkt uit art. 232 lid 2 Rv. Dit is weliswaar een belasting voor de mondelinge behandeling<sup>169</sup> maar het gevolg kan zijn dat de aldus bereikte concentratie van bewijslevering de procedure aanzienlijk bekort. Ook hier zal een goede voorbereiding een vereiste zijn. Voorstelbaar is dat met het oog daarop een regeling of protocol wordt ontwikkeld voor dit soort getuigenverhoor.

##### 7.2.4.2 *Bewijsaanbod*

In het algemeen verdient het onzes inziens aanbeveling een praktijk te stimuleren waarin in de schriftelijke processtukken telkens bij elke feitelijke stelling of samenhangend complex van feitelijke stellingen die bewezen zou moeten worden, aangegeven wordt met welke bewijsmiddelen de desbetreffende partij het bewijs denkt te kunnen leveren. Dat betekent ten aanzien van getuigenbewijs dat concreet ten aanzien van elke feitelijke stelling of samenhangend complex van feitelijke stellingen wordt opgegeven met welke getuigen dienaangaande bewijs kan worden geleverd. Aangezien dit al veelal praktijk is ten aanzien van producties die worden overgelegd (mede in verband met art. 85 Rv), valt niet in te zien waarom dat niet ook ten aanzien van getuigenbewijs mogelijk zou zijn. De meer algemeen geformuleerde bepalingen op dit punt in art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv verdienen daarom in die zin precisering.<sup>170</sup>

<sup>168</sup> Zie met name Interimrapport, par. 6.3.4, p. 87-88 en par. 7.4.3.5, p. 124-125.

<sup>169</sup> Tijdens de consultaties met de advocatuur vernamen wij dat men terughoudend is met het horen van getuigen ter comparitie vanwege het ontbreken van een bewijsopdracht. Gedurende het experiment van het 'Versneld regime' moedigde de Rechtbank Roermond het meebrengen van getuigen/informanten juist aan. Verslag van de drie symposia over de Fundamentele herbezinning van het Nederlands burgerlijk procesrecht te Utrecht, Zwolle en Eindhoven, meegezonden met NOvA brief 2004, p. 4.

<sup>170</sup> Vgl. voor het Duitse stelsel par. 130 sub 5 in verband met par. 138 ZPO.

Uiteraard prejudicieert een dergelijke verplichting geenszins de vraag op welke partij de bewijslast rust. Dat is ook niet het geval ten aanzien van de zojuist genoemde huidige wettelijke voorschriften. Het opgeven van bewijsmiddelen kan echter reeds daarom van beide partijen worden gevegd, omdat het dienstig is voor een goed en efficiënt verloop van de mondelinge behandeling en omdat ook de partij op wie niet de bewijslast (vooral in de zin van bewijsrisico) rust, op een gegeven moment in de positie kan komen te verkeren dat zij (tegen)bewijs zal moeten leveren.

Voorts wijzen wij er op dat de Commissie verbetervoorstellen<sup>171</sup> voorstelt dat partijen een toelichting moeten geven op hun wens om getuigen te horen met daarbij de mogelijkheid voor de rechter om op grond van de toelichting verhoren te weigeren. Aldus krijgt de rechter een instrument om getuigen die geen toegevoegde waarde hebben voor de procedure te weigeren en dit kan de rechter ontlasten en de procedure versnellen, aldus de Commissie, die zich ten aanzien van deze voorstellen mede tot ons heeft gericht. Wij menen dat dit voorstel dient te worden gesteund en dat het wenselijk is dat in de schriftelijke ronde of uiterlijk vóór de mondelinge behandeling schriftelijke verklaringen van de eventueel te horen getuigen, althans een samenvatting van wat de getuigen zouden kunnen verklaren, worden overgelegd door de partij die deze getuigen wenst voor te brengen. Indien die partij niet in staat is geweest zich op de hoogte te stellen van de inhoud van de te verwachten verklaring van de betrokken getuige (denkbaar is bijvoorbeeld dat deze zich in de 'sfeer' van de wederpartij bevindt), zou kunnen worden volstaan met een opgave van de redenen waarom wordt verwacht dat de betrokken getuige een voor het bewijsthema relevante verklaring zou kunnen afleggen, bijvoorbeeld omdat hij of zij aanwezig was bij de te bewijzen gebeurtenis. Op basis daarvan kan de rechter vervolgens beslissen of een getuigenverhoor noodzakelijk is in het belang van de waarheidsvinding. Het betreft hier dus een eis die in de rechtspraak van de Hoge Raad in het algemeen wordt afgewezen, namelijk dat een partij in haar bewijsaanbod aangeeft wat de getuigen kunnen verklaren.<sup>172</sup> Er is echter voldoende reden om een stelsel te ontwikkelen waarin de niet steeds inzichtelijke rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de vraag of een bewijsaanbod<sup>173</sup> voldoende relevant en specifiek is, tot het verleden kan gaan behoren.

---

171 Commissie verbetervoorstellen, 5.2.

172 HR 9 juli 2004, *RvdW* 2004, 94; *JPr* 2004, 65 (HWW), r.o. 3.6. Daar wordt overigens wel ten aanzien van het bewijsaanbod in hoger beroep overwogen dat, indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en terzake dienend moet zijn, zal kunnen meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. Vgl. ook HR 12 september 2003, *RvdW* 2003, 144 en HR 14 november 2003, *RvdW* 2003, 178, waarin het passeren van een bewijsaanbod ter zake van tegenbewijs mede is gebaseerd op een beoordeling van het reeds aanwezige bewijsmateriaal.

173 Zie bijvoorbeeld de beschouwingen van Snijders & Wendels, nr. 205-209.

In dit verband willen wij nogmaals, zoals wij hebben gedaan in het Interimrapport,<sup>174</sup> als onze mening uitspreken dat voor de beoordeling door de rechter of het horen van de getuigen, van wie reeds schriftelijke verklaringen zijn overgelegd, nog noodzakelijk is, het prognoseverbod zou moeten worden opgeheven. Wanneer men de vrije bewijskracht van schriftelijke getuigenverklaringen principieel erkent, zoals de Hoge Raad heeft gedaan, is, omdat de door tussenkomst van het rechterlijk verhoor verkregen getuigenverklaringen gelijke bewijskracht toekomt, de weg vrij naar een stelsel waarin de rechter op basis van zulke verklaringen beoordeelt of het nog nodig is de desbetreffende personen als getuigen onder ede te horen. Uiteraard vindt deze beoordeling plaats in een contradictoire context: de wederpartij van de partij die de bewuste verklaringen heeft overgelegd kan uiteraard de rechter ervan proberen te overtuigen dat de overgelegde verklaringen onbetrouwbaar zijn, waardoor de noodzaak van een verhoor door de rechter alsnog zou kunnen blijken. Dit is onzes inziens een realistischer aanpak dan wat men nu ziet: de rechter die een bewijsaanbod op grond van een eigen beoordeling passeert zonder dat over wat de betrokken getuige(n) zou(den) kunnen verklaren, enige discussie heeft plaatsgevonden.

Het prognoseverbod heeft op zichzelf een goede grond. De rechter dient geen bewijsmiddel dat nog niet is geproduceerd buiten de deur te houden op grond van een speculatieve waardering van de inhoud van dat bewijsmiddel. Wat getuigen betreft, geldt hier: eerst horen en dan waarden. Echter het geval waarin wij voor opheffing van het prognoseverbod pleiten is een ander. De rechter heeft reeds de beschikking over de verklaringen van de desbetreffende personen en prognosticeert in wezen niet speculatief. Hij beoordeelt alleen of de inhoud van de geproduceerde verklaring meebrengt dat van het horen van de getuige door hemzelf kan worden afgezien. Men kan hier overigens twee uitgangspunten kiezen: ofwel het uitgangspunt dat in zulke gevallen de betrokken getuigen niet meer behoeven te worden gehoord, tenzij dat noodzakelijk is met het oog op het belang van de waarheidsvinding, ofwel het uitgangspunt dat de betrokken getuige wordt gehoord, tenzij dat met het oog op het belang van de waarheidsvinding niet nodig is. Het eerste uitgangspunt zou kunnen worden gehanteerd waar verklaringen zijn geproduceerd welke tot stand zijn gekomen in de aanwezigheid van beide partijen en hun raadslieden, zodat zij zijn verkregen in een contradictoire omgeving. Het tweede uitgangspunt zou kunnen gelden ten aanzien van andere verklaringen.<sup>175</sup>

Het voorgaande betekent dat de imperatief van art. 166 lid 1 Rv kan vervallen en dat een verzoek getuigen te horen gemotiveerd gedaan dient te worden en dat de rech-

---

174 Interimrapport, par. 6.3.4, p. 88.

175 Ook Balanceren en vernieuwen, par. 4.5, lijkt vanuit een oogpunt van efficiëntie en kostenbeheersing positief te staan tegenover een opheffing van het prognoseverbod.

ter dan ook steeds gemotiveerd beslist op zo'n verzoek zonder dat hij gebonden is aan een a priori bestaande verplichting een bewijsaanbod te honoreren.

### 7.3 Concrete aanbevelingen

- a Er dienen modellen voor case management in de basisprocedure te worden ontwikkeld en er dient daartoe empirisch onderzoek naar gedrag en werkwijzen van rechters te worden verricht.
- b Met behoud van de centrale rol in de basisprocedure, dient de zaaksrechter de centrale rechter te zijn als het gaat om het management van de zaak. Beslissingen van louter administratieve aard worden genomen door de roladministratie onder toezicht van de rechter die in de sector verantwoordelijk is voor de centrale rol, zo nodig in overleg met de zaaksrechter. Beslissingen die meer inhouden worden onder de verantwoordelijkheid van de zaaksrechter genomen.
- c De rechter dient meer mogelijkheden te krijgen rechtstreeks en gelijktijdig met de partijen (met name hun proceshelpers) te communiceren met gelijktijdige registratie van de communicatie op de rol.
- d De mondelinge behandeling dient door zowel de partijen als de rechter goed voorbereid te worden. Dit moet worden gestimuleerd door algemene en gepubliceerde richtlijnen. In de individuele zaak dient de zaaksrechter gerichte instructies te geven, opdat over en weer bekend is wat kan worden verwacht ter zitting. Te denken valt aan het vaststellen van een comparitieagenda.
- e Het verdient aanbeveling dat bij de mondelinge behandeling structureel ruimte wordt ingebouwd voor de advocaten om in aansluiting op wat zij in de schriftelijke ronde hebben uiteengezet de zaak juridisch toe te lichten naar aanleiding van wat ter zitting is voorgevallen. Daarbij zal de eisende partij zo nodig nog moeten kunnen reageren op het schriftelijke antwoord van de gedaagde.
- f Wanneer de rechter definitief van oordeel is dat bepaalde stellingen of weren, al of niet kennelijk, ongegrond of irrelevant zijn, dient hij dat op de zitting, na de partijen gehoord te hebben, te kunnen beslissen. Die beslissing en de motivering daarvan dienen in dat geval te worden neergelegd in het proces-verbaal van de zitting. Invoering van een vorm van vereenvoudigde afdoening buiten partijen om, zoals is geregeld in art. 8:54 Awb, verdient geen aanbeveling.
- g In het algemeen verdient het onzes inziens aanbeveling een praktijk te stimuleren waarin in de schriftelijke processtukken telkens bij elke feitelijke stelling of samenhangend complex van feitelijke stellingen die bewezen zou moeten worden, aangegeven wordt met welke bewijsmiddelen de desbetreffende partij het bewijs denkt te kunnen leveren.

- h Een verzoek getuigen te horen dient te worden gemotiveerd en gepaard te gaan met overlegging van schriftelijke getuigenverklaringen of een samenvatting van wat de getuigen kunnen verklaren. De rechter dient steeds aan de hand van die verklaringen gemotiveerd te beslissen of het horen van de getuigen, van wie reeds schriftelijke verklaringen zijn overgelegd, nog noodzakelijk is zonder gebonden te zijn aan een prognoseverbod en zonder dat hij hoeft uit te gaan van een in-principe-verplichting tot honorering van het verzoek. De imperatief van art. 166 lid 1 Rv dient dan ook te vervallen.
- i In afwijking van aanbeveling h zou in eenvoudige zaken waarin slechts enkele getuigen beschikbaar zijn, een ruimer gebruik kunnen worden gemaakt van de reeds bestaande mogelijkheid om getuigen bij gelegenheid van de mondelinge behandeling ter zitting mee te brengen en dadelijk te laten horen.

# 8 Differentiatie

## 8.1 Plan van aanpak

In het Interimrapport hebben wij in het kader van differentiatie een aantal onderwerpen behandeld. Achtereenvolgens bespreken wij in dit hoofdstuk: inleiding van procedures (par. 8.2), basismodel (par. 8.3), afwijkingen van de basisprocedure (par. 8.4), afsplitsingen (par. 8.5) en specialisatie (par. 8.6).

## 8.2 Inleiding van procedures

### 8.2.1 *Ons voorlopig standpunt*

De huidige differentiatielijnen lopen langs dagvaarding(sprocedure) en verzoekschrift-(procedure). Deze zijn genoemd naar het inleidend stuk. In het Interimrapport hebben wij met betrekking tot de procesinleiding ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>176</sup>

‘De keuze voor een bepaalde vorm van procesinleiding moet men afstemmen op het doel dat met die inleiding wordt gediend, bijvoorbeeld informaliteit ter vergroting van de toegankelijkheid van de rechter voor de aanlegger of juist formaliteit ter verzekering van de rechten van de verweerder. Er moet daarom een duidelijk aanwijsbare grond zijn waarom men voor een bepaalde wijze van procesinleiding kiest en die grond is niet noodzakelijkerwijs gelegen in het procesregime waarin de aanhangig gemaakte zaak vervolgens wordt behandeld. Onduidelijk is waarom in het verleden bepaalde zaken zijn ondergebracht bij de verzoekschriftprocedure en bovendien zijn dagvaar-

---

<sup>176</sup> Interimrapport, par. 8.9.

dings- en verzoekschriftprocedure meer en meer op elkaar gaan lijken. (8.5) Voor de procesinleiding kiezen wij voor een indiening van het schriftelijk stuk ter griffie, met toezending per post door de griffie aan de wederpartij, dan wel belanghebbende. In bepaalde gevallen is in plaats van toezending per post betekening door de deurwaarder wellicht geïndiceerd, afhankelijk van de meerwaarde die men in verband met de moeilijke bereikbaarheid van de verweerder/belanghebbende in bepaalde gevallen aan betekening wil toekennen. (8.7.2)'

## 8.2.2 *Reacties*

De commentaren op onze keuze voor het verzoekschrift als *een uniforme procesinleiding* hebben vooral betrekking op de wijze waarop het stuk ter kennis wordt gebracht aan de wederpartij en onder wiens verantwoordelijkheid dit gebeurt. De meeste commentaren staan afwijzend tegenover de mogelijkheid dat het inleidende processtuk door de griffie per post wordt bezorgd.<sup>177</sup> Het belangrijkste bezwaar is de vrees voor aantasting van het beginsel van hoor en wederhoor: heeft het stuk de geadresseerde wel (tijdig) bereikt? Ook de uitbreiding van de griffie en daarmee de verhoging van de kosten wordt bekritiseerd. Andere bezwaren die we tijdens de verschillende consultatierondes noteerden, betreffen de eventuele aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van de griffie ('apparatsfouten'), en het onnodig vroeg (administratief) betrekken van de rechter in een geschil dat misschien nog door partijen zelf kan worden opgelost.<sup>178</sup> Daarnaast is gewezen op het gevaar dat de griffie overspoeld wordt met (onbegrijpelijke) brieven van rechtzoekenden die de status van een verzoekschrift zouden moeten krijgen. Betekening door een deurwaarder zou dit voorkomen. Voorts zijn belemmeringen genoemd die door Europese betekeningvoorschriften zouden worden opgeworpen tegen een inleidend processtuk per post. Daarom dient gehandhaafd te blijven dat in contentieuze zaken het inleidende processtuk onder verantwoordelijkheid van de meest gerede partij door een deurwaarder betekend wordt.<sup>179</sup>

177 NVvR advies, p. 6 punt 11-12, Raad voor de Rechtspraak advies p. 9-10, de verslagen van de vijf consultatierondes rechterlijke macht, KBvG incasso, p. 4. De Adviescommissie van de NOvA, NOvA rapport, p. 6, punt 18, is nagenoeg als enige positief over het voorstel. De 'organisaties' van rechtzoekende die op het Interimrapport hebben gereageerd (Consumentenbond en Verbond van Verzekeraars), gaan niet op het onderwerp in.

178 Bijvoorbeeld Adviescommissie, p. 10 en noot 6.

179 Hier wordt nog vermeld dat ons in december 2005 namens de KBvG is meegedeeld dat uit een in opdracht van deze organisatie verricht onderzoek, dat betrekking had op het jaar 2004, de conclusie kan worden getrokken dat de deurwaarders in dat jaar ruim 600.000 dagvaardingen hebben betekend en dat 44% daarvan in persoon of aan een huisgenoot werd uitgereikt. Voorts blijkt uit dit onderzoek dat van de betekende dagvaardingen ongeveer 80.000 niet bij de rechter zijn aangebracht c.q. voor de zitting werden ingetrokken, voornamelijk vanwege betaling van de vordering.



### 8.2.3 *Latere ontwikkelingen*

De belangrijkste relevante ontwikkeling sedert het verschijnen van het Interimrapport is de totstandkoming van de Europese Executoriale Titel-Verordening (EET-Verordening) voor niet-betwiste schuldvorderingen, 2005.

### 8.2.4 *Nadere standpuntbepaling*

De keuze voor de wijze van bezorgen van het procesinleidende stuk berust op een afweging van verschillende belangen en gezichtspunten.

Aan de ene kant staat het beginsel van hoor en wederhoor. De zekerheid dat het stuk de wederpartij bereikt heeft en dat deze kan kiezen zich al of niet te verweren, is essentieel, maar kan alleen voor de volle honderd procent gerealiseerd worden bij een uitreiking van het stuk aan de wederpartij in persoon.<sup>180</sup> Om uiteenlopende redenen is dit echter niet altijd mogelijk, ook niet bij een betekening door een deurwaarder. Algemeen aanvaard is dat dan met minder zekerheid genoegen moet worden genomen: aanbieden aan een huisgenoot, achterlating in de brievenbus, of bekendmaking in een dagblad. Wij menen, op grond van de algemene ervaring, dat in Nederland een systeem waarin het inleidende processtuk per post wordt bezorgd in het algemeen eenzelfde zekerheid biedt dat het de geadresseerde bereikt, als een betekening. Wat gedaan moet worden indien ontvangst niet mogelijk is of geweigerd wordt, dan wel bij andere problemen, daarover kunnen aanvullende regels tot stand worden gebracht van een vergelijkbare inhoud als thans.<sup>181</sup> Wij worden in onze mening gesteund door het ervaringsgegeven dat de griffie ook thans reeds veel verzoekschriften en andere mededelingen per post verzendt, en dat het aantal fouten dat daarbij wordt gemaakt, meevalt. Het systeem functioneert kennelijk naar tevredenheid,<sup>182</sup> althans is ons tijdens de consultatierondes niet gebleken dat het intrinsiek gebrekkig is. Evenmin volgt dit uit de literatuur of jurisprudentie.

---

180 Storme 1994, p. 78, legt hier een verband met de mogelijkheden om op te komen tegen een veroordeling bij verstek, zoals verzet. De neiging 'dans un très grand nombre de législations' om die mogelijkheden te beperken, is slechts toelaatbaar indien tegelijkertijd alle middelen worden aangewend opdat de oproeping de verweerder persoonlijk bereikt, zo wordt gesteld. 'Toute absence de rigueur dans la détermination des modes de notification devrait être compensée par un très large ouverture des voies de recours.'

181 Vergelijk met name art. 45 Rv, art. 115-117 Rv en art. 271-277 Rv.

182 Kennelijk was dit in België anders. Daar is in 2003 opnieuw een discussie gevoerd over verzoekschrift versus dagvaarding. Aanleiding was een voorstel voor een veralgemening van het contradictoір verzoekschrift voor alle aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren. De Hoge Raad voor Justitie heeft hierover een negatief advies uitgebracht. Kern van zijn bezwaar was de grotere rechtszekerheid die gepaard gaat met een inleiding van de eis bij deurwaardersexploit, die zijns inziens niet gewaarborgd kan worden door het contradictoір verzoekschrift. In de praktijk rijzen volgens de Raad regelmatig problemen die het gevolg zijn van een minder betrouwbare postbedeling. Zie Laenens 2005, p. 220-221.

Hier tegenover staat de extra belasting van de gerechten en de kosten die dat meebrengt. De kosten van de verzending door de griffie kunnen echter doorbelast worden naar de gebruikers, zowel de verzendkosten 'sec', als een opslag voor personeelskosten. Wij vermoeden dat de bedragen die hiermee gemoeid zijn, zeker niet hoger zijn dan de kosten van betekening door een deurwaarder. Voorts geldt ook hier, ter relativering van het bezwaar, de constatering dat de overgrote meerderheid van de zaken ook thans al ingeleid wordt met een verzoekschrift. Dit betekent dat de extra personele belasting slechts betrekking zal hebben op een minderheid van de zaken, met name de contradictoire gedingen.

Een onmiskenbaar voordeel van het systeem van bezorging per post door de griffie is dat geschillen over de nietigheid van exploiten, over de geldigheid of tijdigheid van herstelexploiten en over de gevolgen van het niet tijdig aanbrengen van zaken, (goedgeels) tot het verleden zullen behoren. Eventuele fouten die worden gemaakt door de griffie kunnen intern worden hersteld, meestal informeel, maar zo nodig door middel van een nieuwe oproeping. Als leerzaam voorbeeld in deze verwijzen wij naar de Nederlandse Antillen en Aruba. Wij vrezen dan ook niet voor aansprakelijkheid van de Staat.

Het voorstel in de commentaren om in contentieuze zaken een deurwaarder het inleidend geschrift te laten betekenen, dwingt tot een precieze afbakening van het begrip contentieus. Wij denken dat dit niet goed mogelijk is. Ook naar huidig recht vormt het niet het onderscheidend criterium. Thans wordt in beginsel, maar niet geheel consequent, onderscheiden tussen handelszaken (dagvaardingsprocedure) en zaken over personen- en familierecht (verzoekschriftprocedure). Belangrijk echter is dat dit onderscheid niet werd ingegeven door de aard van het inleidend geschrift, maar door de aard en inhoud van de procedure die daarmee begon. Thans zijn de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure zodanig naar elkaar toegegroeid dat ze nauwelijks nog van elkaar verschillen. De wetwijziging in 2002 heeft hieraan veel bijgedragen. De wetgever heeft het van de ervaringen laten afhangen of en wanneer verdere stappen op het pad van de harmonisatie wenselijk en mogelijk zijn.<sup>183</sup> Mede afgaande op de commentaren op ons Interimrapport menen wij dat de fundamentele herbezinning het juiste kader is om beide procedurevormen in elkaar te laten vloeien (hierna in 8.3). Daarbij past het om ook het inleidend geschrift en de wijze van oproepen van de wederpartij in beginsel niet aan deze harmonisatie te onttrekken.

Een ander gezichtspunt is de klantgerichtheid. Welk systeem speelt het beste in op de behoeften van 'de' justitiabelen?<sup>184</sup> Deurwaarders kunnen uitleg geven over het inleidend processtuk en over de procedure, althans wanneer in persoon wordt betekend. Bij een bezorging per post kan dit niet. Wat echter wel kan, is een folder of een standaard begeleidend brief met nadere basale informatie over de procedure, over verplichte pro-

---

183 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 8-9.

184 Zie over de redenen waarom 'de justitiabele' niet een eenduidig begrip is, hiervoor hoofdstuk 3.

cesvertegenwoordiging, en over het Juridisch Loket<sup>185</sup> als vraagbaak als daaraan behoefte bestaat. Binnen de huidige organisatie van de rechtspleging is het Juridisch Loket ook de aangewezen instantie om deze taak te vervullen, niet de griffie.

Tijdens de consultatierondes met de rechterlijke macht en de advocatuur is verschillende keren erop gewezen dat het toezenden van een concept-dagvaarding of van een al uitgebrachte, maar nog niet ingeschreven dagvaarding de bereidheid om te onderhandelen over een schikking verhoogt. Wij denken dat het toezenden van een concept inleidend verzoekschrift, mits van de daartoe geëigende toelichting voorzien, hetzelfde effect zal hebben. In hoeverre zo'n dagvaarding juist polariserend werkt weten wij niet; daarover hebben wij geen cijfers of andere gegevens.

Wat de mogelijke belemmeringen betreft die de Europese betekenisvoorschriften zouden vormen voor een systeem van bezorging per post van het inleidend processtuk, zijn relevant de EG-Betekenisverordening van 2001, de Europese Executoriale Titel-Verordening (EET-Verordening) voor niet-betwiste schuldvorderingen van 2005, het voorstel voor een Verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure (maart 2004), en het voorstel voor een Verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (maart 2005). Voorzover wij hebben kunnen nagaan, staat geen van deze verordeningen er principieel aan in de weg dat inleidende processtukken door de griffie per post worden bezorgd. Ook vormt onze keuze voor een systeem van bezorging per post niet een zodanig vreemde eend in de Europese bijt, dat het met het oog op een toekomstige harmonisatie van procesrecht geen aanbeveling zou verdienen.<sup>186</sup> Wel bevatten de Verordeningen en de uitvoeringsregelingen bijzondere bepalingen, maar in dit Eindrapport hoeven wij daar niet in detail op in te gaan. Wij verwijzen naar de literatuur over deze onderwerpen.<sup>187</sup>

---

185 Alsmede de vele andere instanties waar men terecht kan, zoals Consumentenbond en vakverenigingen. Zie hiervoor par. 4.4.3 onder (1).

186 Zie het overzicht bij Storme e.a. 1994, p. 76-77. In Engeland heeft men een zeer flexibel systeem ontwikkeld. Het gerecht verzendt het inleidend stuk, dat door de claimant bij het gerecht is ingediend, aan de verweerder en het kiest zelf de methode van 'service', wat in de regel verzending 'by first class post' is. Daarnaast bestaan nog andere methodes variërend van personal service tot elektronische. De eiser kan ook ervoor kiezen zelf de verzending van het stuk te verzorgen. Zie voor een en ander CPR 6 en PD 6; Zuckermann 2003, 4.43 e.v.; Andrews 2003, 10.09 e.v. Ook Duitsland kent een zeer gevarieerde wijze van 'Zustellung'. De dagvaarding wordt echter exclusief door het gerecht verzonden. Verzending per aangetekende post met bericht van ontvangst is mogelijk (par. 253 I jo. par. 175 ZPO) evenals elektronische verzending van stukken aan advocaten en andere personen met een verhoogde betrouwbaarheid uit hoofde van hun beroep (par. 174 III ZPO). Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald 2004, par. 94 rdnr. 9 jo. par. 74. In Oostenrijk vindt normaal gesproken de Zustellung per post plaats (par. 88 I ZPO). Echter de Klage moet wel steeds in persoon worden afgegeven, par. 106 ZPO, wat uiteraard ook door de post kan gebeuren.

187 Kortheidshalve Zilinsky 2005, waarin alle relevante literatuur, ook buitenlandse, is vermeld. Zie voorts voor een verslag van de direct betrokken ambtenaar van Justitie bij de totstandkoming van de EET-Verordening, Van der Grinten 2005, p. 80-82, met eveneens relevante verwijzingen.

Het voorgaande afwegend, komen wij niet tot een wezenlijk andere uitkomst dan in het Interimrapport: in beginsel wordt het inleidend processtuk onder verantwoordelijkheid van de griffie per post bezorgd. Dit geldt zowel in eerste aanleg als in appèl als in cassatie. Wanneer partijen dit zijn overeengekomen, achten wij eveneens aanvaardbaar een bezorging van het inleidend verzoekschrift door de griffie per fax of e-mail. Door de technische ontwikkelingen<sup>188</sup> zullen de mogelijkheden van elektronische postbezorging in de toekomst alleen maar uitgebreider worden

Wel voegen wij aan de in het Interimrapport genoemde mogelijkheid om te kiezen voor een deurwaardersexploit toe, dat wij het ook aanvaardbaar achten dat partijen, bijvoorbeeld na een niet gelukte mediation, gezamenlijk een verzoekschrift indienen waarin zij, al of niet met hulp van de mediator, hun (resterende) geschilpunten hebben samengevat. Dat verzoekschrift zou de inleiding kunnen zijn tot de procedure van art. 96 Rv.

Ook de door de Commissie verbetervoorstellen, nr. 2.2, gedane suggestie om een standaardformulier toe te laten in geschillen over identieke, periodieke betalingen spreekt aan. Het zal hierbij vooral gaan om zgn. repeat-players, die meestal gebruikmaken van deskundige rechtshulp, zodat niet voor een herhaling van de negatieve ervaringen met de formulierdagvaarding hoeft te worden gevreesd.<sup>189</sup>

Vooralsnog ware in echtscheidingszaken het huidige stelsel van art. 816 Rv te handhaven: betekenen van een eenzijdig verzoekschrift aan de andere echtgenoot. De belangrijkste reden voor dit voorschrift, namelijk te waarborgen dat ook wanneer de echtgenoten nog samenwonen, het verzoekschrift de andere echtgenoot bereikt, geldt nog steeds.<sup>190</sup>

Wij beogen voorts allerminst uit te sluiten dat ook in andere gevallen de (Europese) wetgever of in een concreet geval de rechter, gegronde redenen heeft om betekening door een deurwaarder te verkiezen boven (louter) verzending per post. Voor intern Nederlandse gevallen kan de regeling aldus zijn dat het verzoekschrift bij de griffie wordt ingediend, en dat de partij zelf zorgt voor betekening door een deurwaarder. Vervolgens wordt dan het uitgebrachte exploit tijdig vóór de mondelinge behandeling in het geding overgelegd. Voor 'Europese' gevallen dienen de voorschriften van de toepasselijke, hiervoor vermelde, Europese voorschriften mede in acht te worden genomen.

---

188 In Frankrijk kunnen de postautoriteiten bijvoorbeeld stukken niet alleen per post, maar ook per mail verzenden. Elektronische verzending van de dagvaarding kan ook gebeuren in Engeland en Duitsland (zie noot 186).

189 Ook bij het Europese betalingsbevel en bij de Europese small claims wordt gedacht aan een standaardformulier.

190 Noch het initiatiefwetsvoorstel Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst dat thans (december 2005) bij de Eerste Kamer ligt, *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, A, noch het regeringsvoorstel Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, beogen wijziging van art. 816 Rv.

### 8.2.5 Concrete aanbevelingen

- a In alle instanties wordt het inleidend processtuk onder verantwoordelijkheid van de griffie per post bezorgd. Met instemming van partijen kan de griffie het stuk bezorgen per fax of e-mail.
- b De verzoekende partij kan daarnaast kiezen voor betekening via een deurwaarders-exploit.
- c Partijen kunnen desgewenst, bijvoorbeeld na een niet gelukte mediation, ook gezamenlijk een verzoekschrift indienen waarin zij hun (resterende) geschilpunten hebben samengevat. Dit kan ook de inleiding zijn tot een procedure ex art. 96 Rv.
- d Het verdient aanbeveling een standaardformulier toe te laten in geschillen over identieke, periodieke betalingen.
- e Het stelsel van betekening van het verzoekschrift in scheidingszaken (art. 816 Rv) dient vooralsnog gehandhaafd te blijven.
- f Wanneer op grond van Europese voorschriften betekening van het stuk via een deurwaarder vereist is, kan de Nederlandse regeling meebrengen dat na indiening ter griffie de partij zelf zorg draagt voor de betekening.

## 8.3 Basismodel

### 8.3.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>191</sup>

‘Ons bezinnend op het model van de procedure stellen we vast dat weliswaar een procedure op maat voor iedere (soort) zaak ideaal zou zijn, maar onhaalbaar. Wij kiezen voor een basismodel met afsplitsingen. Voor het basismodel kiezen wij de procedure die globaal overeenkomt met de keuze die bij de vernieuwing met ingang van 1 januari 2002 is gemaakt: één schriftelijke ronde gevolgd door een mondelinge behandeling. (8.7.1)’

### 8.3.2 *Reacties*

Een punt van kritiek in verschillende commentaren<sup>192</sup> is dat het Interimrapport alleen betrekking heeft op handelszaken bij de rechtbank, waardoor het merendeel van de zaken, namelijk kantongerechtszaken en geschillen over personen- en familie-, faillis-

<sup>191</sup> Interimrapport, par. 8.9, p. 159.

<sup>192</sup> Bijvoorbeeld Snijders 2003, p. 1702-1703; Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, p. 12; NVvR, p. 1-2, en tijdens de consultatieronde rechterlijke macht Den Bosch.

sements- en rechtspersonenrecht, buiten zijn bereik blijft. Ons is verzocht hieraan in ons Eindrapport alsnog aandacht te besteden.

Voor het overige zijn de reacties op onze voorstellen over het basismodel, waarbij wij sterk geleund hebben op de per 1 januari 2002 ingevoerde wijzigingen, niet kritisch.<sup>193</sup> Het ineenvloeien van dagvaardings- en verzoekschriftprocedure heeft, behalve de hiervoor in par. 8.2 besproken uniformering van het inleidend geschrift, weinig tegenstand ontmoet. Hierbij heeft meegespeeld de brede instemming met de door ons voorgestelde nieuwe differentiatielijnen. De kanttekeningen bij de voorstellen over het basismodel hebben betrekking op de grote invloed die een rechter in de normale procedure tijdens een mondelinge behandeling heeft, de onzekerheid over het verloop van comparities en het feit dat rechters vaak ofwel onvoldoende gespecialiseerd zijn, ofwel over onvoldoende (levens- of praktijk)ervaring beschikken. Deze kanttekeningen hebben wij in paragraaf 5.8 (kwaliteit) en 7.1.2 (case management) al besproken, behalve die over specialisatie. Daarover hierna in paragraaf 8.6.

### 8.3.3 *Latere ontwikkelingen*

Wij kennen geen relevante ontwikkelingen van na het Interimrapport die specifiek op het onderwerp van deze paragraaf betrekking hebben.

### 8.3.4 *Onze nadere standpuntbepaling*

Wij blijven bij ons basismodel met afsplitsingen<sup>194</sup> zoals voorgesteld in het Interimrapport. Het aantal afsplitsingen houden wij zo beperkt mogelijk. Verdere verbijzondering leidt alleen maar tot nog meer onderscheidingen en daarmee tot mogelijke competentieperikelen over welke procedure in welk geval voor welke rechter moet worden gevoerd. Wij achten dit onvruchtbaar en dus ook niet wenselijk. Anders dan wij in het Interimrapport voorzagen, is voor small claims geen afsplitsing nodig. Daartegenover denken wij dat voor de procedures die in hoofdstuk 9 van het Interimrapport zijn besproken onder het hoofdje schaalvergroting, wél een afsplitsing nodig is. Wij duiden deze voortaan aan met de term complexe procedures.<sup>195</sup>

Daarnaast zal het, net als in het huidige procesrecht, onvermijdelijk zijn dat voor bepaalde typen zaken enkele van het basismodel aanvullende of afwijkende regels nodig zijn. Wij volgen met deze benadering de lijn die in 1970 is gekozen voor de ver-

---

<sup>193</sup> De Adviescommissie Burgerlijk Procesrecht, p. 13 en de Raad voor de Rechtspraak advies, p. 9 zijn positief. De meeste andere adviezen en rapporten spreken er zich niet over uit. Wel wil men eerst de evaluatie afwachten van de wijzigingen per 1 januari 2002.

<sup>194</sup> Wij zijn achteraf niet helemaal gelukkig met deze term. Beter zou zijn bijvoorbeeld 'bijzondere procedures' of iets dergelijks, maar wij houden ons aan het gekozen woordgebruik.

<sup>195</sup> Hierna, par. 8.5.4.

zoekschriftprocedures. Voorbeelden zijn de in de commentaren genoemde niet-procureurszaken en zaken op het terrein van het personen- en familierecht. Wij voegen er de small claims aan toe. In het huidige procesrecht ontbreken hiervoor regels. Die zullen alsnog tot stand gebracht moeten worden.

Hetzelfde geldt onzes inziens voor het faillissementsprocesrecht, dat behoort tot het takenpakket van de Commissie Insolventierecht,<sup>196</sup> alsmede de enquêteprocedure, de geschillenregeling en de jaarrekeningprocedure in Boek 2 BW. In verband met de positie van derden zou weliswaar eerder gedacht kunnen worden aan speciale procedurevormen, dus afsplitsingen van het basismodel, maar wij menen dat dit niet nodig is. Ook voor die procedures kan het eenvoudige model van de basisprocedure uitgangspunt zijn. Enkele bijzondere regels kunnen dan ter aanvulling en afwijking worden gegeven, zoals de tiende titel van Boek 3 Rv en Boek 2 BW dat ook voor het huidige recht doen.

De Raad voor de Rechtspraak zeggen wij graag na<sup>197</sup> dat in plaats van uitbreiding van het aantal afsplitsingen en/of van het aantal typen zaken waarin aanvullende of afwijkende regels nodig zijn, de publieke dienstverlening en de efficiency soms beter gediend zijn met een versterking van de regiefunctie van de rechter op een voor justitiabelen en hun advocaten duidelijker kenbare manier, dan wel met behulp van, samen met de direct betrokkenen op te stellen,<sup>198</sup> procesprotocollen, -leidraden, of -reglementen.<sup>199</sup> In dit verband wijzen wij ook op wat wij in 6.2 hebben gezegd over het verband tussen differentiatie en case management. Met name is dit zinvol voor veel voorkomende typen zaken waarin vaak problemen van eenzelfde aard aan de orde zijn. Stroomlijning hiervan, niet in het wetboek, maar in, kort gezegd, ‘manuals’ of ‘practice directions’, kan voorkomen dat in iedere zaak opnieuw het wiel uitgevonden moet worden. Partijen en rechters weten dan immers op voorhand wat ze moeten doen en wat ze van elkaar over en weer mogen verwachten. De rechtsgeldigheid en de wijze van toepassing van deze ‘manuals’ en ‘practice directions’ in een concreet geval kan altijd voor de rechter betwist worden door een partij die ermee te maken krijgt. Uiteindelijk zal dan de Hoge Raad erover moeten oordelen.

Op grond van het voorgaande handhaven wij ons voorstel in het Interimrapport dat wij opteren voor een basismodel met een beperkt aantal afsplitsingen. Het basismodel bestaat uit één schriftelijke ronde, in beginsel gevolgd door een mondelinge behandeling, waarbij rechter en partijen opereren op de wijze als in hoofdstuk 6 aanbevolen. Concreet betekent dit dat titel 2 en titel 3 van het huidige wetboek in elkaar geschoven

---

196 De Commissie verwacht haar rapport in het voorjaar 2006 te publiceren.

197 Raad voor de Rechtspraak advies, p. 5-6.

198 Raad voor de Rechtspraak advies, p. 6 en de Commissie verbetervoorstellen, nr. 17.1 dringen ook aan op dit soort vormen van zelfregulering door de direct betrokkenen.

199 Vergelijk over een bepaald type van dit soort regelingen, te weten die tussen rechters, Teuben 2004. Zij analyseert diepgaand het verschijnsel en de voorwaarden en juridische betekenis ervan.

moeten worden. Alleen wat de positie van derden betreft, levert dit problemen op.<sup>200</sup> Onze voorkeur gaat ernaar uit om de huidige regeling van derden in de verzoekschriftprocedure in het nieuwe basismodel op te nemen, als onderdeel van een nieuwe afdeling over wat wij vooralsnog ‘partijen en belanghebbenden in het geding’ noemen. Hierin worden ook onder meer de vrijwaring en gedwongen tussenkomst<sup>201</sup> geregeld. Daarnaast de partijopvolging in geval van fusie, meerderjarigheid, cessie, overlijden en dergelijke, en het horen van belanghebbenden als informant.

De nieuwe afdeling biedt tevens de kans om opruiming te houden onder de verouderde aanduidingen van procesdeelnemers, zoals geïntimeerde, gerequireerde, appellant, en opposant. Afgezien van het gebruik van hun namen, verdient het aanbeveling ook in verzet en hogere instanties de in de eerste aanleg gebezigde aanduiding te gebruiken die aanknoopt aan de positie in het geschil en niet aan die in het geding in de desbetreffende instantie.

Voor bepaalde typen zaken zijn enkele afwijkende of aanvullende regels nodig. Vooral geldt dit voor niet-procureurszaken, voor zaken op het terrein van het personen- en familierecht, voor small claims, faillissementsrecht en de procedures van Boek 2. Voor small claims ontbreken dergelijke regels in het huidige recht. Ze moeten dus nog tot stand gebracht worden. Zoals aan het begin van deze paragraaf al is opgemerkt, achten wij een afsplitsing van het basismodel voor deze categorie zaken bij nader inzien niet nodig.

De afsplitsingen van het basismodel zijn beperkt tot procedures over onbetwiste vorderingen (incasso's), kort geding en complexe procedures.

### 8.3.5 Concrete aanbevelingen

- a Er dient één basismodel voor de procedure te worden ingevoerd: één schriftelijke ronde gevolgd door een mondelinge behandeling. De huidige titels 2 en 3 van Boek 1 Rv dienen daarom te worden vervangen door één titel.
- b Ten aanzien van de positie van derden verdient het aanbeveling de regeling uit de huidige verzoekschriftprocedure over te nemen in een nieuwe afdeling over partijen en belanghebbenden. Daarin kan naast figuren als vrijwaring en (gedwongen) tussenkomst ook de partijopvolging worden geregeld.
- c Voor bepaalde typen zaken (zoals personen- en familie zaken, small claims, faillissementsprocedures en procedures op grond van Boek 2 BW) zijn in het basismodel afwijkende of aanvullende procesregels nodig.
- d Afsplitsingen van het basismodel zijn beperkt tot procedures over onbetwiste vorderingen (incasso's), het kort geding en complexe procedures.

---

<sup>200</sup> Zie over het betrekken van derden in het geding ook hiervoor, par. 5.5 en 5.11 onder b.

<sup>201</sup> Behorend tot het in hoofdstuk 9 van het Interimrapport, p. 163-164 onderscheiden ‘eerste type schaalvergroting: de tripartiete schaalvergroting’.



- e Het verdient aanbeveling de regiefunctie van de rechter (case management) voor veelvoorkomende typen zaken te versterken en te stroomlijnen.
- f De procesdeelnemers, partijen en belanghebbenden in het geding verdienen een in alle instanties gelijkkluidende aanduiding.

## 8.4 Afwijkingen van de basisprocedure: small claims

In deze paragraaf behandelen we alleen de procedure voor small claims omdat zij, anders dan de andere door ons in het kader van deze categorie genoemde procedures (procedures in personen- en familiezaken, faillissementsprocedures en procedures op grond van Boek 2 BW), thans niet in ons procesrecht voorkomt.

### 8.4.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt, voorzover thans van belang, als volgt samengevat:<sup>202</sup>

‘Los van de vraag of kleine vorderingen buiten de rechter zouden moeten blijven en aan rechtsbijstandverzekeraars ter afhandeling zouden moeten worden overgelaten, kiezen wij voor de kleine vorderingen voor een eenvoudiger model dan het hoofdmodel, met beperkte bewijsmogelijkheden. (8.7.5)

De vraag rijst of niet verder gedifferentieerd zou kunnen worden naar aard van de zaak (arbeidszaken, familiezaken en dergelijke). (8.7.8)’

### 8.4.2 *Reacties*

De reacties hebben zich voornamelijk beperkt tot het onderwerp small claims. Ofschoon er over afwijkende procesregels ten aanzien van bijvoorbeeld familiezaken, arbeidszaken, ondernemingszaken en faillissementen zeker het nodige valt te zeggen, menen wij dat naast hetgeen wij in het algemeen over differentiatie al hebben opgemerkt geen aanleiding bestaat tot fundamentele beschouwingen te dien aanzien. Wij beperken ons daarom verder tot de small claims.

De reacties op het voorstel in het Interimrapport om de afwikkeling van small claims over te laten aan rechtsbijstandverzekeraars zijn vrijwel unaniem afwijzend. Gevreesd wordt voor een mogelijke belangenverstremming. Tijdens een van de consultatierondes<sup>203</sup> werd echter erop gewezen dat de dekkinggraad van rechtsbijstandverzekeraars in de afgelopen jaren sterk is toegenomen, en dat deze naar verwachting

<sup>202</sup> Interimrapport, par. 8.9, p. 159-160.

<sup>203</sup> Met de rechterlijke macht in het ressort Amsterdam.

alleen maar verder zal stijgen. Dit zou aanleiding kunnen zijn om de inrichting door rechtsbijstandverzekeraars van een eigen geschillencommissie voor dergelijke vorderingen in overweging te nemen, zo werd gezegd.

Voor het overige zijn de Consumentenbond, die hierbij steunt op eigen empirisch onderzoek, H.J. Sniijders en de Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling<sup>204</sup> van mening dat er behoefte is aan een laagdrempelige small claim-procedure, die consumenten zelf kunnen voeren, binnen een redelijke termijn en tegen redelijke kosten. De huidige praktijk van een schriftelijke afwikkeling van dergelijke vorderingen door kantonrechters voldoet hieraan niet. De Consumentenbond pleit voor een mondelinge behandeling in dergelijke zaken. Het rapport Balanceren en vernieuwen plaatst het onderwerp in de meer algemene sleutel van de toegankelijkheid tot het (proces)recht voor 'verschillende bevolkingsgroepen'. Volgens het rapport is het probleem van toegang tot het recht niet beperkt tot consumenten, maar strekt het zich ook uit tot lager opgeleiden en/of allochtonen, die, naar uit empirisch onderzoek blijkt, vaker passief zijn.<sup>205</sup>

De rechterlijke macht is verdeeld over ons voorstel voor een vereenvoudigde afwikkeling van small claims. Positief waren de ressorten Amsterdam en Leeuwarden. Zij dachten aan een snelle en eenvoudige afdoening, hetzij via een mondelinge uitspraak en/of vereenvoudigde motivering, hetzij via beperkte bewijsmogelijkheden. De Raad voor de Rechtspraak ziet meer heil in het verruimen van de huidige mogelijkheden tot differentiatie binnen de (kantongerecht)procedure dan in de introductie van een afzonderlijke small claim-procedure. Negatiever in hun reacties waren de ressorten Arnhem, Den Haag en Den Bosch, en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.<sup>206</sup> De NVvR acht andere dan de thans bestaande procedurevormen voor small claims overbodig en ook niet realiseerbaar. Het recht is zo complex dat de meeste burgers hulp nodig hebben bij het invullen van formulieren. Ook zijn ze vaak te emotioneel betrokken om protocollen goed te kunnen opvolgen. De NVvR wijst op de slechte ervaringen met de formulierdagvaarding die in 2002 om die reden is afgeschaft.

Buitenlandse ervaringen laten zien dat met name de mondelinge afhandeling van small claims veel van rechters vergt, hetgeen ofwel tot het beschikbaar stellen van ervaren rechters noopt, ofwel tot het hanteren van nieuwe werkmethoden die de aanwezigheid van specifieke vaardigheden veronderstelt.<sup>207</sup> Dit laatste houdt in de Engelse

---

204 Reactie Consumentenbond p. 4-5; Nagel 2003, Sniijders 2003, p. 1703 l.k.; RMO advies 2004, p. 9 onder 2 die voor de small claims denkt aan een 'geschillenboer'. Dit advies vormt overigens geen reactie op het Interimrapport.

205 Balanceren en vernieuwen, p. 54. Het empirisch onderzoek waarnaar verwezen wordt is met name de Geschilbeslechtingdelta 2003. Hierover in de in de tekst vermelde zin eveneens Giesen 2005a.

206 Raad voor de Rechtspraak advies, p. 8; NVvR advies, nr. 15.

207 Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 30. Zo voldoet de Franse procedure in theorie aan het 'small claims ideaal': een eenvoudige mondelinge procedure, zonder schriftelijke stukken, waar geen belangenbehartiger bij betrokken is voor zaken tot € 1500. In de praktijk blijkt dit echter niet goed te werken.

perceptie onder meer in het centraal stellen van partijen – mede doordat procesvertegenwoordiging ontbreekt – tijdens de mondelinge behandeling, het wijzen van een (mondeling) vonnis meteen na afloop van de behandeling en een soepele omgang met formele (bewijs)regels.<sup>208</sup> Het gevolg kan zijn dat de door partijen op de zitting verstrekte informatie en de waardering hiervan door de rechter beslissend zijn. Parate kennis, ervaring, gezond verstand en intuïtie van de behandelende rechter zijn dan van het allergrootste belang voor de inhoud van het vonnis. Rechtzoekenden blijken over het algemeen tevreden te zijn met deze gang van zaken.<sup>209</sup>

#### 8.4.3 *Europese ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

In maart 2005 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een Verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen.<sup>210</sup> De discussie over het voorstel is nog maar net begonnen, zodat allerminst uitgesloten is dat het in zijn huidige vorm niet de eindstreep haalt. Zoals het nu luidt, kan het als volgt worden samengevat. De Europese procedure zal van toepassing zijn zowel op grensoverschrijdende, als op nationale geschillen,<sup>211</sup> en zal voor partijen beschikbaar zijn als een alternatief voor reeds bestaande procedures wanneer de totale waarde van een vordering niet meer bedraagt dan € 2000.<sup>212</sup> Het betreft een in beginsel schriftelijke procedure die wordt ingeleid door middel van een formulier dat, als de desbetreffende lidstaat daarin voorziet, bij de gerechten eventueel ook per elektronische post kan worden ingediend. Rechtsbijstand is niet verplicht. Wel moeten de lidstaten ervoor zorgen dat de eisers bij de gerechten praktische bijstand kunnen krijgen bij de invulling van het formulier.<sup>213</sup> Het gerecht stelt verweerder van de vordering op de hoogte. Na de ontvangst van de reactie van de verweerder heeft de rechter een keuze uit drie mogelijkheden: hij kan meteen vonnis wijzen, partijen om nadere gegevens verzoeken of partijen oproepen voor een mondelinge behandeling. De formele regels van bewijsrecht zijn niet van toe-

---

208 Dat laatste element vinden we bijvoorbeeld ook in de Duitse aanpak. Zie Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 30, noot 18.

209 Dat bleek tijdens de consultatieronde met de buitenlandse experts, maar wordt ook bevestigd in empirische studies: Baldwin 2003, p. 329.

210 Voorstel voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, COM (2005) 87 def, 2005/0020 (COD), Brussel 15.03.2005.

211 Net als bij de Europese verordening voor onbetwiste vorderingen geldt ook hier de kanttekening dat het op politiek niveau onzeker is of de toepasselijkheid op nationale geschillen blijft. Zie Van der Grinten 2005, par. 6.2, die een kritische noot plaatst bij de toepasselijkheid op nationale geschillen en bij uitvoeringsaspecten die te maken hebben met het overschrijdende karakter van de regeling (o.a. kosten voor vertalingen van stukken e.d.).

212 Rente uitgezonderd, maar inclusief kosten en uitgaven ten tijde van de inleiding van de procedure. Zie uitgebreid voor de werkingssfeer van de verordening art. 2 van de Verordening.

213 Zie Van der Grinten 2005, par. 6.2.2, die wijst op het belang van een goed opgezet formulier.

passing. De rechter is vrij in de manier waarop hij met bewijskwesities omgaat,<sup>214</sup> maar de inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor blijft een minimumvereiste. Voorts rust op de gerechten de plicht om indien nodig partijen bijstand bij procedurekwesities te verlenen.<sup>215</sup> Er gelden strakke termijnen: acht dagen voor doorzending aan verweerder, een maand voor antwoord van verweerder, binnen een maand daarna moet de rechter bepalen welke van de drie mogelijkheden hij volgt, en de procedure mag in beginsel niet langer dan zes maanden duren.<sup>216</sup> Executie in een andere lidstaat is zonder rechterlijke tussenkomst (exequatur) mogelijk.

#### 8.4.4 *Onze nadere standpuntbepaling*

Met betrekking tot de in het Interimrapport bepleite mogelijkheid tot afdoening van small claims door rechtsbijstandverzekeraars menen wij dat het niet irreëel is te verwachten dat het groeiende marktaandeel van rechtsbijstandverzekeraars zal meebrengen dat ook een groeiend aantal geschillen door hun bemiddeling zal worden beëindigd. In het licht van de zelfredzaamheid van de burger is er alle aanleiding dit alternatief bij het zoeken naar vormen voor de laagdrempelige behandeling van zulke claims in het oog te houden.<sup>217</sup>

Voor het overige menen wij dat naast de incassoprocedure die vooral de belangen dient van bedrijven, aan bijzondere bepalingen voor een small claim-procedure in wezen alleen behoefte bestaat voor de particulier/consument die als eiser optreedt. Daartoe dient de basisprocedure door bijzondere bepalingen laagdrempeliger te worden gemaakt om de toegang tot het recht te vereenvoudigen. Bij de inrichting zou inspiratie gevonden kunnen worden in, zo niet aangesloten kunnen worden bij de hiervoor kort weergegeven Europese voorstellen. Meer in het bijzonder valt te denken aan een competentiegrens die samenvalt met de appèlgrens voor kantonzaken (thans € 1750 maar wellicht op te trekken tot € 2000) waardoor geen hoger beroep mogelijk is, bijstand door het juridisch loket (in plaats van de griffie), een vereenvoudigde vorm van procesinleiding, korte termijn voor antwoord, uitsluiting van het formele bewijsrecht, en de daarmee samenhangende bewijsaandragplicht en een mondelinge behandeling (in plaats van een schriftelijke afdoening), waardoor de behandeling plaats kan vinden in een informele context. Op die wijze kan wellicht een redelijk 'klantvriendelijk' systeem worden ontwikkeld dat de rechtzoekende effectieve toegang geeft tot de rechter.

---

214 Art. 7 conceptverordening.

215 Art. 9 conceptverordening.

216 Art. 10 conceptverordening.

217 Wij verwijzen in dit verband ook naar wat wij in dit Eindrapport in par. 6.4-6.4.2 hebben opgemerkt en naar de daar genoemde brieven van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 19 april 2004, 27 oktober 2004 en 26 september 2005.

#### 8.4.5 Concrete aanbevelingen

Voor de kleine vorderingen van particulieren/consumenten tot een waarde die samenvalt met de (eventueel tot € 2000 op te trekken) appèlgrens in kantonzaken dienen op het gebied van de procesinleiding, de termijnen, het bewijsrecht en de behandeling bijzondere bepalingen te worden opgesteld die de basisprocedure laagdrempeliger, sneller en informeler maken.

### 8.5 Afsplitsingen

#### 8.5.1 *Ons voorlopig standpunt*

Ons voorlopig standpunt hebben wij als volgt samengevat:<sup>218</sup>

‘Alleen al vanwege de aantallen is het nodig om van het basismodel een aantal categorieën af te splitsen waarin een afwijkend model aangewezen is: incassoprocedures, small claims en zaken die zich voor behandeling in kort geding lenen. (8.7.3)

De incassoprocedure kan aldus vorm gegeven worden dat een onbestreden verzoek om betalingsbevel via een geautomatiseerd systeem dadelijk leidt tot een rechtens afdwingbaar bevel, waartegen echter de verweerder bezwaar kan maken met als gevolg verwijzing naar een (meer) gewone procedure. (8.7.4)

Wij menen dat de voorzieningenrechter in het kort geding de mogelijkheid moet hebben om op verzoek van beide partijen zijn uitspraak als een bodembeslissing te geven. Ook op éézijdig verzoek zou dat mogelijk moeten zijn, tenzij een van partijen binnen een bepaalde tijd tegen dat vonnis – om het neutraal te zeggen – iets onderneemt. Aldus ontstaat een verkorte bodemprocedure in spoedeisende zaken. (8.7.6)’

De small claims kwamen in de vorige paragraaf al aan de orde. In deze paragraaf komen aan de orde de onbetwiste vorderingen (par. 8.5.2), het ‘kortsluiten’ van kort geding en bodemprocedure (par. 8.5.3) en complexe procedures (par. 8.5.4).

---

<sup>218</sup> Interimrapport, par. 8.9, p. 160; zie voor een nog kortere samenvatting hoofdstuk 13, nr. 7-9, en 11.

## 8.5.2 *Onbetwiste vorderingen (incasso's)*

### 8.5.2.1 *Reacties*

Uit rechtsvergelijking blijkt dat veel Europese landen over een vereenvoudigde procedure voor onbetwiste vorderingen beschikken.<sup>219</sup> Oostenrijk en Engeland<sup>220</sup> maken bij de afwikkeling van dergelijke vorderingen thans al op een vermeldenswaardige wijze gebruik van de huidige mogelijkheden van ICT. Hiermee wordt toegankelijkheid én kostenreductie beoogd. Tijdens de meeting met buitenlandse experts bleek dat de elektronische incasso in Engeland een 'E-Government succes story' is. Het wordt positief gewaardeerd door de gebruikers. Omdat de procedure laagdrempelig is, nodigt het uit tot veelvuldig gebruik.<sup>221</sup>

Ons voorstel in het Interimrapport over een geautomatiseerde afwikkeling van onbetwiste vorderingen (incassozaken) sloot hierop aan. De reacties leveren een gemengd beeld op. Steun voor het voorstel is te vinden bij onder meer de Consumentenbond, de NOvA, de Raad voor de Rechtspraak, en de deurwaarders.<sup>222</sup> Beide laatstgenoemde werken inmiddels ook samen aan twee pilotprojecten.<sup>223</sup> Wat de Raad betreft, zijn dit onderdelen van een onderzoek naar wettelijke en praktische bezwaren van invoering van een volledig geautomatiseerde incassoprocedure, inclusief een volledig geautomatiseerde verstekverlening, een en ander in de lijn van het Interimrapport.<sup>224</sup>

219 Nederland kende tot eind 1991 ook een rechterlijk betalingsbevel. Jaarlijks werden zo'n 100.000 of meer verzoeken ingediend en afgehandeld, aldus Freudenthal 1996, p. 381. Vanaf 1984 werden de aantallen minder en mede daarom is de regeling afgeschaft. De als alternatief gedachte formulierdagvaarding is mislukt. Zie ook het rechtsvergelijkend overzicht in E.H. Rechberger, G.E. Koch (eds), *Orders for Payment in the European Union*, 2001. In België is op 26 april 2004 een wetsvoorstel ingediend voor een summierere betalingsprocedure, Kamerstukken 2003/04, Doc. 51 1050/001.

220 In Engeland vindt een en ander plaats in het kader van een 'pilot project' Money Claims Online. Informatie hierover vindt men op [www.moneyclaim.gov.uk/csmco2/index.jsp](http://www.moneyclaim.gov.uk/csmco2/index.jsp).

221 Van Willigenburg & Tzankova, p. 29 l.k. Aan het begin van het experiment in 2002 was de verwachting dat ongeveer 25.000 claims zouden worden ingediend. Op de site van Her Majesty's Courts Service (hmcs) wordt over 2004/2005 een aantal van 55.000 vermeld ([www.hmcourts-service.gov.uk/cms/bulkcentre.htm](http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/bulkcentre.htm), doorklikken naar Northampton Bulk Centre en Money Claim Online (MCOL) – update van 30 november 2005).

222 Reactie Consumentenbond, p. 2; KBvG incasso, p. 20-24; NOvA rapport, nr. 18; Raad voor de Rechtspraak advies, p. 7 en 8, en Programmaplan Civiele sectoren, par. 4.3.4. Zie voorts Snijders 2003, p. 1703 l.k.

223 Het eerste (in arrondissement Rotterdam) houdt de digitale aanlevering van gegevens door 'grootverbruikers' in ten behoeve van de opmaak van – te verwachten – verstekvonnissen. Op deze manier worden fouten bij het overtypen van data en bijhorende herstelwerkzaamheden voorkomen. Het tweede project (in arrondissement Amsterdam) betreft de elektronische invulling van een modeldagvaarding die is opgesteld door een werkgroep waarin rechters en deurwaarders zijn vertegenwoordigd. Het is de bedoeling dat een elektronische opdracht tot uitbrenging kan worden verstrekt en dat na uitbrenging van de dagvaarding een elektronische aanbrenging van de zaak kan plaatsvinden. In de modeldagvaarding zijn al de (kwalitatieve) maatstaven die door de rechter worden gesteld verwerkt, waardoor screening nauwelijks meer nodig is. (Geldvordering online zou naar verwachting eind 2005 starten.)

224 Raad voor de Rechtspraak, Programmaplan Civiele Sectoren, par. 4.3.4.

Maar er zijn ook bezwaren geuit, zowel principieel als praktisch. Wij gaan er slechts kort op in, omdat ze inmiddels door de Europese ontwikkelingen achterhaald zijn. De principiële bezwaren vloeien voort uit de gedachte dat de rechter rechtsstatelijk gezien verantwoordelijk is voor een veroordelend vonnis en dat hij zich daarom ambtshalve een oordeel moet vormen over de met de zaak verbonden aspecten, ook al wordt het eigenlijke werk door de griffie gedaan.<sup>225</sup> Sommige vorderingen en/of verzoeken tot betaling verdienen immers bijsturing en kunnen ook bij verstek niet zonder meer of ongewijzigd worden toegewezen. Rechters kunnen hierop invloed uitoefenen door richtlijnen op te stellen, waar op het uitwerkende administratieve niveau rekening mee kan worden gehouden. Wij menen dat de rechtsstatelijke bezwaren ongegrond zijn en vooral zijn ingegeven door aanbeveling 7 in het Interimrapport,<sup>226</sup> die bij nader inzien voor verschillende uitleg vatbaar is. Het betreft de zinsnede ‘buiten het rechterlijke circuit houden’. Daarmee hebben wij niet bedoeld dat de incassoprocedure geheel buiten de rechter om plaatsvindt, maar alleen dat de rechter er zich niet mee hoeft te bemoeien tenzij verweer wordt gevoerd, en voorts dat de volledig administratieve afhandeling van verstekzaken, waarvan thans ook al sprake is, geautomatiseerd kan plaatsvinden.<sup>227</sup> Zodra een partij bezwaar maakt, wordt de rechter erbij betrokken en moet hij de zaak alsnog in een normale procedure behandelen. Wij menen daarom dat ons voorstel uit rechtsstatelijk oogpunt niet problematischer is dan het huidige systeem van afdoening.

Praktische bezwaren tegen ons voorstel zijn dat de huidige incassopraktijk en verstekregeling, waar een crediteur van een schuldvordering in de regel binnen 14 dagen over een verstekvonnis kan beschikken, voldoen en dat daarom geen behoefte bestaat aan een afzonderlijke geautomatiseerde incassoprocedure.<sup>228</sup> De huidige verstekprocedure is al zodanig gestandaardiseerd en gedelegeerd, wordt gezegd, dat naar verwachting met een automatisering niet veel winst meer kan worden geboekt.<sup>229</sup> Wij menen dat een geautomatiseerde procedure tot aanzienlijke kostenbesparingen kan leiden, zowel voor de rechterlijke macht (lagere personeelskosten) als voor de gebruikers (lagere voorbereidingskosten, lagere griffierechten).

---

225 In die zin bijvoorbeeld enkele reacties tijdens de consultatieronde rechterlijke macht/ressort Den Haag en ook NVvR advies, p. 6-7.

226 Interimrapport, p. 265. Aanbeveling 7 luidt als volgt: ‘Incasso zaken dienen in beginsel uit het rechterlijk circuit te worden gehaald en te worden geautomatiseerd, tenzij verweer wordt gevoerd.’

227 Richtlijnen kunnen hierbij goede diensten bewijzen. Hiermee wordt thans in Amsterdam al geëxperimenteerd.

228 Bijvoorbeeld Adviescommissie, p. 13 onder e. Zie echter Van het Kaar 2005, p. 37 (l.k.), die wijst op de nadelen van de huidige verstekregeling: ‘vooral de hoge kosten hebben een nadelige invloed op de toegankelijkheid van deze procedure en beletten het doelmatige gebruik daarvan.’

229 Bijvoorbeeld NVvR advies, p. 7 dat erop wijst dat voor de kantonsector op jaarbasis nog geen 3 fte’s kantonrechter nodig zijn voor het hele land. Wij kunnen dit echter niet goed rijmen met een uitkomst van de consultatieronde met de rechterlijke macht in ressort Arnhem. Daar bleek op basis van schattingen dat alleen al voor Arnhem op jaarbasis tussen 5 en 6 fte’s griffiepersoneel nodig zijn voor de afwikkeling van verstekzaken.

### 8.5.2.2 *Latere ontwikkelingen*

Inmiddels heeft de Europese Commissie in maart 2004 een voorstel voor een Verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure<sup>230</sup> gepubliceerd. Daarover wordt nog druk onderhandeld, zodat wij ons nadere standpunt niet met het eindresultaat kunnen vergelijken. De onzekerheid betreft onder meer de vraag of de procedure alleen voor grensoverschrijdende gevallen zal gelden of ook voor interne. Nederland pleit voor het laatste.<sup>231</sup> Vrij zeker ongewijzigd zal blijven het voorstel dat de Europese procedure niet in de plaats komt van nationale procedures. De schuldeiser kan dus kiezen.

### 8.5.2.3 *Onze nadere standpuntbepaling*

In het Interimrapport beschreven wij drie mogelijke modellen voor de incassoprocedure. Wij kozen voor model c. Dat is een procedure waarin de ingediende vordering zonder enige rechterlijke controle tot een betalingsbevel leidt, maar waartegen bezwaar mogelijk is. Wordt bezwaar gemaakt, dan volgt een gewone procedure voor de rechter.<sup>232</sup> Men noemt dit ook wel de één stap-procedure. Model b houdt de twee stappen-procedure in. Hierbij krijgt de verweerder twee keer gelegenheid om bezwaar te maken, zowel vóór als na het uitvaardigen van het betalingsbevel. Maakt hij vóór het uitvaardigen van het betalingsbevel bezwaar, dan eindigt daarmee de betalingsbevelprocedure. Bezwaar maken nadat het betalingsbevel is gegeven, gebeurt door het instellen van verzet. Ook dan wordt op de gewone manier verder geprocedeerd. De termijnen van bezwaar en verzet zijn kort.

Naar aanleiding van de consultatierondes en het nadere overleg met de KBvG, houden wij niet strak vast aan model c, maar zouden wij ons ook goed kunnen vinden in model b, ook al omdat het Europese voorstel dit model eveneens hanteert, althans tot nu toe. Met model c is onder meer ervaring opgedaan in Frankrijk, Oostenrijk, Portugal, Italië en Griekenland, en ook in het nieuwe Belgische ontwerp wordt dit model gekozen. De ervaringen zijn, voorzover ons bekend, niet zodanig dat model c afgezworen zou moeten worden c.q. dat het evident is dat model b de voorkeur verdient.

Wezenlijk voor ons is eerst en vooral dat er een snelle, eenvoudige en zo betaalbaar mogelijke, liefst geautomatiseerde, betalingsbevelprocedure komt, waarin de verweerder die dit wenst alle gelegenheid krijgt om zijn standpunt ten volle uit te dragen.

---

230 Voorstel voor een Verordening van het Europese Parlement en de Raad tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, COM (2004) 173 def. 2004.0055 (COD), Brussel 19.03.2004.

231 De meeste literatuur gaat nog uit van het oorspronkelijke commissievoorstel. Zie o.m. Freudenthal 2004; Van het Kaar 2005; Sujecki 2005. Een overzicht van het thans lopende debat, met verwijzingen naar internetsites voor verslagen en amendementen, geeft de Nederlandse vertegenwoordigster bij die debatten, Van der Grinten 2005, p. 82-85.

232 Interimrapport, p. 154.



Korte termijnen doen hieraan niet af, wel ingewikkelde regelingen om de bezwaren of het verzet kenbaar te maken. Vermeden zou moeten worden om twee procedures aan te bieden: een grensoverschrijdende en een interne. In Nederland hebben wij hierbij het voordeel dat wij geen last hebben van een reeds bestaande betalingsbevelprocedure, die eventueel veranderd zou moeten worden. Wij kunnen met een schone lei beginnen. Wel zal voorwaarde voor uniformiteit moeten zijn dat de Europese Verordening geen bepalingen bevat die te veel afbreuk doen aan waar het volgens ons eerst en vooral om gaat: zie hiervoor. Daarvan zou sprake kunnen zijn, indien in Europa bijvoorbeeld gekozen wordt voor een procedure met bewijs, d.w.z. dat alvorens het betalingsbevel kan worden uitgevaardigd, de vordering inhoudelijk wordt getoetst aan de hand van door de schuldeiser bij zijn verzoek over te leggen bewijsmiddelen (in grensoverschrijdende gevallen met vertaling).<sup>233</sup>

Het voorgaande strookt geheel met het door ons in het Interimrapport ontwikkelde toetsingskader dat ook efficiëntie en dienstverlening bij de inrichting van het procesrecht betreft, zonder dat aan de kwaliteit van de afdoening afbreuk wordt gedaan. Wij ondersteunen de initiatieven van met name de Raad voor de Rechtspraak en de deurwaarders om een volledig geautomatiseerde incassoprocedure tot stand te brengen, met inbegrip van een volledig geautomatiseerde verstekverlening.

#### 8.5.2.4 Concrete aanbevelingen

- a Er dient een snelle, eenvoudige en zo betaalbaar mogelijke, liefst geautomatiseerde, betalingsbevelprocedure te komen, waarin de verweerder die dit wenst alle gelegenheid krijgt om zijn standpunt ten volle uit te dragen. Wij hebben hierbij geen voorkeur voor een één stap-procedure of een twee stappen-procedure.
- b Het verzoek tot het verkrijgen van een betalingsbevel hoeft niet met bewijsmiddelen gestaafd te worden. Pas als het bezwaar of verzet daartoe aanleiding geeft, dient dit te gebeuren.
- c De betalingsbevelprocedure is niet verplicht, maar een alternatief voor de schuldeiser naast andere mogelijkheden.
- d Bij voorkeur dient de betalingsbevelprocedure te gelden zowel intern als grensoverschrijdend.
- e Wij ondersteunen de initiatieven van met name de Raad voor de Rechtspraak en de deurwaarders om een volledig geautomatiseerde incassoprocedure tot stand te brengen, met inbegrip van een volledig geautomatiseerde verstekverlening.

---

<sup>233</sup> Terecht concludeert Van der Grinten 2005, p. 84 dat indien hiervoor wordt gekozen, het Europese betalingsbevel een vroegtijdige dood zou sterven. De kosten van een vertaling zullen vaak hoger zijn dan het bedrag van de incasso. Dat doet natuurlijk niemand.

### 8.5.3 'Kortsluiten' kort geding en bodemprocedure

#### 8.5.3.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt als volgt samengevat:<sup>234</sup>

'In kort geding moet de voorzieningenrechter de mogelijkheid hebben op verzoek van beide partijen zijn uitspraak als een bodembeslissing te geven. Ook op éézijdig verzoek zou dat mogelijk moeten zijn, tenzij een van partijen binnen een bepaalde tijd tegen dat vonnis – om het neutraal te zeggen – iets onderneemt. Aldus ontstaat een verkorte bodemprocedure in spoedeisende zaken. (8.7.6)'

#### 8.5.3.2 *Reacties*

Het voorstel in het Interimrapport ten aanzien van het 'kortsluiten' van het kort geding en de bodemprocedure is eveneens gemengd ontvangen. Men is met name positief indien een daartoe strekkend verzoek gezamenlijk door partijen wordt gedaan.<sup>235</sup> Op de voet van de huidige wisselbepalingen zou de voorzieningenrechter de mogelijkheid moeten hebben om de zaak naar zichzelf als een enkelvoudige rechter te verwijzen voor verdere behandeling van de zaak ten gronde, aldus de NVvR. De NOvA ziet het iets anders: op gezamenlijk verzoek van partijen zou de voorzieningenrechter zijn uitspraak als een bodembeslissing kunnen geven.

De Commissie verbetervoorstellen<sup>236</sup> signaleert dat 'in een groot aantal gevallen' partijen behoefte hebben aan snelle maar definitieve geschillenbeslechting. Het kort geding kan vanwege het voorlopige karakter niet in deze behoefte voorzien. Een reguliere bodemprocedure is in de regel te gecompliceerd om geschillen snel te kunnen afdoen. Daarom stelt zij als mogelijkheden voor (1) de kortsluiting van een kort geding met een bodemprocedure; (2) de ambtshalve voortzetting van een kort geding in een bodemprocedure waarbij het kort geding de plaats van de comparitie na antwoord inneemt. Omdat de consequenties van beide opties nog onvoldoende in kaart zijn gebracht, beveelt de commissie nader onderzoek aan. De kortsluitingsprocedure in het bestuursrecht (art. 8:86 Awb) kan hiervoor als voorbeeld dienen. De Commissie richt zich dan tot ons om dit onderzoek in overweging nemen.

<sup>234</sup> Interimrapport, par. 8.9, p. 160.

<sup>235</sup> Bijvoorbeeld NvVR advies, p. 8 punt 16, NOvA rapport, p. 6, punt 18. Meer behoudend zijn NOvA, p. 9 en Snijders 2003 p. 1702 r.k. Afwijzend tegenover het voorstel staat de Adviescommissie, p. 12-13 onder c. Ook in de consultatieronde rechterlijke macht met het ressort 's-Hertogenbosch was men negatief.

<sup>236</sup> Interimrapport, par. 7.2.

H.J. Snijders is van mening dat aan de huidige situatie niet getornd mag worden zolang er feitelijk behoefte aan is en Europa ‘geen dam’ opwerpt. Over dat laatste is hij minder somber, omdat het kort geding ‘de iure nog een voorlopige voorziening’ is. Hij spreekt de verwachting uit dat het kort geding in zijn huidige vorm nodig zal blijven, omdat de bodemprocedure gelet op de termijnen die voor vonnis en arrest worden gehanteerd er niet echt korter op geworden is, terwijl de voorfase door adstructie- en bewijsaandraagplichten zelfs nog tijdrovender is geworden.

#### *8.5.3.3 Latere ontwikkelingen*

Er zijn geen relevante latere ontwikkelingen die specifiek betrekking hebben op de ‘kortsluitings’problematiek.

#### *8.5.3.4 Onze nadere standpuntbepaling*

In de literatuur zijn eerder voorstellen voor een ‘kortsluiting’ gedaan. Daarbij werd als voorwaarde gesteld dat de casus in de hoofdprocedure identiek zal zijn aan de casus die aan de voorzieningenrechter is voorgelegd, alsook dat de zaak naar diens oordeel geen substantieel feitelijk onderzoek meer behoeft.<sup>237</sup> Een argument voor kortsluiting is ook de harmonisatie met het bestuursprocesrecht (art. 8:86 Awb). De voorstellen zijn echter niet onbestreden gebleven.<sup>238</sup> In het civiele recht staat een kort geding veelal los van de bodemprocedure. In ongeveer 95% van de procedures laten partijen het ook bij de uitspraak in kort geding. Dat staat hen, door hun zelfbeschikkingsrecht, vrij. In die gevallen is er geen enkele reden om de rechtsverhouding door de rechter definitief te laten vaststellen. In het bestuursprocesrecht is dit anders. Daar is connexiteit verplicht. Wij zouden dit voor het civiele recht beslist niet propageren (en op dit punt dus geen harmonisatie met het bestuursprocesrecht bepleiten).

Onze aanbeveling is het aan partijen over te laten wat zij wensen. Als er geen behoefte is aan ‘kortsluiting’, zullen zij er geen gebruik van maken. Indien de behoefte er in een enkel geval wel is, is het goed dat de mogelijkheid bestaat. Wij handhaven derhalve ons voorstel van het Interimrapport onverkort. Een nader onderzoek naar de alternatieven die de Commissie verbetervoorstellen heeft aangedragen laten wij dan ook aan ons voorbijgaan.

---

<sup>237</sup> Snijders/Ynzonides/Meijer 2002, nr. 335, noot 20.

<sup>238</sup> Nota n.a.v. het Verslag bij wetsvoorstel 26 855 (nr. 5), p. 71-72.

### 8.5.3.5 Concrete aanbevelingen

De voorzieningenrechter in het kort geding dient de mogelijkheid te hebben om op verzoek van beide partijen zijn uitspraak als een bodembeslissing te geven. Aldus ontstaat een verkorte bodemprocedure in spoedeisende zaken. Ook op eenzijdig verzoek zou dat mogelijk moeten zijn, tenzij een van partijen binnen een bepaalde tijd tegen dat vonnis een rechtsmiddel instelt of alsnog een bodemprocedure begint.

### 8.5.4 Complexe procedures

#### 8.5.4.1 *Ons voorlopig standpunt*

Ons voorlopig standpunt hebben wij als volgt samengevat, waarbij wij ter wille van de leesbaarheid enkele tussenkopjes hebben ingevoegd.<sup>239</sup>

#### ***Drie subtypen***

‘Ten aanzien van massaschade onderscheiden we drie subtypen: (a) gefixeerde schade, dat is schade als gevolg van de blootstelling van een grote groep mensen aan de gevolgen van een enkele gebeurtenis, veroorzaakt door dezelfde initiële schadeveroorzakers (bijvoorbeeld de ramp in Enschede); (b) sluipende schade, dat is schade die niet het gevolg is van één gebeurtenis, maar van een reeks van blootstellingen c.q. gebeurtenissen, waarbij schade pas na lange tijd ontstaat, waardoor niet duidelijk is door of vanaf welke blootstelling in de reeks de schade ontstaan is (bijvoorbeeld schade door asbestose); (c) strooi-schade, dat is schade aan vele benadeelden die qua omvang voor elk daarvan afzonderlijk zo minimaal is dat het voor hen afzonderlijk niet de moeite en kosten rechtvaardigt om deze in rechte af te dwingen (bijvoorbeeld schade als gevolg van treinvertragingen). De bestaande procesrechtelijke mechanismen om met deze schaden om te gaan – de collectieve actie van art. 3:305a-c BW, de volmacht en lastgeving ter incasso en het proefproces – voldoen om verschillende redenen niet. De dienaangaande bestaande bezwaren kunnen alleen adequaat worden aangepakt, als er minder vrijblijvendheid dan nu bestaat en de schadelijders gedwongen kunnen worden tot onderlinge afstemming van hun acties, tot het voeren van overleg en tot samenwerken.’

#### ***Belang van de voorfase***

‘Het voeren van overleg en coördinatie, afstemming van acties en dergelijke vindt vooral in de voorfase plaats. Om die reden kunnen rechterlijke bege-

---

<sup>239</sup> Interimrapport, par. 9.6. Nog korter is Interimrapport, hoofdstuk 13, nr. 12.

leiding in, maar ook het nader structureren en reglementeren van die fase niet gemist worden. Door een eerdere en grotere betrokkenheid van de overheidsrechter bij de afwikkeling van massaschade kan het geveerde misbruik van een ruimere of dwingendere collectieveactieregeling worden voorkomen. Verder kunnen adequate, centraal aangestuurde publicatie- en registratievoorschriften in geval van massaschade in de voorfase al veel goeds opleveren, niet alleen omdat zij tot een meer adequate toepassing van consolidatiemechanismen kunnen leiden, maar ook omdat publicatiemogelijkheden gecontroleerd zouden worden ingezet. (9.4.5)'

#### 8.5.4.2 *Reacties*

Op onze voorstellen zijn betrekkelijk weinig reacties van de aangezochte adviesorganen binnengekomen. Schaalvergroting en/of massaschade wordt door velen als een bijzonder onderwerp gezien dat inderdaad een daarop toegesneden regeling behoeft en lastige uitvoeringsvragen kent, maar dat niet thuishoort bij de herbezinning op de beginselen van het burgerlijk procesrecht.<sup>240</sup> Bovendien is per 1 augustus 2005 de Wet collectieve afwikkeling massaschade in werking getreden.<sup>241</sup> Sommige commentatoren hebben vlak voor het verschijnen van het Interimrapport de regering over deze wet geadviseerd.<sup>242</sup> Zij hebben dan ook volstaan met een verwijzing naar hun eerder uitgebrachte advies, zonder op onze voorstellen in te gaan.<sup>243</sup>

Positief over de door ons gevolgde aanpak en voorstellen zijn Snijders,<sup>244</sup> de Consumentenbond,<sup>245</sup> Valk,<sup>246</sup> Krans<sup>247</sup> en Visscher.<sup>248</sup> Constructieve voorstellen waren ook te horen tijdens de consultatierondes met de rechterlijke macht in ressort 's-Gravenhage. Voorts hebben wij geconstateerd dat de politieke partijen gebruik hebben gemaakt van het Interimrapport en van de daarin gedane voorstellen bij de behandeling van het

---

240 Adviescommissie, p. 17-18; NOvA rapport, p. 6-7, NVvR advies, p. 2 onder e.

241 Stb. 340 en Stb. 380. Onder meer de najaarsvergadering in 2004 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht was hieraan gewijd; Van Mierlo e.a. 2005. Ook de Vereniging voor Corporate Litigation besteedde daar aandacht aan, zie Van Solinge & Holtzer 2004. Hieraan zal in de volgende paragraaf uitbreider aandacht worden besteed.

242 Voor een overzicht zie *Kamerstukken II 2003/04*, 29 414, nr. 3, p. 7-9. Advies hebben uitgebracht onder meer de Raad voor de Rechtspraak, de NVvR, de Adviescommissie Burgerlijk procesrecht en de NOvA.

243 Bijvoorbeeld Adviescommissie, p. 17-18, NVvR advies, p. 2.

244 Die liever van 'massaprocessen' spreekt: Snijders 2003, p. 1703-1704.

245 Reactie Consumentenbond, p. 5-10.

246 Valk 2005, p. 51-52, waar hij zich positief uitlaat over de betrokkenheid van de rechter in de voorfase.

247 Krans 2005, p. 2-13, in het bijzonder p. 3 noot 13 en p. 8 waar hij zich aansluit bij onze voorstellen voor een grotere rechterlijke bemoeienis en structurering in de voorfase, en bij de aanpak van strooischade.

248 Visscher 2004, p. 80-86. Visscher refereert niet met zoveel woorden aan het Interimrapport, maar in zijn bijdrage worden rechtseconomische argumenten aangevoerd voor de aanpak van strooischade, en voor de introductie van een collectieve schadevergoedingsmogelijkheid.

wetsvoorstel Collectieve afwikkeling massaschade.<sup>249</sup> Ook heeft de minister naar aanleiding van de gestelde Kamervragen verschillende keren aangegeven onze definitieve standpuntbepaling af te wachten ten aanzien van de afwikkeling van strooischade en de inrichting van de voorfase in relatie tot het onderwerp massaschade.<sup>250</sup>

#### 8.5.4.3 *Latere ontwikkelingen*

Zoals reeds hiervoor in paragraaf 8.5.4.2 is opgemerkt, is op 1 augustus 2005 de Wet collectieve afwikkeling massaschade in werking getreden. Deze wet maakt de verbindendverklaring door een (exclusief bevoegde) rechter mogelijk van een vaststellingsovereenkomst, die is gesloten door een belangenorganisatie van gelaedeerden en degene(n) die schadeplichtig is (zijn). De regeling ziet zowel op schade door ‘een gebeurtenis’ als op schade door ‘gelijksortige gebeurtenissen’.<sup>251</sup> Vermeldenswaard is de ‘opt out mogelijkheid’ voor benadeelden om zich aan de werking van de overeenkomst te onttrekken binnen een bepaalde termijn nadat deze door de rechter verbindend is verklaard.<sup>252</sup> Een andere procesrechterlijke noviteit betreft de introductie van ‘damage scheduling’.<sup>253</sup> Kenmerkend daarvoor is dat de vaststelling van de financiële compensatie die de benadeelden zouden moeten ontvangen niet plaatsvindt aan de hand van hun individuele kenmerken, maar aan de hand van de kenmerken van de (sub)groepen, waartoe de benadeelden behoren.

Daarnaast zijn van overheidswege nog twee voor dit onderwerp relevante rapporten totstandgekomen: het rapport van de Commissie Borghouts<sup>254</sup> en een rapport, in opdracht van het WODC vervaardigd door Barendrecht c.s., van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht te Tilburg,<sup>255</sup> naar opties om de transactiekosten van het aansprakelijkheidsrecht te verlagen. Een van de onderzochte instrumenten uit het laatstgenoemde onderzoek die als ‘redelijk kansrijk’ werden aangemerkt betrof het in het rapport uitgewerkte model voor ‘de procedurele afwikkeling van massaschade’. De voorstellen en aanbevelingen die in beide rapporten worden gedaan liggen in de lijn van de voorstellen in het Interimrapport.

249 Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004/05, 29 414, B/p. 1-2, C/p. 2-4, D/p. 2, E/p. 3, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 6, p. 7 waar in de lijn van het Interimrapport, p. 183-186 op meer rechtsvergelijking wordt aangedrongen, of *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 6, p. 4-5 en nr. 7, p. 4-10.

250 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7, p. 19-20, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 414, C, p. 2-4.

251 Art. 7:907 lid 1 BW en MvT, nr. 3, p. 11.

252 Art. 7:908 lid 2 BW.

253 MvT nr. 3, p. 11-12, Krans 2005, p. 5 en Tzankova 2005, p. 74, noot 251 met verdere verwijzingen naar buitenlandse literatuur waar deze methode wordt toegelicht.

254 Commissie Borghouts, vooral de aanbevelingen 1 t/m 6 zijn voor ons Eindrapport van belang.

255 Barendrecht c.s. 2004. Zie ook de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 7 juli 2005, 5361754/05/6, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 159, waarin de minister een reactie aan de Kamer geeft op het onderzoek.

Ook noemen wij de instelling van een Consumenten toezichthouder (consumenten-autoriteit) die kan optreden bij inbreuken op het consumentenrecht met een collectief karakter.<sup>256</sup> Met name voor de afwikkeling van strooischade kan dit van belang zijn. In de kabinetsplannen zou een Consumenten toezichthouder de bevoegdheid kunnen krijgen om een collectieve actie bij de civiele rechter in te stellen en een overeenkomst tot schikking met de aanbieder die inbreuk heeft gepleegd op het consumentenrecht met een collectief karakter ter verbindendverklaring voor te leggen aan de exclusief bevoegde rechter (Hof Amsterdam). Ook zou deze toezichthouder een verzoekschrift kunnen indienen bij een exclusief bevoegde rechter – het kabinet denkt aan Hof Den Haag – om te bewerkstelligen dat een inbreukmaker, op straffe van het verbeuren van dwangsommen, een inbreuk staakt.<sup>257</sup>

Ten slotte valt te wijzen op het Groenboek Privaatrechtelijke handhaving van de Europese Commissie over ‘Damages actions for breach of the EC antitrust rules’.<sup>258</sup> Daarin worden verschillende, ook procesrechtelijke, obstakels geanalyseerd die meebrengen dat privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, in het bijzonder het kartelverbod, moeizaam verloopt, waarna uiteenlopende voorstellen worden geformuleerd om die obstakels weg te nemen.<sup>259</sup> Het doel daarvan is dat natuurlijke personen en rechtspersonen gecompenseerd worden voor hun schade, waarbij ‘misbruikacties’ zo veel mogelijk uitgefilterd worden.<sup>260</sup> Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de daarbij optredende procedurele (strooischade)problematiek is actueel.<sup>261</sup> Schendingen kunnen gemakkelijk tot strooischade lijden.

#### 8.5.4.4 *Onze nadere standpuntbepaling*

Met de Wet collectieve afwikkeling massaschade is een belangrijke eerste stap gezet voor het ontwerp van een regeling voor complexe procedures tot verkrijging van schadevergoeding.<sup>262</sup> Wij menen evenwel dat het hierbij niet kan blijven en dat een verdere regeling noodzakelijk is.<sup>263</sup>

---

256 *Kamerstukken II 2003/04*, 27 879, nr. 9, p. 1, 5. *Kamerstukken II 2004/05*, 27 879, nr. 10-11. Men is er nog niet helemaal uit hoe de nieuwe toezichthouder zou moeten heten: *Kamerstukken II 2004/05*, 27 879, nr. 11, p. 8-9.

257 *Kamerstukken II 2004/05*, 27 879, nr. 11, p. 7.

258 Groenboek Privaatrechtelijke handhaving.

259 Groenboek Privaatrechtelijke handhaving, p. 15-62.

260 Het ministerie van Economische Zaken heeft het advocatenkantoor Houthoff Buruma een onderzoek laten verrichten naar de obstakels die een benadeelde van een mededingingsovertreding in Nederland op zijn weg aantreft en verbetervoorstellen laten formuleren ingeval die benadeelde terzake schadevergoeding wil vorderen. Aan collectieve acties wordt daarin een belangrijke rol toebedeeld: Haak en VerLoren van Themaat 2005, p. 92-110.

261 Zie ook Bos 2005, p. 71-86.

262 Commissie Borghouts, p. ix, aanbeveling 1 en 3, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 414, nr. 3, p. 7.

263 Ook Commissie Borghouts, p. ix, aanbeveling 1 en 3, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 414, nr. 3, p. 7, pleit voor nadere regelgeving.

Alvorens daarop in te gaan willen wij enkele nadere opmerkingen maken over het begrip massaschade. In het Interimrapport hebben wij drie soorten massaschade onderscheiden: gefixeerde, sluipende en strooischade.<sup>264</sup> De nieuwe wet geeft geen definitie van het wel in haar titel voorkomende begrip massaschade. In de parlementaire geschiedenis bij de wet wordt een andere – Amerikaanse – terminologie dan de onze gebezigd.<sup>265</sup> Het is vooralsnog lastig alle denkbare vormen en gevallen in sluitende definities neer te leggen en daarom zien wij daarvan af.<sup>266</sup>

Wij zullen nu aandacht besteden aan een aantal onderwerpen dat in de buitenlandse praktijk en literatuur ten aanzien van de afwikkeling van gefixeerde en sluipende massaschade opvalt. Dat zal summier geschieden, omdat op het moment dat wij dit schrijven de ontwikkelingen nog in volle gang zijn (onder meer het Groenboek) en onvoldoende uitgekristalliseerd zijn om nu al tot een verantwoorde keuze te komen. Een onzer is met een studie bezig, waarin de thematiek nader onderbouwd en uitgewerkt wordt. Ook daar kunnen wij niet op vooruitlopen. De onderwerpen waarover wij thans wel, summier, iets willen opmerken zijn:

- één gerecht exclusief bevoegd (par. 8.5.4.5);
- een preprocesuele comparitie (par. 8.5.4.6);
- de misbruikpreventie bij collectieve schikkingen (par. 8.5.4.7);
- de procedure als geen schikking wordt bereikt (par. 8.5.4.8);
- een bijzondere regeling voor gevallen van strooischade (par. 8.5.4.9).

#### 8.5.4.5 *Eén gerecht exclusief bevoegd*

Wij wijzen op de mogelijkheid van de exclusieve bevoegdheid van één gerecht tot kennisneming van schadevergoedingszaken met een massaal karakter. Voorkomen kan dan worden dat, net als bijvoorbeeld is gebeurd in de recente aandelenlease-kwestie, door het hele land tientallen zo al niet honderden individuele procedures worden gestart, en veel tijd en moeite worden verspeeld voordat de ‘massaliteit’ zichtbaar wordt, en duidelijkheid wordt verkregen over relevante gemeenschappelijke juridische en/of feitelijke vraagstukken. Een geconcentreerde behandeling bevordert dat oproep- en/of publicatiemaatregelen<sup>267</sup> worden getroffen die geschikt zijn om de omvang en de diversiteit van de groep benadeelden zo veel mogelijk vast te kunnen stellen.

264 Zie Interimrapport, par. 9.4.1 en de samenvatting in par. 9.6, weergegeven hiervoor in par. 8.5.4.1; Tzankova 2005, par. 1.2.

265 De MvT spreekt van ‘mass exposure accidents’ en ‘mass disaster accidents’: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, p. 3. Deze zijn gelijk te stellen aan de door ons gehanteerde sluipende en gefixeerde massaschade. Wij hebben gekozen voor Nederlandse benamingen.

266 In soortgelijke zin ook Tzankova 2005, p. 16.

267 Er zou een groter gebruik van moderne communicatiemiddelen kunnen worden gemaakt. Zie voor interessante en nuttige suggesties Snijders 2001b.



#### 8.5.4.6 Een preprocessuele comparitie

Te overwegen is de introductie van een verplichte preprocessuele comparitie van partijen bij het in de vorige paragraaf genoemde, exclusief bevoegde gerecht.<sup>268</sup>

De preprocessuele comparitie kan voor twee doeleinden worden gebruikt: (i) voor het faciliteren van de totstandkoming van een collectieve schikking en, als deze uitblijft, (ii) ter voorbereiding en/of structurering van een eventuele collectieve actie.

##### *Ad (i)*

Op de preprocessuele comparitie zouden afspraken kunnen worden gemaakt over kwesties als het procedurele of inhoudelijke case management en de oproeping van niet verschenen belanghebbenden. Over de coördinatie van de zaak aan de kant van de benadeelden (eisers) kunnen eveneens afspraken worden gemaakt teneinde de behandeling te vereenvoudigen. Versnippering aan de zijde van de belangenbehartiging is vooral bezwaarlijk indien een limited fund aanwezig is.<sup>269</sup> De rechter zou in een dergelijke comparitie op verzoek van (een van de) partijen de benoeming van een ‘bijzondere deskundige’<sup>270</sup> kunnen bevelen, onder wie ook een mediator, die partijen zou kunnen faciliteren bij het bereiken van overeenstemming ten aanzien van één of meerdere geschilpunten.<sup>271</sup> De preprocessuele comparitie zou ook kunnen worden gebruikt om over zich voordoende principiële rechtsvragen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, indien, zoals wij bepleiten, de mogelijkheid daartoe wordt opengesteld.

##### *Ad (ii)*

De preprocessuele comparitie zou mede ter voorbereiding van de procedure kunnen dienen indien een collectieve schikking uitblijft. Een ‘procesplan’ zou kunnen worden opgesteld met een duidelijke en reële tijdstabel. Nadat door de concentratie van zaken meer zicht ontstaat op de massaliteit en de homogeniteit van de (sub)groep(en) benadeelden, kunnen in overleg en/of onder begeleiding van één of meerdere rechter(s) één

---

268 Dit voorstel voor een preprocessuele comparitie vindt aansluiting bij de Commissie Borghouts en het rapport van Barendrecht c.s.: Commissie Borghouts, p. ix, aanbeveling 2 en Barendrecht c.s. 2004, p. 112-113.

269 De indruk bestaat dat een situatie waarin sprake is van een limited fund zich in Nederland vaak zal voordoen: Commissie Borghouts, p. 17-18. Een normschender kan de door hem veroorzaakte schade slechts naar draagkracht vergoeden: voorzover zijn aansprakelijkheidsverzekering en zijn vermogen daarvoor toereikend zijn. Bij grote bedrijven en instellingen is dat laatste nog wel voorstelbaar, maar bij kleinere bedrijven, eenmanszaken en particulieren is dat slechts zelden het geval bij massaschade. Een reguliere aansprakelijkheidsverzekering kent slechts een beperkte dekking.

270 In het buitenland kent men de figuur van de ‘special master’: Klonoff & Bilich 2000, p. 706-710. Wim Duisenberg kon als een dergelijke special master in de ‘Dexia-schikking’ worden aangemerkt.

271 Dit kwam ook aan de orde in de discussie tijdens de vergadering van de NVvP 2005, p. 59-60. Ook zou in de voorfase een betere aansluiting en afstemming kunnen worden bewerkstelligd met al dan niet verplicht voorgeschreven ADR-rechtsgangen die de gang naar de overheidsrechter doorkruisen.

of meerdere proefprocessen worden geselecteerd die het meest representatief zijn voor de geïdentificeerde relevante (sub)groep(en) benadeelden.<sup>272</sup>

#### 8.5.4.7 *De misbruikpreventie bij collectieve schikkingen*

Ervaringen in het buitenland, welke ervaringen niet steeds empirisch,<sup>273</sup> maar wel wetenschappelijk onderbouwd worden, leren dat bij de totstandkoming van collectieve schikkingen rekening dient te worden gehouden met het zogenoemde misbruikgevaar, dat ontstaat doordat de massaliteit en het element van schaalvergroting het voor rechtshulpverleners heel aantrekkelijk maken om voor benadeelden op te treden.

Dat gevaar heeft twee aspecten. Het eerste kan ertoe leiden dat verweerders tot onredelijke schikkingen worden 'gedwongen', omdat zij reputatieverlies vrezen en/of het goedkoper vinden om iets te betalen om er maar vanaf te zijn, terwijl aan de schikking een 'groot volume' ondeugdelijke vorderingen ten grondslag ligt.<sup>274</sup>

Het tweede stoelt op (rechtseconomische) analyses over 'agency costs'.<sup>275</sup> 'Massa claimanten' blijken minder goed in staat te zijn het optreden van hun rechtshulpverlener te monitoren en/of te beoordelen, dan zij dat kunnen in de traditionele één-op-één cliënt-dienstverlenerverhouding. Daardoor kunnen buitengerechtigde collectieve schikkingen totstandkomen die niet als het meest optimale voor de groep kunnen worden aangemerkt, maar die de rechtshulpverleners van de benadeelden wel van een riant honorarium verzekeren.<sup>276</sup>

In de buitenlandse literatuur zijn verschillende oplossingen voor het misbruikgevaar geopperd.<sup>277</sup> Een mogelijkheid is om derden – bijvoorbeeld de rechter of door de rechter ingeschakelde deskundigen – intensiever te betrekken bij het toezicht op het optreden van de desbetreffende rechtshulpverleners. Ook zou van specifiek voor de behandeling van massale kwesties opgestelde beroeps- en ethiekregels een zekere normerende werking kunnen uitgaan. Een andere mogelijkheid is om ervoor te zorgen dat de financiële stimulansen aan de zijde van de rechtshulpverleners adequaat zijn vormgegeven. In de buitenlandse literatuur bestaat geen overeenstemming over welke methode de voorkeur verdient.

---

272 De inschakeling van de rechter blijkt in de praktijk niet gemist te kunnen worden bij de selectie van test cases. Daarover blijken partijen het vaak niet eens te kunnen worden: Tzankova 2004, p. 107, noot 142, en Hodges 2001, p. 14-27.

273 Waarschijnlijk heeft dat met methodologische beperkingen te maken: Tzankova 2005, p. 97-99.

274 Tzankova 2005, p. 87.

275 Tzankova 2005, p. 112-116.

276 Tzankova 2005, p. 87.

277 Voor een overzicht en een beknopte bespreking daarvan zie Tzankova 2005, p. 110-111, 116-121.

#### 8.5.4.8 *De procedure als geen schikking wordt bereikt*

Er zijn twee tegenovergestelde basismodellen voor de inrichting van een collectieve procedure. Wij duiden ze aan als het Amerikaanse (opt out) en het Engelse (opt in) model.<sup>278</sup> In het Engelse model staan de begrippen 'testcase' en 'vrijwilligheid' centraal. Alleen de benadeelden die zich bij de exclusief bevoegde rechter hebben gemeld (opt in) hetzij via concentratiemaatregelen, hetzij na gepaste oproep en/of publicatiemaatregelen, zijn gebonden aan de beslissingen op de gemeenschappelijke feitelijke en/of juridische vragen in de testcases. De individuele zaken die niet als een testcase zijn geselecteerd worden aangehouden totdat in de testcases uitspraken op de gemeenschappelijke vragen zijn gedaan. Daarna pas kan in de individuele zaken worden voortgeprocedeerd.

In het Amerikaanse model worden partijen aan de uitspraak in de groepsactie (in feite ook een testcase) gebonden, tenzij zij zich tijdig aan de procedure hebben onttrokken (opt out). Omdat benadeelden actief iets moeten ondernemen en zij dat in de praktijk blijken na te laten, is het bereik van en/of de rechtszekerheid in een opt out-model in de regel groter. Ook onder dat model is het echter mogelijk en gebruikelijk dat verschillende subgroepen van benadeelden worden gevormd, zodat maatwerk op macroniveau zo veel mogelijk kan plaatsvinden.

Indien beide modellen worden vergeleken, valt een aantal overeenkomsten op, zoals: een vroege betrokkenheid van de rechter, veel mogelijkheden in het kader van case management, het vormen van subgroepen en subclasses, overleg binnen de rechterlijke macht en aan de zijde van de belangenbehartiging met het oog op concentratiemaatregelen.<sup>279</sup> Een belangrijk verschil is echter dat in het Amerikaanse model transactiekosten beter bespaard kunnen worden, terwijl in het Engelse model meer aandacht is voor de individuele omstandigheden van het onderliggende geval. De eerdergenoemde pre-processuele schikkingscomparitie(s), waarbij de diversiteit van de groep benadeelden wordt onderzocht en men relevante (sub)groepen probeert te vormen, is een passend voortraject voor beide modellen.

#### 8.5.4.9 *Een bijzondere regeling voor gevallen van strooischade*

Al het voorgaande had betrekking op gefixeerde en sluipende massaschade, ofwel op schade die individueel bezien substantieel van omvang is. Bij de bespreking van het onderwerp strooischade willen we ons beperken tot die gevallen waarbij de schade voor ieder van de gelaedeerden zo gering is dat het geen zin heeft op individuele basis een schadevergoeding te vorderen, zelfs niet als dat door middel van een collectieve

---

<sup>278</sup> Voor een beschrijving daarvan zie Tzankova 2004, p. 106-110.

<sup>279</sup> Tzankova 2004, p. 106-110.

actie zou gebeuren. Voor andere gevallen van strooischade, waarbij een afzonderlijke actie door een individuele schadelijder gericht op het verkrijgen van een schadevergoeding te kostbaar zou zijn, maar het voeren van een collectieve actie niet, verwijzen wij naar hetgeen hiervoor werd opgemerkt<sup>280</sup> over de procedure in massale kwesties.

De civielrechtelijke aanpak van strooischade, waarbij door een normschender onrechtmatig vergaarde winst of voordeel wordt ontnomen, is voor Nederland een betrekkelijk nieuw onderwerp dat fundamentele materieelrechtelijke thema's raakt die buiten het civiele procesrecht reiken. Zo staat daarbij de vraag centraal of het privaatrecht een functie kan vervullen bij rechtshandhaving (van algemene en/of groepsbelangen) en hoe dat zich verhoudt tot uitoefening van toezicht door bestuursorganen. Voor het geval zou worden gekozen voor maatregelen met het oog op ontneming van onrechtmatig voordeel, dient bij de procedurele aanpak van strooischade rekening te worden gehouden met een aantal aandachtspunten. In de eerste plaats verdient het de voorkeur dat collectieve voordeelontneming zo veel mogelijk buitengerechtelijk wordt gerealiseerd. Daarbij is het van belang aan welke personen en/of organisaties de bevoegdheid zou moeten worden toegekend om collectieve schikkingen namens de gezamenlijke strooischadelijders te initiëren.<sup>281</sup> Ook dient dan aan deze een adequate financiële stimulans te worden gegeven om tegen privaatrechtelijke normschendingen die tot strooischade leiden op te treden, waarbij voldoende aandacht is voor het hiervoor reeds in een ander verband gesignaleerde misbruikgevaar.<sup>282</sup> De bewijsproblematiek verdient in die gevallen bijzondere aandacht.<sup>283</sup>

In de vorige paragrafen wezen we kort erop dat privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de daarbij optredende procedurele (strooischade)problematiek actueel is. Wij stellen de voordelen voorop van een doordachte overkoepelende regeling voor het onderwerp strooischade indien men dat van belang acht en willen waarschuwen voor het gevaar van versnippering via afzonderlijke regelingen, afhankelijk van het desbetreffende materieelrechtelijke terrein waarop strooischade zich kan voordoen.

#### 8.5.4.10 Concrete aanbevelingen

- a Een regeling voor aansprakelijkheidszaken over gefixeerde en sluipende mas-saschade verdient nadere overweging. Naar het zich laat aanzien, zal daarbij veel

---

280 Voor de verschillende soorten strooischade zie Tzankova 2005, p. 18-23.

281 Zie Tzankova 2005, p. 71-72, 74-95 voor suggesties voor nadere uitwerking.

282 Voor het misbruikgevaar bij collectieve schikkingen in deze strooischadesetting zie Tzankova 2005, p. 97-121.

283 Gedacht kan met name worden aan verlichting van de bewijspositie van de benadeelden door ingrepen in de bewijslastverdeling (zoals omkering, vermoedens, aanvullende motiveringsplicht voor de aansprakelijk gestelde partij) of aan bewijs door kwantitatieve methoden, zoals statistieken: Tzankova 2005, p. 72-74. Zie ook het Groenboek Privaatrechtelijke handhaving, p. 18-44.

- betekenis toekomen aan de voorfase in het algemeen en aan de preprocessuele comparitie in het bijzonder.
- b) Indien gekozen wordt voor een privaatrechtelijke remedie tot ontneming van onrechtmatig voordeel aan de veroorzaker van strooischade, dan verdienen de volgende punten in elk geval aandacht:
- (i) collectieve voordeelontneming dient zo veel mogelijk buitengerechtig te worden gerealiseerd;
  - (ii) beslist moet worden welke personen en/of organisaties de bevoegdheid hebben om collectieve schikkingen namens de gezamenlijke strooischadelijders te initiëren; zij dienen, met inachtneming van het misbruikgevaar, op enigerlei wijze financieel gestimuleerd te worden op te treden;
  - (iii) de bewijsproblematiek dient geregeld te worden.

## 8.6 Specialisatie

### 8.6.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt met betrekking tot de verhouding tussen differentiatie en specialisatie als volgt samengevat:<sup>284</sup>

‘Bij differentiatie kan worden gedacht aan differentiatie in procedures en in gerechten. Vergeleken met een aantal landen om ons heen blijkt dat de rechterlijke macht in Nederland eenvoudig van structuur is: er zijn weinig gespecialiseerde gerechten en er wordt qua procedure niet gedifferentieerd naar gespecialiseerd gerecht. Internationaal gezien, is er geen enkele aanleiding om te streven naar differentiatie per gespecialiseerd gerecht. Differentiatie zal dus bij ons kunnen en moeten worden gezocht in de procesgang. (8.3)’

### 8.6.2 *Reacties*

In een aantal reacties wordt betreurd dat het onderwerp specialisatie binnen de rechterlijke macht in het Interimrapport onderbelicht is gebleven,<sup>285</sup> terwijl de specialisatiediscussie recentelijk door minister Donner opnieuw is geëntameerd in het kader van de efficiënte afdoening van letselschadeclaims.<sup>286</sup> In het rapport *Balanceren en vernieuwen* worden als eventuele nieuwe criteria, aan de hand waarvan zinvol op een

<sup>284</sup> Interimrapport, par. 8.9, p. 159-160.

<sup>285</sup> Verbond van Verzekeraars, p. 5. In soortgelijke zin ook adviescommissie NOvA, p. 6 onder 18 en Snijders 2003, p. 1703, r.k.

<sup>286</sup> Zie de brief van minister Donner aan de Tweede Kamer van 7 juli 2005, nr. 5361754/05/6 over de afwikkeling van letselschade, p. 5.

andere manier kan worden gedifferentieerd, onder meer genoemd: het type service dat een partij vraagt, (wederom) de benodigde (specialistische) kennis, de prijs en de doorlooptijd.<sup>287</sup> Soortgelijke criteria zijn ook te vinden in de reactie van de NVvR.<sup>288</sup> Ten slotte wijzen wij op de Agenda voor de Rechtspraak 2002-2005<sup>289</sup> en de Agenda van de Rechtspraak 2005-2008<sup>290</sup> van de Raad voor de Rechtspraak waarin specialisatie als aandachtspunt (doel) is geformuleerd, in de Agenda 2005-2008 met name in verband met de concentratie van rechtspraak.

### 8.6.3 *Nadere standpuntbepaling*

Van specialisatie spreken wij bij de aanwezigheid van een bepaald niveau van inhoudelijke kennis en vaardigheden die gerelateerd zijn aan een specifieke omgeving, en zij impliceert een bepaalde werkverdeling binnen de rechterlijke macht.<sup>291</sup> Specialisatie heeft, anders gezegd, ofwel betrekking op de selectie en de opleiding van individuele rechters, ofwel op een mogelijke functiedifferentiatie binnen de rechterlijke macht. Dat alles impliceert echter een verandering van en/of binnen een organisatiestructuur<sup>292</sup> en reikt verder dan onze opdracht strekt. Zo vallen vragen of en zo ja op welke terreinen rechtspraak door gespecialiseerde gerechten/rechters plaats dient te vinden – denk ook aan de deelneming van deskundigen die geen lid zijn van de rechterlijke macht aan bepaalde vormen van civiele rechtspraak<sup>293</sup> – en of en zo ja in welke mate daartoe concentratie van rechtspraak in bepaalde soorten zaken vereist is, in beginsel buiten het kader van ons onderzoek, dat immers betrekking heeft op de inrichting van het procesrecht. Die vragen betreffen in de eerste plaats de rechterlijke organisatie. De concentratie van zaken bij één gerecht hoeft trouwens niet noodzakelijkerwijs wijzigingen van het procesrecht mee te brengen, afgezien van de hierna nog te noemen routines e.d.. Dat kan met name anders zijn als de concentratie zaken betreft waarin het toepasselijke materiële recht of de aard van de zaak bijzondere processuele voorzieningen vereist, zoals ten aanzien van jaarrekeningprocedures bij de onderne-

287 Balanceren en vernieuwen, p. 52.

288 NVvR advies, p. 5 waar genoemd worden de bewerkelijkheid en de (financiële) waarde van een zaak. H.J. Smit pleit in zijn voordracht in de jaarvergaderingen van de Orde van Advocaten te Rotterdam op 23 oktober 2003 en te Almelo op 24 oktober 2003, voor ‘verdergaande differentiatie dan alleen maar small claims en grote claims, meer maatwerk, al naar gelang aard en belang van de zaak’. Hij lijkt als enige op meer differentiatie aan te dringen.

289 Zie onder 3 d).

290 Zie hoofdstuk 6, onder IV.

291 Hol & Loth 2002, p. 27.

292 Zie bijvoorbeeld Hol & Loth 2002 en Agenda van de Rechtspraak 2005-2008, p. 22-23.

293 Wij noemen als gerechten met deskundige leden: de ondernemingskamer bij het Gerechtshof Amsterdam: art. 66 RO; de kamer voor OR-zaken bij het Gerechtshof 's-Gravenhage: art. 66 RO; de pachtkamers bij de rechtbanken (sector kanton) en het Gerechtshof Arnhem: art. 48 en 69 RO; de kamer voor het kwekersrecht van het Gerechtshof 's-Gravenhage: art. 70 RO.

mingskamer van het Amsterdamse hof (art. 999 e.v. Rv), de rechtspleging in zaken betreffende onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden bij het Haagse hof (art. 6:241 BW jo. art. 1003 Rv) en de gevallen die worden bestreken door de Wet collectieve afwikkeling massaschade.<sup>294</sup>

Niettemin zal een herbezinning over het procesrecht die vragen niet zonder meer kunnen negeren. Zo kunnen er enerzijds procesrechtelijke bepalingen zijn, bijvoorbeeld die over bijzondere competentie, die ressortelijke samenwerking en daarmee specialisatie belemmeren.<sup>295</sup> Anderzijds kan specialisatie van rechters van beslissende invloed zijn op het succes van differentiatiemaatregelen en het case management ten aanzien van soorten zaken en case management ten aanzien van individuele zaken. De afwikkeling van small claims of faillissementen bijvoorbeeld vereist een bepaald type rechter en bepaalde – vooral praktische – kennis en vaardigheden. Bij de selectie en opleiding van rechters dient daarom mede aandacht te worden gegeven aan ‘typecasting’ ofwel aan het koppelen van persoonlijke kenmerken aan het competentieprofiel van een desbetreffende functie.

De aanwezigheid van specialismen – gespecialiseerde rechters en gespecialiseerde gerechten of sectoren/kamers – binnen de rechterlijke macht maakt het verder gemakkelijker om – indien wenselijk – bepaalde routines of ‘procedurele routes’ af te spreken met degenen die veelvuldig met een bepaald type geschillen te maken hebben, teneinde dubbel werk te voorkomen, doorlooptijden te bespoedigen en zekerheid te verschaffen ten aanzien van het verloop van de procedure, maar ook van wat op het inhoudelijke vlak rechter en partijen van elkaar verwachten. Zulke routes, die kunnen zijn vastgelegd in ‘best practice’-richtlijnen, protocollen, handleidingen en reglementen, kunnen betrekking hebben op de harmonisatie of uniformering van case management en uiteindelijk leiden tot bijzondere procesregels die afwijkingen inhouden van het basismodel van de procedure.

Wij zien de totstandkoming van dergelijke procedurele routes als een uitwerking van de al meermalen in het Interimrapport en hiervoor door ons bepleite ‘zelfregulering’ in het procesrecht. Wie de websites van de rechterlijke macht bezoekt en een blik werpt op de verschillende soorten regelingen die thans al bestaan, kent de behoefte aan dit soort regulering die in de praktijk wordt gevoeld. Wij verwijzen naar hetgeen wij hiervoor in paragraaf 8.3.4 hebben opgemerkt.

---

294 Wet van 23 juni 2005, Stb. 340.

295 In de Agenda van de Rechtspraak 2005-2008, p. 22-23 wordt een aantal succesfactoren voor het optimaal beleggen van specialismen binnen een ressort geformuleerd. Eén daarvan is voldoende zaaksaanbod en inrichting en verdeling van kenniscentra over de gerechten. De huidige bijzondere competentiebepalingen spelen daarbij een belemmerende rol.

Wij willen het bij deze constatering laten en niet alle dimensies<sup>296</sup> van het onderwerp specialisatie in dit Eindrapport nader uitwerken. Dat is ook eerlijk gezegd niet nodig, aangezien dit een van de belangrijkste thema's is op de Agenda van de Rechtspraak<sup>297</sup> voor de komende tijd en ons 'credo' van de zelfregulering ook voor ons meebrengt dat wij de praktijk niet voor de voeten lopen. Daarom ook zien wij af van concrete aanbevelingen ten aanzien van dit onderwerp.

---

296 Hol & Loth 2002, p. 4-10.

297 Agenda van de Rechtspraak 2005-2008, p. 5, 22-23. Zie ook Tonkens-Gerkema & Van Kesteren, p. 137-138.



# 9 Het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie

## 9.1 Hoger beroep

### 9.1.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt over het hoger beroep als volgt samengevat,<sup>298</sup> waarbij wij ter wille van de overzichtelijkheid tussenkopjes hebben toegevoegd.

#### ***Samenhang***

‘Eerste aanleg, hoger beroep en cassatie hangen met elkaar samen. Veranderingen in de ene instantie werken door in de andere. Rechtspraak in twee feitelijke instanties behoort tot de algemeen aanvaarde grondbeginselen van het civiele procesrecht. Het instellen van appel behoort echter uitzondering te blijven en daarom moet het zwaartepunt van het civiele procesrecht liggen bij de eerste aanleg. Met de daar genomen beslissingen moet het proces in beginsel ten einde zijn (finaliteit van de eerste aanleg).’

#### ***Twee functies: controle en herkansing***

‘Voor het civiele procesrecht onderscheiden wij twee functies van het hoger beroep.

De waarschijnlijk meest wezenlijke functie is de controle op de eerste rechter. Ofschoon art. 6 EVRM voor civiele zaken geen hoger beroep, ook niet ter

---

<sup>298</sup> Interimrapport, par. 10.15, p. 225-226; voor een nog beknoptere samenvatting zie hoofdstuk 13, nr. 17.

controle, eist, menen wij dat dit wel moet openstaan. De tweede functie is de herkansing. Zij heeft twee aspecten: de partij die ongelijk heeft gekregen kan zijn zaak nog eens laten beoordelen en partijen kunnen in appèl hun stellingen wijzigen of aanvullen en fouten die in de eerste aanleg zijn begaan herstellen. Daartoe bestaan ruime mogelijkheden.

De herstelmogelijkheden voor partijen liggen onder vuur, ook in het straf-, bestuurs- en fiscale procesrecht. In het civiele procesrecht wil de Hoge Raad niet van beperkingen weten, maar in de wetenschappelijke literatuur is de discussie geopend.’

### ***Controle handhaven***

‘Bij de beantwoording van de vraag welk stelsel van hoger beroep zou dienen te worden aanvaard moet rekening worden gehouden met het algemeen belang en het particulier belang van partijen. Controle op de rechter dient niet alleen de belangen van de betrokken partijen, maar ook het algemeen belang dat rechtspraak de justitiabelen vertrouwen moet inboezemen. Deze functie is wezenlijk en behoort gehandhaafd te blijven.’

### ***Herstelmogelijkheden aanpassen***

‘Moeilijker is de vraag of de ruime herstelmogelijkheden gehandhaafd moeten blijven.

Er zijn argumenten voor en tegen. De visie op het geschil kan zich in de procedure ontwikkelen, waardoor behoefte bestaat aan een andere koers in appèl, het is van belang dat de hoger rechter recht doet op basis van feiten die zo nauw mogelijk aansluiten bij de werkelijkheid. Daartegenover staat dat de wederpartij niet het slachtoffer moet worden van slordigheden en fouten in de eerste aanleg begaan en dat men, nu verplichte procesvertegenwoordiging bestaat, daarvoor verantwoordelijk gehouden kan worden. De grenzen tussen wat *nét* wel en *nét* niet door de beugel kan zijn echter moeilijk te trekken.’

### ***Mengvorm***

‘Wij kiezen voor een mengvorm tussen de genoemde stelsels. Bij gebreke van empirische gegevens is het niet mogelijk om met handhaving van het bestaande stelsel ons te beperken tot het wijzigen daarvan op een aantal punten, aangezien wij niet weten welke van die punten praktisch van belang zijn. Daarom kiezen wij voor een principiële benadering die uitgaat van het hoger beroep als voortgezette instantie. Dit leidt tot een aantal consequenties, zoals:

- a herstel van rechterlijke fouten en schending van fundamentele beginselen moet altijd mogelijk zijn;
- b differentiatie in procedures in eerste aanleg werkt in appèl door;

- c buiten het appèl blijft wat in eerste instantie is beslist en niet in appèl is bestreden, wat voor zowel de appellant als de geïntimeerde geldt;
- d zodra een partij in appèl met nieuwe feiten enzovoort komt, mag van haar verlangd worden dat zij uitlegt waarom zij dat doet en mag de rechter dat ambtshalve kritisch toetsen.<sup>7</sup>

## 9.1.2 *Reacties*

### 9.1.2.1 *Voortgezette instantie*

Ons uitgangspunt, dat het hoger beroep het karakter heeft van een voortgezette instantie, sprak H.J. Snijders<sup>299</sup> in zoverre niet aan, dat hij met deze (tover)formule niets kan. Snijders vraagt overigens terecht waarom een voortgezette instantie naar haar aard minder mogelijkheden zou kunnen bieden voor nova van partijen dan een nieuwe instantie.

Dat *differentiatie* in eerste aanleg een vervolg zou behoren te krijgen in hoger beroep vond instemming bij Chorus.<sup>300</sup>

### 9.1.2.2 *Devolutieve werking van het hoger beroep*

Met betrekking tot de devolutieve werking van het hoger beroep meent de Adviescommissie<sup>301</sup> dat enige vereenvoudiging of bijstelling van het leerstuk van de devolutieve werking voor het appèl zou kunnen worden overwogen. Anderen zijn daarover rigouzeur. De gedachte dat de omlijning van de omvang van het hoger beroep ook door de verweerders zou moeten worden aangegeven, vindt steun in commentaren van de hoven en ook bij Chorus,<sup>302</sup> die de leus lanceert: zo weinig mogelijk devolutie zonder grief.

### 9.1.2.3 *Appèlverboden*

Wat betreft de controlefunctie van het hoger beroep heeft uitbreiding daarvan in die zin dat appèl mogelijk zou moeten zijn in alle gevallen waarin sprake is van een fout of vergissing van de rechter in eerste aanleg, kritiek ontmoet. De – met name door woordvoerders van hoven bij gelegenheid van de consultatieronde geuite – vrees is, dat het voorstel tot het deels afschaffen van de thans bestaande appèlverboden tot toename van het aantal zaken in hoger beroep zal leiden. Voorts is van dezelfde zijde als bezwaar geopperd dat een precieze afbakening van gevallen waarin (nog) wel en

<sup>299</sup> Snijders 2003, p. 1705.

<sup>300</sup> Chorus 2003, p. 105, r.k.

<sup>301</sup> Adviescommissie, onder 14 (d).

<sup>302</sup> Chorus 2003, p. 108.

waarin niet (meer) van een fout of vergissing kan worden gesproken, niet goed mogelijk lijkt. Chorus<sup>303</sup> heeft daarnaast aandacht gevraagd voor een afweging van het belang, gemoeid met het herstel van de hier bedoelde gebreken die aan enige lagere rechterlijke beslissing kleven, tegenover het belang, gemoeid met het inperken van de mogelijkheid ondanks een appèlverbod door te procederen.

#### *9.1.2.4 Beperking herkansingsmogelijkheden*

De herkansingsfunctie heeft in commentaren de meeste aandacht gekregen. De juistheid van onze waarneming dat de uitgebreidheid van de herstelmogelijkheid in hoger beroep in verschillende onderdelen van het procesrecht, niet alleen in het buitenland maar ook in Nederland, onder vuur ligt, is door verschillende critici in twijfel getrokken.<sup>304</sup>

Voorts heeft ons voorlopige standpunt dat zekere beperkingen met betrekking tot de herkansing nodig zijn, weliswaar instemming ondervonden, in het bijzonder van Chorus,<sup>305</sup> en – zij het voorzichtig – van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad,<sup>306</sup> maar ook veel kritiek, van H.J. Snijders,<sup>307</sup> De Bock<sup>308</sup> en met name ook van de Adviescommissie voor Burgerlijk Procesrecht.<sup>309</sup> De reacties hebben betrekking op de volgende aspecten.

#### *9.1.2.5 Beperkingen gerechtvaardigd door de omvang van het probleem?*

Wij noemen allereerst twijfels over de vraag of de omvang van het appèl in ons land wel zodanig is, dat uit dien hoofde ingrijpen geboden zou zijn. Verschillende critici wijzen erop dat de aantallen verhoudingsgewijs zeer beperkt zijn. In nog geen vijf procent van de civiele vonnissen, in eerste aanleg gewezen, wordt appèl ingesteld. Het succespercentage daarentegen is hoog. Voorts wijzen in het bijzonder woordvoerders van de hoven erop dat, net zoals er behoefte is fouten van rechters te herstellen, procespartijen ook maar mensen zijn die nu eenmaal fouten kunnen maken, waarvan niet valt in te zien waarom herstel niet mogelijk gemaakt zou moeten worden.<sup>310</sup>

---

303 Chorus 2003, p. 107, l.k.

304 Zo Snijders 2003, Chorus 2003, p. 107 en – met name – De Bock, in: De toekomst van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, p. 127.

305 Chorus 2003.

306 In hun advies schrijven zij dat over de noodzaak van een verdere beperking verschillend kan worden gedacht. Als het voorschrift dat in eerste aanleg de kaarten zo spoedig en volledig mogelijk op tafel gelegd moeten worden, zo effectief mogelijk wil zijn, dan zal de strekking van dit voorschrift ook in hoger beroep moeten doorwerken.

307 Snijders 2003, p. 1704.

308 De Bock 2004, p. 138.

309 Advies nr. 14.

310 Zo ook het advies van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad, die niet aanstonds inzien waarom aan partijen die onvermijdelijk ook fouten maken, niet de mogelijkheid van herstel geboden zou mogen worden.

### *9.1.2.6 Beperkingen leiden tot rechtdoen op grond van onvolledige gegevens*

Het niet (meer) in aanmerking nemen van in een (te) laat stadium van de procedure ter kennis van de rechter gebrachte gegevens zou ertoe kunnen leiden dat de rechter beslist op basis van een (kennelijk) onjuist samenstel van gegevens, met alle gevolgen van dien voor het gezag van en het vertrouwen in de rechterlijke macht. Aandacht krijgt ook het argument dat eerst door het vonnis in eerste aanleg de ogen van partijen voor de wezenlijke aspecten van het geschil worden geopend, al dan niet aangevuld met de gedachte dat 'le droit accroît en plaidant'.

### *9.1.2.7 Geen behoefte aan een procedure binnen de procedure over toelating van nova*

Aandacht is ook gevraagd voor het tijdrovende beslissen op de vraag welke gegevens nu wel en welke gegevens niet in een eerder stadium hadden kunnen worden aangevoerd. Het vooruitzicht van een procedure daarover binnen de procedure waar het eigenlijk om gaat, trekt weinigen aan.

### *9.1.2.8 Het bestaande stelsel werkt goed*

De president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad hebben in hun advies opgemerkt dat aan een ingrijpende wijziging van het bestaande stelsel van hoger beroep niet veel behoefte lijkt te bestaan. Niettemin doen zij verschillende suggesties voor mogelijke aanpassingsrichtingen, waarop wij hierna graag ingaan.

De Adviescommissie is van oordeel dat ook voor de civiele appèlprocedures geldt dat die naar de ervaring van de leden van de Commissie in de praktijk goed werkt. Wijzigingen van fundamentele aard acht de Adviescommissie niet in de rede te liggen. Zij waarschuwt ervoor het afgewogen (jurisprudentiële) systeem te verstoren door op onderdelen wijzigingen aan te brengen.<sup>311</sup> De Commissie burgerlijk procesrecht van de NOvA bepleit een pragmatische benadering en meent dat het hoger beroep in zijn huidige vorm zou moeten worden behouden.<sup>312</sup>

### *9.1.3 Ontwikkelingen sedert het Interimrapport*

De Commissie Verbetervoorstellen<sup>313</sup> heeft enkele voorstellen op het gebied van hoger beroep gedaan.

---

<sup>311</sup> Adviescommissie, 14 (a).

<sup>312</sup> NOvA rapport, nr. 20.

<sup>313</sup> Commissie Verbetervoorstellen, hoofdstuk 8.

Op de 65. Deutsche Juristentag Bonn 2004 werden de ervaringen met de wijzigingen per 1 januari 2002 in de ZPO besproken. Vermeldenswaard is in elk geval dat voor wat het hoger beroep betreft, bij stemming voorstellen tot afschaffing van de in de herstel-functie ingevoerde beperkingen werden afgewezen. Voorstellen tot afschaffing van de alleen rechtsprekende rechter in hoger beroep werden daarentegen aangenomen.<sup>314</sup>

In een in 2004 aan de Franse Minister van Justitie aangeboden rapport van een werkgroep onder voorzitterschap van de president van het Tribunal de Grande Instance te Parijs,<sup>315</sup> wordt het hoger beroep beschouwd als 'voie d'achèvement', dus een middel om de in eerste aanleg begonnen procedure te voltooien (af te ronden) en niet louter als een middel tot 'réformation-annulation' (art. 542 NCPC). Daarbij gaat de commissie uit van de materiële eenheid van de instanties ('l'unité substantielle du litige'). Men is evenwel voor een beperking van de thans nog ingevolge art. 563 NCPC ruime mogelijkheid om binnen het kader van de in eerste aanleg gevoerde 'prétentions'<sup>316</sup> in hoger beroep nieuwe feiten en gronden aan te voeren ('voi d'achèvement tempérée): 'Les moyens nouveaux seraient recevables: en cas d'évolution du litige,<sup>317</sup> en cas de survenance de faits nouveaux depuis le jugement, ou encore en cas de découverte de documents ou de rétention d'une pièce par une partie ou par un tiers.'

Op 9 december 2004 werd op het jubileum-colloquium van het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht in Brussel onder meer besproken het rapport van prof. P. van Orshoven, '*Het (recht op) hoger beroep. Waarom en waarheen?*'.<sup>318</sup>

Het WODC heeft inmiddels een rechtsvergelijkend onderzoek geïnitieerd in samenwerking met de hoogleraren J.M. Barendrecht en B.W.N. de Waard van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg naar het functioneren van de hoger beroepsprocedure in een aantal landen van de Europese Unie, dit teneinde een gericht en doelmatiger procedeedrag te bevorderen.<sup>319</sup>

---

314 NJW 2004, p. 3241, 'Die Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentags Bonn 2004', II.11 (die Beschränkung des Novenrechts), resp. II.13.1 (der entscheidende Einzelrichter); zie voorts de bijdragen en stellingen van G. Debusmann en B. Hirtz, 'Das neue Berufungsrecht', in: M. Huber e.a., Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle. Berichte A zum 65. Deutschen Juristentag Bonn 2004, München, Beck 2004, p. A 44-67.

315 'Célérité et qualité de la Justice: la gestion du temps dans le procès', rapport van 15 juni 2004 opgesteld door een werkgroep onder leiding van Jean-Claude Magendie, Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, aangeboden op 6 september 2004 aan de Minister van Justitie (Garde des Sceaux), te vinden op <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-magendie.pdf> (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006), p. 61-63.

316 Nieuwe prétentions (demandes nouvelles) zijn, behoudens enkele uitzonderingen, niet toegestaan, art. 564-565 NCPC.

317 In de zin van art. 555 NCPC.

318 Ter perse (1 januari 2006) maar gepubliceerd op [www.law.kuleuven.ac.be/igr/LEDEN/PVO.html#publicaties](http://www.law.kuleuven.ac.be/igr/LEDEN/PVO.html#publicaties) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006).

319 Het onderzoek is aangekondigd op de website van het WODC, [www.wodc.nl/onderzoeken/onderzoek\\_1187.asp?loc=/onderzoeksprogramma/lopend/extern](http://www.wodc.nl/onderzoeken/onderzoek_1187.asp?loc=/onderzoeksprogramma/lopend/extern) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006). Het is blijkens ons ter beschikking staande informatie op 1 september 2005 van start gegaan.

Ten slotte verdient hier vermelding dat op 7 december 2005 F.J.H. Hovens te Tilburg is gepromoveerd op een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken.<sup>320</sup>

#### 9.1.4 *Nadere standpuntbepaling*

In het navolgende gaan wij in op de punten van kritiek. Wij stellen voorop dat voor een fundamentele herbezinning uit principe al niet doorslaggevend gewicht kan worden toegekend aan het argument dat het huidige appèl goed functioneert. Voorts blijkt uit de reacties tijdens de consultatieronde die wij in de rechterlijke macht hebben gemaakt dat er zeker knelpunten in het hoger beroep bestaan, welke voor een belangrijk deel te wijten zijn aan de veranderde wijze van procesvoering (kort en snel) in eerste aanleg. Fundamentele herbezinning op de inrichting van het appèl in zijn relatie tot de eerste aanleg vooral<sup>321</sup> blijkt nodig te zijn.

Alvorens verder te gaan willen wij hier opmerken dat daar waar instemming met ons voorlopig standpunt bestaat, wij geen noodzaak zien daarop in dit Eindrapport in te gaan.

Dit laatste geldt bijvoorbeeld voor ons voorstel dat de huidige opvatting van de Hoge Raad met betrekking tot de devolutieve werking van het appèl en de vraag wanneer incidenteel beroep nodig is, in zoverre wordt beperkt dat ook voor de verweerder in appèl geldt dat hij, indien hij gronden, stellingen en verweren die hij in eerste aanleg heeft aangevoerd maar die zijn verworpen in het vonnis in eerste aanleg, in appèl opnieuw beoordeeld wenst te zien, tegen die verwerping grieven dient aan te voeren.<sup>322</sup>

Wat betreft grieven lijkt het ons overigens vanzelfsprekend dat een oude anomalie tussen de huidige dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure wordt opgeheven en dat in de nieuwe basisprocedure het stelsel van de huidige verzoekschriftprocedure wordt gevolgd en de appellant verplicht wordt zijn grieven in het procesinleidend stuk op te nemen. Voor de verweerder geldt dan dat hij, ook wanneer incidenteel appèl niet wordt ingesteld omdat in het dictum van het vonnis waarvan beroep geen beslissingen te zijnen nadele voorkomen,<sup>323</sup> zijn grieven tegen de verwerping van door hem in eerste aanleg aangevoerde gronden, stellingen en verweren opneemt in zijn antwoord.

---

<sup>320</sup> Hovens 2005.

<sup>321</sup> De president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad merken in hun advies – overigens terecht – op dat goed functionerende appèlrechtspraak waarin partijen voor een meervoudige kamer het volle pond hebben gekregen binnen de grenzen van het hoger beroep, van groot belang is voor het goed functioneren van de cassatierechtspraak.

<sup>322</sup> Vgl. Interimrapport, par. 10.6.3 onder d.

<sup>323</sup> HR 2 april 1993, *NJ* 1993, 612 (PAS).

### 9.1.4.1 Vragen

In het licht van de kritiek op en de discussies naar aanleiding van ons voorlopig standpunt, menen wij dat twee kwesties hier besproken dienen te worden:

- a moeten beperkingen worden gesteld aan de bestaande appèluitsluitingen (appèlverboden); zie daarvoor paragraaf 9.1.4.2-3;
- b hoe dient in hoger beroep omgegaan te worden met nova; zie daarvoor paragraaf 9.1.4.4-7.

### 9.1.4.2 Appèluitsluitingen (appèlverboden): algemene opmerkingen

Wezenlijk is, zoals wij in ons Interimrapport bij het schetsen van het toetsingskader al hebben aangegeven,<sup>324</sup> dat, zoals algemeen wordt erkend,<sup>325</sup> de *uitspraak* van de eerste rechter en wijze waarop die uitspraak tot stand is gekomen op juiste rechtstoepassing en de afwezigheid van andere fouten en vergissingen kan worden gecontroleerd door een hogere rechter (controlefunctie).

Het recht op controle geldt niet onbeperkt. Algemene en bijzondere appèlverboden zijn een tamelijk veelvoorkomend verschijnsel in de civiele wetgeving.<sup>326</sup>

---

324 Interimrapport, par. 10.6.3.a.

325 Maar in civiele zaken niet door art. 6 EVRM wordt geëist, zoals wij op p. 197 Interimrapport hebben geconstateerd. Zie ook Van Orshoven 2005, nr. 6-7.

326 Zie over dit onderwerp Hovens 2004, p. 209-226; Hovens 2005, 2.7-2.10 en 7.7; Sniijders & Wendels, nr. 313-316. Wij noemen (zonder enige pretentie van volledigheid):

- Burgerlijk Wetboek: art. 1:416 (oproeping vermiste persoon); art. 2: 22a, 23a (beslissingen m.b.t. ontbinding rechtspersoon); art. 2:63f, 158 en 268 (beslissingen ondernemingskamer m.b.t. commissarissen coöperatie, BV en NV); art. 2:92a en 201a (beslissing ondernemingskamer m.b.t. uitkoop aandeelhouders); art. 2:111 en 221 (machtiging voorzieningenrechter tot bijeenroeping ava); art. 2:297 (bevel voorzieningenrechter m.b.t. inlichtingenplicht stichtingsbestuur); art. 2:338, 339, 341 en 343 (beslissingen inzake de procedure en de uitvoering van de regeling tot gedwongen aandelenoverdracht); art. 3:75 (toewijzing verzoek bekendmaking einde volmacht); art. 3:187 (benoeming deelgenoot als bewaarder boedelpapieren); art. 3:210 en 214 (enkele beslissingen m.b.t. vruchtgebruik); art. 3:234, 237, 264, 268, 270, 273 (beslissingen m.b.t. pand en hypotheek); art. 7:230a (verlenging ontruiming gehuurde); art. 7:262 (uitspraak huurcommissie inzake huurprijs); art. 7:440 (ontbinding agentuurovereenkomst); art. 7:670a (toestemming ontslag kandidaat- of ex-lid ondernemingsraad); art. 7:685 (ontbinding arbeidsovereenkomst);
- Faillissementswet: art. 15 (vaststelling faillissementskosten na vernietiging vonnis faillissement); art. 15c en 16 (opheffing faillissement en vaststelling faillissementskosten); art. 67 (bepaalde beslissingen r-c faillissement); art. 247b (intrekking surseance); art. 292 (beslissing tot voorlopige of definitieve schuldsanering natuurlijke personen); art. 315 (bepaalde beslissingen r-c schuldsanering); art. 360 (beslissingen inzake schuldsanering natuurlijke personen);
- Onteigeningswet: art. 54c, 54l en 54o (beslissingen t.a.v. vervroegde onteigening);
- Landinrichtingswet: art. 9, 60, 129, 181, 186, 194, 199 en 217;
- Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: art. 18 (verwijzing naar andere kamer); art. 28 (beslissing op verzet weigering afschrift uitspraak); art. 31-32 (verbetering en aanvulling uitspraken); art. 39 en 41 (wraking en verschoning rechter); art. 67 (inlichtingen buitenlands recht); art. 69 (toepassing wis-



### *a Algemene appèluitsluitingen (appèlverboden)*

Een algemene appèluitsluiting (appèldrempel) kent de wet op grond van het geringe belang van de zaak in art. 332 Rv en in art. 132 Pachtwet (in beide gevallen geldt een drempel van € 1750).

Verder is tussentijds appèl tegen tussenuitspraken in het algemeen uitgesloten, behoudens verlof van de rechter die de uitspraak heeft gedaan (art. 337 lid 2 Rv).<sup>327</sup>

### *b Bijzondere appèluitsluitingen (appèlverboden)*

Een bijzonder appèlverbod kan gerechtvaardigd zijn op grond van:

- de aard van de zaak die meebrengt dat snelheid en rechtszekerheid moeten prevaleren boven controle (bijvoorbeeld de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, de toewijzing van voorlopige bewijsmaatregelen of beslissingen van de voorzieningenrechter in het beslag- en executierecht);
- de aard van de beslissing, zoals voorlopige ordemaatregelen (bijvoorbeeld voorlopige voorzieningen bij echtscheiding) dan wel beslissingen van administratieve aard die

---

selbepaling); art. 71 (verwijzingen sector kanton-sector civiel); art. 75 lid 2 (onbevoegdheid en verwijzing); art. 110 (relatieve onbevoegdheid en verwijzing); art. 123 (verzuim procureurstelling); art. 130 (vermeerdering eis); art. 131 (comparitie na antwoord); art. 132 (re- en dupliek); art. 155 (rechter die de getuigen heeft gehoord wijst het vonnis niet mee); art. 169 (termijnverlenging getuigenverhoor); art. 188 (toewijzing voorlopig getuigenverhoor); art. 194 (benoeming deskundige); art. 196 (bepaling voorschot deskundige); art. 237 (bevellschrift ter zake van nakosten); art. 204 (toewijzing voorlopig deskundigenonderzoek enz.); art. 270 (bevoegdheidsbeslissingen rekestprocedure); art. 281 (verzuim procureurstelling in verzoekschrift); art. 337 en 401a Rv (tussentijds appèl c.q. cassatieberoep van tussenuitspraken); art. 388 (beslissing tot heropening bij herroeping); art. 451 (bedrijfsvoering bij beslag op agrarisch bedrijf); art. 461b (pandhouder die treuzelt met verkoop van in beslag genomen pand); art. 463b (diverse beslissingen inzake openbare verkoop in beslag genomen zaken); art. 465 (termijn aanslaan biljetten met aankondiging openbare verkoop in beslag genomen zaken); art. 481 (benoeming r-c voor verdeling opbrengst executie); art. 496 (verlof tot afgifte van geëxecuteerde zaak aan pandhouder); art. 506 (aanstelling gerechtelijk bewaarder in beslag genomen onroerende zaak); art. 513 Rv (overname executie door andere schuldeiser); art. 518 (geschil over veilconditiën); art. 520 (gezamenlijke verkoop verspreid gelegen onroerende zaken); art. 545 (voortzetting door andere schuldeiser van door hypotheekhouder overgenomen executie); art. 552 (benoeming r-c rangregeling); art. 569, 571 en 575 (diverse beslissingen met betrekking tot de executie van een schip); art. 616 (stellen van zekerheid); art. 642 (beslissingen voorzieningenrechter ingevolge art. 621-641d ); art. 642y (beslissingen m.b.t. staat verdeling fonds bij beperking aansprakelijkheid reders); art. 658 en 666 (verlof ver- en ontzegeling); art. 672 (bevel boedelbeschrijving); art. 676a-676b (procedures betreffende een nalatenschap); art. 700, 709, 710, 715, 721, 768 (beslissingen t.a.v. conservatoir beslag); art. 807 (een aantal voorlopige maatregelen t.a.v. minderjarigen); art. 811 (beslissing beperking inzage bescheiden die door de Raad voor de kinderbescherming of het Openbaar Ministerie in het geding zijn gebracht); art. 824 (voorlopige voorzieningen scheiding); art. 858 (gerechtelijke bewaring); art. 1051 (verwijzing door voorzieningenrechter naar arbitraal kort geding); art. 1062 (geen voorziening tegen verlof exequatur arbitraal vonnis); art. 1070 (beslissingen voorzieningenrechter t.a.v. arbitrage);

– Wet tarieven burgerlijke zaken: art. 13, 24, 25 en 40.

327 Art. 401a Rv geeft dezelfde regel voor het cassatieberoep.

- weinig ingrijpen in de rechtspositie van de betrokkenen (benoemingen door de kantonrechter of de voorzieningenrechter);
- het belang bij een ongestoorde afwikkeling van het proces.

Het kan ook een combinatie van twee of meer van zulke redenen zijn die een appèlverbod rechtvaardigt. Het zal niet verbazen dat veel van de door ons in voetnoot 326 genoemde bepalingen beslissingen van de voorzieningenrechter zijn.<sup>328</sup>

Naast de wettelijke appèlverboden kent men op grond van de rechtspraak algemene en bijzondere appèluitsluitingen, zoals de vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat rolbeschikkingen niet appellabel zijn.<sup>329</sup>

#### 9.1.4.3 *Afschaffing van de appèlverboden heroverwogen*

Ons pleidooi in het Interimrapport voor afschaffing van (andere dan voorlopige) appèlverboden of financiële appèldrempels ter versterking van de controlefunctie vindt weinig steun. De gedachten van sommigen gaan eerder uit naar verhoging van de appèldrempels alsmede naar het afschaffen van de mogelijkheid het belang in appèl louter te doen steunen op de proceskostenveroordeling in eerste aanleg. Hovens<sup>330</sup> bepleit een fundamentele wijziging: afschaffing van de appèlverboden in materieel-rechtelijke regelingen en invoering van een verlostelsel.

Een verdere *algemene beperking* van de mogelijkheid van appèl zou onzes inziens gepaard moeten gaan met een uitbreiding van de mogelijkheden om in geval van echte fouten en vergissingen van de rechter de uitspraak te doen verbeteren door de eerste rechter zelf. Een ruimere uitleg van ‘andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent’ in art. 31 Rv dan de Hoge Raad geeft,<sup>331</sup> dan wel een zodanige verruiming van de wetstekst verdient dan overweging, opdat kennelijke fouten en vergissingen, ook die welke niet door kennisneming van de uitspraak zelf maar slechts door hernieuwde kennisneming van de gedingstukken blijken en vatbaar zijn voor eenvoudig herstel, kunnen worden hersteld. Dan hoeft een arrest als dat uit 1999, vermeld in noot 331, niet meer gewezen te worden. Overigens verdient deze verruiming, die wij ook aanbevelen in verband met de door ons voorgestane beperking van de motive-

328 Vgl. de indeling van Hovens 2004, 12.2.

329 Zie daarover Snijders & Wendels, nr. 41; Burgerlijke Rechtsvordering (Mollema), art. 332, aant. 8. In HR 17 juni 1994, *NJ* 1995, 367 (HJS) vindt men een ander jurisprudentieel voorbeeld: geen hogere voorziening tegen een beschikking ex art. 3:251 BW.

330 Hovens 2004, 12.7.

331 Zie bijvoorbeeld HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 171 ‘een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving’. Ruimer echter is de Hoge Raad ten aanzien van herstel van een verkeerd arrest van zichzelf: HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 459 (JBMV); *JPBr* 2005, 6 (I.P.M. van den Nieuwendijk).

ringscontrole in cassatie,<sup>332</sup> zonder meer overweging. Herstel door dezelfde rechter van fouten verdient onzes inziens de voorkeur boven het aanwenden van rechtsmiddelen. Weigert de rechter het herstel, dan spreekt vanzelf dat de in stand gelaten (foutieve) beslissing vatbaar is voor hoger beroep c.q. cassatie (de weigering zelf uiteraard niet, zie 31 lid 4 Rv).

Daarnaast pleiten wij ervoor om in tegenstelling tot de (mogelijke) opvatting van de Hoge Raad<sup>333</sup> en in plaats van de huidige mogelijkheid van cassatieberoep op de voet van art. 80 RO, appèl open te stellen indien de eerste rechter een zó fundamenteel rechtsbeginsel heeft geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, een van de gronden waarop naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad een bijzonder appèlverbod kan worden doorbroken.<sup>334</sup>

Ten aanzien van de *bijzondere* appèlverboden menen wij bij nader inzien dat, gelet op de rationes voor uitsluiting van appèl, de doorbrekingsjurisprudentie voldoende tegemoetkomt aan de behoefte aan controle en correctie, zulks evenwel onverminderd hetgeen wij hiervoor opmerkten ten aanzien van de verruiming van de mogelijkheid tot verbetering van de uitspraak door de eerste rechter zelf.<sup>335</sup>

Wij willen de mogelijkheid van appèl, voorzover het belang louter in de proceskosten zou zijn gelegen, handhaven. Wij menen dat de praktijk leert dat in ieder geval één van de doorprocederende partijen bij een uitspraak over het onderliggende geschil meent zoveel belang te hebben, dat de kosten daar tegenop wegen. Een hogere proceskostenveroordeling in geval van verlies ten behoeve van de in het appèl betrokken wederpartij zou overigens compensatie kunnen bieden. Doorprocederen is in een dergelijk geval evenwel uit een oogpunt van algemeen belang niet onaanvaardbaar. De Commissie Verbetervoorstellen Civiel adviseert dat slechts appèl tegen een kostenveroordeling zou kunnen worden ingesteld indien het bedrag van die veroordeling de appèlgrens te boven gaat. Daar kunnen wij mee instemmen. Dat hoger beroep zou, anders dan de Commissie voorstelt, niet enkelvoudig moeten worden afgedaan.<sup>336</sup>

---

332 Zie par. 9.3.4.2.

333 Aldus Snijders & Wendels, nr. 317, p. 300, op grond van HR 19 december 1986, *NJ* 1987, 1000 (WLH). Die uitspraak heeft evenwel geen betrekking op de hierboven door ons in de tekst genoemde doorbrekingsgrond, maar op de twee andere (de betrokken wetsbepaling is ten onrechte toegepast of ten onrechte buiten toepassing gelaten), die uiteraard, zoals de Hoge Raad in dat arrest besliste, bij de algemene appèldrempel niet in aanmerking komen. Vgl. echter ook HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 475 en HR 5 juni 1998, *NJ* 1998, 626 waaruit blijkt dat een ander algemeen appèlverbod, te weten het verbod van tussentijds appèl van tussenuitspraken, niet kan worden doorbroken wegen verzuim van essentiële vormen.

334 Art. 80 RO dekt de strijd met fundamentele beginselen alleen voor wat betreft de openbaarheid van de uitspraak en het motiveringsbeginsel, maar – om het ingewikkeld te maken – de Hoge Raad heeft schending van de motiveringsplicht nu juist weer niet als grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod erkend, HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 en HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 758.

335 Hovens 2005, nr. 402-405, bepleit de invoering van een appèlverlof ter vervanging van de (doorbreking van de) bijzondere rechtsmiddelenverboden.

336 Commissie Verbetervoorstellen, 8.4.

Resteert de vraag naar de mogelijkheid van het tussentijds appèl dat sinds 1 januari 2002, behoudens toestemming van de rechter, in beginsel is uitgesloten. Een probleem vormt de strengheid van dit systeem. Wij hebben met de invoering daarvan de ene ongenueanceerdheid door de andere vervangen.

In ons Interimrapport<sup>337</sup> hebben wij aanbevolen tussentijds appèl tegen tussenuitspraken, behoudens verlot van de rechter, uit te sluiten, dus overeenkomstig de huidige regeling. De pendant daarvan is de terugdringing van het leerstuk van de bindende eindbeslissingen. Wie met ons de nadruk legt op de procedure in eerste aanleg moet zijn aandacht richten op stimulansen om die eerste aanleg ook de laatste te laten zijn. Wij menen dat in dat verband de oude regel 'l'interlocutoire ne lie pas le juge' in ere moet worden hersteld. Het is vaste jurisprudentie dat de rechter in de lopende instantie gebonden is aan uitdrukkelijk en zonder voorbehoud in een vonnis neergelegde beslissingen. Uitzonderingen daarop worden slechts mondesmaat toegelaten. Bij het aanvaarden van uitzonderingen dient volgens de Hoge Raad grote terughoudendheid in acht te worden genomen. De regel heeft een op beperking van het debat gerichte functie.<sup>338</sup> Wat ons betreft zit daar echter ook de pijn. De regel is een belemmering voor hernieuwde overweging in de eerste feitelijke instantie. Is eenmaal een verkeerde weg ingeslagen, dan is kunst- en vliegwerk nodig om, gegeven de slechts zeer beperkt aanvaarde uitzonderingen, herstel nog in diezelfde instantie te bewerkstelligen. Loslaten van het bindende karakter van de eindbeslissing bevordert het debat in de lopende instantie. Herhaling van zetten zal ongetwijfeld voorkomen. Het ligt op de weg van de rechter daartegen in het voorliggende geval de geëigende maatregelen te nemen. Dat verdient naar onze mening de voorkeur boven een rigide verbod, dat tenminste een der partijen zonder meer in een latere fase tot een hoger beroep dwingt.

Wij menen dat de rechter ruime mogelijkheden behoort te hebben óók op onverhoopt gegeven eindbeslissingen in de lopende instantie terug te komen, als hij van opvatting verandert. Verrassingsbeslissingen zijn uit den boze. Blijken van rijper inzicht niet.<sup>339</sup>

Wij geven aan de mogelijkheid van een afwikkeling in één aanleg de voorkeur boven de ruime mogelijkheid van tussentijds appèl. Wél verdient het aanbeveling dat zowel partijen als de rechter in eerste aanleg meer doordrongen raken van de wenselijkheid in voorkomend geval tijdig verlot tot tussentijds appèl te vragen en te geven. Een heel concrete richtlijn daarvoor is niet te geven. De praktijk zal hier moeten leren. Overleg tussen betrokkenen over de wijze waarop met deze materie moet worden omgegaan, heeft onze voorkeur. Ook in dit opzicht verdienen de door velen – naar onze mening wel erg makkelijk – afgewezen leidraden of practice directions overweging.

---

337 Interimrapport, par. 10.6.3 k.

338 Zie over een en ander Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 61; Wiersma 1998, hoofdstuk 35; Snijders & Wendels, nr. 64-78 met verdere vindplaatsen.

339 Hovens 2005, 7.3.3, is er eveneens een voorstander van de leer van de bindende eindbeslissingen te verlaten.

#### 9.1.4.4 *Nova: algemene opmerkingen*

De devolutieve werking van het hoger beroep,<sup>340</sup> die een herbeoordeling van de *zaak* door de hogere rechter voorschrijft, heeft tot gevolg dat de partijen een tweede kans krijgen, de ‘herkansing’ waarover wij spraken.

Het spreekt welhaast vanzelf dat *idealiter* voor het krijgen van een zinvolle herbeoordeling door de hogere rechter de feitelijke en juridische basis zo goed en zo actueel mogelijk dient te zijn. De civiele rechter die de rechtstoestand tussen de partijen vaststelt dient dat te doen in overeenstemming met de actualiteit ten tijde van zijn beslissing. Daartoe is te meer aanleiding nu die vaststelling de partijen in de regel op grond van het gezag van gewijsde van de uitspraak verder bindt. Hier ligt een verschil met de taak van de bestuursrechter en van de strafrechter. De eerste zal zich in de regel onthouden van een vaststelling van de rechtstoestand tussen de overheid en de burger omdat hij het aan de overheid laat dat te doen door het nemen van een nieuw besluit. De strafrechter beoordeelt ten aanzien van het strafbaar feit per definitie *ex tunc*.

Het voorgaande werkt aldus door in bepaalde appèlstelsels, zoals het onze, dat de partijen in hoger beroep worden toegelaten nieuwe feitelijke en juridische elementen in het proces in te voeren: ‘nova’.<sup>341</sup> Met *nova* hebben wij hier en hierna het oog op zowel nieuwe feiten en feitelijke stellingen of verweren die blijven binnen het kader van de in eerste aanleg gevoerde rechtsstrijd maar ook op de nieuwe gronden en verweren die de grenzen van de rechtsstrijd, die in eerste aanleg werd gevoerd, verleggen, zoals de wijziging van de grondslag van de eis en de eisvermeerdering die het instellen van een nieuwe rechtsvordering impliceert.<sup>342</sup>

Aldus krijgt het appèl steeds meer het accent van voortgezette instantie in de zin van ‘voie d’achèvement’ (zie hiervoor par. 9.1.3). Daarbij past dat men partijen de gelegenheid geeft in eerste aanleg begane fouten en gepleegde verzuimen te herstellen, wat dan in de meeste gevallen resulteert in het presenteren van feitelijke of juridische *nova*.

Het voorgaande beschrijft de beoogde effecten van de devolutieve werking. Problematisch zijn de *niet* beoogde effecten, te weten:

a dat de eerste aanleg wordt verwaarloosd, dat wil zeggen dat slordig wordt omgesprongen met bijvoorbeeld de feitenverzameling en -vaststelling omdat men weet dat er nog een hoger beroep kan volgen waarin men alsnog de kans krijgt de puntjes op de i te zetten;

---

340 Wij verwijzen in het algemeen voor dit onderwerp naar de handboeken en monografieën over proces- en appèlrecht.

341 Zie hierover uitvoerig Hovens 2005, 5.7.6 (Nederland), 6.5 (evaluatie rechtsvergelijking) en 7.2.2 (het nieuwe appèlrecht).

342 Vergelijk voor dit laatste HR 23 mei 1997, *NJ* 1997, 531 en HR 8 oktober 2004, *NJ* 2004, 659; *JPBr* 2005, 4 (K. Teuben).

b dat het presenteren van nova in appèl vertragend en kostenverhogend voor partijen en gerecht kan werken.

In landen waarin appelleren relatief veel voorkomt – wij noemen Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk – neemt door de toevloed van appels de druk toe om beperkingen te stellen aan met name nova in hoger beroep.<sup>343</sup> Daarmee beoogt men tweeërlei: (i) een stimulans voor de partijen (en de rechter) om in eerste aanleg het proces zo volledig mogelijk tot ontwikkeling te laten komen en (ii) een terugdringen van het tijds- en kostenbeslag in hoger beroep. In Duitsland en Oostenrijk is de mogelijkheid van het introduceren van nova zeer sterk beperkt, waarbij, zoals ons is gebleken tijdens de bijeenkomst met buitenlandse experts, in Oostenrijk daarvoor compensatie wordt geboden door een ruime mogelijkheid tot heropening van het proces in eerste aanleg.<sup>344</sup> In de genoemde landen stelt men dus grenzen aan het presenteren van nova in appèl en betaalt men daar een prijs voor op het terrein van de devolutie. De appèlrechter wordt minder de rechter voor de herbeoordeling van de zaak naar de laatste stand van zaken en meer de rechter voor de controle op de uitspraak in eerste aanleg, ook al vindt in hoger beroep een nieuwe beoordeling van de zaak plaats. Het recht doen op basis van de laatste actualiteit dient in de eerste aanleg plaats te vinden en in appèl geldt die actualiteit opnieuw als basis voor de beoordeling.

Op zichzelf behoeft dat niet te worden beschouwd als een onacceptabel gevolg, want een definitieve fixatie van de feiten en van de rechtstoestand vindt nu eenmaal toch op enig moment in de procedure plaats. De prijs die echter betaald wordt is vooral gelegen in het afsnijden van de ontwikkeling van het proces, van het voortschrijdend inzicht en van de tussentijdse veranderingen in de feitelijke of juridische toestand tussen partijen waardoor de uitspraak in eerste aanleg geheel of deels achterhaald is.

---

343 In Engeland zijn de beperkingen inherent aan het stelsel waarin slechts in de eerste aanleg het onderzoek naar de feiten plaatsvindt.

344 Van Willigenburg & Tzankova 2005, p. 30-31. Het gaat om de mogelijkheid van 'Wiederaufnahme' van een door een einduitspraak geëindigde zaak, par. 530 van de Oostenrijkse ZPO. Die is mogelijk (onder 7) 'wenn die Partei in Kenntnis von neuen Tatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benützung in früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde'. Dit is een zeer ruime grond, die nog ruimer wordt doordat par. 531 de Wiederaufnahme ook toestaat van in de vroegere procedure op grond van par. 279 lid 2 ZPO uitgesloten bewijs, te weten bewijs dat door in de bepaling genoemde belemmeringen niet binnen de (door de rechter) gestelde termijn was te leveren, 'wenn die Benützung dieser Beweise im früheren Verfahren offenbar eine der Partei günstigere Entscheidung zur Folge gehabt haben würde'. Zie over een en ander het commentaar op die bepalingen van W. Jelinek in Fasching & Konecny 4, 2005, par. 530, rdnr. 141 e.v.; par. 531. De Duitse regeling van de Wiederaufnahme is blijkens met name de Restitutionsklage van par. 580 onder 7 minder ruim want slechts beperkt tot gevonden vonnissen en 'Urkunden' en is niet tot andere bewijsmiddelen en feiten uitgebreid; zie daarover Rosenberg/Schwab/Gottwald 2004, par. 159, rdnr. 28.

Er doen zich nu de volgende vragen voor:

- a Moeten nova in appèl worden beperkt?
- b Moeten nova in appèl door de appèlrechter worden behandeld of door de eerste rechter na terugwijzing?
- c Moeten er sancties worden gesteld op het presenteren van nova in appèl?

#### 9.1.4.5 *Moeten nova worden beperkt?*

De beantwoording van de vraag of ook in ons recht nova in appèl beperkt moeten worden, dient te geschieden vanuit het perspectief van het appèl als voortgezette instantie en met de volgende uitgangspunten:

- a de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen voor de procedure als geheel in beide instanties;
- b de eerste aanleg mag niet worden verwaarloosd;
- c de differentiatie van de procedures in eerste aanleg werkt door in appèl.

##### *a Gezamenlijke verantwoordelijkheid*

De partijen hebben een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het verloop van de procedure in eerste aanleg en in appèl, dus in de voortgezette instantie,<sup>345</sup> en zij kunnen en moeten daarop worden aangesproken.<sup>346</sup> Op dat uitgangspunt is in essentie geen kritiek geleverd door de critici die wij hiervoor hebben genoemd. Het brengt mee dat van de partijen kan worden verwacht dat zij de procedure in eerste aanleg zodanig voorbereiden en voeren dat een daaropvolgende procedure in hoger beroep zo min mogelijk belast wordt met nova. Uiteraard kan sprake zijn van voortschrijdend inzicht, bijvoorbeeld mede als gevolg van de uitspraak van de eerste rechter, van nova die niet eerder bekend konden zijn, bijvoorbeeld als gevolg van het gedrag van derden of de beknoptheid van het onderzoek door de rechter in eerste aanleg – op de eerste rechter rust hier ook een belangrijke verantwoordelijkheid.

##### *b Eerste aanleg mag niet worden verwaarloosd*

Het hoger beroep als voortgezette instantie brengt het hiervoor al gesignaleerde gevaar van verwaarlozing van de eerste aanleg in beeld. Een stelsel waarbij, als in eerste aanleg veel is blijven liggen, de rechter in hoger beroep in actie *moet* komen, is niet aanvaardbaar. De procedure in eerste aanleg en de procedure in hoger beroep zijn communicerende vaten; hoe beter de zaak in eerste aanleg is behandeld, des te korter kan de behandeling in hoger beroep zijn, en hoe meer er in de eerste aanleg is blijven liggen,

---

<sup>345</sup> Wij verwijzen in dit verband naar wat hiervoor in noot 321 is opgemerkt.

<sup>346</sup> Interimrapport, p. 203 en 206 (onder d).

hoe meer de appèlrechter in actie dient te komen.<sup>347</sup> Het procesmodel zoals wij dat in eerste aanleg voorstaan, kenmerkt zich daardoor dat partijen – voor wat gedaagde betreft, als hij of zij verkiest in rechte te verschijnen – niet alleen de gelegenheid, maar ook de plicht hebben zo snel mogelijk met de kaarten op tafel te komen. Daarbij past niet een appèlprocedure waarin partijen in beginsel en behoudens gedekte verweren onbelemmerd nieuwe stellingen kunnen betrekken en nieuwe verweren mogen aanvoeren.<sup>348</sup> Wie tevoren zeker weet dat hij nog een tweede kans krijgt, zou – onder het motto: we zien wel of het schip strandt – in de verleiding kunnen komen in eerste aanleg onnodige en onwenselijke beperkingen in zijn wijze van procesvoering aan te brengen. En ook de rechter moet niet in de verleiding worden gebracht de zaak maar over de heg – richting hof – te gooien. Dit betekent dat de inrichting van het hoger beroep als voortgezette instantie zo weinig als realiter mogelijk is, afbreuk moet doen aan een volledige behandeling in eerste aanleg.

Daar komt bij dat het beginsel van twee feitelijke instanties in zoverre onevenwichtig uitpakt, dat de verweerder, die in hoger beroep met nieuwe stellingen wordt begroet, voor wat betreft die stellingen met één feitelijke instantie genoeg moet nemen. Chorus<sup>349</sup> heeft weliswaar het belang van de twee instanties gerelativeerd, door erop te wijzen dat behandeling in slechts één instantie zich thans ook voordoet bij alle nova die in appèl worden geaccepteerd, maar die realiteit van vandaag ontslaat ons er niet van in het kader van deze fundamentele herbezinning de vraag te stellen of dat ook de realiteit van morgen dient te zijn.

### *c Doorwerking van de differentiatie*

Een volgend uitgangspunt is dat de aard en inrichting van de procedure in eerste aanleg doorwerkt in appèl. Ook dit is een aspect van het appèl als voortgezette instantie. Een paar voorbeelden. Een voorlopige voorziening houdt dat karakter. Een hoger beroep van een beslissing in een small claim-zaak kan heel wel – standaard – met een comparitie beginnen als de ervaring de hoven zou leren dat dat de meest efficiënte wijze van behandeling zou zijn.<sup>350</sup> Brengt de differentiatie in eerste aanleg mee dat het feitelijk onderzoek en de bewijslevering summier worden gehouden, dan heeft dat tot gevolg dat ook in hoger beroep dat summiere karakter wordt gehandhaafd. De ervaring met het kort geding kan hier richting geven.

---

<sup>347</sup> Aldus De Bock 2004, p. 138.

<sup>348</sup> Zo Hoge Raad advies III.

<sup>349</sup> Chorus 2003, p. 109.

<sup>350</sup> Binnen het Hof Arnhem wordt thans in bepaalde appèls van uitspraken van de kantonrechter, een comparitie na *aanbrengen* (dus na inschrijving van de appèldagvaarding) gehouden, wat in een aantal zaken tot een schikking leidt, zie Valk & Ter Veer 2005.



### *Beantwoording van de vraag*

Bij deze uitgangspunten komen wij tot de volgende beantwoording van de vraag. Het is van belang te onderscheiden tussen nieuwe juridische en feitelijke stellingen die passen binnen de rechtsstrijd zoals die in eerste aanleg was omljnd en nova die de rechtsstrijd uitbreiden of wezenlijk veranderen.

Een nadere invulling van de feiten die aan de in eerste aanleg al ingestelde vordering of het daar al gevoerde verweer ten grondslag worden gelegd, moet naar wij thans menen in beginsel zonder meer worden toegestaan. Bij dit uitgangspunt zal ook een alsnog in appèl gedaan bewijsaanbod dat aan de daaraan te stellen eisen voldoet (zie hiervoor in par. 7.2.4.2 ) moeten worden gehonoreerd, ook indien het reeds in eerste aanleg had moeten en kunnen worden gedaan omdat het betrekking had op reeds toen gestelde feiten en de getuigen aan de partij die het bewijsaanbod doet, bekend waren. Echter, de betrokken partij dient in zo'n geval er rekening mee te houden dat terugwijzing van de zaak zal plaatsvinden of dat het verhoor van getuigen door het hof zal worden gedaan (een en ander op zijn kosten).<sup>351</sup>

De beperkingen aan de presentatie van nova die wij in het Interimrapport hebben voorgesteld zouden wij willen reserveren voor de fundamentele, de radicale koerswijziging in appèl: een wezenlijke verandering van de eis of het verzoek, de introductie van een geheel nieuw verweer, als gevolg waarvan feitelijk onderzoek noodzakelijk is dat in eerste aanleg niet heeft kunnen plaatsvinden. Het gaat ons om het niet langer toelaten van zo'n koerswijziging, waardoor een hoger beroep op een nieuwe grondslag zou worden behandeld.<sup>352</sup>

Wij vrezen niet dat bij deze beperkte terugdringing van nova veel metadiscussies de procedure zullen bezwaren over de vraag of sprake is van een radicale koerswijziging. Wel dient, naar wij menen, ons voorstel gevolgen te hebben ten aanzien van de *verandering* of *vermeerdering* van eis in appèl (art. 130 Rv). Zonder dat een wijziging van de wet nodig is zullen de zojuist genoemde strengere criteria moeten worden toegepast bij de toetsing of een in appèl voorgestelde eiswijziging toelaatbaar is.

Ten slotte doet zich nog de vraag voor hoe in dit alles het leerstuk van de gedekte verweren past.<sup>353</sup> Het betreft hier een leerstuk dat is gebouwd op art. 348 Rv. Een in hoger beroep door de oorspronkelijke gedaagde gevoerd verweer is gedekt indien uit proceshouding van die gedaagde ondubbelzinnig voortvloeit dat deze het verweer heeft prijsgegeven. Een verweer geldt dus als gedekt als de gedaagde er afstand van heeft gedaan. Dat kan in de eerste aanleg al het geval zijn geweest, maar het kan ook nog in appèl worden gedaan. Die afstand mag, blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad, niet te snel worden aangenomen,<sup>354</sup> zodat er van het leerstuk niet veel effect

351 Zie voor het kostenaspect, par. 9.1.4.7 onder b.

352 In dezelfde richting Hovens 2005, 7.2.2.

353 Zie daarover Sniijders & Wendels 2003, nr. 198-200 met rechtspraak; Hovens 2005, 5.7.6.2-5.7.7.

354 Met name HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 709 (HJS).

pleegt uit te gaan. Er bestaat aan dit leerstuk eigenlijk geen behoefte naast het leerstuk van afstand van recht,<sup>355</sup> de werking van de goede procesorde en art. 154 Rv betreffende de gerechtelijke erkenning (waarvoor overigens wel de eis geldt dat sprake is van een *uitdrukkelijke* erkenning).<sup>356</sup> De aparte wettelijke bepaling van art. 348 Rv<sup>357</sup> kan onzes inziens dan ook als overbodig worden afgeschaft.

#### 9.1.4.6 *Nova onderzoeken: ruimere mogelijkheid van terugwijzing?*

Ons procesrecht kent beperkte mogelijkheden van terugwijzing van zaken. In het kader van de behandeling in hoger beroep is die mogelijkheid praktisch beperkt tot gevallen waarin de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard.<sup>358</sup>

In ons Interimrapport<sup>359</sup> hebben wij gepleit voor een ruimere mogelijkheid van terugwijzing, namelijk voor alle gevallen waarin in eerste aanleg de zaak inhoudelijk nog niet of nauwelijks is behandeld. Wij gaan nog een stap verder. Wij stellen voor dat wanneer een partij in hoger beroep met een radicale koerswijziging komt, die partij ermee rekening dient te houden dat de appèlrechter de zaak kan terugwijzen naar de rechter die eerder oordeelde, of de zaak aan zich kan houden.<sup>360</sup> Slechts op verzoek van beide partijen dient de appèlrechter gehouden te zijn de zaak zelf af te doen. In andere gevallen beslist hij naar eigen inzicht of hij terugwijst of de zaak zelf afdoet – waarbij hij obstructieve koerswijzigingen (bijvoorbeeld van de gedaagde partij) kan afstraffen door juist niet te verwijzen –, een beslissing die als tussenuitspraak en bovendien discretionair en niet vatbaar voor enige hogere voorziening dient te zijn teneinde de procedure niet te belasten met metadiscussies over de vraag of het hof de zaak had mogen terugwijzen. Op deze wijze wordt – meer dan thans het geval is – recht gedaan aan het beginsel van twee instanties en wordt het zo volledig mogelijk presenteren van de zaak in eerste aanleg gestimuleerd.

Wij ondersteunen dan ook het voorstel van de Commissie Verbetervoorstellen Civiel<sup>361</sup> om de wettelijke terugwijzingsmogelijkheden te verruimen en een regeling te geven die voldoende armslag biedt om ieders zaak op zijn eigen merites te beoordelen en ook de wens van partijen daarbij te betrekken.

De behandeling van de zaak door de rechter in eerste aanleg verdient ook aandacht. Niet alleen partijen moeten in hun procesvoering worden gestimuleerd, dat moet ook

355 In die zin Snijders & Wendels 2003, nr. 199.

356 Vgl. HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 320, waarin een erkenning die in stellingen van de gedaagde besloten lag, leidde tot het aannemen van een gedekt verweer.

357 Die thans ook niet geldt in verzoekschriftprocedures, naar wordt aangenomen.

358 Zie daarover met name HR 16 april 1993, *NJ* 1993, 654 (HER); Ras/Hammerstein 2004, nr. 69.

359 Interimrapport, par. 10.6.3 m.

360 In par. 9.1.4.7 onder b bepleiten wij dat in die gevallen de kosten ten laste van de betrokken partij moeten kunnen worden gebracht.

361 Commissie Verbetervoorstellen, 8.2.

de rechter. Als de praktijk uitwijst dat rechters in eerste aanleg – onder druk van productienormen of om andere redenen – steeds vaker afzien van het horen van getuigen, ook al is er een bewijsaanbod gedaan, dan lijkt ons dat niet een euvel dat in hoger beroep moet worden verholpen door in die instantie alsnog getuigen te horen.<sup>362</sup> Dat getuigenverhoor moet worden verwezen naar de rechter in eerste aanleg. Argument daarvoor is dat die rechter aldus wellicht gestimuleerd wordt de zaak niet onvoldragen af te doen. Als hij de zaak later toch weer op zijn bord krijgt, bestaat misschien – wij zeggen het voorzichtig – minder neiging het getuigenverhoor achterwege te laten. Argument is ook de mogelijkheid van toetsing in hoger beroep van het resultaat waartoe de eerste rechter is gekomen. Overigens laat zich ook hier denken dat op eenparig verzoek van partijen – of misschien op verzoek van ten minste één van hen – de hogere rechter gehouden is zelf tot het horen van getuigen over te gaan.

Ten aanzien van de vraag of voor het bevelen van een getuigenverhoor met terugwijzing in eerste aanleg of in hoger beroep een voldoende bewijsaanbod is gedaan, verwijzen wij naar hetgeen wij hebben opgemerkt in paragraaf 7.2.4.2.

#### *9.1.4.7 Sancties op ongewenste nova*

Wat de sanctie op onwenselijke nova betreft zijn twee alternatieven denkbaar die naast elkaar kunnen bestaan: uitsluiting en kostenveroordeling.<sup>363</sup>

##### *a Uitsluiting van nova*

In de eerste plaats kan men nova die ook al in eerste aanleg zouden kunnen zijn gepresenteerd, uitsluiten als het proces daardoor onredelijk zou worden vertraagd en het voeren van het proces op die nieuwe basis om die reden in strijd met de goede procesorde zou zijn. Het bezwaar daartegen is dat de appèlrechter zichzelf de mogelijkheid ontnemt kennis te nemen van gegevens die, zou hij ze bij zijn beoordeling van de zaak hebben betrokken, hem mogelijk tot een ander oordeel zouden hebben gebracht.

##### *b Kostenveroordeling*

Men kan ongewenste nova ook ‘bestrafen’ met een kostenveroordeling. Tegen deze gedachte zijn bezwaren ingebracht. Het instellen van onderzoek naar het al dan niet verantwoord aanvoeren van nieuwe gegevens kost tijd en geld, dat beter besteed kan worden, zo menen verschillende critici. Daar is aan toegevoegd dat van misbruik of excessief gebruik niet blijkt. Als dat laatste het geval is, zijn we bezig met een probleem dat niet bestaat en dan doet de oplossingsrichting er ook niet toe. Is de veronderstel-

---

<sup>362</sup> Zie in dit verband De Bock 2004, p. 138.

<sup>363</sup> Zie ook wat wij over sancties op ontoelaatbaar procesgedrag in het algemeen hebben opgemerkt in 5.10.

ling echter niet juist, dan menen wij dat een voorlopig oordeel van de rechter over – kort gezegd – nalatigheid hier voldoende moet zijn en dat daarmee ook niet zoveel tijd en geld gemoeid zijn dat het niet verantwoord is die aan te wenden ter kering van het dan wél reëel te achten kwaad.

De kostenveroordeling heeft boven uitsluiting van nova het voordeel dat in voorkomend geval de appèlrechter recht kan doen op basis van de tussen partijen geldende actualiteit, maar dat tevens wordt duidelijk gemaakt dat dit zijn prijs heeft. Dat kan een hoge prijs zijn (de werkelijke en niet de geliquideerde kosten) die zou stimuleren in eerste aanleg beter te procederen.<sup>364</sup> Wij menen dan ook dat een kostenveroordeling de voorkeur verdient boven uitsluiting.

Wat betreft de radicale koerswijziging in appèl of het in appèl voor het eerst gedane bewijsaanbod dat in eerste aanleg had kunnen en moeten worden gedaan maar was nagelaten, menen wij dat zowel in het geval van terugwijzing naar de rechtbank als indien het hof de zaak aan zich houdt,<sup>365</sup> de kosten ten laste moeten kunnen worden gebracht van de betrokken partij.

### 9.1.5 Concrete aanbevelingen

#### 9.1.5.1 Devolutieve werking en grievenstelsel

- a Voor de verweerder in appèl geldt dat hij, indien hij gronden, stellingen en verweren die hij in eerste aanleg heeft aangevoerd maar die zijn verworpen in het vonnis in eerste aanleg, in appèl opnieuw beoordeeld wenst te zien, tegen die verwerping grieven dient aan te voeren.<sup>366</sup>
- b De appellant dient steeds zijn grieven in het procesinleidend stuk op te nemen. Voor de verweerder geldt dan dat hij, ook wanneer incidenteel appèl niet wordt ingesteld, zijn grieven tegen de verwerping van door hem in eerste aanleg aangevoerde gronden, stellingen en verweren, opneemt in zijn antwoord.

#### 9.1.5.2 Appèlverboden

- c Een verdere algemene beperking van de mogelijkheid van appèl dan thans bestaat, dient gepaard te gaan met een uitbreiding van de mogelijkheden om in geval van echte fouten en vergissingen van de rechter de uitspraak te doen verbeteren door de eerste rechter zelf. Een ruimere uitleg van ‘andere kennelijke fout die zich voor een-

<sup>364</sup> In dezelfde geest Hovens 2005, 7.9, die pleit voor een speciale regeling van een verhoogde kostenveroordeling in geval van misbruik van appèl (‘tergend en roekeloos’ appèl).

<sup>365</sup> Zie voor de radicale koerswijziging par. 9.1.4.6 en voor het late bewijsaanbod par. 9.1.4.5 onder ‘beantwoording van de vraag’.

<sup>366</sup> Interimrapport, par. 10.6.3 onder d.

- voudig herstel leent' in art. 31 Rv dan de Hoge Raad geeft, dan wel een verruiming van de wetstekst verdient ook overigens overweging.
- d In plaats van de huidige mogelijkheid van cassatieberoep op de voet van art. 80 RO, dient tegen een uitspraak die op grond van een algemene uitsluiting niet appellabel is, appèl open te staan indien de eerste rechter een zó fundamenteel rechtsbeginsel heeft geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.
  - e De mogelijkheid van appèl, voorzover het belang louter in de proceskosten zou zijn gelegen, dient te worden gehandhaafd, met dien verstande dat slechts appèl tegen een kostenveroordeling zou kunnen worden ingesteld indien het bedrag van die veroordeling de appèlgrens te boven gaat.
  - f De rechter behoort ruime mogelijkheden te hebben om op eindbeslissingen in de lopende instantie terug te komen als hij van opvatting verandert.
  - g Met betrekking tot het verzoeken om ontheffing van het verbod tot tussentijds appèl verdienen leidraden of practice directions overweging.

### 9.1.5.3 *Nova*

- h Een nadere invulling van de feitelijke of juridische gronden die aan de in eerste aanleg al ingestelde vordering of het daar al gevoerde verweer ten grondslag zijn gelegd, moet in hoger beroep in beginsel zonder meer worden toegestaan.
  - i De beperkingen aan de presentatie van nova die wij in het Interimrapport hebben voorgesteld, moeten worden gereserveerd voor een wezenlijke verandering van de eis of het verzoek en de introductie van een geheel nieuw verweer, als gevolg waarvan feitelijk onderzoek noodzakelijk is dat in eerste aanleg niet heeft kunnen plaatsvinden.
  - j Het voorschrift van art. 348 Rv inzake het gedekte verweer kan worden geschrapt.
  - k Zonder dat een wijziging van de wet nodig is zullen de zojuist genoemde strengere criteria moeten worden toegepast bij de toetsing of een in appèl voorgestelde eiswijziging toelaatbaar is.
  - l Wie in hoger beroep met een radicale koerswijziging komt of met een bewijsaanbod dat in eerste aanleg is nagelaten maar had kunnen worden gedaan, dient ermee rekening te houden dat de appèlrechter de zaak kan terugwijzen naar de rechter die eerder oordeelde. In zo'n geval dient slechts op verzoek van beide partijen de appèlrechter gehouden te zijn de zaak zelf af te doen. In andere gevallen beslist hij naar eigen inzicht of hij terugwijst of de zaak zelf afdoet. Die beslissing dient te worden aangemerkt als discretionair.
- mAls bestraffing van ongewenste nova verdient een kostenveroordeling de voorkeur boven uitsluiting. Wat betreft het in appèl voor het eerst gedane bewijsaanbod dat in eerste aanleg had kunnen en moeten worden gedaan maar was nagelaten, moeten de kosten die verbonden zijn aan het getuigenverhoor – zowel in het geval van

terugwijzing naar de rechtbank, als indien het hof de zaak aan zich houdt – ten laste kunnen worden gebracht van de partij die het bewijsaanbod heeft gedaan.

## 9.2 Verzet

### 9.2.1 *Verzet in eerste aanleg*

In ons Interimrapport<sup>367</sup> hebben wij de vraag gesteld of verzet niet over de hele linie moet worden afgeschaft en worden vervangen door appèl, althans of het verzet niet moet worden beperkt tot gevallen waarin het niet verschijnen op gerechtvaardigde gronden berust.

De kritiek die tegen deze suggestie is gerezen<sup>368</sup> snijdt hout. Uitvoering geven aan ons voorstel zou betekenen dat de appèlrechter in een aantal zaken als rechter in eerste aanleg zou gaan fungeren. Dat zou niet alleen vragen oproepen omtrent de wijze van procesvoering, waar van de door ons bepleite voortgezette instantie nauwelijks meer zou kunnen worden gesproken, maar ook een inbreuk op het stelsel van twee instanties betekenen. Wij willen daarom bij nader inzien de mogelijkheid van verzet tegen een in eerste aanleg gegeven beslissing handhaven.

In dit verband merken wij op dat bij het door ons aanbevolen vervallen van de onderscheiding tussen dagvaardingsprocedure en verzoekschriftprocedure, verzet in alle zaken waarin een verweerder is opgeroepen die niet is verschenen, wordt opengesteld, dus ook in zaken die thans worden berecht in de verzoekschriftprocedure.

### 9.2.2 *Verzet in appèl*

De vraag rijst of de argumenten die voor een heroverweging de doorslag geven ook gelden voor afschaffing van de mogelijkheid van verzet in hoger beroep, behoudens indien de dagvaarding niet in persoon of aan de procesvertegenwoordiger van eerste aanleg is betekend. Daarbij speelt een rol in hoeverre het in eerste aanleg door de verweerder ingenomen standpunt in hoger beroep als gehandhaafd heeft te gelden. Wij bepleiten, daarin door verschillende critici gesteund, ook op de verweerder in hoger beroep de verplichting te leggen zijn standpunt met betrekking tot de omvang van het appèl aan te geven. Voor ambtshalve beoordeling van verworpen gronden zagen wij geen ruimte meer. De consequentie daarvan zal moeten zijn dat de verweerder die in hoger beroep verstek laat gaan, geacht wordt zijn verworpen weren of gronden te hebben prijsgegeven. Slechts nog niet eerder beoordeelde gronden of verweren komen in hoger beroep, ook bij verstek, ten toets. Die consequentie heeft bestrijding ondervonden van woordvoerders van hoven maar wij zouden haar toch willen aanvaarden.

---

<sup>367</sup> Par. 10.6.3 (i).

<sup>368</sup> NVvR advies, p. 97.

### 9.2.3 Concrete aanbevelingen

- a Verzet in eerste aanleg dient te worden gehandhaafd.
- b Verzet in hoger beroep dient te worden afgeschaft.
- c De verweerder die in hoger beroep verstek laat gaan, wordt geacht zijn verworpen weren of gronden te hebben prijsgegeven. Slechts nog niet eerder beoordeelde gronden of verweren komen in hoger beroep, ook bij verstek, ten toets.

## 9.3 Cassatie

### 9.3.1 *Ons voorlopig standpunt*

In het Interimrapport hebben wij ons voorlopig standpunt over cassatie als volgt samengevat, waarbij wij tussenkopjes ter wille van de overzichtelijkheid hebben toegevoegd.<sup>369</sup>

#### ***Functies***

‘De cassatierechtspraak heeft twee functies: controle op de uitspraken van de lagere rechter en de bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid.<sup>370</sup> In het licht van het toenemend belang van de rechtspraak voor de ontwikkeling van het recht en de rechtseenheid en de toenemende werkdruk van de Hoge Raad wordt, evenals ten aanzien van hoogste rechtspraak elders, steeds meer ervoor gepleit in cassatie het accent te leggen op de tweede functie. Ook wij vinden dat de Hoge Raad beter en meer gestructureerd dan thans dient in te zetten (ook) op rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Dat kan gebeuren door een andere, minder technisch-juridische wijze van motiveren, meer denken in alternatieven, duidelijker oog voor de gevolgen van beslissingen, beter inspelen op de Europeanisering van het privaatrecht, en een actievere houding bij het onderkennen en beslissen van rechtsvragen. Voorts kan het gebeuren door een andere wijze van aanbrengen en voorbereiden van zaken. (10.8)’

#### ***Ballast***

‘Uit cijfers blijkt dat de Hoge Raad een relatief groot aantal zaken behandelt die zijn te beschouwen als ballast, maar ook blijkt dat hij goed in staat is zulke zaken te selecteren voor verkorte afdoening door een kleine samenstelling van de kamer (drie raadsheren). Om de ballast weg te houden bestaan

<sup>369</sup> Interimrapport, par. 10.15; voor een nog kortere samenvatting, zie hoofdstuk 13, nr. 19 en 20 jo. nr. 5.

<sup>370</sup> Zie hoofdstuk 4 over de verhouding van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid tot de andere doelen van het civiele proces. De taak om de rechtsontwikkeling en rechtseenheid te bevorderen, ligt in het drietrappstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie vooral op het bord van de cassatierechter, de Hoge Raad.

verschillende mogelijkheden. Naast de gevolgen van de door ons bepleite wijzigingen in het procesrecht in eerste aanleg en hoger beroep en meer mogelijkheden tot verbetering en herstel van rechterlijke uitspraken, kan de Hoge Raad ook zelf, in overleg met de balie en de Raad voor de Rechtspraak een systeem ontwikkelen om zaken die niet in cassatie thuishoren daaruit zo snel mogelijk te verwijderen. Wij verwijzen naar wat wij opmerken in hoofdstuk 12 over nieuwe regelgeving. (10.11)

Aldus ontstaat meer ruimte voor een beter en meer gestructureerd inzetten (ook) op rechtsontwikkeling en rechtseenheid. (10.12)'

### ***Casusgerichtheid***

'Een probleem vormt echter de verregaande casusgerichtheid die bij de Hoge Raad bestaat. Het beslissen van concrete gevallen staat centraal en de bijdrage aan de rechtsontwikkeling en rechtseenheid is bijproduct, zo vindt men. De Hoge Raad lijkt niet geneigd te zijn tot een scherpere positionering, bijvoorbeeld ten aanzien van het vroegtijdig selecteren van zaken of ten aanzien van een stelselmatiger inzet (ook) op rechtsontwikkeling en rechtseenheid. (10.13)'

### ***Te overwegen veranderingen***

'Wat moet veranderen om de vervulling van de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidfunctie van de Hoge Raad welbewuster, stelselmatiger en proactiever te maken? Het initiatief tot het aanbrenge van zaken ligt weliswaar bij partijen, maar wetgever en rechter kunnen dit initiatief wel uitlokken of faciliteren. In de literatuur worden daartoe mogelijkheden genoemd:

- a betaling van de advocaat- en proceskosten in zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid;
- b cassatie in het belang van de wet, met de mogelijkheid dat door de Staat betaalde advocaten worden aangewezen om de standpunten van partijen te verdedigen;
- c sprongcassatie, verbeteren en aanvullen van cassatiemiddelen, ambtshalve cassatie, uiteraard met hoor en wederhoor;
- d verlofstelsel of een stelsel waarin meteen na indiening van een zaak streng wordt geselecteerd op relevantie;
- e een andere wijze van informatiegaring in zaken waarin het dossier niet al die informatie bevat die de Hoge Raad van belang acht voor zijn beslissing, onder meer door voorlichting van derden (*amicus curiae*, belangenorganisaties e.d.);
- f versnelde afdoening van bepaalde typen klachten, met name voorzover ze betrekking hebben op de controlefunctie van de Hoge Raad;



- g prejudiciële rechtsvragen van lagere rechters aan de Hoge Raad gekoppeld aan een verlofstelsel daartoe;
- h rechtspraak bij wege van abstracte toetsing op vordering van belangengroeperingen (vgl. art. 6: 240 BW).

Bij een eventuele toename van mediation als alternatief voor rechtspraak krijgt het voorgaande extra nadruk.

Nodig is dat ten aanzien van beleid afstemming plaatsvindt tussen Hoge Raad, wetgever, Raad voor de Rechtspraak en andere instanties die zijn betrokken bij de regelgeving, zoals door ons in hoofdstuk 12 bepleit. (10.14)

### 9.3.2 *Reacties*

Ons voorlopig standpunt heeft bij de meeste instanties, commissies en anderen die het Interimrapport van commentaar hebben voorzien, niet veel reacties losgemaakt en, voorzover al, zijn ze kort tot zeer kort. Ook in boeken en tijdschriftartikelen (mede) over of naar aanleiding van het Interimrapport ontbreekt het onderwerp cassatie vrijwel steeds.<sup>371</sup> De enige uitvoerige reactie is die van de Hoge Raad zelf in het gezamenlijk Advies van zijn president en procureur-generaal. Andere publicaties over cassatie, die los van het Interimrapport zijn verschenen, bevatten ook voorstellen tot veranderingen.<sup>372</sup> Wij zullen nu de belangrijkste reacties weergeven.

#### 9.3.2.1 *De Hoge Raad*

De Hoge Raad<sup>373</sup> gaat in de eerste plaats in op de constatering in het Interimrapport dat eenderde van de zaken in een 3-formatie wordt beslist (145 zaken) en dat in 2000 27% van het totaal met art. 81 RO werd afgedaan. De cijfers over 2003 laten zien dat bij inmiddels eenderde van het totaal aantal beslissingen en meer dan de helft van de verwerpingen art. 81 RO wordt toegepast. De werkbelasting van de civiele kamer wordt dan ook in zeer beperkte mate bepaald door zaken die in een 3-formatie of met toepassing van art. 81 RO worden afgedaan. Deze zaken vormen dan ook geen ballast waardoor de Hoge Raad niet aan andere zaken kan toekomen, aldus de Hoge Raad. Hij wijst op de samenhang met het feit dat in alle zaken door het parket uitgebreid

---

371 Wij noemen Prinsengrachtrees 2004-1; Hendrikse & Jongbloed; Rutgers-bundel, 2005. Ook in de jaargangen van TCR vanaf medio 2003 ontbreekt het onderwerp cassatie.

372 Asser 2003, bijna gelijktijdig met het Interimrapport verschenen; Asser 2005; Asser procesrecht/Vee-gens/Korthals Altes/Groen 2005, met name nr. 189 en 221; Haak 2003, die daarin ook ingaat op de cassatie in civiele zaken (p. 215-216). Barendrecht 2005 is radicaal. In de vorm van een gedachte-experiment gaat hij na wat verloren gaat en wat gewonnen kan worden als de Hoge Raad wordt afgeschaft.

373 Hoge Raad advies, IV.

wordt geconcludeerd, hetgeen de Hoge Raad de mogelijkheid geeft de zaak vervolgens met een verkorte motivering af te doen. Een uitgebreide conclusie maakt een 81 RO-beslissing ook voor de buitenwereld meer aanvaardbaar. Op basis van de conclusie kan daarnaast een voorselectie worden gemaakt in welke formatie de Hoge Raad de zaak afdoet. In een zeer beperkt aantal gevallen wordt een zaak die geselecteerd is voor afdoening in een 3-formatie, verwezen naar een zetel van 5 raadsheren. De Hoge Raad verbindt hieraan de conclusie dat het selectiemechanisme goed blijkt te werken. De conclusie in 81 RO-zaken kan dus niet worden gemist. De Hoge Raad voegt eraan toe dat het instrument van de art. 81 RO-afdoening niet wordt gehanteerd ten aanzien van 'kleinere' zaken die weliswaar gebreken vertonen, maar waarbij de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling onvoldoende is betrokken. Dergelijke zaken worden wel degelijk beoordeeld; indien de gebreken dit rechtvaardigen, volgt ook dan cassatie en verwijzing. De Hoge Raad vindt daarom niet duidelijk wat ons voor ogen staat bij voorgestelde concretisering in subnormen en subcategorieën op basis van de opgedane ervaringen. Het huidige gebruik door de Hoge Raad van art. 81 RO is naar zijn oordeel in wezen het hanteren van een soepel verlofsysteem in zaken waarin het beroep wordt verworpen met als belangrijk voordeel dat in een behoefte aan rechtsbescherming wordt voorzien.

Vervolgens wordt ingegaan op de aanbeveling in ons Interimrapport om in de motivering meer blijkt te geven van de wijze waarop met de achterliggende belangen, waarden, beginselen en policy-factoren van een bepaalde beslissing rekening is gehouden, een responsievere houding aan de dag te leggen tegenover de in de literatuur en de conclusie aangedragen argumenten en onder meer door rechtsvergelijking een bijdrage te leveren aan europeanisering van het privaatrecht. Hierop respondeert de Hoge Raad dat de huidige werklust van de civiele kamer meebrengt dat zij haar handen vol heeft aan het op verantwoorde wijze afdoen van de haar voorgelegde zaken, zodat de mogelijkheden voor 'een actievere en responsievere opstelling' beperkt zijn. Kern van de taak van de Hoge Raad is beslechting van het voorliggende geval, waarbij de beslissing casusgericht behoort te zijn. Door de gebondenheid aan de cassatiemiddelen heeft hij geen volledig vrije keuze. Het is wel noodzakelijk dat de Hoge Raad in ruime mate ervan kennisneemt (en kan nemen) hoe in de doctrine over een bepaald onderwerp wordt gedacht en, afhankelijk van het onderwerp, wat de belangrijkste ontwikkelingen zijn in rechtsvergelijkend en Europees perspectief. Het is in de conclusie van de procureur-generaal dat de stand van de doctrine wordt vermeld. Het is ook het parket dat het onderzoek dient te doen, niet de Hoge Raad. De voorlichting op dit gebied zal moeten komen van de cassatieadvocatuur en van het parket. De gevolgen van een bredere, buiten de grenzen van de concrete casus uitstijgende uitspraak, zijn niet steeds te overzien. De Hoge Raad moet dan ook niet gedwongen worden in één zaak waarin slechts een beperkt aantal aspecten aan de orde is, alle aspecten, ook die welke niet voldoende zijn besproken, mee te nemen.

De Hoge Raad toont zich geen voorstander van ambtshalve cassatie, uit principieel oogpunt omdat het niet past bij het huidige stelsel van cassatiemiddelen en omdat ook in cassatie het partijdebat moeilijk kan worden gemist. De cassatieadvocatuur levert een moeilijk te missen bijdrage aan het vereiste niveau daarvan. Ten slotte zal de mogelijkheid van ambtshalve cassatie een aanzuigende werking kunnen hebben, terwijl de Hoge Raad tijd en menskracht mist om aan ambtshalve cassatie voldoende aandacht te besteden. Het gaat erom wat partijen in de zaak zelf aandragen en wat de conclusie van het parket verder, al dan niet ambtshalve, aan informatie aanbrengt. Wel zou de (cassatie)balie in sommige zaken de Hoge Raad breder moeten voorlichten, met name wat betreft de stand van zaken in en de gevolgen voor de praktijk.

Voorlichting door derden is onder het huidige rechtssysteem al mogelijk, zoals door het Asser-instituut bij vragen van internationaal privaatrecht. Het ambtshalve door de Hoge Raad opvragen van externe informatie – door een tussenarrest of een verzoek om een nadere conclusie van het parket – is in beginsel mogelijk, maar van die mogelijkheid wordt in de praktijk zelden gebruikgemaakt. Voorzover dit wel gebeurt, dient steeds het beginsel van hoor en wederhoor te zijn gewaarborgd. Omdat het in strijd met dit beginsel zou zijn verkregen informatie te gebruiken zonder de partijen de gelegenheid te bieden zich daarover uit te laten, zou gebruik van deze mogelijkheid steeds een verlenging van de cassatieprocedure betekenen. Daarbij dient voorts bedacht te worden dat de procedure in cassatie op kosten van partijen wordt gevoerd en dat daarmee bezwaarlijk is te verenigen dat partijen met extra kosten worden belast in verband met een te ruime taakopvatting door de rechter.

De Hoge Raad is geen voorstander van een stelsel van prejudiciële vragen. In de eerste plaats kan worden genoemd het processuele aspect van het door elkaar lopen van vragen die via een prejudiciële procedure, en vragen die weer via een cassatieprocedure aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd. Indien de Hoge Raad al een prejudicieel oordeel heeft gegeven in een bepaalde feitelijke context, kunnen wanneer in die zaak later beroep in cassatie wordt ingesteld, nieuwe gezichtspunten aan de orde komen die een ander licht werpen op bijvoorbeeld de feiten (die aangevuld of gewijzigd kunnen worden in hoger beroep of op losse schroeven worden gezet door een motiveringsklacht in cassatie) of de uitleg van de ingeroepen wet (nieuwe informatie over de maatschappelijke gevolgen van die uitleg). Het is niet aanvaardbaar dat de Hoge Raad aan een prejudicieel antwoord gebonden zou zijn op de grondslag van een andere discussie. De prejudiciële procedure levert derhalve ook niet in alle gevallen een waarborg dat omtrent een bepaalde rechtsvraag zekerheid wordt verkregen. Het aantal rechtsvragen dat in een prejudiciële procedure aan de Hoge Raad kan worden voorgelegd, blijft daarmee beperkt. Het stellen van prejudiciële vragen leidt daarnaast in de regel tot ernstige vertraging van de hoofdprocedure. Dit komt in strijd met art. 20 Rv, dat de rechter de verplichting oplegt om te waken voor onredelijke vertraging, en met art. 6 EVRM, dat de wetgever de verplichting oplegt de procedure zo in te

richten dat binnen een redelijke termijn kan worden beslist. Ten slotte is niet ondenkbaar dat door de feitelijke instanties op ruime schaal gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen, wat (een nog grotere) overbelasting van de Hoge Raad tot gevolg zou kunnen hebben, aldus de Hoge Raad.

De door ons geopperde mogelijkheid om derden of belangenorganisaties de mogelijkheid te geven om de Hoge Raad voor te lichten of aan deze rechtsvragen voor te leggen, vindt de Hoge Raad niet of nauwelijks te verenigen met de positie van partijen in het onderliggende geschil. Daarnaast kan door middel van de conclusie van het parket relevante informatie, mogelijk afkomstig van derden of belangenorganisaties, aan de Hoge Raad worden voorgelegd, terwijl het buitengewone rechtsmiddel cassatie in het belang der wet de mogelijkheid biedt relevante rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen buiten de betrokken procespartijen om. Dat de selectie in dit opzicht met uitsluiting van anderen aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad is opgedragen, heeft een hechte grondslag in overwegingen van werkbelasting en rechtszekerheid. Uiteraard staat het derden en belangenorganisaties vrij daartoe strekkende verzoeken te richten aan het parket, hetgeen in de praktijk ook regelmatig voorkomt. Er is daarom naar de mening van de Hoge Raad geen reden aan derden of aan belangenorganisaties een andere rol toe te kennen in de cassatieprocedure.

### 9.3.2.2 *De Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht*

De Adviescommissie<sup>374</sup> meent allereerst dat in het Interimrapport onvoldoende wordt onderkend dat er in cassatie behoefte aan bestaat, dat de zaken gedegen zijn vooronderzocht en toegelicht (zoals dat bij een dossier dat al in twee feitelijke instanties werd beoordeeld, in de regel wel het geval is). De verschillende mogelijkheden die het Interimrapport oppert, om zaken zonder de thans – in het zich in de procedure ontwikkelende partijdebat en daarop genomen beslissingen in eerdere instanties – bestaande voorbereidende behandeling in cassatie voor te leggen (door cassatie in het belang der wet, prejudiciële verwijzing, bevordering van de mogelijkheid van ‘versneld’ cassatieberoep, en ook door de invoering van de mogelijkheid van ambtshalve cassatie), bergen alle het risico in zich dat de Hoge Raad de betreffende vraag te beoordelen krijgt aan de hand van onvoldoende voorlichting. De beantwoording van prejudiciële vragen, gesteld door de rechter in eerste of tweede aanleg, behoeft volgens de Adviescommissie een later cassatieberoep niet overbodig te maken, als ten slotte door het hof de feitelijke grondslag definitief is vastgesteld en de betekenis van de rechtsvraag, mede in het licht van een kritische beschouwing van de door het hof gegeven motivering in door de partijen ontwikkelde cassatiemiddelen, in volle omvang kan worden beoordeeld. De Adviescommissie verwacht bovendien door het openen van de mogelijkheid van het

---

<sup>374</sup> Adviescommissie, nr. 17.

stellen van prejudiciële vragen een grote toename van de werkbelasting van de Hoge Raad.

Ambtshalve cassatie, buiten de aangevoerde cassatiemiddelen om, vindt de Adviescommissie ook overigens bezwaarlijk, omdat daarvan een aanzienlijke verhoging van de werkbelasting verwacht moet worden. Alle dossiers zullen immers op deze mogelijkheid moeten worden onderzocht. Daarmee gaat niet een navenant voordelig effect gepaard. De Adviescommissie verwacht namelijk niet dat er op belangrijke schaal ambtshalve cassaties zullen volgen. Daarbij komt dat dit instituut slecht valt te combineren met een effectieve toepassing van hoor en wederhoor voor partijen.

Ten slotte meent de Adviescommissie dat er geen aanzienlijke aantallen relevante rechtsvragen bestaan die de Hoge Raad niet, of slechts met aanzienlijke vertraging bereiken. Het ligt in de rede dat de vragen waarvoor geldt dat de praktijk inderdaad aan beantwoording behoefte heeft, worden voorgelegd zodra die behoefte zich manifesteert. Voor de – naar het oordeel van de Adviescommissie dus zeldzame – uitzonderingsgevallen biedt de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet een uitkomst.

### 9.3.2.3 *Beroepsorganisaties*

De NOvA<sup>375</sup> benadrukt de controlefunctie van de Hoge Raad en keert zich tegen een hoogste rechtscollège dat zelf zijn zaken mag uitkiezen, zoals de Amerikaanse Supreme Court.

De NVvR<sup>376</sup> meent dat er geen duidelijk af te scheiden groep zaken is die (via een voorselectie) zou kunnen worden uitgesloten van cassatie. Zij toont zich een tegenstander van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.

### 9.3.2.4 *Anderen*

H.J. Snijders<sup>377</sup> meent dat de richting die het Interimrapport inslaat ten aanzien van cassatie, in samenspraak met de Hoge Raad – en zoals later blijkt: ook met de andere betrokkenen bij cassatie –, de richting van de wetgever zou kunnen worden. Het succes hangt echter af van de aanscherping en uitwerking van onze gedachten, onder meer hoe de zaken worden afgedaan die niet in cassatie thuishoren. Snijders ziet niets in ons voorstel, vermeld in de samenvatting hiervoor sub e (informatiegaring met behulp van amici curiae, belangenorganisaties, deskundigen e.d.m.).

Storme<sup>378</sup> onderschrijft ons voorstel sub a (betaling van de advocaat- en proceskosten in zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling en rechtseenheid), maar

---

375 NOvA rapport, nr. 21.

376 NVvR advies, p. 97.

377 Snijders 2003, p. 1706.

378 Storme 2004, p. 156.

dan nog algemener, te weten voor alle zaken waarin een uitspraak word gecasseerd.

In de in 2005 verschenen nieuwe druk van Veegens' Cassatie in burgerlijke zaken wordt geheel ingestemd met onze aanbeveling in het Interimrapport dat de Hoge Raad beter en meer gestructureerd dan thans zou moeten inzetten op rechtsontwikkeling en rechtseenheid. Dit laatste vatten de bewerkers van dat boek zo op dat de Hoge Raad zich meer erop zou moeten toelagen zijn uitspraken precedentwaarde te geven.<sup>379</sup> Zij zien echter slechts beperkte mogelijkheden voor een meer responsieve opstelling van de Hoge Raad, waarin hij opener ingaat op de achterliggende belangen en op de beleidsmatige overwegingen die hem tot een bepaalde beslissing hebben geleid, namelijk slechts daar 'waar het gaat om waarden en belangen die bij de vaststelling van de rechtsregel [bedoeld is: door de wetgever] niet zijn meegewogen, omdat ze kennelijk destijds over het hoofd zijn gezien of omdat sprake is van onvoorziene nieuwe ontwikkelingen. In deze gevallen', zo betogen deze auteurs, 'zouden de uitspraken van de cassatierechter door een diepgaander motivering aan betekenis winnen, niet in de laatste plaats doordat dergelijke overwegingen belangrijke aanwijzingen voor de reikwijdte van de beslissing kunnen opleveren'.<sup>380</sup> Voorts valt in dit boek steun te ontwaren voor de voorstellen in het Interimrapport over een *amicus curiae*, over uitbreiding van de motivering (ook bij verwerpende uitspraken) ter bevordering van hun precedentwaarde, en over ambtshalve cassatie.<sup>381</sup>

Haak<sup>382</sup> stelt zich op achter onze voorstellen voorzover ze betrekking hebben op (i) het doortrekken van de consequenties van het hoger beroep als voortbouwende instantie, waarin niet alles opnieuw gedaan kan worden, (ii) het opzetten van een systeem van voorselectie meteen nadat de zaken bij de Hoge Raad zijn ingekomen, en (iii) overleg tussen Hoge Raad, cassatiebalie en de lagere rechtspraak over het ontwikkelen van leidraden, criteria en evaluatiemethoden ter realisering van een optimale functionering van de taken van de Hoge Raad.

### 9.3.3 *Latere ontwikkelingen*

In het najaar van 2005 is de nieuwe druk van Veegens' Cassatie in burgerlijke zaken verschenen, en vanaf april 2005 een serie artikelen in *Ars Aequi over 'Raad en Daad. Over Rechtsvorming door de Hoge Raad'*. Voor het overige zijn ons, behalve het rapport van de Commissie Cassatieadvocatuur van 21 juni 2004<sup>383</sup> waarin wordt

379 Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 73. In nr. 189 wordt aangegeven hoe die precedentwaarde van de uitspraken kan worden verhoogd.

380 Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 189.

381 Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 189 en 221.

382 Haak 2003, p. 216.

383 Het rapport is gepubliceerd op [www.justitie.nl/images/rapport%20commissie%20neleman\\_%20definitieve%20tekst%20advies%20\(21%20juni%202004\)\\_tcm74-37097.pdf](http://www.justitie.nl/images/rapport%20commissie%20neleman_%20definitieve%20tekst%20advies%20(21%20juni%202004)_tcm74-37097.pdf) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006). Zie ook het bericht in *NJB* 2004, p. 1570-1571.

voorgesteld kwaliteitseisen te stellen aan het optreden als advocaat bij de Hoge Raad, geen latere ontwikkelingen bekend die specifiek relevant zijn voor onze nadere standpuntbepaling en concrete aanbevelingen over dit onderwerp.

### *9.3.4 Nadere standpuntbepaling*

#### *9.3.4.1 Werkdruk als argument*

Alvorens naar aanleiding van de reacties op en de ontwikkelingen sedert het Interimrapport ons standpunt nader te bepalen, willen wij één ding vooropstellen. Het in de reacties van met name de Hoge Raad en de Adviescommissie voorkomende argument tegen bepaalde van onze voorstellen dat zij een toeneming van de (toch al hoge) werklast zouden meebrengen ('we hebben het al zo druk en kom ons dus niet aan boord met voorstellen waardoor we het nog drukker krijgen'), is voor de discussie die onzes inziens over de toekomst van de rechtspraak van de Hoge Raad moet worden gevoerd, niet reeds bij voorbaat afdoende. Onze voorstellen zijn erop gericht om door een meer efficiënte en vruchtbare vervulling van de noodzakelijke controlefunctie van de Hoge Raad en een selectie van zaken aan de poort ruimte te scheppen en een uitgebreider instrumentarium te ontwikkelen voor een meer bewuste en stelselmatige uitoefening van zijn taak de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid te bevorderen.<sup>384</sup> Per saldo zal toeneming van de werklast op dit laatste terrein moeten worden gecompenseerd door verhoging van de efficiëntie en beperkingen op het andere gebied. In de woorden van Haak gaat het daarbij om 'het vinden van een evenwicht tussen die zaken die zó belangrijk zijn voor de rechtsvorming en de rechtseenheid dat zij in cassatie kunnen worden voorgelegd aan de hoogste rechter en de minder belangrijke zaken die daarvan moeten worden uitgesloten. De WRR heeft in zijn laatste rapport die stelling terecht tot de zijne gemaakt.'<sup>385</sup> Concreet betekent dit dat het bestaande takenpakket en de bestaande werkwijzen van de Hoge Raad tegen het licht moeten worden gehouden van noodzaak, nut en efficiency, en vervolgens dienen te worden afgewogen tegen de bepleite nieuwe of andere taken of werkwijzen.

#### *9.3.4.2 Controlefunctie en motiveringscontrole*

Evenals wij hebben gedaan in het Interimrapport, stellen wij voorop dat de Hoge Raad zijn controlefunctie (zijn rechtsbeschermingstaak, zoals hij dat ook zelf in zijn

---

<sup>384</sup> Hierna zullen wij, wanneer wij doelen op de taak van de Hoge Raad op het gebied van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, deze samenvattenderwijs aanduiden met 'rechtsvorming'.

<sup>385</sup> Haak 2003, p. 206. De verwijzing naar de WRR betreft het rapport De toekomst van de nationale rechtsstaat, 2002, p. 271-272.

advies noemt<sup>386</sup>) dient te behouden. Ook in de nieuwe druk van Veegens' Cassatie in burgerlijke zaken is uitvoerig stelling genomen tegen de gedachte om de controlefunctie van de Hoge Raad hetzij af te schaffen, hetzij aan de hoven over te dragen.<sup>387</sup> Wij zijn het daar mee eens. De controle mag niet beperkt worden tot een bepaalde soort klachten, bijvoorbeeld alleen materieelrechtelijke of procesrechtelijke, en evenmin tot alleen hoogst ernstige of essentiële verzuimen.

Iets anders is dat met name de toetsing in cassatie van klachten over onbegrijpelijkheid van de motivering een enorme vlucht heeft genomen. Wij hebben hier het oog op de motiveringscontrole ten dienste van een deugdelijke rechtspraak. De noodzaak van motiveringscontrole in verband met de toetsing van de rechtsoordelen en rechtstoepassing door de feitenrechter staat hier verder buiten discussie.<sup>388</sup> Sinds het Vredoveenhuis-arrest<sup>389</sup> heeft de zojuist genoemde ontwikkeling een principiële verankering gekregen in het door de Hoge Raad, als uitwerking van de motiveringsplicht, geformuleerde 'grondbeginsel van een behoorlijke rechtspleging, dat elke rechterlijke beslissing ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken'.<sup>390</sup> Bij de handhaving van deze norm gaat de Hoge Raad erg ver. Te ver, menen wij. Zo vinden correcties plaats van in het algemeen als 'feitelijk' beschouwde, want aan de feitenrechter voorbehouden en dus in cassatie slechts beperkt toetsbare oordelen, waaronder onbegrijpelijke bewijsoordelen en de vaststelling van de omvang van schade, kosten en alimentatie. Evidente vergissingen en rekenfouten worden langs die weg door de cassatierechter alsnog geredresseerd. Daarnaast wordt gecontroleerd of de feitenrechter geen stellingen van een partij onbehandeld heeft gelaten die, waren zij door de rechter onder ogen gezien, tot een andere uitkomst zouden hebben kunnen leiden, de zogenoemde essentiële stellingen.

Hoewel de Hoge Raad hiermee toont de handhaving van de kwaliteit van de rechtspraak hoog in het vaandel te voeren, bergt zijn ontvankelijkheid voor dit soort klachten het risico in zich dat hij zich in een positie plaatst van derde feitelijke instantie en beroe-

---

386 Hoge Raad advies, IV, eerste alinea. In zoverre is die terminologie niet zuiver dat de justitiabelen ook bij rechtsvormende uitspraken worden beschermd, maar niet iedere uitspraak is rechtsvormend. Zie Asser 2003, p. 25.

387 Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 221. Tegen overdracht van de controlefunctie aan de hoven, zoals in 1981 voorgesteld in Frankrijk en thans ook door Barendrecht 2005, p. 340-341, pleit onder meer dat de appèlrechters dan de moed en de openheid moeten hebben in te zien dat ze fouten hebben gemaakt. De psychologische barrières die daaraan in de weg zullen staan, zijn groot.

388 Zie over het verschil tussen het een en het ander Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 119-120.

389 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659 (DWFV).

390 Zie Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 120-129 met talloze voorbeelden van motiveringscontrole.



pen aantrekt die niet in cassatie thuishoren omdat met de klachten in wezen slechts een nieuwe beoordeling van de zaak zelf en niet van het werk van het hof wordt beoogd.

Daarom vinden wij het gewenst dat de Hoge Raad zijn controletaak ten aanzien van de hiervoor bedoelde motiveringsklachten restrictiever invult. Dit houdt in dat de Hoge Raad zichzelf beperkingen oplegt en een grovere kam hanteert ten aanzien van motiveringsgebreken dan thans het geval is. Daartoe zullen criteria moeten worden ontwikkeld waarmee de controletaak wordt afgebakend. Dit laatste zou moeten gebeuren in overleg met de cassatiebalie opdat niet door jurisprudentie maar door vastlegging in (al of niet eerst voorlopige) richtlijnen aan de cassatieadvocaten aanstands duidelijk wordt welke motiveringsklachten in cassatie kans van slagen hebben. Zij kunnen in de aanbiedingsbrief van zaken aan de Hoge Raad verplicht worden om, indien zij dergelijke klachten voordragen, kort aan te geven (a) dat ze tevergeefs de lagere rechter om herstel (en verbetering of aanvulling) hebben gevraagd, en (b) dat en waarom die klachten blijven binnen de controletaak van de Hoge Raad. In het huidige model van de aanbiedingsbrief is daarover nog geen expliciete vraag opgenomen, maar dat is eenvoudig te veranderen. In periodiek overleg kunnen de richtlijnen op basis van de opgedane ervaringen worden aangescherpt, verruimd, bijgesteld, of gepreciseerd. Het past bij het dienstverlenende perspectief van de rechtspraak (hoofdstuk 3) dat de Hoge Raad open is voor dit soort overleg, en daartoe zelf het initiatief neemt.

Wat de criteria betreft: niet alle motiveringsgebreken impliceren dat de uitspraak dermate onjuist is dat de verliezende partij geen eerlijk proces heeft gehad. Dat is de ondergrens. Evenmin impliceren alle fouten dat het oordeel onjuist is of niet voldoende inzichtelijk. Zaken waarin de Hoge Raad uitspraken ‘redt’ door de motivering te verbeteren kunnen ook eenvoudigweg helemaal buiten de deur worden gehouden. De ervaring met de zeer beperkte toetsing van uitspraken in kantonzaken leert dat het geen probleem is voor de hoogste rechter om de deur dicht te houden, ook al ziet hij dat de uitspraak niet deugt. Het (door het huidige strakke middenstelsel noodzakelijkerwijs) ongemoeid laten van evident onjuiste rechtsbeslissingen waartegen in cassatie geen klachten zijn geformuleerd, het in stand laten van arbitrale vonnissen met een gebrekkige motivering,<sup>391</sup> laat zien dat een zo verfijnde motiveringscontrole als de Hoge Raad heeft ontwikkeld geen noodzakelijke voorwaarde is voor een als geheel genomen aanvaardbaar functionerende rechtspraak.

Een restrictieve toepassing van de motiveringscontrole kan worden ondersteund door een systeem waarin de lagere rechter desverzocht de onbegrijpelijke motivering kan herstellen en, indien daartoe reden is – en dat zal meestal het geval zijn, want anders wordt

---

<sup>391</sup> De toetsing van de motivering van arbitrale vonnissen in het kader van de vernietigingsactie van art. 1065 lid 1 onder *d* Rv is een zeer beperkte, nl. of elke motivering ontbreekt, waarmee op één lijn gesteld moet worden het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt (een criterium dat voor velen trouwens te ruim is), zie HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190 (HJS).

geen herstel gevraagd –, zijn beslissing kan verbeteren of aanvullen. De huidige art. 31 en 32 Rv staan dit niet of nauwelijks toe, maar zouden zodanig gewijzigd of door de Hoge Raad ruimer uitgelegd moeten worden dat dit wel mogelijk wordt.<sup>392</sup>

#### 9.3.4.3 *Rechtsvorming*

Wij menen dat de betekenis van het werk van de Hoge Raad in toenemende mate in de rechtsvorming is gelegen en dat dit, gelet op de duidelijke tendens die halverwege de afgelopen eeuw is ingezet, in de toekomst alleen maar belangrijker zal worden. De bijzondere zorg die het parket en de raad zichtbaar besteden aan de voorbereiding en onderbouwing van met name de rechtsvormende uitspraken, alsmede de toenemende aandacht die de civiele kamer van de Hoge Raad en het civiele parket, buiten het dagelijks werk van de afdoening van zaken, geven aan de rechtsvorming door middel van refereerbijeenkomsten en interne conferenties, bevestigen overigens dat, ook in de ogen van de Hoge Raad zelf, de rechtsvormende taak steeds meer prioriteit heeft gekregen. Gedurende de afgelopen drie tot vier decennia ziet men een onmiskenbare tendens: de wetenschappelijke onderbouwing van de conclusies is enorm uitgebreid, niet alleen dankzij de uitbreiding van de ondersteuning van het wetenschappelijk bureau bij de Hoge Raad, maar ook en zeker niet in de laatste plaats door een veranderde taakopvatting van de leden van het parket enerzijds en de hogere verwachtingen dienaangaande van de Hoge Raad, wetenschap en praktijk. De ontwikkeling van de motivering van de uitspraken sluit – met enige golfbewegingen – daarbij aan. Deze tendens weerspiegelt tevens hoe de Hoge Raad steeds meer ook in de maatschappij als geheel wordt ervaren: niet alleen als hoogste rechter die de lagere rechters controleert, maar ook als de rechter die het recht mede gestalte geeft. Het zijn de implicaties van zijn uitspraken voor het recht, de hoge precedentwaarde, die zijn uitspraken meer dan eens voorwerp van maatschappelijke discussie doen zijn.

Tegen de achtergrond hiervan is het opvallend dat de Hoge Raad, blijkens zijn advies, als kern van zijn taak zegt te zien de beslechting van het voorliggende geval, wat dan nog eens extra klemtoon krijgt door de toevoeging dat de beslissing casusgericht *behoort* te zijn. Dit antwoord op ons Interimrapport, waarin wij juist van die casusgerichtheid afstand hebben genomen (zie hiervoor par. 9.3.1), bevredigt niet omdat het langs de door ons aan de orde gestelde kwestie heen gaat. Dat de Hoge Raad zichzelf blijkbaar niet in de eerste plaats beschouwt als ‘wetgever-plaatsvervanger’ en ook niet als hoogste wetenschappelijke instantie, maar als rechter, onderschrijven wij. Maar men mag het niet, zoals de Hoge Raad in zijn advies lijkt te doen, omdraaien. De door hem beklemtoonde casusgerichtheid van zijn beslissingen doet tekort aan de zojuist genoemde implicaties van die beslissingen. De Hoge Raad behoort bij de uitoefening

---

<sup>392</sup> Zie verder wat wij over deze bepaling hebben opgemerkt in par. 9.1.4.3.

van zijn rechtsvormende taak verder te kijken dan de casus (dat doet hij trouwens ook). In het verlengde hiervan ligt dat instrumenten worden ontwikkeld, zoals wij in het Interimrapport hebben aangegeven (zie hiervoor par. 9.3.1), die bevorderen dat de Hoge Raad bewuster en stelselmatiger aandacht besteedt aan rechtsontwikkeling en rechtseenheid en dat daarvoor ook de nodige ruimte wordt gemaakt.

#### 9.3.4.4 *Tijd voor maatregelen*

Dat er veel zinloze, want op voorhand kansloze cassatieberoepen worden ingesteld, is binnen de Hoge Raad ‘common knowledge’. Afhankelijk van het temperament van betrokkene, is dat een gegeven, een bron van irritatie, of iets dat aangepakt zou moeten worden. Wij citeren uit het jaarverslag van de Hoge Raad over 2003 en 2004: ‘Er komen onder de duizenden zaken die jaarlijks bij de Hoge Raad binnenkomen veel, té veel, zaken voor die in wezen slechts neerkomen op de betwisting van de feiten zoals die door de lagere rechter zijn vastgesteld. Het cassatieberoep zal dan verworpen worden zonder dat hier enige rechtsvraag aan de orde komt. Toepassing van art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie zal dan veelal volgen (...). Dat is jammer, zowel voor de teleurgestelde procespartij die niet zelden veel kosten heeft besteed als voor de Hoge Raad die *beter de schaarse en dure mankracht kan gebruiken voor zaken die wel in cassatie thuishoren en aldus ook voor de onnodig bestede publieke middelen.*’ (curs. toegevoegd).<sup>393</sup>

Het wordt dus tijd om maatregelen te nemen die voor de Hoge Raad en parket *als geheel* zoden aan de dijk zetten. In het licht van de ontwikkelingen in de rechtspraak die onmiskenbaar wijzen op een toename van het kaliber van de aan de Hoge Raad voorgelegde zaken die steeds meer tijd van hem vergen, menen wij dat er maatregelen nodig zijn om meer ruimte te scheppen voor het werk waarvoor de Hoge Raad er is en dient te zijn. Zulke maatregelen liggen enerzijds op het vlak van een meer efficiënte en meer vruchtbare vervulling van de controletaak waarover wij hiervoor (9.3.4.2) al hebben gesproken, en anderzijds op het terrein van selectie van binnenkomende zaken (kort gezegd: selectie aan de poort).

Wij betwijfelen of het terugdringen van de behandeling van zaken die niet in cassatie thuishoren, effectief kan gebeuren door mede te vertrouwen op de ‘zeeffunctie’ van de cassatiebalie.<sup>394</sup> Die zeeffunctie loopt immers ook volgens de Hoge Raad zelf terug.<sup>395</sup> Naar aanleiding hiervan stelt het rapport van de Commissie Cassatieadvoca-

<sup>393</sup> Hoge Raad Jaarverslag 2003/2004, p. 11. Wij realiseren ons dat het geciteerde veel meer op strafzaken betrekking heeft, maar het geldt ook voor civiele zaken.

<sup>394</sup> ‘In teveel zaken wordt cassatieberoep ingesteld, terwijl een in cassatie ervaren advocaat zou moeten weten dat het beroep kansloos is. De advocaat moet dus mede optreden als “zeef, zulks tot heil van zijn cliënt en tot behoud van een goed functioneren van het cassatie-instrument”’, aldus Hoge Raad Jaarverslag 2003/2004, p. 19.

<sup>395</sup> Waarschijnlijk mede omdat er meer advocaten dan vroeger zullen zijn die het niet als hun taak beschouwen de moeilijkheden qua werkbelasting van de Hoge Raad op te lossen.

tuur voor kwaliteitseisen te stellen aan het optreden als advocaat bij de Hoge Raad.<sup>396</sup> Het ziet er op dit moment niet naar uit dat dit voorstel op korte termijn zal worden ingevoerd. Andere initiatieven om de te vele kansloze cassatieberoepen te beperken of om anderszins de overbelasting te lijf te gaan, zijn ons niet bekend.

Het zal dus moeten komen van de Hoge Raad zelf.

#### 9.3.4.5 *Selectie aan de poort; art. 81 RO*

Wij menen dat begonnen dient te worden met de invoering van een selectiesysteem aan de poort, waardoor zaken die buiten de deur van de Hoge Raad dienen te blijven snel en met een zo gering mogelijke inspanning – *met name ook zonder conclusie van het parket* – uit het circuit worden verwijderd. Wij denken hierbij niet aan een verlofstelsel, maar aan een beoordeling van zaken meteen nadat ze zijn aangebracht, maar voordat een conclusie is genomen. Deze voorselectie vindt plaats door een ervaren lid van het parket en een ervaren lid van de civiele kamer, die beslissen op basis van een summier preadvies van een eveneens ervaren medewerker van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad.<sup>397</sup> Zij hebben samen zoveel kennis en inzicht dat zij in staat moeten worden geacht het kaf van het koren te scheiden en aan te geven welke zaken uit een oogpunt van controle, rechtsontwikkeling en rechtseenheid niet in het circuit thuishoren.

In dit verband willen wij enige opmerkingen maken over art. 81 RO als selectie-instrument. In wezen hinkt de hantering van dit instrument op twee gedachten. Aan de ene kant erkent men dat deze wijze van verwerping van de cassatiemiddelen onbevredigend voor de in het ongelijk gestelde partij is, maar aan de andere kant wijst men naar de conclusie van de advocaat-generaal waardoor die partij ten minste enig inzicht krijgt in de gronden waarop de Hoge Raad tot zijn verwerping is gekomen. Blijkbaar vereist de beslissing toch wel enige motivering om aanvaardbaar te zijn voor die partij, waarmee, zeker in het licht van het ook voor de Hoge Raad geldende Vredo-Veenhuis-grondbeginsel, art. 81 RO, anders dan de Hoge Raad blijkens zijn advies van mening is, zichzelf eigenlijk reeds heeft veroordeeld heeft als deugdelijk middel voor selectie van zaken.<sup>398</sup> Daarmee ontkennen wij niet dat toepassing van art. 81 RO een praktisch middel is om kansloze beroepen snel af te doen. Een met het voorgaande nauw samenhangend argument dat wordt gebezigd, is, dat de afdoening door middel van art. 81 RO voor de kamer snel kan gebeuren omdat er een 'uitgebreide' conclusie is van het parket. Daarmee nemen echter zaken die niet bij de Hoge Raad hadden behoren

<sup>396</sup> Zie voor de vindplaats van het rapport hiervoor noot 383.

<sup>397</sup> Ook hierbij heeft Haak 2003 zich aangesloten.

<sup>398</sup> Op de – niet zonder meer bevestigend te beantwoorden – vraag of afdoening met behulp van art. 81 RO zich verdraagt met art. 6 EVRM gaan wij hier niet in; zie daarover Pinckaers 1997, 2.2; Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes/Groen 2005, nr. 190.

te komen – de ‘ballast’, waarover wij in het Interimrapport hebben gesproken<sup>399</sup> – voor het wetenschappelijk bureau en het parket relatief veel tijd in beslag die zulke zaken, in het licht van ons uitgangspunt, naar ons oordeel niet verdienen. Als wij het hebben over verschuiving van prioriteiten in verband met ‘ballast’, dan hebben wij daarmee uiteraard het oog op de gehele organisatie van de Hoge Raad en zijn parket. Spreekt men van overbelasting van de Hoge Raad, dan kan men daarvan het wetenschappelijk bureau en het parket onzes inziens niet uitzonderen.

Is art. 81 RO dus, zeker in zijn huidige toepassing, een wat onvolkomen middel om de beoogde selectie aan de poort te verrichten, het kan, nu de wet geen eisen stelt aan de motivering van de conclusie van de advocaat-generaal, worden benut om al meteen, zonder dat een wetwijziging nodig is, te beginnen met een selectie van zaken die zowel de kamer als het wetenschappelijk bureau en het parket tijdwinst oplevert. De manier om deze zaken snel te verwijderen is een dubbele afdoening op basis van art. 81 RO, dus zowel door parket als door de Hoge Raad op basis van de hiervoor bepleite voorselectie van zaken door een lid van het parket en van de kamer op basis van een summier preadvies van het wetenschappelijk bureau. Men zou kunnen beginnen met een experiment, bijvoorbeeld door de voorselectie meteen na binnenkomst wel te laten plaatsvinden, maar voorlopig geheim te houden en na een half jaar tot een jaar te vergelijken met wat uiteindelijk de beslissing van de Hoge Raad is geweest. Dan kan men het ‘foutenpercentage’ van de voorselectie vaststellen en kan men tevens mogelijk nog andere ervaringen opdoen. Dit alles levert een voldoende feitelijke basis op om vervolgens verantwoord te besluiten of het door ons voorgestelde systeem kan werken of niet. Indien het antwoord bevestigend luidt, kan art. 81 RO worden aangevuld met de zinsnede dat ook uit een oogpunt van rechtsbescherming de klachten niet tot cassatie kunnen leiden.

Wij hebben op basis van de cijfers uit de jaarverslagen van de Hoge Raad voor het jaar 2000 berekend dat zo’n 30% van de zaken op deze manier snel kan worden afgedaan door raad en parket tezamen. Onze verwachting is dat, voorzichtig beginnend, dit percentage na verloop van tijd kan oplopen, tenzij de advocaten op deze verandering gaan inspelen en zelf op voorhand selectiever worden, maar dan neemt het aantal ingediende cassatieberoepen af en komt op die manier substantieel meer tijd en menskracht vrij voor de zaken waar het in cassatie om dient te gaan.

---

399 De cijfers die wij hebben genoemd zijn in de reacties niet weersproken.

### 9.3.4.6 *Enkele andere voorstellen uit het Interimrapport nader bezien*

#### *a Een actievere en responsievere opstelling; eigen onderzoek van de kamer*

Veel uitspraken van de Hoge Raad zijn, in de motivering geëxpliciteerd, grensverleggend geweest. Veel uitspraken van de Hoge Raad bevatten beslissingen die ver uitstijgen boven de casus van het berechte geval. In zijn terughoudende reactie op onze voorstellen om meer het achterste van zijn tong te laten zien in de motivering en meer in te gaan op doctrine en rechtsvergelijking, doet de Hoge Raad zijn eigen werk tekort. Wij menen dat er geen reden is om in de uitspraak bijvoorbeeld het debat met de wetenschap, de conclusie inclus, steeds te schuwen (wat trouwens ook niet altijd gebeurt).

Begrijpelijk is dat de Hoge Raad zich niet steeds voldoende voorgelicht acht door de partijen of de conclusie van het parket en bijgevolg niet steeds voldoende zicht op de consequenties heeft om een verrijkende uitspraak te doen. Wij pleiten daarom zo nodig voor aanvullend onderzoek. Dat gebeurt, waar het gaat om nader literatuur- en jurisprudentieonderzoek, wel al door de wetenschappelijke ondersteuning van de kamer, maar inwinnen door de kamer van deskundig advies van een derde (bijvoorbeeld als *amicus curiae*) met zo nodig overeenkomstige toepassing van de regels voor het deskundigenbericht, verdient met betrekking tot bijvoorbeeld onderzoek naar opvattingen, normen en gebruiken in de praktijk, de voorkeur, omdat partijen en parket daarbij betrokken worden en de gelegenheid hebben op de resultaten van dat onderzoek te reageren. Wanneer men het onderzoek steeds door het parket laat doen heeft dat het nadeel dat partijen bij dat onderzoek niet zijn betrokken en na de conclusie moeten terugvallen op de borgersbrief in plaats van de mogelijkheid te hebben van een nadere schriftelijke toelichting naar aanleiding van het onderzoek.

Uiteraard, en dat geldt voor al onze voorstellen, hebben wij het oog op de zaken waarin de noodzaak daartoe wordt gevoeld in verband met een verantwoorde beslissing over de te beantwoorden rechtsvraag, omdat het met het nader onderzoek gepaard gaande tijdverlies en de ermee gemoeide kosten tegen het belang ervan moeten opwegen.

#### *b Ambtshalve cassatie*

De belangrijkste bezwaren die tegen ambtshalve cassatie worden ingebracht – past niet in het huidige middelenstelsel, heeft aanzuigende werking en verhoogt de werklast – miskennen onzes inziens dat deze mogelijkheid in voorkomend geval de Hoge Raad in staat stelt om, naar analogie van aanvulling van rechtsgronden, de rechtsvraag te formuleren en te beantwoorden die in de zaak aan de orde behoort te zijn maar door de middelen niet aan de orde is gesteld. De huidige oplossing: hetzij het in de middelen ‘lezen’ van een klacht, hetzij het beroep verwerpen, is niet steeds bevredigend. Met name is zeer onbevredigend dat de Hoge Raad een onmiskenbaar onjuiste rechtsopvatting van het hof, die evenwel door het middel niet wordt bestreden, in stand

moet laten en om die reden niet tot beantwoording van de eigenlijke rechtsvraag en op basis daarvan tot vernietiging kan komen. Daarom bepleiten wij een verruiming van de mogelijkheden tot vernietiging, zonder evenwel de Hoge Raad tot ambtshalve onderzoek en vernietiging op dit punt te verplichten. Uiteraard dient de Hoge Raad, teneinde verrassingsbeslissingen te voorkomen, partijen de gelegenheid te geven te reageren op de uitbreiding van de juridische grondslag van het cassatieberoep.

*c Prejudiciële vragen*

Het is ontegenzeggelijk zo dat de Hoge Raad in alle opzichten het beste geëquipeerd is om rechtsvragen te beantwoorden. Sprongcassatie en tussentijds cassatieberoep zijn de reguliere mogelijkheden om daarvoor snel bij de Hoge Raad te komen. Daarnaast bepleiten wij de mogelijkheid voor de feitenrechter om ook zelf bij de Hoge Raad aan te kloppen door middel van het stellen van prejudiciële vragen. Wij vinden dit een goed complement van een soepeler regelgeving die wij in het Interimrapport hebben voorgesteld.

Van de zijde van met name de Hoge Raad, de Adviescommissie en de NVvR zijn bezwaren gerezen tegen deze gedachte. De voornaamste bezwaren zijn: vertraging van de procedure, overbelasting van de Hoge Raad, de onvolledigheid en veranderlijkheid van het feitencomplex en de gebondenheid van de Hoge Raad aan zijn antwoord.

Om met deze laatste twee te beginnen, het is juist dat zowel in eerste aanleg als in appel het feitencomplex dat aan de eventuele prejudiciële vragen ten grondslag ligt nog niet (helemaal) gefixeerd hoeft te zijn. Voorts is uiteraard juist dat de Hoge Raad aan zijn eigen antwoorden is gebonden en dat dit bij een nog niet gefixeerd feitencomplex een probleem kan zijn in een later gevoerde cassatieprocedure. Met het oog op een en ander dient de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen te worden voorbehouden aan de hoogste feitelijke rechter, dus het hof. Het daaraan verbonden nadeel dat dan de eerste instantie eerst moet worden doorlopen, kan worden ondervangen hetzij doordat partijen overeenkomen die instantie over te slaan (prorogatie aan het hof, art. 329 Rv) hetzij doordat de eerste rechter de rechtsvraag in een tussenvonnissen beantwoordt en daarvan tussentijds hoger beroep toestaat. Dat prejudiciële vragen slechts door het hof gesteld kunnen worden heeft bovendien tot gevolg dat het feitencomplex dat aan de vraag ten grondslag ligt praktisch vast ligt, waardoor een van de bezwaren die de Hoge Raad in dit verband heeft genoemd, zo veel mogelijk wordt ondervangen. Overigens merken wij op dat gelijksoortige problemen zich kunnen voordoen bij prejudiciële vragen die door lagere rechters worden gesteld aan het Benelux-Gerechtshof of het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.<sup>400</sup>

---

400 In dit verband willen wij niet onvermeld laten art. 1044A van het door een werkgroep onder voorzitterschap van A.J. van den Berg opgestelde Voorontwerp tot herziening van de Nederlandse arbitrage-wetgeving, waarvan art. 1044A de mogelijkheid voor arbiters schept om de Nederlandse overheidsrechter prejudiciële vragen te stellen die de overheidsrechter zelf aan een ander gerecht kan stellen.

Vertraging van de procedure pleit tegen elke mogelijkheid van prejudiciële vragen, ook aan het Benelux-Gerechtshof of het Hof van Justitie. Het argument heeft dan ook reeds daarom niet veel overtuigende kracht, zij het dat het belang van de prejudiciële vragen wel in verhouding dient te staan tot het belang van de zaak en dient op te wegen tegen de tijd en de kosten die met de prejudiciële procedure gemoeid zijn.

Overbelasting van de Hoge Raad is inderdaad een risico dat wordt gelopen, maar dat kan worden beperkt door strenge criteria te stellen voor de ontvankelijkheid van de vragen, bijvoorbeeld door hantering van het criterium dat er zodanige twijfel over de beantwoording van de rechtsvraag bestaat (omdraaiing van de uitzondering van acte clair of éclairé) dat het om een beslissing te kunnen geven noodzakelijk is dat de Hoge Raad de gestelde rechtsvraag beantwoordt en ook een tussentijds cassatieberoep niet kan worden afgewacht. Want ook wij beseffen dat een keuze door het hof en het vervolgens openstellen van tussentijds cassatieberoep de reguliere weg is en ook in de toekomst moet blijven om tot een snelle beslissing van de Hoge Raad te komen.

#### *d Toegang tot de Hoge Raad voor derden en belangenorganisaties*

Hier vinden wij het bij nader inzien beter dat, zoals nu ook gebeurt, de weg wordt bewandeld van het uitlokken van cassatie in het belang der wet.

#### *9.3.4.7 Tot slot*

Ons Interimrapport is in de eerste plaats bedoeld als basis voor een fundamentele *herbezinning*, en niet als blauwdruk voor het meteen doorvoeren van fundamentele hervormingen in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Dat geldt ook voor dit Eindrapport. Indien onze standpunten over cassatie worden onderschreven en doorgevoerd, zal de taakvervulling van de Hoge Raad duidelijk veranderen, zowel (a) wat het aantal en de soort te behandelen zaken betreft, als (b) ten aanzien van de manier

---

Het voorstel, dat algemeen is geformuleerd, is blijkens de toelichting vooral gedaan met het oog op prejudiciële vragen over Europees recht die door arbiters zelf niet rechtstreeks aan het Hof van Justitie EG kunnen worden gesteld (HvJ EG 23 maart 1982, *NJ* 1983, 149). Lid 1 van het voorgestelde artikel 1044A luidt: 'Indien zich tijdens een arbitraal geding een vraag voordoet ten aanzien waarvan een Nederlandse rechter overeenkomstig of krachtens verdrag een andere rechter kan verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen, kan het scheidsgerecht, op verzoek van een partij, die partij toestaan om zich, binnen een door het scheidsgerecht te bepalen termijn, te wenden tot de rechtbank te 's-Gravenhage met het verzoek deze vraag aan voornoemde rechter voor te leggen. Het scheidsgerecht kan zich ook uit eigen beweging met een dergelijk verzoek tot de rechtbank te 's-Gravenhage wenden.' Zie voor de tekst van en de toelichting op dit Voorontwerp: de *Special* van het Tijdschrift voor Arbitrage, *Voorstellen Herziening Arbitragerecht*, 2005, en in het bijzonder voor art. 1044A: p. 91-92 resp. 150-151; en voorts daarover de bijdragen in die *Special* van H.J. Sniijders, p. 25, en E.R. Meerdink, p. 42-44. De tekst en een introductie zijn ook te vinden op [www.arbitragewet.nl](http://www.arbitragewet.nl) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006). Zie ook de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 258 Mediation en het Rechtsbe- stel en 29 279 Rechtsstaat en Rechtsorde, nr. 4, in het bijzonder onder 2.



en inhoud van de toetsing in cassatie, als (c) ten aanzien van de wijze van regulering. Wij hebben al in ons Interimrapport benadrukt<sup>401</sup> dat wij bij het vormgeven aan deze nieuwe taakvervulling mede gebruik wensen te maken van andere instrumenten dan een hercodificatie, met name zelfregulering.<sup>402</sup> Het gaat om het aanspreken van de eigen verantwoordelijkheid van alle betrokkenen bij cassatie (Hoge Raad, cassatiebalie, lagere rechtspraak, wetenschap en organisaties van afnemers van rechtspraak) en hun vermogen om samen tot verantwoorde regelgeving te komen, teneinde te bereiken dat de Hoge Raad zijn taken vervult op een manier die het beste beantwoordt aan wat de justitiabelen en de samenleving van hem als cassatierechter, met zijn specifieke taak, mogen verwachten en verlangen.

Het gaat er niet om alle door ons in het Interimrapport opgesomde, uit de literatuur verzamelde wijzigingsvoorstellen tegelijk of in een bepaalde volgorde in te voeren. De voorstellen zijn weliswaar niet altijd panklare oplossingen, maar ze bevatten wel zinvolle en uitvoerbare opties, alternatieven, gedachten, bouwstenen, en richtingwijzers voor een meer open, welbewuste, stelselmatige en proactieve taakvervulling van de Hoge Raad ten aanzien van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het waarborgen van de rechtseenheid. Ook hiervan mag men stellen dat het past bij het dienstverlenende perspectief van de rechtspraak (hoofdstuk 3) dat de Hoge Raad open is voor overleg over mogelijke verbeteringen van zijn rechtsvormende taak. Hij is immers niet de enige betrokkene en zeker niet de enige belanghebbende hierbij.

### 9.3.5 Concrete aanbevelingen

- a De Hoge Raad dient te beginnen met een experiment van een voorselectie van zaken meteen nadat zij zijn aangebracht, maar voordat het parket een conclusie heeft genomen. De voorselectie vindt plaats door een ervaren lid van het parket en een ervaren lid van de civiele kamer op basis van een preadvies van een eveneens ervaren medewerker van het wetenschappelijk bureau.
- b De Hoge Raad dient met klachten over de motivering, die niet samenhangen met rechtsklachten, restrictiever om te gaan dan thans het geval is.
- c De huidige art. 31 en 32 Rv dienen zodanig te worden verruimd, dat de lagere rechter desverzocht de onbegrijpelijke motivering kan herstellen en, indien daartoe reden is, de beslissing kan verbeteren en aanvullen.
- d De Hoge Raad dient de mogelijkheid te krijgen tot vernietiging op ambtshalve bijgebrachte rechtsgronden, zonder evenwel daartoe verplicht te zijn.

<sup>401</sup> Herhaald in het Tweede Voortgangsverslag, nr. 2, aangeboden aan de Minister van Justitie op 9 juli 2004 en doorgeleid naar de Tweede Kamer op 12 oktober 2004.

<sup>402</sup> Zoals uitgewerkt in Interimrapport hoofdstuk 12. Het toenemende belang van zelfregulering ook in het privaatrecht blijkt onder meer hieruit dat de NJV het als thema voor de jaarvergadering van 2007 heeft gekozen.

e Het gerechtshof dient de mogelijkheid te krijgen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, doch uitsluitend onder strenge voorwaarden, bijvoorbeeld indien zodanige twijfel over de beantwoording van de rechtsvraag bestaat dat het om een beslissing te kunnen geven noodzakelijk is dat de Hoge Raad de gestelde rechtsvraag beantwoordt en ook een tussentijds cassatieberoep niet kan worden afgewacht.

# 10 Antwoord op de vraagpunten van de minister

## 10.1 Inleiding

De minister heeft een aantal onderwerpen genoemd die deel zullen moeten uitmaken van de fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht en waarover wij verzocht zijn ons uit te spreken.<sup>403</sup> Wij hebben ervoor gekozen ons onderzoek niet te beperken tot deze onderwerpen, omdat wij vreesden dat een dergelijke aanpak te fragmentarisch zou werken (Interimrapport, par. 2.1). Wij zijn ervan overtuigd dat een fundamentele herbezinning moet beginnen met een normatief toetsingskader, omdat wij het alleen op basis daarvan mogelijk achten alle van belang zijnde onderwerpen, waaronder de door de minister genoemde, in samenhang te bestuderen en te beoordelen.

Niettemin zullen wij in dit hoofdstuk de door de minister genoemde onderwerpen kort afzonderlijk bespreken. Teneinde herhaling te voorkomen, kunnen wij bij de meeste volstaan met een enkele opmerking en voor het overige verwijzen naar de passages in het Interim- en Eindrapport waarin wij ons standpunt hebben bepaald.

## 10.2 De vraagpunten

### *1.a Vraagpunt*

Het huidige onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures en de vraag of dit onderscheid niet beter kan worden afgeschaft. Daarbij komt aan de orde op welke

---

<sup>403</sup> Een opsomming is te vinden in het Interimrapport, hoofdstuk 1, par. 1.6. Daaruit blijkt dat aan de dertien genoemde onderwerpen wij nog een veertiende hebben toegevoegd.

wijze de rechtsingang dan dient te worden geregeld (dagvaarding of verzoekschrift), en op welke wijze andere verschillen tussen beide procedures kunnen worden geharmoniseerd.

### *1.b Antwoord*

Uit een oogpunt van differentiatie van procedures is volgens ons het onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures achterhaald. Wij kiezen voor één standaardprocedure (het basismodel) met

- a afsplitsingen voor geschillen waarbij een andere aanpak dan de normale wenselijk is (incassoprocedures, kort geding en complexe procedures), en
- b bijzondere, het basismodel aanvullende of daarvan afwijkende, bepalingen voor bepaalde soorten zaken, zoals small claims, zaken op het terrein van het personen- en familierecht, faillissementsprocedures en procedures op grond van Boek 2 BW.

De huidige titels 2 en 3 van het wetboek kunnen niet in deze vorm gehandhaafd worden, maar dienen herzien te worden op basis van de nieuwe differentiatievormen. Voor de wijze van regelgeving verwijzen wij naar Hoofdstuk 12 van het Interimrapport, waarin wij een lans hebben gebroken voor het beter benutten van de ervaringen van de betrokkenen in de procedure door het gezamenlijk opstellen van leidraden, protocollen en richtlijnen over wat zij in concrete situaties van elkaar verlangen (trefwoord: zelfregulering).

Over de gehele linie kiezen wij voor het verzoekschrift als inleidend geschrift, dat in beginsel door de griffie per post dient te worden verstuurd naar de wederpartij.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande, behalve het al genoemde hoofdstuk 12 Interimrapport, Hoofdstuk 8, paragraaf 5 e.v. Interimrapport en Hoofdstuk 8, paragraaf 2 e.v. Eindrapport. Vergelijk voorts de antwoorden op de vragen 10 en 13.

### *2.a Vraagpunt*

Een nadere bezinning op de plaats van alternatieve geschillenbeslechting (ADR) in het burgerlijk procesrecht.

### *2.b Antwoord*

Wij hebben geconstateerd dat de discussie over alternatieve geschillenbeslechting te veel toegespitst wordt op een vergelijking van overheidsrechtspraak en mediation. Wij pleiten voor een verbreding van de discussie naar drie kanten:

- a een andere differentiatie dan de huidige – zie het antwoord op vraag 1 –, en de door ons in de tweede fase van ons onderzoek geconstateerde structurele bevordering van schikkingen door de rechter, hebben gevolgen voor de behoefte aan alternatieven;

- b meer dan thans gebeurt dient de voorfase te worden betrokken bij de discussie over alternatieven. In de voorfase dienen volgens ons, behalve mediation, nog veel meer mogelijkheden te worden gecreëerd om het geschil op te lossen dan wel niet te laten ontsporen;
- c wij verwachten veel van een uitbreiding van de soorten vorderingen waarover de overheidsrechter zich zal mogen uitspreken om het geschil bevredigend op te lossen of te beslechten. Een dergelijke uitbreiding heeft ook belangrijke uitstralingseffecten voor de pre- en buitenprocessuele fase.

Wij zijn geen voorstander van een wettelijke regeling van mediation, noch in de voorfase, noch tijdens de procedure.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande Hoofdstuk 5 Interimrapport (jo. Hoofdstuk 7 Interimrapport over de voorfase) en Hoofdstuk 4 Eindrapport (jo. Hoofdstuk 6 Eindrapport over de voorfase).

### *3.a Vraagpunt*

In het procesrecht zijn algemene beginselen, zoals dat van hoor en wederhoor, van steeds groter belang. De wet bevat thans een aantal algemene voorschriften voor procedures. Bezien kan worden in hoeverre hiermee de juiste maat is gevonden, dan wel of er ook andere algemene beginselen zijn die voor codificatie in aanmerking komen.

### *3.b Antwoord*

Kernbegrip in onze beschouwingen over procesrecht is de ‘gezamenlijk verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van de procedure’. Dit kernbegrip zou een centrale plaats in de regeling van het civiele proces dienen te krijgen, omdat mede aan de hand daarvan de uitleg en toepassing van alle procesrechtelijke bepalingen dienen te geschieden. Wij zijn er voorts een voorstander van om het kernbegrip te concretiseren, enerzijds in scherpere bepalingen over informatieverstrekking door partijen en hun coöperatieve opstelling, en anderzijds in een (niet uitputtende) lijst van bevoegdheden en plichten van de rechter inzake case management.

Voor de wijze van deze concretisering verwijzen wij naar hoofdstuk 12 Interimrapport, waarin wij een lans hebben gebroken voor, kort gezegd, vormen van zelfregulering.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande, behalve het al genoemde Hoofdstuk 12 Interimrapport, Hoofdstuk 6 Interimrapport en Hoofdstuk 5 Eindrapport.

#### *4.a Vraagpunt*

Het procesrecht kent al langere tijd een ontwikkeling van deformalisering. In hoeverre kan deze ontwikkeling worden voortgezet? Voorts is er de vraag of er behoefte is aan scherpere normering van de processuele bevoegdheden en verplichtingen van rechter en partijen, met daaraan te verbinden concrete sancties.

#### *4.b Antwoord*

Procesrechtregels dienen naar de kern te worden genomen, aldus het gevleugelde woord van de voormalige Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, Ten Kate. Dat dient te blijven. Hierbij tekenen wij evenwel aan dat wij voorstellen meer gebruik te maken van, kort gezegd, vormen van zelfregulering (Hoofdstuk 12 Interimrapport). Op die terreinen waar zelfregulering wordt gebruikt rijst de vraag naar deformalisering niet meer, althans niet meer op dezelfde manier. In zelfregulering ligt immers, als het goed is, deformalisering besloten, omdat daarbij niet een strakke regeltoepassing vooropstaat, maar juist een houding die betrokkenen dwingt gezamenlijk na te gaan wat in concrete situaties het best past bij de waardering en afweging van de belangen die aan de orde zijn.

Door zelfregulering zal een scherpere normering van rechten en bevoegdheden plaatsvinden, maar die is in het algemeen flexibeler dan een aanscherping van algemene, vage normen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Niettemin, hoe flexibel ook, een scherpere normering zal bij overtreding zeker niet over de gehele linie tot een verzachting van sancties leiden. Integendeel. Indien concreet en duidelijk is wat van een partij wordt verwacht en die partij houdt er zich niet aan, is er geen reden om van sancties af te zien.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande, behalve het al genoemde hoofdstuk 12 Interimrapport, Hoofdstuk 8, paragraaf 5 e.v. Interimrapport en met name Hoofdstuk 12 Interimrapport, en voor wat betreft de sancties Hoofdstuk 6, paragraaf 6 Interimrapport en Hoofdstuk 5, paragraaf 2.11 Eindrapport.

#### *5.a Vraagpunt*

De vraag of het procesrecht de rechter voldoende middelen biedt om zijn rol bij de instructie van de zaak waar te maken.

#### *5.b Antwoord*

Wij menen dat op dit punt veel verbeteringen wenselijk en mogelijk zijn. Om enkele te noemen:

a de introductie van de zaaksrechter;

- b het ontwikkelen van modellen van case management waarbij alle inhoudelijk belangrijke beslissingen over kwesties die het verloop van de procedure of de beoordeling van het geschil betreffen, worden genomen door de zaaksrechter;
- c het vergroten van de mogelijkheden van de zaaksrechter om rechtstreeks en gelijktijdig met de rechtshelpers van partijen te communiceren, met een gelijktijdige registratie van de communicatie op de rol;
- d het ontwerpen van richtlijnen ter voorbereiding van de mondelinge behandeling, opdat rechter en partijen over en weer beter weten wat van hen verwacht wordt;
- e invoering van de mogelijkheid om kennelijk ongegronde stellingen of weren, na partijen te hebben gehoord, meteen ter zitting af te doen;
- f het ruimer benutten van de mogelijkheid om getuigen meteen bij de mondelinge behandeling te horen, alsmede het ontwikkelen van alternatieven voor het horen van getuigen ter zitting;
- g het tijdens de mondelinge behandeling aan de orde mogen stellen van bepaalde stellingen en weren die hij niet ambtshalve mag toepassen, zoals een beroep op verjaring;

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande Hoofdstuk 6, paragraaf 3 e.v. en Hoofdstuk 11 Interimrapport, en Hoofdstuk 6, paragraaf 2 en 3 Eindrapport.

Van groot belang is voorts dat de rechter al in de voorfase kan worden betrokken. Vergelijk Hoofdstuk 7, paragraaf 4 Interimrapport en Hoofdstuk 6, paragraaf 1 Eindrapport.

#### *6.a Vraagpunt*

De vraag of partijen voldoende mogelijkheden hebben om, in onderling overleg, de procedure op voor hen geëigende wijze vorm te geven (procesafspraken), alsmede de vraag of partijen niet te veel mogelijkheden hebben om, gegeven de wenselijkheid van voortvarend procederen, in de loop van de procedure nodeloze vertraging te bewerkstelligen.

#### *6.b Antwoord*

De eerste vraag – voldoende mogelijkheden voor partijen om procesafspraken te maken – beantwoorden wij als volgt. Art. 1.3 landelijk rolreglement staat toe dat partijen de rechter verzoeken een afwijkende procesgang af te spreken. Die bepaling zou in onze voorstellen gehandhaafd kunnen blijven, maar wij tekenen aan dat er tot nu toe in de praktijk niet of nauwelijks gebruik van wordt gemaakt. Wij hebben geen aanleiding te veronderstellen dat dit in de nabije toekomst anders zal worden. Procesafspraken worden wel veelvuldig gemaakt tijdens comparities van partijen. Met een

betere structurering van deze comparities, waartoe wij in antwoord 5b oproepen, zal dit in de toekomst nog kunnen verbeteren.

Belangrijk is dat naar onze verwachting gezamenlijk tot stand gebrachte leidraden, protocollen en richtlijnen over de gang van zaken bij verschillende onderdelen van de procedure, bijvoorbeeld die welke wij in de antwoorden op de vorige vragen hebben onderscheiden, procesafspraken bevatten. Dat zijn dan afspraken in algemene zin tussen alle bij de rechtspraak betrokkenen, en niet per individueel geval.

De tweede vraag – vertragingen door partijen – beantwoorden wij ontkennend, mits met name de hand wordt gehouden aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen, en aan de wijze waarop deze is geconcretiseerd, mede met behulp van leidraden, protocollen en richtlijnen. Overigens tekenen wij uitdrukkelijk aan dat versnelling van de procedure voor ons geen doel op zichzelf is (zie Hoofdstuk 3 Interimrapport).

#### *7.a Vraagpunt*

De mogelijkheden van een nadere harmonisatie met het bestuursprocesrecht (en eventueel het strafprocesrecht).

#### *7.b Antwoord*

Aan een systematisch onderzoek van deze vraag zijn wij niet toegekomen. Harmonisatie met het procesrecht van andere rechtsgebieden maakt geen deel uit van ons toetsingskader en kan daarin ook moeilijk worden opgenomen omdat het gericht is op een andere doelstelling dan het ontwerpen van een goed gefundeerd stelsel van civiele geschilbeslechting en conflictoplossing. Wel hebben wij hier en daar vergelijkingen getrokken met het bestuursprocesrecht en een enkele keer met het strafprocesrecht, maar het is te weinig om verantwoorde uitspraken te doen over de mogelijkheden (en wenselijkheid) van harmonisatie. Daarvoor is een andere studie met een andere doelstelling nodig.

#### *8.a Vraagpunt*

De aard en inrichting van de procedure in hoger beroep.

#### *8.b Antwoord*

Hoger beroep is een voortgezette instantie. Zijn twee belangrijkste functies zijn controle en herkansing. De controlefunctie willen wij onverkort handhaven en mogelijk zelfs nog iets uitbreiden, omdat partijen die voor een beslissing van hun geschil afhankelijk



zijn van een door de overheid aangewezen derde, de rechter, niet het slachtoffer mogen worden van diens fouten of vergissingen. De herkansingsfunctie daarentegen willen wij iets beperken, omdat anders het concept van gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen in de eerste aanleg ondergraven wordt. Met name nova dienen in appel niet zo onverkort als thans het geval is, te kunnen worden voorgedragen.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande Hoofdstuk 10 sub A Interimrapport, en Hoofdstuk 9, paragraaf 1.6 Eindrapport.

#### *9.a Vraagpunt*

De mogelijkheid van ‘kortsluiting’ in civiele spoedprocedures, zoals die bekend is uit het bestuursprocesrecht, waarbij een voorlopige voorzieningenprocedure rechtstreeks uitmondt in een beslissing in de bodemprocedure, dan wel een mogelijkheid dat een kort gedingprocedure door een verwijzing wordt voortgezet als een bodemprocedure.

#### *9.b Antwoord*

Ons voorstel is de voorzieningenrechter de mogelijkheid te bieden op verzoek van beide partijen zijn uitspraak als een bodembeslissing te geven. Ook op eenzijdig verzoek zou dat mogelijk moeten zijn, tenzij een van de partijen binnen een bepaalde tijd tegen dat vonnis – om het neutraal te zeggen – iets onderneemt. Aldus ontstaat een verkorte bodemprocedure in spoedeisende zaken.

Zie voor de redengeving van het voorgaande Hoofdstuk 8, paragraaf 7.6 Interimrapport, en Hoofdstuk 8, paragraaf 5.3 Eindrapport.

#### *10.a Vraagpunt*

Ook kan aan de orde komen of het zinvol is de zwaarte van de procedure te variëren, afhankelijk van het belang of de bewerkelijkheid van de zaak.

#### *10.b Antwoord*

Wij onderschrijven deze gedachte en verwijzen voor de redengeving, uitwerking en toelichting naar het antwoord op vraagpunt 1. De daar sub b genoemde procedures zijn die welke wij op het oog hebben.

#### *11.a Vraagpunt*

De vraag hoe vorm moet worden gegeven aan de civiele rechtspleging in grensoverschrijdende geschillen, mede in het licht van de ontwikkelingen in de landen om ons heen en in de EU.

### *11.b Antwoord*

Voor de incassoprocedure en voor small claims spreken wij ons uit voor één procedure in zowel grensoverschrijdende als intern nationale gevallen.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande Hoofdstuk 8, paragraaf 7.4 respectievelijk 7.5 Interimrapport, en Hoofdstuk 8, paragraaf 5.2 respectievelijk paragraaf 4 Eindrapport.

### *12.a Vraagpunt*

De rol van internet voor het procesrecht. Welke gevolgen heeft de elektronische snelweg voor het procesrecht? In hoeverre kan verbetering van de rechtspleging worden bereikt door vergroting van de rol van internet in het procesrecht? Welke waarborgen zijn daarbij, behalve erkenning van de elektronische handtekening, in het maatschappelijk verkeer nodig?

### *12.b Antwoord*

Elektronisch berichtenverkeer kan behulpzaam zijn bij versnelling van de communicatie in het procesrecht. Daarbij valt te denken aan de elektronische rol, het uitwisselen van verhandeldata en het op eenvoudige wijze kunnen beantwoorden van vragen die in de loop van de behandeling van een zaak kunnen rijzen. Zowel de authenticiteit van het bericht, als de identiteit en, in voorkomend geval, de privacy van de afzender, als de vaststelling van de ontvangst dienen daarbij zo veel mogelijk gewaarborgd te zijn. Minimumvereisten moeten niet in de wet, maar, met het oog op aanpassing aan de technische ontwikkelingen, bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële beschikking worden vastgelegd. Indiening langs elektronische weg van processtukken behoort in daarvoor in aanmerking komende gevallen – waarbij in ieder geval aan incasso's moet worden gedacht – mogelijk gemaakt te worden. Experimenten dienen in dat verband te worden bevorderd.

Zie voor redengeving, uitwerking en toelichting Hoofdstuk 11 Interimrapport.

### *13.a Vraagpunt*

De incassoprocedure.

### *13.b Antwoord*

Er dient een snelle, eenvoudige en zo betaalbaar mogelijke, liefst volledig geautomatiseerde, incassoprocedure te komen.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van dit voorstel, mede met het oog op Europese ontwikkelingen, Hoofdstuk 8, paragraaf 7.4 Interimrapport, en vooral Hoofdstuk 8, paragraaf 5.2 Eindrapport.

#### *14.a Vraagpunt*

De consequenties van een herbezinning op aard en inrichting van de eerste aanleg zowel voor het hoger beroep als voor de cassatie, en vice versa.

#### *14.b Antwoord*

Zoals uit het antwoord op vraag 8 al volgt, hebben wij ons bij onze voorstellen over de aard en inrichting van het hoger beroep sterk laten leiden door de gedachte dat het hoger beroep begint bij de eerste aanleg. Daarop moet de nadruk liggen. Hoger beroep is een voortgezette instantie en niet een volledig nieuwe tweede kans.

Ook de cassatie moet haar basis vinden in de feitenvaststelling en de gekozen juridische grondslag van de eerste aanleg en het appèl. Wat daarin misgaat, kan in cassatie niet of nauwelijks meer hersteld worden en beperkt dus de Hoge Raad in het vervullen van een van zijn wezenlijke taken: de rechtsvorming.

Zie voor de redengeving, uitwerking en toelichting van het voorgaande met name Hoofdstuk 4 Interimrapport en hoofdstuk 3 Eindrapport, alsmede voor het hoger beroep en de cassatie, Hoofdstuk 10 Interimrapport en Hoofdstuk 9 Eindrapport.



# 11 De concrete aanbevelingen op een rij

## 11.1 Vooraf

Hierna worden hoofdstuksgewijs de concrete aanbevelingen die wij in dit Eindrapport hebben gedaan, weergegeven.

## 11.2 Hoofdstuk 2 Drie perspectieven: professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening

- a Bij de inrichting van het civiele proces behoort het perspectief van de justitiabele weliswaar een belangrijke rol te spelen maar niet de enige, laat staan de alles beslissende. Er zijn ook andere belangen en waarden die in de afwegingen moeten worden betrokken.
- b Teneinde bij de inrichting van het civiele proces op een verantwoorde manier met de verschillende perspectieven rekening te kunnen houden dient, veel meer dan thans, periodiek onderzoek te worden gedaan naar de ervaringen en de wensen en verlangens die allen die bij het civiele proces zijn betrokken – degenen die partij in een proces zijn geweest, hun rechtshelpers en de rechterlijke macht – hebben ten aanzien van de inrichting en het verloop van het proces en van het functioneren van de verschillende actoren daarin.

## 11.3 Hoofdstuk 3 Doelen van het civiele proces

Recht- en titelverschaffing in concrete gevallen is voor ons niet het enige zelfstandige doel van het civiele proces. Voor ons is ook wezenlijk het bevorderen van de rechtsontwikke-

ling en de rechtseenheid. Dit heeft met name consequenties voor de taakvervulling van de Hoge Raad. In hoofdstuk 9.3 van dit rapport trekken wij deze consequenties ook.

#### **11.4 Hoofdstuk 4 Overheidsrechtspraak en mediation**

- a De discussie over mediation als alternatief voor de civiele procedure dient te worden verbreed door daarbij te betrekken de differentiatie van procedures, de inrichting van de voorfase van de procedure en uitbreiding van de materieelrechtelijke remedies.
- b De overheid komt vooralsnog geen taak en verantwoordelijkheid toe voor de bewaking van de opleiding, kwaliteit en controle van mediators. Wij bevelen aan dat het aan de verantwoordelijke beroepsorganisaties en bedrijfstakken wordt overgelaten initiatieven te ontplooiën (zelfregulering).
- c Noch mediation in het algemeen noch court-annexed mediation dient vooralsnog wettelijk geregeld te worden. Ook het structureel verplicht stellen van mediation verdient geen aanbeveling. Denkbaar is dat van overheidswege hiermee wordt geëxperimenteerd doch alleen indien er duidelijke, eventueel tijdens de experimenten verder te ontwikkelen, criteria aan ten grondslag liggen.
- d In Europees verband dient Nederland zich sterk te maken voor de mogelijkheid van zelfregulering via het opstellen van standaardovereenkomsten, codes, protocollen, richtlijnen of leidraden in plaats van wetgeving.<sup>404</sup> Zelfregulering gaat verder dan standaardovereenkomsten/algemene voorwaarden.

#### **11.5 Hoofdstuk 5 De verhouding tussen de partijen en de rechter**

- a De rechter dient bevoegd te zijn ambtshalve de vraag aan de orde te stellen waarom een feitelijke of rechtsgrond die hij in de stellingen van een partij niet heeft aangetroffen, niet is aangevoerd, als hij dat van belang vindt voor de beoordeling van de zaak. Maakt de wederpartij bezwaar tegen het alsnog aanvoeren van die grond, dan zal de rechter, gelet op dat bezwaar en aan de hand van de aan de goede procesorde ontleende maatstaven, daarop hebben te beslissen.
- b Waar de rechten en belangen van derden in het geding zijn, is de rechter bevoegd ambtshalve die rechten en belangen aan de orde te stellen teneinde met de partijen te bezien of die derden in het geding betrokken zouden moeten worden. Voor het overige verwijzen wij hier naar wat wij over derden in het geding opmerken in paragraaf 8.3.4 en de aanbeveling in paragraaf 8.3.5 onder b.

---

<sup>404</sup> Vergelijk voor deze instrumenten ook de hiervoor in noot 64 genoemde vindplaatsen in ons Interim-rapport en elders in dit Eindrapport.

- c Indien de rechter de rechtsgronden meent te moeten aanvullen (art. 25 Rv) zal hij partijen daarop eerst dienen te horen. Blijkt dan een aanpassing van de feitelijke grondslag nodig en wenst de desbetreffende partij daartoe (alsnog) over te gaan, dan zal de rechter dat in beginsel moeten toestaan tenzij die aanpassing het proces onredelijk zou vertragen of de wederpartij onevenredig in haar processuele positie zou benadelen.
- d De organisaties van rechtshulpverleners dienen nauw te worden betrokken bij en mede verantwoordelijkheid te dragen voor de totstandkoming en inhoud van de regelgeving, zoals bijvoorbeeld die ten aanzien van de rol, de voorbereiding van de mondelinge behandeling en bewijsverrichtingen, en daartoe dienen structurele overleg- en beslissingsgremia in het leven te worden geroepen.
- e Er dient een loopbaanbeleid binnen de rechterlijke macht te worden ontwikkeld dat het mogelijk maakt dat jonge rechters zekere tijd kunnen meedraaien in een gerechtshof en dat goede en ervaren raadsheren in een gerechtshof stimuleert weer deel te nemen aan de rechtspraak in eerste aanleg.
- f Er moeten middelen worden ontwikkeld (in de sfeer van kostenveroordeling, bonussen, kortingen op het vastrecht e.d.) om partijen en hun rechtshelpers tot een coöperatieve proceshouding te stimuleren. Er dient in verband met de sanctionering van ontoelaatbaar procesgedrag onderzoek te worden verricht naar de effecten van de verschillende vormen van kostenveroordeling.

## **11.6 Hoofdstuk 6**

### **De voorfase**

- a Teneinde escalatie door dwangmaatregelen in de voorfase te verminderen, dient ontijdige conservatoire beslaglegging te leiden tot een verplichting tot vergoeding van de als gevolg daarvan door de beslagene geleden schade.
- b De toetsing bij de beoordeling van het verzoek om verlof tot conservatoire beslaglegging dient meer inhoud te krijgen dan thans het geval is.
- c Er dient, los van het voorlopig getuigenverhoor, een mogelijkheid van een pre-processuele schikkingscomparitie te worden geopend.
- d Het is wenselijk dat voor bepaalde soorten zaken protocollen (regelingen) tot stand worden gebracht die ertoe dienen om vroegtijdige en gestructureerde uitwisseling van informatie tussen partijen te verzekeren teneinde een betere basis voor een pre-processuele schikking te bieden.
- e Het opstellen van pre-processuele protocollen dient te worden overgelaten aan de partijen in de maatschappij die bij het desbetreffende soort zaken betrokken zijn. Aan de Raad voor de Rechtspraak kan hier een coördinerende rol worden toegedeeld.
- f Aanknopend bij de protocollen die worden opgesteld voor zaken waarin ten minste aan één kant institutionele repeat-players optreden, zou door een systeem van

zelfbinding de naleving van een protocol op het terrein van bijvoorbeeld beroepsaansprakelijkheidszaken of ongevallen-letselschadezaken de facto kunnen worden afgedwongen. Een systeem van algemeen-verbindendverklaring van een protocol zou ook kunnen worden overwogen.

- g De door de Commissie Verbetervoorstellen gedane voorstellen tot beperking van het gebruik van het voorlopig getuigenverhoor verdienen geen aanbeveling. Er is op basis van de huidige rechtspraak voldoende ruimte om een beleid te voeren waardoor enerzijds deze voorlopige bewijsverrichtingen hun nuttige functie kunnen blijven behouden en anderzijds partijen worden gestimuleerd verzoeken daartoe goed voor te bereiden.
- h Er is aanleiding een regeling in te voeren die tot doel heeft een partij of een derde te dwingen tot ‘disclosure of documents’ welke desgewenst en waar nodig, op verzoek en onder rechterlijk toezicht, kan worden toegepast. Boven uitbreiding van de mogelijkheden onder het huidige art. 843a Rv verdient een nieuwe regeling de voorkeur die zou kunnen aansluiten bij de voorstellen van de Commissie Storme uit 1994.

## 11.7 Hoofdstuk 7 De procedure

- a Er dienen modellen voor case management in de basisprocedure te worden ontwikkeld en er dient daartoe empirisch onderzoek naar gedrag en werkwijzen van rechters te worden verricht.
- b Met behoud van de centrale rol in de basisprocedure, dient de zaaksrechter de centrale rechter te zijn als het gaat om het management van de zaak. Beslissingen van louter administratieve aard worden genomen door de roladministratie onder toezicht van de rechter die in de sector verantwoordelijk is voor de centrale rol, zo nodig in overleg met de zaaksrechter. Beslissingen die meer inhouden worden onder de verantwoordelijkheid van de zaaksrechter genomen.
- c De rechter dient meer mogelijkheden te krijgen rechtstreeks en gelijktijdig met de partijen (met name hun proceshulpers) te communiceren met gelijktijdige registratie van de communicatie op de rol.
- d De mondelinge behandeling dient door zowel de partijen als de rechter goed voorbereid te worden. Dit moet worden gestimuleerd door algemene en gepubliceerde richtlijnen. In de individuele zaak dient de zaaksrechter gerichte instructies te geven, opdat over en weer bekend is wat kan worden verwacht ter zitting. Te denken valt aan het vaststellen van een comparitieagenda.
- e Het verdient aanbeveling dat bij de mondelinge behandeling structureel ruimte wordt ingebouwd voor de advocaten om in aansluiting op wat zij in de schriftelijke ronde hebben uiteengezet de zaak juridisch toe te lichten naar aanleiding van wat



- ter zitting is voorgevallen. Daarbij zal de eisende partij zo nodig nog moeten kunnen reageren op het schriftelijke antwoord van de gedaagde.
- f Wanneer de rechter definitief van oordeel is dat bepaalde stellingen of weren, al of niet kennelijk, ongegrond of irrelevant zijn, dient hij dat op de zitting, na de partijen gehoord te hebben, te kunnen beslissen. Die beslissing en de motivering daarvan dienen in dat geval te worden neergelegd in het proces-verbaal van de zitting. Invoering van een vorm van vereenvoudigde afdoening buiten partijen om, zoals is geregeld in art. 8:54 Awb, verdient geen aanbeveling.
  - g In het algemeen verdient het onzes inziens aanbeveling een praktijk te stimuleren waarin in de schriftelijke processtukken telkens bij elke feitelijke stelling of samenhangend complex van feitelijke stellingen die bewezen zou moeten worden, aangegeven wordt met welke bewijsmiddelen de desbetreffende partij het bewijs denkt te kunnen leveren.
  - h Een verzoek getuigen te horen dient te worden gemotiveerd en gepaard te gaan met overlegging van schriftelijke getuigenverklaringen of een samenvatting van wat de getuigen kunnen verklaren. De rechter dient steeds aan de hand van die verklaringen gemotiveerd te beslissen of het horen van de getuigen, van wie reeds schriftelijke verklaringen zijn overgelegd, nog noodzakelijk is zonder gebonden te zijn aan een prognoseverbod en zonder dat hij behoeft uit te gaan van een in-principe-verplichting tot honorering van het verzoek. De imperatief van art. 166 lid 1 Rv dient dan ook te vervallen.
  - i In afwijking van aanbeveling h. zou in eenvoudige zaken waarin slechts enkele getuigen beschikbaar zijn, een ruimer gebruik kunnen worden gemaakt van de reeds bestaande mogelijkheid om getuigen bij gelegenheid van de mondelinge behandeling ter zitting mee te brengen en dadelijk te laten horen.

## **11.8 Hoofdstuk 8**

### **Differentiatie**

#### *11.8.1 Inleiding van procedures*

- a In alle instanties wordt het inleidend processtuk onder verantwoordelijkheid van de griffie per post bezorgd. Met instemming van partijen kan de griffie het stuk bezorgen per fax of e-mail.
- b De verzoekende partij kan daarnaast kiezen voor betekening via een deurwaarders-exploit.
- c Partijen kunnen desgewenst, bijvoorbeeld na een niet gelukte mediation, ook gezamenlijk een verzoekschrift indienen waarin zij hun (resterende) geschilpunten hebben samengevat. Dit kan ook de inleiding zijn tot een procedure ex art. 96 Rv.

- d Het verdient aanbeveling een standaardformulier toe te laten in geschillen over identieke, periodieke betalingen.
- e Het stelsel van betekening van het verzoekschrift in scheidingszaken (art. 816 Rv) dient vooralsnog gehandhaafd te blijven.
- f Wanneer op grond van Europese voorschriften betekening van het stuk via een deurwaarder vereist is, kan de Nederlandse regeling meebrengen dat na indiening ter griffie de partij zelf zorg draagt voor de betekening.

#### 11.8.2 *Basismodel voor de procedure*

- a Er dient één basismodel voor de procedure te worden ingevoerd: één schriftelijke ronde gevolgd door een mondelinge behandeling. De huidige titels 2 en 3 van Boek 1 Rv dienen daarom te worden vervangen door één titel.
- b Ten aanzien van de positie van derden verdient het aanbeveling de regeling uit de huidige verzoekschriftprocedure over te nemen in een nieuwe afdeling over partijen en belanghebbenden. Daarin kan naast figuren als vrijwaring en (gedwongen) tussenkomst ook de partijopvolging worden geregeld.
- c Voor bepaalde typen zaken (zoals personen- en familiezaken, small claims, faillissementsprocedures en procedures op grond van Boek 2 BW) zijn in het basismodel afwijkende of aanvullende procesregels nodig.
- d Afplitsingen van het basismodel zijn beperkt tot procedures over onbetwiste vorderingen (incasso's), het kort geding en complexe procedures.
- e Het verdient aanbeveling de regiefunctie van de rechter (case management) voor veelvoorkomende typen zaken te versterken en te stroomlijnen.
- f De procesdeelnemers, partijen en belanghebbenden in het geding verdienen een in alle instanties gelijklopende aanduiding.

#### 11.8.3 *Small claims*

Voor de kleine vorderingen van particulieren/consumenten tot een waarde die samenvalt met de (eventueel tot € 2000 op te trekken) appèlgrens in kantonzaken dienen op het gebied van de procesinleiding, de termijnen, het bewijsrecht en de behandeling bijzondere bepalingen te worden opgesteld die de basisprocedure laagdrempeliger, sneller en informeler maken.

#### 11.8.4 *Incasso's*

- a Er dient een snelle, eenvoudige en zo betaalbaar mogelijke, liefst geautomatiseerde, betalingsbevelprocedure te komen, waarin de verweerder die dit wenst alle gelegenheid krijgt om zijn standpunt ten volle uit te dragen. Wij hebben hierbij geen voorkeur voor één stap-procedure of een twee stappen-procedure.

- b Het verzoek tot het verkrijgen van een betalingsbevel hoeft niet met bewijsmiddelen gestaafd te worden. Pas als het bezwaar of verzet daartoe aanleiding geeft, dient dit te gebeuren.
- c De betalingsbevelprocedure is niet verplicht, maar een alternatief voor de schuldeiser naast andere mogelijkheden.
- d Bij voorkeur dient de betalingsbevelprocedure te gelden zowel intern als grensoverschrijdend.
- e Wij ondersteunen de initiatieven van met name de Raad voor de Rechtspraak en de deurwaarders om een volledig geautomatiseerde incassoprocedure tot stand te brengen, met inbegrip van een volledig geautomatiseerde verstekverlening.

#### *11.8.5 'Kortsluiten' kort geding en bodemprocedure*

De voorzieningenrechter in het kort geding dient de mogelijkheid te hebben om op verzoek van beide partijen zijn uitspraak als een bodembeslissing te geven. Aldus ontstaat een verkorte bodemprocedure in spoedeisende zaken. Ook op eenzijdig verzoek zou dat mogelijk moeten zijn, tenzij een van de partijen binnen een bepaalde tijd tegen dat vonnis een rechtsmiddel instelt of alsnog een bodemprocedure begint.

#### *11.8.6 Complexe procedures*

- a Een regeling voor aansprakelijkheidszaken over gefixeerde en sluipende massaschade verdient nadere overweging. Naar het zich laat aanzien, zal daarbij veel betekenis toekomen aan de voorfase in het algemeen en aan de preprocesuele comparitie in het bijzonder.
- b Indien gekozen wordt voor een privaatrechtelijke remedie tot ontneming van onrechtmatig voordeel aan de veroorzaker van strooischade, dan verdienen de volgende punten in elk geval aandacht:
  - (i) collectieve voordeelontneming dient zo veel mogelijk buitengerechtelijk te worden gerealiseerd;
  - (ii) beslist moet worden welke personen en/of organisaties de bevoegdheid hebben om collectieve schikkingen namens de gezamenlijke strooischadelijders te initiëren; zij dienen, met inachtneming van het misbruikgevaar, op enigerlei wijze financieel gestimuleerd te worden op te treden;
  - (iii) de bewijsproblematiek dient geregeld te worden.

## 11.9 Hoofdstuk 9

### Het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie

#### 11.9.1 Hoger beroep

##### *Devolutieve werking en grievenstelsel*

- a Voor de verweerder in appèl geldt dat hij, indien hij gronden, stellingen en verweren die hij in eerste aanleg heeft aangevoerd maar die zijn verworpen in het vonnis in eerste aanleg, in appèl opnieuw beoordeeld wenst te zien, tegen die verwerping grieven dient aan te voeren.
- b De appellant dient steeds zijn grieven in het procesinleidend stuk op te nemen. Voor de verweerder geldt dan dat hij, ook wanneer incidenteel appèl niet wordt ingesteld, zijn grieven tegen de verwerping van door hem in eerste aanleg aangevoerde gronden, stellingen en verweren opneemt in zijn antwoord.

##### *Appèlverboden*

- c Een verdere algemene beperking van de mogelijkheid van appèl dan thans bestaat, dient gepaard te gaan met een uitbreiding van de mogelijkheden om in geval van echte fouten en vergissingen van de rechter de uitspraak te doen verbeteren door de eerste rechter zelf. Een ruimere uitleg van 'andere kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent' in art. 31 Rv dan de Hoge Raad geeft, dan wel een verruiming van de wetstekst verdient ook overigens overweging.
- d In plaats van de huidige mogelijkheid van cassatieberoep op de voet van art. 80 RO dient tegen een uitspraak die op grond van een algemene uitsluiting niet appellabel is, appèl open te staan indien de eerste rechter een zó fundamenteel rechtsbeginsel heeft geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.
- e De mogelijkheid van appèl, voorzover het belang louter in de proceskosten zou zijn gelegen, dient te worden gehandhaafd, met dien verstande dat slechts appèl tegen een kostenveroordeling zou kunnen worden ingesteld indien het bedrag van die veroordeling de appèlgrens te boven gaat.
- f De rechter behoort ruime mogelijkheden te hebben om op eindbeslissingen in de lopende instantie terug te komen als hij van opvatting verandert.
- g Met betrekking tot het verzoeken om ontheffing van het verbod tot tussentijds appèl verdienen leidraden of practice directions overweging.

##### *Nova*

- h Een nadere invulling van de feitelijke of juridische gronden die aan de in eerste aanleg al ingestelde vordering of het daar al gevoerde verweer ten grondslag wordt gelegd, moet in hoger beroep in beginsel zonder meer worden toegestaan.

- i De beperkingen aan de presentatie van nova die wij in het Interimrapport hebben voorgesteld moeten worden gereserveerd voor een wezenlijke verandering van de eis of het verzoek en de introductie van een geheel nieuw verweer, als gevolg waarvan feitelijk onderzoek noodzakelijk is dat in eerste aanleg niet heeft kunnen plaatsvinden.
- j Het voorschrift van art. 348 Rv inzake het gedekte verweer kan worden geschrapt.
- k Zonder dat een wijziging van de wet nodig is zullen de zojuist genoemde strengere criteria moeten worden toegepast bij de toetsing of een in appèl voorgestelde eiswijziging toelaatbaar is.
- l Wie in hoger beroep met een radicale koerswijziging komt of met een bewijsaanbod dat in eerste aanleg is nagelaten maar had kunnen worden gedaan, dient ermee rekening te houden dat de appèlrechter de zaak kan terugwijzen naar de rechter die eerder oordeelde. In zo'n geval dient slechts op verzoek van beide partijen de appèlrechter gehouden te zijn de zaak zelf af te doen. In andere gevallen beslist hij naar eigen inzicht of hij terugwijst of de zaak zelf afdoet. Die beslissing dient te worden aangemerkt als discretionair.
- m Als bestraffing van ongewenste nova verdient een kostenveroordeling de voorkeur boven uitsluiting. Wat betreft het in appèl voor het eerst gedane bewijsaanbod dat in eerste aanleg had kunnen en moeten worden gedaan maar was nagelaten, moeten de kosten die verbonden zijn aan het getuigenverhoor – zowel in het geval van terugwijzing naar de rechtbank, als indien het hof de zaak aan zich houdt – ten laste kunnen worden gebracht van de partij die het bewijsaanbod heeft gedaan.

### 11.9.2 *Verzet*

- a Verzet in eerste aanleg dient te worden gehandhaafd.
- b Verzet in hoger beroep dient te worden afgeschaft.
- c De verweerder die in hoger beroep verstek laat gaan, wordt geacht zijn verwerpen wren of gronden te hebben prijsgegeven. Slechts nog niet eerder beoordeelde gronden of verwerpen komen in hoger beroep, ook bij verstek, ten toets.

### 11.9.3 *Cassatie*

- a De Hoge Raad dient te beginnen met een experiment van een voorselectie van zaken meteen nadat zij zijn aangebracht, maar voordat het parket een conclusie heeft genomen. De voorselectie vindt plaats door een ervaren lid van het parket en een ervaren lid van de civiele kamer op basis van een preadvies van een eveneens ervaren medewerker van het wetenschappelijk bureau.
- b De Hoge Raad dient met klachten over de motivering, die niet samenhangen met rechtsklachten, restrictiever om te gaan dan thans het geval is.

- c De huidige art. 31 en 32 Rv dienen zodanig te worden verruimd, dat de lagere rechter desverzocht de onbegrijpelijke motivering kan herstellen en, indien daartoe reden is, de beslissing kan verbeteren en aanvullen.
- d De Hoge Raad dient de mogelijkheid te krijgen tot vernietiging op ambtshalve bijgebrachte rechtsgronden, zonder evenwel daartoe verplicht te zijn.
- e Het gerechtshof dient de mogelijkheid te krijgen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, doch uitsluitend onder strenge voorwaarden, bijvoorbeeld indien zodanige twijfel over de beantwoording van de rechtsvraag bestaat dat het om een beslissing te kunnen geven noodzakelijk is dat de Hoge Raad de gestelde rechtsvraag beantwoordt en ook een tussentijds cassatieberoep niet kan worden afgewacht.

## 12 Verkort aangehaalde literatuur

- Adviescommissie Advies van de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht aan de minister van justitie van 29 december 2003; gepubliceerd in *TCR* 2004, p. 2-9
- Agenda van de Raad voor de Rechtspraak, *Agenda van de Rechtspraak 2005-2008*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004, tevens te raadplegen via [www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/53FC109D-30E3-4AAA-BD35-75DE8955D6FB/0/AgendaRaad.pdf](http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/53FC109D-30E3-4AAA-BD35-75DE8955D6FB/0/AgendaRaad.pdf)
- Agenda voor de Raad voor de Rechtspraak, *Agenda voor de Rechtspraak 2002-2005*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2002, te raadplegen via [www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/DBA6D7A5-F564-4982-B696-96749098A19F/0/strategischeagenda20022005.pdf](http://www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/DBA6D7A5-F564-4982-B696-96749098A19F/0/strategischeagenda20022005.pdf)
- Andrews 2003 N. Andrews, *English Civil Procedure. Fundamentals of the new Civil Justice System*, Oxford: Oxford University Press 2003
- Asser 2003 W.D.H. Asser, *Civiele Cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003
- Asser 2005 W.D.H. Asser, 'Over rechtsvorming door de Hoge Raad. Inleidende opmerkingen bij de rode draad "Raad & Daad"', *AA* 2005, p. 223-242
- Asser procesrecht/  
Veegens/Korthals  
Altes/Groen 2005 D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, bewerkt door E. Korthals Altes en H.A. Groen, Asser-serie Procesrecht, Deventer: Kluwer 2005
- Asser/Hartkamp I  
2004 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004
- Asser/Vranken 2005 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel \*\*\* Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005

- Balanceren en vernieuwen Maurits Barendrecht en Albert Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaal-wetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak z.j. [2004]
- Baldwin 2003 J. Baldwin, 'Is there a limit to the expansion of small claims', in: M.D.A. Freeman (red.), *Current Legal Problems* 2003, p. 313-343
- Barendrecht c.s. 2004 J.M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en I.N. Tzankova, *Schadeclaims, kan het goedkoper en minder belastend? Opties om de transactiekosten van het aansprakelijkheidsrecht te verlagen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004
- Barendrecht 2005 J.M. Barendrecht, 'Wat als de civiele kamer van de Hoge Raad er niet meer zou zijn?', *AA* 2005, p. 335-343
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München: Beck 2003
- De Boer & Ynzonides 2004 M.H. de Boer en M. Ynzonides, 'RiKken in Rotterdam: Getuigenverhoor in het burgerlijk procesrecht', *Advocatenblad* 2004, p. 634-637 en 779
- Bos 2005 P. Bos, 'Private enforcement of competition law', in: P. Lugard & L. Hancher, *On the merits. Current issues in competition law and policy* (Plompen-bundel), Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005, p. 71-86
- Bruinsma 2003 F. Bruinsma, 'Twee rapporten op de rechtssociologische korrel', *NJB* 2003, p. 2292-2295
- CBS Rechtspraak in Nederland 2003 Cheng Wang (red.), *Rechtspraak in Nederland 2003*. Heerlen/Voorburg: Centraal Bureau voor de Statistiek, 2005
- CEPEJ European Judicial Systems 2002 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Judicial Systems 2002. Facts and figures on the basis of a survey conducted in 40 Council of Europe Member States*, Strasbourg: Council of Europe Publishing 2005
- Chorus 2003 J.M.J. Chorus, 'Het hoger beroep in het Interim-rapport van mei 2003', *TCR* 2003, p. 104-109
- Chorus 2004 J.M.J. Chorus, 'Het Interim-rapport en Europa en de wereld', in: Prinsengrachtreeks 2004-1, p. 25-41
- Combrink-Kuiters 2003 L. Combrink-Kuiters, E. Niemeijer, M. ter Voert, *Ruimte voor Mediation. Evaluatie van projecten bij de rechterlijke macht en gefinancierde rechtsbijstand*, WODC-rapport, Den Haag: WODC 2003



- Commissie Borghouts Commissie tegemoetkoming bij rampen en calamiteiten (Commissie Borghouts), *Solidariteit met beleid*, Eindrapport, Aanbevelingen over financiële tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten, Den Haag, december 2004
- Commissie Verbeter- Rapport van de Commissie Verbetervoorstellen Civiel, De voorstellen Rechtspraak, Den Haag 2004
- Cuijpers 2004 Colette Cuijpers, *Privacyrecht of privaatrecht. Een privaatrechtelijk alternatief voor de implementatie van de Europese privacyrichtlijn* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004
- Daalder 2005 E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005
- Ecorys Bench Jos Blank, Martin van der Ende, Bart van Hulst & Marking 2004 Rob Jagtenberg, *Bench Marking in an International Perspective. An International Comparison of the Mechanisms and Performance of the Judicial System*, Rotterdam: Ecorys-NEI 2004
- Ekelmans 2005 J. Ekelmans, 'De exhibitieplicht in de praktijk: de ruime mogelijkheden tot opvragen van bescheiden', *TCR* 2005, p. 59-68
- Eshuis 2005 R. Eshuis, *Versnellingsbeleid in de rechtspraak: resultaten en reflecties*, *Rechtstreeks* 2005, nr. 2, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2005
- Fasching & Konecny H.W. Fasching & A. Konecny, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, [tot op heden verschenen:] Bd. 1-4, Wien: Manz 2000-2005
- Freudenthal 1996 M. Freudenthal, *Incassoprocedures. Opzet voor een Nederlandse incassoprocedure met empirische en rechtsvergelijkende aantekeningen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1996
- Freudenthal 2004 M. Freudenthal, 'Verordening voor Europese betalingsbevelprocedure', *Advocatenblad*, 2004, p. 448-453
- Genn 2003 H. Genn, 'Mediation in Engeland en Wales', Themnummer mediation, *Justitiële verkenningen*, Den Haag: 2003, p. 42-55
- Geschilbeslechtingdelta 2003 B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert m.m.v. M. van Gammereen-Zoeteweyj, *Geschilbeslechtingdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: WODC 2004
- Giesen 2005a I. Giesen, *Lessen uit de Delta*, *NJB* 2005, p. 14
- Giesen 2005b I. Giesen, 'Fundamentele ontwikkelingen in de rechtspleging', *NJB* 2005, p. 471-477
- Van der Grinten P. van der Grinten, *Kroniek Europese ontwikkelingen*, *TCR* 2005, p. 79-88 (82-85)

- Groenboek Privaatrechtelijke handhaving  
De Groot 2005
- Europese Commissie, Green Paper ‘*Damages actions for breach of the EC antitrust rules*’, COM (2005) 672 final, SEC (2005) 1732, Brussel 19.12.2005
- G. de Groot, ‘Naar een buitengerechtigd beroep op de rechter in deelgeschillen? Een potentieel middel tot verbetering van de afdoening van letselschadezaken’, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2005, p. 122-127
- Haak & VerLoren van Themaat 2005
- M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland. Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken*, Amsterdam, november 2005, te raadplegen via [www.houthoff.com/documents/mogelijkheden%20voor%20civielrechtelijke%20handhaving%20van%20de%20mededingingsregels%20in%20nederland.pdf](http://www.houthoff.com/documents/mogelijkheden%20voor%20civielrechtelijke%20handhaving%20van%20de%20mededingingsregels%20in%20nederland.pdf)
- Haak 2003
- W.E. Haak, ‘Naar een optimale beoordeling in cassatie van het straf(proces)recht’, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink, *Glijdende schalen*, Liber amicorum J. de Hullu, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 203-216
- Van Harinxma thoe Slooten 2005
- L.R. van Harinxma thoe Slooten, ‘Snel en goedkoop procederen tegen de media’, *NJB* 2005, p. 340-347
- Heemskerk 2005
- W.H. Heemskerk, ‘De civiele rol’, in: Rutgers-bundel 2005, p. 135-138
- Hendrikse & Jongbloed 2004
- M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed, *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004
- Hermans & Mevis 2005
- H.L.C. Hermans en P.A.M. Mevis, ‘Over de kwaliteit van rechtspraak en het bewaken daarvan’, *Trema* 2005, p. 45-47
- Hermans 2003
- R.M. Hermans, ‘Het onderzoek in de enquêteprocedure’, in: Van Solinge & Holtzer 2003, p. 75-136
- Hermans 2004
- R.M. Hermans, ‘De voorfase van de enquêteprocedure’, in: Van Solinge & Holtzer 2004, p. 263-287
- Hidma & Van der Kam 2005
- T.R. Hidma en E. van der Kam, ‘Kwaliteit, de Raad voor de Rechtspraak en de gerechtsbesturen’, *Trema* 2005, p. 185-188
- Hodges 2001
- Ch. Hodges, *Multi-party actions*, Oxford: Oxford University Press 2001
- Hoge Raad advies
- Advies [aan de minister van justitie] van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht van W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, Den Haag 27 februari 2004

- Hoge Raad Jaarver-  
slag 2003/2004 De Hoge Raad der Nederlanden. Verslag 2003 en 2004 in  
woord, cijfer en beeld, z.p., z.j. [Den Haag: Hoge Raad 2005]
- Hol & Loth 2002 A.M. Hol en M.A. Loth, *Beter Weten. Specialisatie in de rechter-  
lijke macht*, *Trema*, 2002, p. 486-505
- Hovens 2004 F.J.H. Hovens, 'Het rechtsmiddelvebod en de doorbreking  
daarvan', in: Hendrikse & Jongbloed 2004, p. 209-226
- Hovens 2005 F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend on-  
derzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken*  
(diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005
- Ingelse 2004 P. Ingelse, 'Herbezinning op de partijautonomie', in: Prinsen-  
grachtreeks 2004-1, p. 43-67
- Van het Kaar 2005 B.J. van het Kaar, 'Nieuw Brussels procesrecht: de Europese  
Executoriale Titel en het Europese betalingsbevel', *NTER*, nr. 2,  
maart 2005, p. 32-38
- KBvG incasso *Modernisering rechtsingang in incassozaken. De reactie van de  
Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders op 'Een  
nieuwe balans', het interimrapport van de werkgroep Asser c.s., z.p.  
[Baarn]: KBvG z.j. [2004]*
- Kerkmeester 1999 H.O. Kerkmeester, 'Contingency fees en letselschade: een  
rechtseconomische analyse', *Verkeersrecht* 1999, p. 257-261
- Klonoff & Bilich R.H. Klonoff & E.K.M. Bilich, *Class actions and other multi-  
party litigation. Cases and materials*, American Casebook Series,  
West Group 2000
- Krans 2005 H.B. Krans, 'Een nieuwe aanpak van massaschade', *NTBR*  
2005, p. 2-13
- Van Laar & Van J. van Laar en J. van Wetten, 'Toegankelijke, onafhankelijke en  
Wetten 2005 slagvaardige rechtspraak', *NJB* 2005, p. 16-17
- Laenens 2005 J. Laenens, 'Dagvaarding versus verzoekschrift', in: Rutgers-  
bundel 2005, p. 217-222
- Loth 2004 M.A. Loth, 'Ingrediënten voor een ideaal gerecht. Voorbeschou-  
wing bij de jaarvergadering van de NVvR op 4 oktober 2004',  
*Trema* 2004, p.274-275
- Malsch e.a. 2002 M. Malsch, F. van den Berg, I. de Bruijn, H. Buijst. J. de Keijser  
en H. Nijboer, 'De ideale rechtbank: openbaarheid en gericht-  
heid op de buitenstaander', themanummer Recht der Werkelijk-  
heid over De burger in de rechtspraak. Ervaringen en percepties  
van niet-professionele procesdeelnemers, 2002, p. 117-133
- Matthews & Malek P. Matthews & H.M. Malek, *Disclosure*, London: [Thomson]  
2001-2003 Sweet & Maxwell 2001, met supplementen van 2002 en 2003

- Van Mierlo 2005 A.I.M. van Mierlo, 'Getuigen in Rotterdam', in: Rutgers-bundel, p. 233-240
- Van Mierlo e.a. 2005 A.I.M. van Mierlo, P.N. van Regteren Altena, R.H. Happé, W.L. Valk, 'Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade', Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005
- Minekus 2002 W. Minekus, 'Over verliezers en zondebokken: procesbeleving en attributietheorie in het civiele recht', themanummer Recht der Werkelijkheid over De burger in de rechtspraak. Ervaringen en percepties van niet-professionele procesdeelnemers, 2002, p. 18-30
- Niemeijer & Ter Voert 2005 E. Niemeijer & M. ter Voert, 'Vertrouwen onder druk. Vrije juridische beroepen tussen professie en commercie' in: *Beroeps-ethiek en marktwerking*. Justitiële verkenningen, nr. 3, Den Haag, Ministerie van Justitie 2005
- NOvA brief 2004 Brief van de Nederlandse Orde van Advocaten van 16 augustus 2004 aan de Werkgroep Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht
- NOvA rapport Rapport van de Commissie Burgerlijk Procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten over het interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht 'Een nieuwe balans', uitgebracht aan de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag 14 januari 2004; in: Hendrikse & Jongbloed 2004, p. 71-79
- NVvP Voorjaarsvergadering 2003 M.M.L. Harreman en M.L. Tuil, 'Verslag van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor procesrecht. Interim-rapport van de commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2003, p. 49-58
- NVvR advies Advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake Asser/Vranken/Groen: Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, januari 2004; geciteerd wordt uit de publicatie in *Trema* 2004, p. 89-99
- Oberhammer 2004 P. Oberhammer, 'Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien', in: Prinsengrachtreeks 2004-1, p. 81-97
- Van Orshoven 2005 P. van Orshoven, 'Het (recht op) hoger beroep. Waarom en waarheen?', Ter perse (september 2005) maar gepubliceerd op [www.law.kuleuven.ac.be/igr/LEDEN/PVO.html#publicaties](http://www.law.kuleuven.ac.be/igr/LEDEN/PVO.html#publicaties) (voor het laatst geraadpleegd op 1 januari 2006)

- Pinckaers 1997 J.E.H.M. Pinckaers, *Artikel 101a RO* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 1997
- Prinsengrachtreeks 2004-1 P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Prinsengrachtreeks 2004-1, Amsterdam: Gerechtshof Amsterdam 2004
- Raad voor de Rechtspraak advies Advies van de Raad voor de Rechtspraak aan de minister van justitie inzake het Interimrapport Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag 29 april 2004
- Raad voor de Rechtspraak Klantwaarderingsonderzoeken 2004 Raad voor de Rechtspraak: Analyse van klantwaarderingsonderzoeken bij de gerechten (2001-2004), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004
- Ras/Hammerstein 2004 H.E. Ras, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, bewerkt door A. Hammerstein, Deventer: Kluwer 2004
- Van den Reek 1997 W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht. Beschouwingen over de verhouding tussen de rechter en partijen en tussen partijen onderling* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997
- Van Regteren Altena 2005 P.N. van Regteren Altena, 'De collectieve afwikkeling van de DES-zaak in Nederland', in: Van Mierlo e.a. 2005, p. 27-35
- Reiling 2003 A.D. Reiling, 'Rechtspraak in de digitale delta', *NJB* 2003, p. 2286-2291
- RMO Toegang tot recht 2004 Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling (RMO), Toegang tot recht, Den Haag: RMO 2004
- De Roo & Jagtenberg 2004 Annie de Roo en Rob Jagtenberg, *Europese mediationpraktijken*, 2004
- Rosenberg/Schwab/Gottwald 2004 L. Rosenberg, K.H. Schwab & P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München: Beck 2004
- Rutgers-bundel 2005 R.J.C. Flach, L.M. Klap-De Nooijer, J.W. Rutgers, E.M. Wesseling-Van Gent, *Amice*, Rutgers-bundel, Deventer: Kluwer 2005
- Smith 2004 C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Ars Aequi Cahiers Privaatrecht deel 14, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004
- Snijders & Wendels 2003 H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, bewerkt door H.J. Snijders, Deventer: Kluwer 2003
- Snijders 2001a H.J. Snijders, 'Proces en (rechts)belang in civilibus, van Jeffrey naar mediatie', in: I. Brand e.a. (red.), *Recht(er) en belang. BW-krant jaarboek 17*, Deventer: Kluwer 2001, p. 9-26

- Snijders 2001b H.J. Snijders, 'Des relations personnelles importantes: internetbanden met individuele belanghebbenden bij algemeen-belangacties en groepsacties', p. 501-510, in: P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so* (Franken-bundel), Deventer: Kluwer 2001
- Snijders 2003 H.J. Snijders, 'They have a dream... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, afl. 32, p. 1696-1707 – de zakelijk identieke tekst is ook gepubliceerd in Hendrikse & Jongbloed 2004, p. 19-46
- Snijders, Ynzonides & Meijer 2002 H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002
- Van Solinge & Holtzer 2003 G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003
- Van Solinge & Holtzer 2004 G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004
- Storme 1994 Marcel Storme (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1994
- Storme 2004 M. Storme, 'Een schitterende evenwichtsoefening. Opmerkingen bij het interim-rapport fundamentele herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht', *Trema* 2004, p. 149-156
- Stubenrouch 2005 C.J.M. Stubenrouch, 'De RiK-regeling; waardevol of waardeeloos?', *Ars Aequi* 2005, p. 72-76
- Sujecki 2005 B. Sujecki, 'Europäisches Mahnverfahren nach dem Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2005, p. 45-48
- Teuben 2004 K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004
- De Tombe 2000 M. de Tombe-Grootenhuis, *Voorstel voor een Europese disclosure*, in: E.H. Hondius, A.W. Jongbloed en R.Ch. Verschuur (red.), *Liber Amicorum Paul Meijknecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 301-313
- Tonkens-Gerkema & Van Kesteren 2005 W. Tonkens-Gerkema & P. van Kesteren, 'Kritiek op kwaliteit, kritiek op de organisatie?', *Trema* 2005, p. 137-138
- Tzankova & Weterings I.N. Tzankova & W.C.T. Weterings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims. Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden tot structurering van het proces van buitengerechtelijke afwikkeling van personenschadeclaims in Nederland aan de hand van procedurele normen en andere instrumenten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

- Tzankova 2004 I.N. Tzankova 2004, 'Afwikkeling massaschade', in: Barendrecht c.s. 2004, p. 104-120
- Tzankova 2005 I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Allen & Overy Onderzoeksreeks, Den Haag: Sdu 2005
- Valk & Ter Veer 2005 W.L. Valk & C.G. ter Veer, 'De comparitie na aanbrengen in hoger beroep', *NJB* 2005, p. 1985-1987
- Valk 2005 W.L. Valk, 'Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling van massaschade vanuit het perspectief van de rechtspraak', *NVvP* 2005, p. 47-52
- Verheij 2005 L. Verheij, 'Een visie vanuit de gerechtshoven' [bewerking van zijn voordracht op 18 maart 2005 aan de EUR 'De kwaliteit van de Rechtspraak'], *Trema* 2005, p. 189-193
- Verkijk 2005 R. Verkijk, 'Mediation in wetgeving in Nederland?', *TCR* 2005, p. 34-40
- Verschoof 2004 R.J. Verschoof, 'De praktijk van de comparitie na antwoord', *Trema* 2004, p. 339-345
- Visscher 2004 L.T. Visscher, 'Het verbod op een collectieve schadevergoedingsactie uit art. 3:305a lid 3 BW rechtseconomisch bezien', *TMA* 2004, p. 80-86
- Wackie Eijsten 2003 P. Wackie Eijsten 'Het interimrapport "Een Nieuwe Balans". Een fundamentele herbezinning op (o.a.) de plaats van mediation in het formele rechtssysteem', *TvA* 2003, p. 139-143
- Wiersma 1998 H.W. Wiersma, *Tussenoordelen en eindbeslissingen* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1998
- Wieten 2004 H.L.G. Wieten, reactie op het Interimrapport in *TCR* 2004, p. 1
- Van Willigenburg & Tzankova 2005 S. van Willigenburg en I.N. Tzankova, 'Een buitenlandse blik op "Een nieuwe balans"', *TCR* 2005, p. 27-31
- Ziekman 2004 M. Ziekman, Reactie op De Boer & Ynzonides 2004, *Advocatenblad* 2004, p. 650-652 en 824
- Zilinsky 2005 M. Zilinsky, *De Europese Executoriale Titel* (diss. Amsterdam VU), Serie Burgerlijk Proces & Praktijk III, Deventer: Kluwer 2005
- Zuckerman 2003 A.A.S. Zuckerman, *Civil Procedure*, London: LexisNexis 2003





## 13 Geraadpleegde websites

[www.advocatenorde.nl/newsarchive/Cie\\_Advocatuur\\_brief121005.pdf](http://www.advocatenorde.nl/newsarchive/Cie_Advocatuur_brief121005.pdf)

[www.arbitragewet.nl](http://www.arbitragewet.nl)

[www.dca.gov.uk](http://www.dca.gov.uk)

[www.hmcourts-service.gov.uk/cms/bulkcentre.htm](http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/bulkcentre.htm)

[www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-magendie.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-magendie.pdf)

[www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)

[www.justitie.nl/images/rapport%20commissie%20neleman\\_%20definitieve%20tekst%20advies%20\(21%20juni%202004\)\\_tcm74-37097.pdf](http://www.justitie.nl/images/rapport%20commissie%20neleman_%20definitieve%20tekst%20advies%20(21%20juni%202004)_tcm74-37097.pdf)

[www.law.kuleuven.ac.be/igr/LEDEN/PVO.html#publicaties](http://www.law.kuleuven.ac.be/igr/LEDEN/PVO.html#publicaties)

[www.moneyclaim.gov.uk/csmco2/index.jsp](http://www.moneyclaim.gov.uk/csmco2/index.jsp)

[www.npp.nl/moxie/richtlijn/index.shtml](http://www.npp.nl/moxie/richtlijn/index.shtml)

<http://rechten.uvt.nl/normering>

[www.verzekeraars.nl](http://www.verzekeraars.nl)

[www.wodc.nl/onderzoeken/onderzoek\\_1187.asp?loc=/onderzoeksprogramma/lopend/extern](http://www.wodc.nl/onderzoeken/onderzoek_1187.asp?loc=/onderzoeksprogramma/lopend/extern)



# Bijlage 1 Voortgangsverslag tweede fase (9 juli 2004)

De Heer Minister van Justitie  
door tussenkomst van de heer mr. G.N. Roes  
Directeur Wetgeving  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

9 juli 2004  
Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht  
Voortgangsverslag tweede fase

Zeer geachte Heer Donner

Op 8 mei 2003 hebben wij U ons interim-rapport Een nieuwe balans doen toekomen. Het interim-rapport luidde de tweede fase in van de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht, bestemd voor toetsing van de in de eerste fase ontwikkelde analyse en aanbevelingen aan opvattingen in rechtspraktijk en -wetenschap door het entameren en begeleiden van een gestructureerde discussie met organisaties van belanghebbenden en betrokkenen uit de rechtspleging (Een nieuwe balans, p. 15). In dit voortgangsverslag schetsen wij kort het verloop van de tweede fase, maken enkele opmerkingen over de inhoud van de discussie, en sluiten af met een aanduiding van onze aanpak in de derde fase.

## 1. Het verloop van de tweede fase

Het interim-rapport is druk besproken. De Nederlandse Vereniging voor Procesrecht heeft er meteen al op 24 mei 2003<sup>405</sup> haar voorjaarsvergadering aan gewijd. De daar gehouden inleidingen zijn, met een verslag van de discussie, gepubliceerd in het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging. In april 2004 is tijdens een Kluwer symposium een bundel met 23 artikelen gepresenteerd, waarin uitgebreid op het interim-rapport is ingegaan (M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*). Een derde symposium over het interim-rapport is op 25 mei 2004 georganiseerd door de Utrechtse rechtbank, juridische faculteit en balie.

Over het interim-rapport zijn adviezen uitgebracht door vele organisaties van belanghebbenden. Wij noemen:

- Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht (december 2003);
- Rapport van de Commissie Burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (januari 2004), welk rapport evenwel pas na de consultatie van de advocaten door de Orde definitief zal worden vastgesteld;
- Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (februari 2004);
- Advies van de President van en de Procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden (februari 2004);
- Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (februari 2004);
- Consumentenbond (maart 2004);
- Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (april 2004);
- Raad voor de Rechtspraak (april 2004).

Daarnaast hebben ons opmerkingen en suggesties per brief bereikt van enkele betrokkenen, meestal advocaten.

Het interim-rapport is uitvoerig gerecenseerd in het Nederlands Juristenblad van 12 september 2003 (door H.J. Sniijders), in *Trema* 2004, nr. 4 (door de Belgische hoogleraar M. Storme), in het *Advocatenblad* van juni 2003 (door F.J.H. Hovens), en in het *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2003, nr. 4 (door P.A. Wackie Eysten). In verschillende tijdschriften, zoals het *Advocatenblad*, het *Nederlands Juristenblad*, en het *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, zijn en worden onderdelen van het interim-rapport aan de orde gesteld.

---

<sup>405</sup> Dit moet zijn: 25 juni 2003.

In samenwerking met de Raad voor de Rechtspraak zijn de rechters van de eerste aanleg en het appel geconsulteerd. Dat is ressortsgewijs gebeurd met vertegenwoordigers van het hof en de secties civiel en kanton van de rechtbanken. De bijeenkomsten hebben achtereenvolgens plaatsgevonden in Den Bosch, Leeuwarden, Arnhem, Den Haag en Amsterdam. Bij die gelegenheden hebben wij veel met cijfers gestaafe gegevens ontvangen over onder meer aantallen zaken, comparities na antwoord en schikkingen. Met de Hoge Raad is twee keer gesproken, één keer met alleen de civiele kamer en één keer plenair. Uitgangspunt was het toen nog concept-advies van de President en de Procureur-generaal. Ook met de advocatuur is overleg gepleegd. In samenwerking met de Nederlandse Orde van Advocaten zijn drie druk bezochte bijeenkomsten gehouden: in Utrecht, Zwolle en Eindhoven.

Een onzer heeft deelgenomen aan een eendaagse bijeenkomst in maart 2004 waarin het interim-rapport door beoefenaren van sociale wetenschappen is becommentarieerd. De resultaten van deze dag zullen binnenkort worden gepubliceerd.

In november 2004 zal nog een tweedaagse expertmeeting plaatsvinden met processualisten uit met name Duitsland, Engeland, Oostenrijk en Frankrijk. Dit zijn de landen waar recent vergaande wijzigingen van het burgerlijk procesrecht hebben plaatsgevonden en waar wij, om die reden, in ons interim-rapport regelmatig naar hebben verwezen. Tijdens de expertmeeting willen wij de voorstellen waartoe wij gekomen zijn, toetsen aan internationale maatstaven. Tevens willen wij de gelegenheid benutten informatie te verkrijgen over hoe in de genoemde landen de recente wijzigingen in de procespraktijk uitwerken.

Van het interim-rapport in boekvorm zijn medio 2004 volgens opgave van de uitgever (Boom Juridische uitgevers) 1422 exemplaren verkocht. Voor een juridische uitgave zijn dit ongebruikelijk hoge aantallen, die wijzen op een brede verspreiding. Het interim-rapport is ook op de website van het ministerie van justitie gepubliceerd.

Een ruime samenvatting van het interim-rapport wordt binnenkort gepubliceerd in het Belgische Tijdschrift voor Privaatrecht, en, in Engelse vertaling, in het Zeitschrift für Zivilverfahrensrecht International. Op stapel staat een artikel in het Engelse Civil Justice Quarterly.

De tweede fase was bestemd voor een toetsing van de analyses en voorstellen in het interim-rapport aan opvattingen in rechtspraktijk en -wetenschap. Wij concluderen dat het, mede door de inzet van de Raad voor de Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten, gelukt is een levendige discussie uit te lokken, waaraan velen hebben deelgenomen (wij schatten zeker zo'n vijf- tot zeshonderd personen).

## 2. Enkele inhoudelijke opmerkingen over de discussie

Vooruitlopend op het Eindrapport willen wij enkele indrukken geven van de discussie die het afgelopen jaar over het interim-rapport is gevoerd. Wij doen dit vanuit het perspectief dat de discussie mede bedoeld was om te bepalen of onze analyses en voorstellen op voldoende draagvlak in rechtspraak en -wetenschap kunnen rekenen.

Het is van belang te onderscheiden tussen een fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht en een fundamentele wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Wij constateren dat in de commentaren op het interim-rapport dit onderscheid niet altijd gemaakt is. Veeleer lijkt de impliciete gedachte te zijn dat wij het tot stand brengen van een geheel nieuw Wetboek propageren. Dat is niet zo. Het zijn niet de regels die tellen, maar de manier waarmee er wordt omgegaan, hebben wij gezegd in hoofdstuk 12 van ons interim-rapport. In dat hoofdstuk hebben wij er daarom voor gepleit dat, indien er al nieuwe regelgeving nodig is, deze niet gegoten wordt in de traditionele vorm van een partiële hercodificatie, maar dat wordt aangesloten bij manieren van private regelgeving die in andere rechtsgebieden dan het privaatrecht al meer gebruikelijk zijn. Dit hoofdstuk heeft evenwel niet de aandacht getrokken die het ons inziens verdient. Zeker ten aanzien van een onderwerp als het civiele procesrecht waarop de praktijk zo'n zwaar stempel drukt, is het nodig dat instrumenten worden ontwikkeld waarmee de nodige of wenselijk geachte wijzigingen op het niveau van de toepassing worden geïmplementeerd en begeleid op een wijze die waarborgt dat de invoering effectief wordt ondersteund door degenen die er mee moeten werken, en de nodige feedback wordt gegeven ten aanzien van de effecten die worden opgeroepen. In wezen is alleen de Raad voor de Rechtspraak er ten gronde op ingegaan (nr. 9 van zijn advies). Inmiddels echter heeft ook U er in positieve zin aan gerefereerd in Uw brief van 19 april 2004, p. 5 waarin U de notitie Mediation en het rechtsbestel toezendt aan de Tweede Kamer.

Een tweede opmerking is dat velen erop gewezen hebben dat de wijzigingen in het civiele procesrecht per 1 januari 2002, meer in het bijzonder de substantiërings- en bewijsaandragplicht en het in beginsel uitsluiten van re- en dupliek, nog niet voldoende geëvalueerd zijn om nu reeds te besluiten tot een fundamentele wijziging. Onder aantekening dat hierin ten dele hetzelfde misverstand besloten ligt tussen herbezinnen en wetwijziging als hierboven geconstateerd, hebben wij ons reeds bij het schrijven van het interim-rapport gerealiseerd dat deze evaluatie van belang is, omdat mogelijk veel van wat wij voorstaan in de praktijk reeds wordt gedaan (Een nieuwe balans, p. 18 en 79). In onze gesprekken met de rechterlijke macht en de advocatuur hebben wij vastgesteld dat dit ten dele ook zo is. Wij wijzen op de toename van het aantal comparities

na antwoord tot zo'n 80 à 90% van alle handelszaken op tegenspraak bij veel sectoren civiel en het aantal schikkingen dat daarbij bereikt wordt (gemiddeld een percentage tussen 45 en 55%). Dat zijn ontwikkelingen die volgens ons rechtstreeks op het succes van de substantiërings- en bewijsaandraagplicht en het in beginsel uitsluiten van een dupliek zijn terug te voeren. Wel hebben wij daarbij de brede onvrede geconstateerd over de grote verschillen in aanpak tussen de rechterlijke colleges, alsook dat er op onderdelen nog steeds onduidelijkheden zijn, bijvoorbeeld over het karakter van de comparitie in vergelijking met een pleidooi of mondelinge behandeling van de zaak.

Het interim-rapport is gericht op een herbezinning. Dat vereist normen waaraan getoetst kan worden, alsmede enige afstand van wat in de dagelijkse praktijk speelt. Wij hebben daartoe tien aandachtsgebieden geselecteerd, hierna ijkpunten te noemen, ten aanzien waarvan iedereen die zich, waar en wanneer ook, bezighoudt met nadenken over civiel procesrecht een standpunt moet innemen. Ze zijn in de hoofdstukken 3 tot en met 12 uitgewerkt. Wij constateren dat in geen enkel commentaar op het interim-rapport is uitgesproken dat bepaalde ijkpunten onjuist of irrelevant zijn dan wel, omgekeerd, ontbreken. Wij vinden dit een belangrijk winstpunt. Het debat over de herbezinning kan daarmee worden gevoerd binnen de door de tien ijkpunten getrokken lijnen.

Uiteraard wil dit niet zeggen dat inhoudelijk over de ijkpunten of hun onderlinge samenhang door iedereen op dezelfde manier wordt gedacht.

- a. Soms zijn er duidelijke verschillen tussen bijvoorbeeld rechters en advocaten, zoals over de vergeten voorfase en over de verhouding van rechter en partijen, meer in het bijzonder de regiefunctie van de rechter. Kort gezegd zijn rechters minder enthousiast over het verder optuigen van de voorfase dan advocaten, met name vanwege de werklast die het meebrengt. Ten aanzien van de verhouding tussen rechters en partijen vrezende advocaten een te grote invloed van rechters op de procedure.
- b. Soms onderschrijven de commentaren gedachten die wij verwoord hebben, maar vullen zij ze anders in (differentiatie van procedures bijvoorbeeld) of trekken zij er andere, vaak minder vergaande consequenties uit (onder meer over de verhouding tussen eerste aanleg en hoger beroep).
- c. Soms ook vindt de discussie niet plaats op het niveau van de ijkpunten, maar over concrete gevallen en toepassingen, zonder dat altijd de verbinding wordt gelegd met de algemenere problematiek. Een voorbeeld is de ambtshalve aanvulling door de rechter met onder meer een beroep op verjaring of op eigen schuld. Inmiddels heeft HR 26 september 2003, *RvdW* 2003, 152 (Regiopolitie/Hovax) in de concrete omstandigheden van het geval aanvaard dat de rechter ambtshalve het beroep op eigen schuld aan de orde stelde.

- d. Over enkele onderwerpen bestaan kennelijk weinig uitgesproken meningen, zoals over mediation en schaalvergroting: de meeste commentaren zijn tamelijk neutraal.
- e. Soms ook overheerst een pragmatische benadering, zoals bij het hoger beroep. Waarom fundamenteel herbezinnen als er in de praktijk zo relatief weinig gebruik van wordt gemaakt? Deze aanpak verhindert overigens niet dat men op onderdelen aandringt op verbeteringen van het hoger beroep die ook in een fundamentele benadering passen.
- f. Een variant van het voorgaande is dat men bepaalde gedachten fundamenteel afwijst, maar in de praktijk toch (ten dele) in overeenstemming daarmee handelt. Onder meer is dit het geval in de discussie over partijautonomie in het procesrecht. Wij hebben ervoor gepleit dit denkkader los(er) te laten. Vrijwel algemeen zegt men het daar niet mee eens te zijn, maar wanneer men vertelt hoe men in de praktijk te werk gaat, is de tegenstelling aanmerkelijk minder scherp.
- g. Soms is sprake van misverstanden. Een voorbeeld is wat wij in hoofdstuk 4 hebben gezegd over het bevorderen van rechtsontwikkeling en rechtseenheid als doel van het civiele proces. Met name in het Advies van de Hoge Raad en zijn Procureur-generaal is dit doel in verbinding gebracht met de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen die wij in hoofdstuk 6 hebben beschreven. In het Advies is daaruit afgeleid dat het volgens ons mede tot de verantwoordelijkheid van partijen zou behoren om, zelfs vanaf de eerste aanleg, mee te werken aan het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Dat is natuurlijk in het algemeen niet zo, maar kennelijk zijn wij op dit punt onduidelijk geweest. Het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid moet volgens ons een plaats krijgen in het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie. Het ligt voor de hand hierbij met name aan de cassatie te denken.
- h. Een ander misverstand betreft de betekenis van voorbeelden die wij noemen. Wanneer wij aangeven hoe de voorfase nader ingevuld kan worden, is het niet onze bedoeling dat de voorstellen die wij noemen, ook allemaal daadwerkelijk naast elkaar moeten worden gehanteerd. Dat zou inderdaad leiden tot 'overkill', zoals wel is opgemerkt. Wat wij beogen, is aandacht vragen voor het belang van de voorfase en betrokkenen aanzetten tot nadenken of en hoe deze fase nuttiger kan worden gemaakt voor het oplossen van conflicten of het beslechten van geschillen. Soortgelijke opmerkingen gelden voor de voorstellen die wij hebben gedaan ter ondersteuning van onze oproep aan de Hoge Raad omtrent zijn taak op het terrein van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid (hoofdstuk 10 onder B).

Het interim-rapport is een omvangrijk werkstuk. Het kost uiteraard tijd om daarvan kennis te nemen en tot de kern ervan door te dringen. Niet voor niets hebben de meeste adviezen en rapporten tussen 9 en 12 maanden op zich laten wachten. Hier komt bij dat het interim-rapport wordt geprezen om zijn veelheid aan deels originele gedachten die sommigen (H.J. Snijders, NJB 2003, p.1701, r.k) doet duizelen.



Uitgaande hiervan – en uitdrukkelijk zonder de fundamentele kritiek daarmee af te doen of te bagatelliseren – mag men niet verwachten dat al binnen een jaar na het verschijnen van het interim-rapport iedereen volledig uitgekristalliseerde meningen heeft. Reacties in de trant van: ‘niet alles tegelijk, of is dit allemaal wel nodig? Gaat het niet te ver?’, liggen eerder voor de hand en zijn ook herkenbaar in een aantal adviezen en rapporten. Omgekeerd hebben ook wij op dit moment – zo kort na het verschijnen van de laatste commentaren en zo kort na onze consultatieronde van rechters en advocaten – nog geen afgerond beeld van wat de discussie over onze analyses en voorstellen met de rechtspraak en -wetenschap precies oplevert. Daar moeten wij nog nader over denken en met betrokkenen overleggen.

Tegen deze achtergrond is het goed er op te wijzen dat het interim-rapport langzaam maar zeker een plaats begint te krijgen in wat thans gebeurt.

In de eerste plaats noemen wij het rapport van de Commissie Verbetervoorstellen civiel, waarin, al of niet in bijgestelde vorm, veel terugkomt van wat wij in het interim-rapport aan de orde hebben gesteld. Ook bij het formuleren van de onderzoeksagenda van de Raad voor de Rechtspraak is duidelijk mede het interim-rapport geraadpleegd. Met name het uit te zetten onderzoek naar de regiefunctie van de rechter spoort met een van onze centrale gedachten. Wij noemen ook een aan U uitgebracht rapport aangaande de reductie van transactiekosten in letselschadezaken, waarin wordt benadrukt wat in de voorfase gedaan kan worden teneinde een beroep op de rechter te verminderen. Een ander project heeft betrekking op de door ons in hoofdstuk 12 gepropageerde andere manier van regelvorming: het centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de universiteit van Tilburg, letselschadeverzekeraars, organisaties van letselschadeslachtoffers, en de advocatuur zijn gezamenlijk bezig met een materieel- en procesrechtelijke normering van letselschadeclaims. U heeft zich positief over dit initiatief uitgesproken in Uw brief van 19 april 2004, p. 4/5 bij de notitie Mediation en het rechtsbestel. Daarnaast wijzen wij erop dat het interim-rapport ten dele als een katalysator heeft gefunctioneerd voor kritiek op de huidige regeling van het hoger beroep. Onze fundamentele insteek wordt in het algemeen niet gedeeld, maar de discussie over het interim-rapport is door de meeste hoven en in enkele adviezen en rapporten – zie met name dat van de NVvR – aangegrepen om lijsten met knelpunten en verbetervoorstellen op te stellen. Ook rechtbanken waren al voor het verschijnen van ons interim-rapport, en zijn nog steeds, heel actief in het voortdurend schaven aan de huidige gang van zaken op een manier die zich heel wel laat verenigen met wat wij in het interim-rapport hebben voorgesteld.

Opvallend en met name blijkt uit de gesprekken die wij hebben gevoerd met rechters en advocaten, is de gebrekkige communicatie tussen rechterlijke macht en advo-

catuur. Er vindt te weinig structureel overleg plaats dat leidt tot afspraken over hoe men bepaalde, vaak heel praktische, kwesties gezamenlijk het beste kan aanpakken. Rechters en advocaten weten bijvoorbeeld vaak niet van elkaar wat zij van een compartie mogen verwachten en hoe zij zich daarop moeten voorbereiden. Zo lang dit niet verandert, blijft gezamenlijke verantwoordelijkheid en de daaruit voortvloeiende samenwerking een slag in de lucht. Aan beide zijden beseft men dit wel, maar om de een of andere reden lukt het niet om de huidige situatie van gebrekkige communicatie te verbeteren.

Opvallend en eveneens met name blijkend uit de gesprekken met rechters en advocaten is dat de direct betrokkenen elkaar gevangen lijken te houden in een beschermende houding. Advocaten beschermen hun cliënten tegen rechters die het geschil onvoldoende aanvoelen. Rechters beschermen burgers tegen hun eigen advocaat die slecht procedeert. Hoven beschermen partijen tegen eerstelijnsrechters die onder te grote tijdsdruk moeten produceren en steken laten vallen, met name in de sfeer van de bewijsopname. De Hoge Raad ten slotte werpt zich op als de beschermer tegen een onvoldoende geoutilleerde rechterlijke macht als geheel, die de tol moet betalen van een te strakke budgettering (Advies, p. 2).

### **3. De derde fase**

Met het interim-rapport is voor het eerst sinds vele tientallen jaren een fundamentele herbezinning op het civiele procesrecht gepresenteerd. Naar haar aard is een dergelijke herbezinning toekomstgericht. Het vereist van de deelnemers aan het debat een houding waarin zij zich veel meer dan gebruikelijk moeten losmaken van het procesrecht zoals het is, en zich moeten openstellen voor de vraag of en hoe het anders kan. Het antwoord hierop hoeft niet altijd bevestigend te zijn, maar moet wel steunen op een analyse die verder reikt dan het hier en nu. Dat is, om zeer begrijpelijke redenen, niet altijd gemakkelijk. Omgekeerd moeten wij ons laten voeden door wat in de praktijk haalbaar of praktisch is. Voor allen is het de confrontatie, de uitwisseling waar het op aankomt: enerzijds de uitdaging, anderzijds het besef dat de realiteit beperkingen oplegt, meer dan soms lief is.

Een discussie van één jaar is te kort om al met definitieve standpunten af te sluiten. Wel kunnen wij uit de inhoudelijke schets van de discussie concluderen dat het geenszins aan draagvlak in rechtspraak en -wetenschap ontbreekt voor onze taak in de derde fase: het uitwerken van het interim-rapport tot meer concrete voorstellen. Hierbij betekent draagvlak niet dat iedereen het tot in detail met elkaar eens moet zijn of kunnen worden, maar wel dat de richting die wordt ingeslagen inzichtelijk en aanvaardbaar is, werfkracht heeft (Een nieuwe balans, p. 22).

Wij zullen bij het opstellen van het eindrapport met inachtneming van alle reacties en ontvangen gegevens, in beginsel langs de lijnen die zijn uitgezet in hoofdstuk 13 van ons Interimrapport, de onderwerpen verder uitwerken. Het fundamentele karakter van ons onderzoek zal, naar wij voorzien, meebrengen dat de uitwerking allereerst gericht zal zijn op het verder ontwikkelen en zonodig modificeren van het in het interimrapport geschetste toetsingskader voor het procesrecht, zoals dat er naar ons inzicht in de – mogelijk verder gelegen – toekomst uit zou moeten zien.

Op basis daarvan zullen wij in ons eindrapport vervolgens met concrete antwoorden en voorstellen komen ten aanzien van de in 1.6 van ons Interimrapport genoemde vragen. Waar mogelijk zullen wij tevens aandacht besteden aan andere onderwerpen die met name vanuit de reacties op ons eindrapport naar voren zijn gekomen. Wij denken hierbij in het bijzonder, maar niet alleen, aan onderwerpen die ons in het commentaar van de Raad van de Rechtspraak, het rapport van de Commissie Verbetervoorstellen van de Raad en door Uw ministerie onder de aandacht zijn gebracht.

Uiteraard kunnen wij nu nog niet zeggen tot welke antwoorden wij zullen kunnen komen. Daartoe is allereerst een ordening en analyse van het in de tweede fase verkregen materiaal noodzakelijk.

Naar aanleiding van de reacties op ons Interimrapport en het verloop van de consultatieronde in de tweede fase, zoals wij die hierboven hebben beschreven, en in overleg met de Begeleidingscommissie hebben wij besloten om, in zoverre in afwijking van de oorspronkelijk beoogde werkwijze, bij onze werkzaamheden in de derde fase voort te gaan met het consulteren van rechtspraak en rechtswetenschap op een zo effectief en efficiënt mogelijke wijze. In dit verband zullen wij met de Raad voor de Rechtspraak overleg voeren in verband met de hierboven genoemde voorstellen van de Commissie Verbetervoorstellen maar ook met de inmiddels in gang gezette projecten van de Raad in het programma van de sector civiel recht (zoals het project Versterking regiefunctie van de rechter). Daarmee beogen wij vast te kunnen stellen hoe wij in ons eindrapport, vanuit en in overeenstemming met de aard en de resultaten van het door ons verrichte fundamentele onderzoek, door het formuleren van voorstellen een bijdrage kunnen leveren aan verbetering van het bestaande procesrecht op de desbetreffende punten.

In het kader van de in de derde fase voortgezette consultatie voorzien wij ook gesprekken met (vertegenwoordigers van) de commissies/werkgroepen die zich in rapporten kritisch hebben uitgelaten over de ideeën en voorstellen in ons Interimrapport. Wij noemen hier met name de Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht, de Commissie Burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. Daarover merken wij het volgende op.

Wij beogen met die gesprekken het totstandbrengen van een constructieve dialoog die dienstbaar zal zijn aan het opruimen van de hierboven gesignaleerde misverstanden en waar nodig aan het nader preciseren van de wederzijds levende inzichten. Dit laatste is van belang omdat wij vooralsnog menen dat daar waar de critici bij hun verwerping van de door ons gekozen uitgangspunten en gemaakte keuzen volstaan met verwijzing naar het bestaande en daarvoor geen andere alternatieven aanwijzen, wij niet voldoende in staat zijn hun kritiek op een bevredigende manier te verwerken bij ons werk aan het eindrapport. In het bijzonder geldt dit die kritische beschouwingen die uitgaan van concepten van ons procesrecht die, zoals ook blijkt uit een aantal (soms zeer verregaande) voorstellen in het rapport van de Commissie Verbetervoorstellen, niet in alle opzichten meer blijken aan te sluiten bij de dagelijkse procespraktijk.

Ons uitgangspunt bij de beoogde gesprekken zal zijn dat er bij een groot deel van de procesdeelnemers wensen leven tot verdere verbetering en modernisering van het burgerlijk procesrecht, als boven aangegeven. Het rapport van de Commissie Verbetervoorstellen, en hetgeen bij de consultatieronde in de tweede fase naar voren is gekomen, leveren het sprekende bewijs daarvan. Ons uitgangspunt is ook dat die verbetering en modernisering niet slechts een kwestie is van technische aanpassingen, maar dat zij in onderling verband bezien een consistent procesrecht moeten opleveren en dat daartoe een fundamentele bezinning op de grondslagen onontbeerlijk is.

Wij gaan er, gelet op de aard en de inhoud van de kritiek, niet van uit dat dergelijke gesprekken steeds tot overeenstemming ten aanzien van die grondslagen zullen leiden. Wij stellen ons dat, bij het aangaan van die gesprekken, ook niet ten doel. Echter, gelet op de goede ervaringen die wij bij de consultaties in de tweede fase hebben opgedaan – en waarover wij hierboven al het nodige hebben opgemerkt – hebben wij het vertrouwen dat de hier bedoelde gesprekken in veel opzichten dienstbaar zullen zijn aan het bereiken van wat wij daarmee, als boven aangegeven, beogen.

Hoogachtend,

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken en I.N. Tzankova

## Bijlage 2 Een nieuwe balans

### *Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht – Hoofdstuk 13*

#### **13 Een nieuwe balans**

##### **13.1 De factoren**

Een fundamentele herbezinning van het Nederlands civiele proces dient gericht te zijn op het vinden van een nieuwe balans tussen:

- a overheidsrechtspraak als een wijze van conflicthantering te midden van (vele) andere;
- b de wens overheidsrechtspraak te beschouwen als ultimum remedium enerzijds, en zijn onmisbaarheid wegens de exclusieve en ook door art. 6 EVRM gewaarborgde plicht tot recht- en titelverschaffing en wegens zijn rechtsontwikkelingsfunctie anderzijds;
- c de eisen van professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening van overheidsrechtspraak (soms ook wel, maar niet helemaal parallel, omschreven als: de eisen van snelheid, kosten, efficiency en kwaliteit);
- d de taakverdeling van rechter en partijen, zowel in het overheidsproces als daaraan voorafgaand;
- e het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie;
- f een scherpe en toch soepele, flexibele regelgeving.

Ten aanzien van deze zes factoren zetten wij hierna, bij wijze van samenvatting van ons rapport, accenten.

### **13.2 (ad a) Overheidsrechtspraak als een wijze van conflicthantering**

- 1 De meeste geschillen en conflicten worden buitenjuridisch, althans buitenprocesueel afgedaan. Tenzij blijkt van een leemte of gebrek, dient dit zo te blijven en waar mogelijk nog te worden bevorderd.
- 2 Uitbreiding van buitenjuridische, althans buitenprocesuele conflicthanteringsmechanismen is wenselijk. Te denken is onder meer aan algemene procesvoorwaarden, klachtencommissies, gedragscodes, pre-action protocols, offers to settle, en rechtsbijstandverzekeraars. Ook materieelrechtelijke oplossingen kunnen veel geschillen en conflicten voorkomen.
- 3 De mogelijkheden om de rechter in de voorfase in te schakelen dienen te worden verruimd, mede als uitdrukking van zijn dienstverlenende taak. Gedacht kan hierbij worden aan een preprocesuele schikkingscomparitie, een voorlopige beoordeling van de zaak, een spreekuurrechter, een preprocesuele voorlopige bewijsopname die verder gaat dan het huidige recht en bijvoorbeeld ook het overleggen van documenten omvat, en een preprocesuele conferentie, met name in gevallen van maschade.
- 4 De verhouding van mediation en overheidsrechtspraak is een complementaire. Mediation dient te worden bevorderd, zowel vóór een eventuele procedure als tijdens de procedure, zonder dat dit (vooralsnog) uitmondt in een verplicht stellen ervan. Inzet dient te zijn het ontwikkelen van een gericht en gefaseerd mediationbeleid. De overheid heeft hierbij zekere initiërende, regelgevende en faciliterende taken.

### **13.3 (ad b) Overheidsrechtspraak is ook voor de rechtsontwikkeling onmisbaar**

- 5 Rechtspraak is van toenemend belang voor de ontwikkeling van het materiële recht en voor de rechtseenheid. In het civiele recht komt deze taak vooral aan de Hoge Raad toe. Om deze taak goed te kunnen vervullen, dienen de relevante rechtskwesties de Hoge Raad te bereiken. Dit kan door te zorgen voor enerzijds een goede, deels anders dan thans georganiseerde doorstroom van zaken, en anderzijds een zeer spoedige selectie van zaken die aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Daarnaast is van belang dat de Hoge Raad meer gestructureerd zijn taak ten aanzien van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid ter hand neemt.

### 13.4 (ad c) Procedurevormen

- 6 Een differentiatie van procedures is wenselijk. Zij dient, anders dan thans, te verlopen langs lijnen waarbij de omvang van de in te zetten menskracht en middelen van de overheidsrechtspraak in beginsel wordt gerechtvaardigd door de bewerkelijkheid en waarde van het geschil. Uitgaande hiervan is het onderscheid tussen kantonzaken en andere rechtbankzaken aan herziening toe. Het toch al willekeurig geworden onderscheid tussen dagvaardingsprocedure en verzoekschriftprocedure is achterhaald.
- 7 Incassozaken dienen in beginsel uit het rechterlijk circuit te worden gehaald en te worden geautomatiseerd, tenzij verweer wordt gevoerd.
- 8 Overwogen moet worden of voor de afhandeling van small claims een afzonderlijke procedure nodig is dan wel of dergelijke zaken in beginsel niet beter door rechtsbijstandverzekeraars kunnen worden behandeld.
- 9 Bij een small claims-procedure (indien daarvoor wordt gekozen) dient de procesgang zo eenvoudig mogelijk te zijn en zodanig te zijn gestandaardiseerd, dat betrokkenen op voorhand weten wie wat wanneer en hoe moet doen. Case management van de rechter is hierbij in beginsel niet nodig.
- 10 Bij de normale procedure opteren wij voor het model van één schriftelijke ronde, in beginsel gevolgd door een mondelinge behandeling. Bij deze procedure is de taakverdeling tussen rechter en partijen van essentieel belang.
- 11 De mogelijkheid moet worden geopend in kort geding een beslissing ten gronde te verkrijgen indien beide partijen dit wensen. Wenst slechts een van de partijen dit en willicht de kortgedingrechter het verzoek in, dan wordt de beslissing pas als een beslissing ten gronde opgevat nadat een bepaalde termijn is verstreken zonder dat de wederpartij hiertegen bezwaar heeft gemaakt.
- 12 Er dienen bijzondere voorzieningen te komen voor gevallen van massaschade, pre-processueel en processueel. De huidige mogelijkheden schieten tekort.

### 13.5 (ad d) Rechter en partijen

- 13 De verhouding tussen rechter en partijen kan niet meer worden omschreven in termen van partijautonomie en lijdelijkheid. De relatie van het civiele procesrecht tot het materiële privaatrecht is niet eenzijdig, statisch en dienend, maar weder-

kerig en dynamisch. De overheid stelt een forum voor conflicthantering ter beschikking en financiert dat. Zij mag eisen dat hiervan efficiënt, verantwoord en kostenbewust gebruik wordt gemaakt. Partijen die in het proces investeren mogen dat ook van elkaar en van de rechter eisen. Daarom dragen partijen en rechter de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een voortvarend, efficiënt en effectief verlopend proces. Hun samenwerking daartoe wordt gekenmerkt door een algemene verplichting tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces. Gezamenlijke verantwoordelijkheid, een algemene medewerkingsplicht, redelijkheid en billijkheid, goede procesorde, evenredigheid en kostenbewustzijn, meer specifieke zorg- en informatieplichten, zij vormen dan ook de ankerpunten.

- 14 De genoemde ankerpunten verdienen naast de mede in art. 6 EVRM verankerde beginselen van hoor en wederhoor, equality of arms, openbaarheid, motivering, tijdigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid, te worden vooropgesteld in een nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering.
- 15 Consequenties van de genoemde ankerpunten in de voorfase zijn te vinden in wat wij in punt 3 hebben geconcludeerd. Wij verwijzen daarnaar.
- 16 Consequenties van de genoemde ankerpunten voor de invulling van de taakverdeling tussen rechter en partijen *tijdens de procedure in eerste aanleg* zijn met name:
  - i eerst en vooral een differentiatie van procedures op de manier als hiervoor in 13.4 aangegeven  
  
en voorts ten aanzien van de *normale procedure*:
  - ii bij normale procedures bestaat weliswaar een vaste structuur van één schriftelijke ronde, in beginsel gevolgd door een mondelinge behandeling, maar de daarin te behandelen zaken zijn soms zodanig dat ruimte moet zijn voor afwijkingen, nader overleg over knelpunten of over de voortgang; een centrale rol is niet de meest geschikte plaats voor dit soort kwesties; daarom bepleiten wij de zaaksrechter die als case manager met gebruikmaking van moderne communicatiemiddelen met partijen communiceert en voor hen bereikbaar is;
  - iii bij normale procedures is een mondelinge behandeling regel; de rechter dient daarbij de bevoegdheid te hebben om, partijen gehoord, kennelijk ongegronde vorderingen en weren aanstonds te verwerpen, dan wel tijdelijk te parkeren; ook dient hij de bevoegdheid te hebben om, partijen gehoord, derdebelanghebbers in de procedure op te roepen;



- iv in normale procedures zijn partijen verplicht ervoor te zorgen dat zij uiterlijk op de dag van de mondelinge behandeling het geschil feitelijk en juridisch zodanig hebben uiteengezet en gedocumenteerd, dat hetzij de zaak voor beslissing gereed ligt, hetzij anderszins afgedaan kan worden, hetzij passende afspraken over het vervolg van de procedure kunnen worden gemaakt; met het oog hierop zal de rechter van zijn kant tijdens de mondelinge behandeling het geschil feitelijk en juridisch met partijen moeten bespreken, vragen stellen, onduidelijkheden of onvolledigheden signaleren en proberen op te helderen, en zo nodig om nadere informatie of bewijsstukken vragen;
- v in normale procedures is de mondelinge behandeling tevens in beginsel een schikkingscomparitie, tenzij partijen duidelijk hebben aangegeven daaraan geen behoefte (meer) te hebben; voorts kan de mondelinge behandeling worden aangegrepen om samen met partijen te bezien of mediation dan wel een andere wijze van conflicthantering niet de voorkeur verdient boven een beslissing van de rechter;
- vi met het oog op een goede voorbereiding en een goed verloop van de mondelinge behandeling is het gewenst dat partijen en rechter tevoren weten welke kwesties aan de orde komen; een standaardlijst van te behandelen onderwerpen, met daarnaast ruimte voor specifiek op het concrete geval toegespitste aandachtspunten, bijvoorbeeld in de sfeer van de feitengaring en het bewijs, zal hierbij goede diensten bewijzen; nodig is dan wel dat partijen en rechter tijdig tevoren aan elkaar kenbaar maken waaraan wel of geen behoefte (meer) is;
- vii de medeverantwoordelijkheid van de rechter voor een goede procedure brengt mee dat hij op serieuze bewijsaanbiedingen van partijen, ook als ze niet op getuigenbewijs betrekking hebben, gemotiveerd dient te beslissen;
- viii getuigenbewijs dient in beginsel door middel van een door de getuige zelf opgestelde schriftelijke verklaring te worden verstrekt en in de procedure te worden overgelegd; het initiatief hiertoe berust bij de betrokken partij; de rechter kan vervolgens besluiten de getuige mondeling te horen;
- ix er dienen sancties te worden gesteld op gedrag van partijen dat niet beantwoordt aan wat blijkens het voorgaande van hun verwacht mag worden; een duidelijk en verplichtend sanctiestelsel is essentieel, omdat anders alle voorgaande voorstellen al spoedig in vrijblijvende bezweringsformules verkeren;

- x sancties zouden kunnen zijn: uitsluiting van gegevens, stellingen of bewijsmateriaal (bijvoorbeeld bij nodeloos te laat inbrengen of opwerpen in de procedure); kostenveroordelingen; beperking van nova in appèl; schadevergoeding aan wederpartij en/of aan de overheid wegens het niet efficiënt en kostenbewust gebruiken van de overheidsrechtspraak; een bevel of verbod met dwangsom.

### **13.6 (ad e) Het drietrapsstelsel van eerste aanleg, hoger beroep en cassatie**

- 17 Hoger beroep heeft het karakter van een voortgezette instantie en dat heeft consequenties. De eerste is dat de differentiatie van procedures in de eerste aanleg een vervolg moet krijgen in appèl. De tweede consequentie is dat de controlefunctie van hoger beroep ten volle moet kunnen worden uitgeoefend, wellicht in nog verdergaande mate dan thans. De derde consequentie is dat de herkansingsfunctie van hoger beroep onder druk komt te staan, in die zin dat de appèlrechter partijen erop moet kunnen aanspreken dat zij bepaalde feiten, bewijzen, stellingen, wettelijke gronden, vorderingen en verzoeken al in eerste aanleg hadden moeten aanvoeren. Kunnen partijen geen voldoende rechtvaardiging geven, dan moet de appèlrechter dat te hunnen nadele brengen.
- 18 Sluitstuk van een beperking van de herkansingsfunctie in appèl is een duidelijk en verplichtend sanctiestelsel, omdat anders niet alleen in het appèl niets verandert, maar ook van alle voorgestelde veranderingen in de taakverdeling tussen rechter en partijen in eerste aanleg – die evenzovele verbeteringen beogen te zijn – niets terecht komt. Voor wat betreft de soort sancties denken wij, net als in eerste aanleg, aan kostenveroordelingen; uitsluiting van nova; schadevergoeding aan wederpartij en/of aan de overheid wegens het niet efficiënt en kostenbewust gebruiken van de eerste aanleg; een bevel of verbod met dwangsom.
- 19 Wat de cassatie betreft: ook dienaangaande geldt dat (a) de differentiatie van procedures in eerste aanleg en in appèl een vervolg moet krijgen in cassatie, en (b) dat de controlefunctie van de cassatie behouden moet blijven, maar dat deze vanwege de bijzonderheden van cassatie anders en beperkter is dan in hoger beroep. Dit laatste maakt een strenge selectie van zaken mogelijk meteen nadat zaken bij de Hoge Raad worden ingediend.
- 20 Over de taak van de Hoge Raad voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, hebben wij in paragraaf 13.3 al geconcludeerd. Wij verwijzen daarnaar.

### **13.7 (ad f) Een scherpe en toch soepele, flexibele regelgeving**

- 21 Bij de hercodificatie van het procesrecht dient men zich af te vragen of het gebruikelijke schema, waarbij de wetgever algemene regels formuleert en toelicht, en de rechtspraak deze regels in concrete gevallen concretiseert, aanvult en bij de tijd houdt, nog wel voldoende is. Wij pleiten ervoor meer aandacht te besteden aan begeleiding bij de hantering van regels. In hoofdstuk 12 onderscheiden wij vier instrumenten om deze begeleiding gestalte te geven.

