



TISCO

Institute for Interdisciplinary Studies of Civil Law and Conflict Resolution Systems

Sturen met proceskosten

Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?

Dissertatie Paul Sluijter
31 oktober 2011 - Digitale versie

Sturen met proceskosten

Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?

Gedrukte versie verkrijgbaar

De gedrukte versie van dit proefschrift is uitgegeven als nummer XII in de serie Burgerlijk Proces & Praktijk van Kluwer, met als ISBN: 978-90-13-09751-1. En met als NUR: 822-209.

© 2011 Paul Sluiter, Tilburg

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze digitale versie mag 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 toestemming van de auteur.

Hoewel aan de totstandkoming van dit proefschrift de uiterste zorg is besteed, aanvaarden noch de auteur noch zijn promotoren of anderen die input hebben geleverd aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden of voor de gevolgen daarvan.

Voor verwijzingen naar dit boek kunt u het beste naar de paginanummers in de Kluwer-uitgave verwijzen. De paginanummers in deze digitale versie wijken daar namelijk van af.

Sturen met proceskosten

Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan Tilburg University op gezag van de rector magnificus, prof.dr. Ph. Eijlander, in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een door het college voor promoties aangewezen commissie in de aula van de Universiteit op maandag 31 oktober 2011 om 16.15 uur

door

Paul Sluiter

geboren op 5 mei 1983 te Tilburg

Promotiecommissie:

Promotores: prof. mr. J.M. Barendrecht
prof. mr. J.B.M. Vranken

Copromotor: mr. dr. G. van Dijck

Overige leden: prof. mr. W.D.H. Asser
prof. dr. M.G. Faure
prof. mr. I. Giesen
prof. mr. H.J. Snijders
prof. dr. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Woord vooraf

De ironie van een onnodig vertraagd en inefficiënt onderzoeksproces is me gelukkig bespaard gebleven. Dat het onderzoek binnen een redelijke (en bovendien leuke) tijd en tegen beperkte financiële en emotionele kosten is voltooid, komt mede door de vele mensen die me hebben geholpen en geïnspireerd. Ik wil hen voor dit 'positieve procesgedrag' graag bedanken.

Allereerst gaat veel dank uit naar Maurits Barendrecht, Jan Vranken en Gijs van Dijk, mijn (co-)promotoren. Al tijdens het schrijven van het onderzoeksvoorstel besepte ik dat ik in een luxepositie zat, met de feedback van drie scherpe rechtswetenschappers pur sang. Na de viergesprekken tolde mijn hoofd meestal nog enkele uren door, maar de volgende dag wist ik dan precies welke punten ik moest bijstellen en welke fel verdedigde invalshoeken ik nog wat beter diende te verantwoorden. Waar Maurits me in andere interessante projecten probeerde te betrekken, waakten Jan en Gijs over mijn proefschrifttijd, hetgeen in mijn ogen heeft geleid tot een goede mix van ervaring in nevenprojecten ('Kitty's ketens' en 'De goede procesorde in beeld') enerzijds en een bijtijds voltooid proefschrift anderzijds. Jullie waren voor mij het ideale begeleidingsteam!

Verder bedank ik prof.mr. W.D.H. Asser, prof.dr. M.G. Faure, prof.mr. I. Giesen, prof.mr. H.J. Snijders en prof.dr.mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai voor het plaatsnemen in de promotiecommissie en het beoordelen van het manuscript.

Onderweg heb ik veel bijgeleerd. Het procesrecht in actie zag ik tijdens mijn onderzoeksstage bij het handelsrechtelijke team van de Rechtbank Breda, waar sectorvoorzitter Kees van der Weide me onder hoede plaatste van Elke Meyboom en Harry Hopmans. Zij leerden me conceptvonnissen schrijven en ondertussen kon ik alles vragen over proceskosten en verstorend procesgedrag. Ook de zittingen die ik als griffier mocht meemaken waren nuttig voor het opstellen van de opzet van de latere interviewstudie. Daarom bedank ik graag alle Bredase rechters die me hebben geholpen, en in het bijzonder Kees, Elke, Harry en de drie proefgeïnterviewden. Tevens gaat mijn grote dank uit naar de achttien (anonieme) rechters en raadsheren die ik in het hele land heb mogen interviewen. Dit geldt ook voor hun sectorvoorzitters en de instanties van wie ik toestemming heb gekregen: de Raad voor de Rechtspraak en de landelijke overlegorganen van sectorvoorzitters. De interviews zijn voor een groot deel uitgetypt door student-assistente Anne de Vries, tegen wie ik nauwelijks nog durf te spreken, omdat ze mijn stem erg beu moet zijn. Ook Marie-Claire Menting, Iris Wilschut en Sira Westerveld hebben me met de interviewstudie geholpen, waarvoor dank!

Kwalitatief interviewen leerde ik van John Gelissen en rechtseconomische inzichten werden me bijgebracht door Cédric Argenton. Het was prettig om als jurist deze cursussen aan andere faculteiten te mogen bijwonen en met de docenten over mijn onderzoek te kunnen spreken vanuit geheel andere perspectieven. Ten slotte was de strenge ‘methodologische check’ op de summer school door Rob van Gestel en Hervé Tijssen zeer nuttig.

De leden van de vakgroep Privaatrecht en onderzoeksgroep TISCO dank ik voor de gezelligheid op en buiten de werkvloer, de prettige samenwerking en de inhoudelijke gesprekken die ik over mijn en jullie onderzoeken kon voeren. Ook het mede-organiseren van twee succesvolle TISCO-congressen was erg leerzaam. Verder zie ik met mijn vertrek kansen voor jullie om eindelijk het faculteitsvoetbaltoernooi weer eens te winnen. Dus collega’s, bedankt voor de mooie tijd en iedereen veel succes gewenst! In het bijzonder wil ik nog Corry van Zeeland bedanken voor het mij binnenhalen als student-assistent en voor de daaropvolgende 7 jaar waarin ik altijd bij je kon binnenlopen voor een goed gesprek. Ianika Tzankova nam me mee naar Londen voor een conferentie, waar ik praktijkjuristen kon spreken uit diverse andere staten, hetgeen veel inspiratie opleverde voor de alternatieve opties die ik in hoofdstuk 6 bespreek. Ten slotte wil ik mijn ‘vierde begeleider’ en kamergenote Floortje van Tilburg bedanken. Je las kritisch mijn manuscript en we legden veel ideeën aan elkaar voor, die vaak over onze proefschriften gingen, maar ook over allerhande koetjes, kalfjes en doelpunten. Ik ben benieuwd naar jouw proefschrift straks!

Afleiding was soms ook nodig en daar had ik gelukkig verschillende vrienden voor die niet precies wisten wat ik op de universiteit deed. Tijdens de weekendjes met de ‘Tilburgse oude groep’ dacht ik geen moment aan het procesrecht. Uit die groep komt ook paranimf Jan, die samen met Joost de feestelijkheden in goede banen mag leiden, waarvoor alvast dank.

Ten slotte gaat mijn dank uit naar de (schoon)familie voor alle steun en leuke afleidingen, en in het bijzonder naar mijn ouders en Joost. Mijn moeder Marilet Hollants heeft het manuscript van begin tot eind kritisch qua taal én inhoud doorgeploegd. Alle taalfouten die er nog in staan, zijn veroorzaakt doordat ik achteraf aan het stuk heb gesleuteld. Lieve Michèle, bedankt voor de hulp bij de trefwoordenlijst, maar vooral ook voor je liefdevolle aanwezigheid en support. Het samen heen en weer naar de universiteit fietsen ga ik nog het meeste missen. Zo kon ik voor en na het werk meteen mijn ei kwijt of juist direct over andere dingen praten en lachen. Gelukkig krijgen we er binnenkort een wereldreis voor terug!

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	1
1.1 Probleemveld	2
1.1.1 Mondiale problemen: tijd en kosten	2
1.1.2 Remedies tegen verstorend procesgedrag.....	3
1.1.3 Onderzoeksvraag	4
1.2 Relevantie	7
1.3 Methode van onderzoek.....	8
Hoofdstuk 2: Toetsingskader: een snelle, efficiënte en eerlijke procedure met goede uitkomsten	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Vier toetsingscriteria.....	14
2.2.1 Kwaliteit van uitkomsten.....	14
2.2.2 Kwaliteit van de procedure	17
2.2.3 Tijd.....	19
2.2.4 Kosten	21
2.3 Onderlinge samenhang	24
2.4 Meetbaarheid en onderlinge vergelijkbaarheid	24
2.5 Conclusie en gebruik toetsingskader in vervolg.....	25
Hoofdstuk 3: Onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Begripsbepaling	27
3.3 Onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag in de literatuur..	30
3.3.1 Aanpak.....	30
3.3.2 Liegen, bedriegen en simuleren.....	31
3.3.3 Evident kansloos proces	32
3.3.4 Kansloze stellingen en verwerpen	35
3.3.5 Overdreven hoge vordering	35
3.3.6 Overbodig of prematuur proces	36
3.3.7 Late stellingen en feiten.....	37
3.3.8 Laat inbrengen van bewijsstukken	39
3.3.9 Late verandering of vermeerdering van eis	40
3.3.10 Onvoorbereid, ondeugdelijk vertegenwoordigd of niet verschijnen ter zitting	41
3.3.11 Het weigeren om bewijsstukken over te leggen	41
3.3.12 Fishing expedition	42
3.3.13 Overbodige processuele verrichtingen	42
3.4 Uitzonderingsgevallen	43

3.5	Conclusie literatuuronderzoek	44
Hoofdstuk 4: De proceskostenveroordeling in de huidige Nederlandse praktijk		
	45
4.1	Inleiding	45
4.2	Stelsels van kostenallocatie	45
4.3	De proceskostenveroordeling op grond van artikel 237 Rv	47
4.3.1	Een zwakke hoofdregel met sterke uitzonderingen en een beperking.....	47
4.3.2	Uitzondering (i): compensatie bij (ex-)partners, bloed- of aanverwanten	47
4.3.3	Uitzondering (ii): compensatie bij ongelijk over en weer	48
4.3.4	Uitzondering (iii): nodeloze kosten	50
4.3.5	Beperking: liquidatietarief	51
4.3.6	Artikel 237 Rv en ontmoediging van verstorend procesgedrag: beoordeling	55
4.4	Het ‘eigen beursje’	57
4.5	De proceskostenveroordeling in IE-zaken.....	60
4.5.1	Ontstaan en werking van de afwijkende regeling.....	60
4.5.2	Behoeftte aan normering: indicatietarieven.....	61
4.5.3	Artikel 1019h Rv en ontmoediging van verstorend procesgedrag	62
4.6	Buitengerechtelijke kosten.....	63
4.6.1	Beperkte bespreking	63
4.6.2	Wettelijke basis.....	63
4.6.3	Verhouding tot proceskosten	64
4.6.4	Normering in Rapport Voorwerk II en toekomstige wetgeving.....	66
4.6.5	Deelgeschilprocedure	66
4.6.6	Buitengerechtelijke kosten en verstorend procesgedrag: beoordeling	67
4.7	Bedongen kosten.....	68
4.8	Verdragsrechtelijke eisen.....	69
4.9	De ‘law in action’: jurisprudentie	71
4.9.1	Doel jurisprudentieanalyse	71
4.9.2	Aanpak.....	71
4.9.3	Resultaten	73
4.9.4	Analyse, beperkingen en discussie	76
4.9.4.1	Algemene beperkingen	76
4.9.4.2	Weinig vorderingen en toekenningen.....	77
4.9.4.3	Wel nodeloze kosten, geen werkelijke kosten.....	77
4.9.4.4	Inconsistentie bij consequenties wegens fouten in eerste aanleg	79
4.9.4.5	Redenen achter terughoudendheid?.....	79
4.10	Conclusie	81
Hoofdstuk 5: Interviewstudie: verstorend procesgedrag en kostenconsequenties in de praktijk		
		83

5.1	Inleiding	83
5.2	Verantwoording methode en uitvoering van onderzoek.....	84
5.2.1	Onderzoeksstrategie en methode	84
5.2.2	Toegang tot het veld en selectie van respondenten	85
5.2.3	Verantwoording van de topic list.....	87
5.2.4	Uitvoering van de interviews.....	87
5.2.5	Analyse van gegevens.....	88
5.2.6	Kwaliteitsvalkuilen en -waarborgen	88
5.3	Resultaten verstorend procesgedrag	90
5.3.1	Open gedeelte	90
5.3.1.1	Grens tussen nodig en onnodig gedrag.....	90
5.3.1.2	Commentaar op de werkdefinitie.....	93
5.3.1.3	Frequentie verstorend procesgedrag	95
5.3.1.4	Spontane voorbeelden.....	97
5.3.2	Lijst van gedragingen	98
5.3.2.1	Commentaar per gedraging.....	98
5.3.2.2	Gedragingen die niet op de lijst stonden	114
5.3.2.3	Top 3 en deelconclusies	115
5.3.3	Oorzaken en motieven	118
5.4	Resultaten kostenconsequenties.....	121
5.4.1	Soorten kostenconsequenties	121
5.4.2	Frequentie toepassing proceskostenconsequenties	129
5.4.3	Redenen voor terughoudendheid	130
5.4.3.1	Spontaan genoemde redenen	131
5.4.3.2	Voorgelegde factoren.....	135
5.4.3.3	Redenen en factoren terughoudendheid: overzicht en conclusie.....	140
5.4.4	Het eigen beursje terug?	143
5.4.5	Overige opmerkingen	144
5.5	Conclusies.....	144
5.5.1	Verstorend procesgedrag	145
5.5.2	Kostenconsequenties.....	147
5.5.3	Eigen beursje	149
5.6	Discussie	149
5.6.1	Dwarsverbanden	149
5.6.2	Kanttelingen	150
5.6.3	Betekenis voor het vervolg van dit onderzoek	151
5.6.4	Zelfstandige waarde van de interviewstudie en vervolgonderzoek.....	153
Hoofdstuk 6: Potentiële nieuwe prikkels		156
6.1	Inleiding	156
6.2	Selectie.....	156

6.3	Bevindingen uit drie projecten: Oxford, Washington en Lord Jackson	159
6.4	Belgische minimum- en maximumbedragen	164
6.4.1	Nieuw systeem.....	164
6.4.2	De Belgische prikkel geabstraheerd	168
6.5	Indemnity basis	168
6.5.1	Strafkosten in het Gemenebest	168
6.5.2	Engeland & Wales: processuele infrastructuur.....	169
6.5.3	De CPR 1998 en de Engelse kostenregels.....	170
6.5.4	De Engelse indemnity basis.....	171
6.5.5	De Canadese indemnity basis	173
6.5.6	De Australische en Nieuw-Zeelandse indemnity basis	176
6.5.7	Indemnity basis: samengevat en geabstraheerd.....	178
6.6	Duitsland: geen rekening houden met gedrag?.....	180
6.6.1	Kostenstelsel en griffierechten	180
6.6.2	Contract tussen advocaat en eigen cliënt.....	182
6.6.3	Proceskostenveroordeling.....	183
6.6.4	Conclusie	185
6.6.5	Abstraheren: de nulprikkel of het Duitse systeem?.....	185
6.7	Scherpe normen	186
6.7.1	Open normen versus scherpe normen.....	186
6.7.2	Aanpak en afbakening	187
6.7.3	Categorieën van buitenlandse scherpe normen.....	188
6.7.4	Scherpe normen: conclusie	197
6.8	Het eigen beursje	197
6.8.1	Engeland: wasted costs orders	198
6.8.2	Verenigde Staten: federale procedureregels	202
6.8.3	De American Rule en uitzonderingen.....	203
6.8.4	Verenigde Staten (federaal): de huidige Rule 11 FRCP.....	205
6.8.5	Wasted costs orders en Rule 11 FRCP vergeleken.....	208
6.8.6	Het eigen beursje geabstraheerd	210
6.9	Conclusie potentiële nieuwe prikkels	210
Hoofdstuk 7: Algemene theorie over effecten van kostenprikkels		214
7.1	Inleiding	214
7.1.1	Twee stappen	214
7.1.2	Plan van behandeling	215
7.2	Rechtseconomie met gedragseconomische en empirische correcties.....	216
7.3	Algemene inzichten in de dynamiek van het civiele proces.....	218
7.3.1	Basismodel.....	218
7.3.2	Complicaties	221
7.3.2.1	De verhouding cliënt-advocaat als principaal-agentprobleem	221

7.3.2.2	Vrijwillige en verplichte informatie-uitwisseling.....	223
7.4	Het afschrikken van verstorend procesgedrag.....	227
7.4.1	Parallellen met buitencontractuele aansprakelijkheid	229
7.4.2	Unilateraal/bilateraal en het aantal activiteiten.....	230
7.4.3	Risico- versus schuldaansprakelijkheid: basismodel.....	232
7.4.4	Risico- versus schuldaansprakelijkheid toegepast op verstorend procesgedrag.....	233
7.4.5	Administratieve kosten, pakkans, fouten en waarborgen	236
7.4.5.1	Factoren die aan optimale deterrence in de weg staan	236
7.4.5.2	Een driehoekig spanningsveld	238
7.4.6	Bepalen van schade en consequenties	239
7.4.7	Andere behandeling van opzet en/of grove verstoringen?	241
7.4.8	Afschrikking: gedragseconomische en empirische inzichten.....	243
7.4.8.1	Systematische inschattingfouten (bounded rationality)	243
7.4.8.2	De onaardige ander (bounded self-interest).....	245
7.4.8.3	Crowding out	246
7.4.8.4	Preventieve werking in aansprakelijkheidsrecht: toepasbaar op procesgedrag?	247
7.4.8.5	Slotsom gedragseconomie en empirie over afschrikking	249
7.4.9	Conclusie afschrikken verstorend procesgedrag	249
7.5	De kostenveroordeling: American versus English Rule?	251
7.5.1	Theorie	252
7.5.2	Empirie	254
7.5.3	Conclusie Amerikaanse versus Engelse regel	256
7.5.4	Tussenvormen en het Nederlandse systeem	256
7.6	De kostenveroordeling als instrument	258
7.6.1	Als preventiemiddel.....	259
7.6.1.1	Margin-based fee shifting	259
7.6.1.2	De effecten van Rule 11 FRCP.....	260
7.6.2	Rechtsbijstandverzekeringen, gesubsidieerde rechtsbijstand en insolventie 262	
7.6.3	Als compensatiemiddel.....	264
7.6.4	Voorspelbaarheid van kosten.....	265
7.6.5	Conclusie kostenveroordeling als instrument.....	267
7.7	Conclusie	268
Hoofdstuk 8: De effecten van potentiële nieuwe prikkels op de kwaliteit van het burgerlijk proces.....		271
8.1	Inleiding.....	271
8.2	Effecten van de Nederlandse status quo	273
8.2.1	Het liquidatietarief	274

8.2.2	Afwijken van het liquidatietarief.....	274
8.2.3	Nodeloze kosten, compensatie en afwijken binnen het tarief.....	275
8.2.4	Familie- en IE-zaken.....	277
8.2.5	Conclusie Nederlandse status quo	277
8.3	Scherpe normen	278
8.3.1	Theorie: rules versus standards.....	278
8.3.2	Verband tussen open normen en rechterlijke terughoudendheid?.....	282
8.3.2.1	Hogere kosten bij standards en de invloed op de rechterlijke beslissing	283
8.3.2.2	Status quo bias	285
8.3.3	Scherpe normen invoeren in het Nederlandse systeem?.....	286
8.3.4	Conclusie scherpe normen.....	289
8.4	Minimum- en maximumbedragen	289
8.4.1	Hoogte maximum	290
8.4.2	Behoeftte aan een minimumtarief?.....	292
8.4.3	De scherppte van de criteria en bedragen.....	293
8.4.4	Conclusie minimum- en maximumbedragen.....	294
8.5	Indemnity basis.....	294
8.5.1	Aanvullend instrument voor grovere verstoringen.....	295
8.5.2	Welke gedragingen komen hiervoor in aanmerking?.....	295
8.5.3	Uitgebreide motivering.....	297
8.5.4	Hoogte van de sanctie.....	298
8.5.5	Conclusie indemnity basis	300
8.6	Eigen beursje	301
8.6.1	Deterrence jegens de advocaat.....	302
8.6.2	Huidige verhouding tussen advocaat en cliënt	303
8.6.3	Ongereguleerde opties: contract en marktwerking.....	305
8.6.3.1	Contract.....	306
8.6.3.2	Marktwerking	307
8.6.4	De directe weg: het eigen beursje.....	308
8.6.4.1	Algemene effecten.....	308
8.6.4.2	Een voorbeeld	311
8.6.4.3	Evidente advocatenfouten.....	311
8.6.5	Het indirecte alternatief: de cliënt moet zelf in actie komen.....	312
8.6.5.1	Tuchtrecht.....	313
8.6.5.2	Beroepsaansprakelijkheid jegens de cliënt	314
8.6.5.3	Een voorbeeld	315
8.6.5.4	Evaluatie van de indirecte weg.....	316
8.6.6	Conclusie doorberekening consequenties naar advocaat.....	318
8.7	Geen kostenprikkel.....	319

8.7.1	Categorieën andere remedies	321
8.7.1.1	Financiële prikkels	321
8.7.1.2	Informe prikkels	322
8.7.1.3	Buiten de bestaande procedure om	323
8.7.1.4	Materiële consequenties	323
8.7.2	Effecten van materiële consequenties	325
8.7.3	Effecten van kostenconsequenties	327
8.7.4	Conclusie andere remedies versus kostenconsequenties	328
8.8	Conclusie	329
8.8.1	De alternatieven gewogen	329
8.8.2	Op basis van risico, tussentijds en ambtshalve?	330
8.8.3	Afronding	331
Hoofdstuk 9: Conclusie, implicaties en suggesties voor nader onderzoek.....		333
9.1	Conclusie	333
9.2	Implicaties	336
9.2.1	Allocatiecriteria ten aanzien van gedrag	336
9.2.2	Plaats in het systeem en wijze van toepassing	337
9.2.3	(Zelf)regulering door de Orde?	339
9.2.4	Huidige rechtspraktijk	340
9.2.5	Andere rechtsgebieden en buitenland	341
9.3	Mogelijke andere invalshoeken	343
9.3.1	Partijautonomie en lijdelijkheid versus gezamenlijke verantwoordelijkheid	343
9.3.2	Toerekening op basis van risico in het wettelijke systeem	344
9.4	Suggesties voor nader onderzoek	346
9.4.1	Aardigheidscultuur	346
9.4.2	Kostendekkende griffierechten: gevolgen voor sturen met proceskosten	346
9.4.3	Substantiëringsplicht in incassozaken	349
9.4.4	Experimenten zijn wenselijk	350
Samenvatting		353
English summary		362
Verkort aangehaalde literatuur		372
Bijlage I: Jurisprudentieanalyse en jurisprudentieregister		396
Bijlage II: Topic list		401
Trefwoordenregister		404

Hoofdstuk 1: Inleiding

Een spreekverbod vragen wegens buurtroddels is al een lastige exercitie, maar evident kansloos is het kort geding waarin een vrouw eist dat gedaagde stopt met roddelen over haar zus, terwijl de zus zelf geen partij is in deze zaak.¹ Grotendeels kansloos is ook de zaak waarin de eigenaar van een hotel met ingestort parkeerdek maar liefst negentien partijen in rechte betreft om op hen de schade te verhalen, waaronder bouwbedrijven die bijna 100 kilometer verderop hun werkzaamheden aan de Betuwelijn verrichtten.² Gelukkig zijn dit soort lichtvaardige vorderingen zeldzaam en hebben verreweg de meeste vorderingen voldoende belang en enige kans van slagen. Zelfs achter de minder kansrijke zaken ligt veelal een gerechtvaardigd probleem dat toegang tot het recht verdient.

Ook binnen gerechtvaardigde procedures gaan partijen echter niet altijd efficiënt om met de beschikbare tijd en kosten van henzelf, de wederpartij en de rechterlijke macht. Denk aan het incassobureau dat in de dagvaarding vermeldt dat tegen de vordering geen verweer is gevoerd, waarna de gedaagde partij een hele briefwisseling en een overzicht van telefoongesprekken inbrengt.³ Er is dan al een schriftelijke ronde voorbij voordat het werkelijke geschil op tafel komt. De partij die wederpartij en rechter ter comparitie nog verrast met een nieuwe productie mag van geluk spreken als het stuk wordt toegelaten en de rechter een leespaauze inlast, maar fraai is dit gebruik van middelen niet.

Soms gaat het om opzettelijke verstoringen, zoals aperte leugens⁴ en geknoei met handtekeningen en stukken⁵ of verdragings technieken⁶ zoals het opwerpen van een (wrakings- of 843a-) incident. Veelal zijn het echter slordigheden of onbekwaamheden, zoals het per vergissing niet of te laat verschijnen ter comparitie en het laat indienen van een bewijsstuk dat door miscommunicatie tussen advocaat en cliënt niet eerder kwam bovendrijven.

Wat de oorzaak ook moge zijn, het effect van dit soort gedragingen is dat schaarse middelen van partijen en juridische professionals nodeloos worden besteed. In dit onderzoek wordt bekeken in hoeverre onnodig verdragend en/of kostenverhogend procesgedrag door instrumenteel gebruik van de kostenveroordeling kan worden ontmoedigd en of dit kan bijdragen aan een voortvarender en efficiënter burgerlijk proces.

¹ Rb Haarlem 17 juni 2010, *LJN* BM8466.

² Rb Arnhem 2 juli 2008, *LJN* BD6209, *JIN* 2008, 619, m.nt. Wijnbergen.

³ Voorbeeld uit interview (kantonrechter Randstad, vrouw) en Ktr Delft, 7 oktober 2010, *LJN* BO4502. Soortgelijk: Ktr Assen, 10 augustus 2010, *LJN* BN4826.

⁴ Hof 's-Hertogenbosch, 26 januari 2010, *LJN* BL2339.

⁵ Rb Rotterdam, 5 januari 2011, *LJN* BP1893.

⁶ Soms ter uitstel van betaling (Van Rhee 1997, p. 62-63; Brenninkmeijer 1996, p. 1459; Eshuis 2007, p. 14-15), soms om een bepaalde ontwikkeling te traineren (Den Exter 2009).

1.1 *Probleemveld*

1.1.1 *Mondiale problemen: tijd en kosten*

De kwaliteit van het burgerlijk proces hangt niet alleen af van de correctheid van eindbeslissingen en van de eerlijkheid van de procedure, maar ook van de tijd en kosten die daarmee gepaard gaan.

Mensen hebben belang bij tijdige correcte uitkomsten, wat betekent dat ze niet te lang op de uitspraak hoeven te wachten. Niet voor niets is deze kwaliteitseis terug te vinden in artikel 6 EVRM en artikel 20 Rv. Ook hebben partijen er belang bij om niet teveel tijd te hoeven besteden aan het proces. Wat betreft de kosten gaat het op collectief niveau om de totaalkosten van het systeem van rechtspraak.⁷ Op individueel niveau gaat het om de proceskosten waarmee een rechtzoekende wordt geconfronteerd. Procesrecht dat hoge kosten verbindt aan geschilbeslechting, kan er toe leiden dat geschillen niet, tegen te veel lasten of zelfs met eigenrichting worden opgelost.⁸

In menig rechtssysteem wordt geklaagd over de vertragingen in procedures en de hoge prijs van het procederen.⁹ Met enige regelmaat kiezen landen er dan ook voor om het burgerlijk proces(recht) te hervormen teneinde meer voortvarendheid en efficiëntie te bereiken. In de jaren '90 is bijvoorbeeld het Engelse procesrecht drastisch gewijzigd met dat doel en heeft daar recent opnieuw een onderzoek naar kostenhervormingen plaatsgevonden.¹⁰ Ook andere landen hebben hun procesrecht aangepast om het aantal trage en onevenredig dure procedures terug te dringen.¹¹ Hoewel uit het rechtsvergelijkende onderzoek van Zuckerman in de jaren '90 naar voren kwam dat de Nederlandse problemen in vergelijking tot andere landen meevallen,¹² wordt ook hier regelmatig geklaagd over hoge kosten en lange doorlooptijden.¹³ Van de rechtzoekenden in handelszaken is 93% tevreden over de

⁷ Deels gefinancierd door de griffierechten en grotendeels door de overheid; zie echter ook § 9.4.2 over het voornemen om griffierechten kostendekkend te maken.

⁸ Zie Van Schaick 2000, p. 313-314. In hoofdstuk 2 wordt het belang van tijd en kosten voor de kwaliteit van het proces uitgebreider onderbouwd.

⁹ Zuckerman 1999, p. 12-14. Dit is bovendien van oudsher al zo, zie Van Rhee 2004, p. 1-4.

¹⁰ De zogeheten Woolf-reforms in de jaren '90 (zie eindrapport Woolf 1996) en de recente Review of Civil Litigation Costs onder leiding van Lord Justice Jackson (zie respectievelijk het Preliminary Report en het Final Report: Jackson 2009 en Jackson 2010). Zie ook § 6.5.2-6.5.4.

¹¹ Vranken 1999, p. 65; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 5.

¹² Zie Zuckerman 1999 en Blankenburg 1999, al betreft het daar nog het oude procesrecht van voor de herziening in 2002.

¹³ Van der Wiel 2004, p. 61; Eshuis 2005; Eshuis 2007, p. 13-15. Zie ook de uitzending van TROS Radar van 21 september 2009 over lange doorlooptijden. Dit geklaag is niet nieuw: Van Rhee 1997 en 2004.

procedure in het algemeen, maar slechts 20% is tevreden over de doorlooptijden.¹⁴ Een handelszaak bij de rechtbank duurde in 2009 gemiddeld langer dan een jaar, hij het hof zelfs bijna anderhalf jaar.¹⁵ In de Geschilbeslechtingdelta 2009 kwam naar voren dat verreweg de meeste burgers vinden dat advocaten te veel kosten voor het werk dat ze leveren. Ook gaven veel respondenten aan dat ze vinden dat het rechtssysteem niet gelijk werkt voor arm en rijk.¹⁶

Verstorend procesgedrag door partijen is slechts één van de oorzaken. Op de andere oorzaken – en hervormingen waarmee gepoogd is die oorzaken weg te nemen – zal dit onderzoek zich echter niet richten.¹⁷

1.1.2 Remedies tegen verstorend procesgedrag

Hiervoor werd reeds geïllustreerd hoe partijen al dan niet opzettelijk met nodeloze procedures en andere verstorende handelingen voor verspilling van middelen kunnen zorgen.¹⁸ Zij komen daar echter niet altijd zonder negatieve consequenties mee weg.

Er bestaan verschillende remedies om partijen in het gareel te houden. Wanneer een partij een processuele verplichting schendt, kan de wederpartij een verbod of bevel vorderen (art. 3:296 BW) of schadevergoeding eisen op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).¹⁹ Daarnaast kan aan bepaalde proceshandelingen het rechtsgevolg worden ontnomen.²⁰ Verder kan de rechter aan een aantal vormen van procesgedrag de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Dit geldt met name voor het niet naleven van procesnormen in de sfeer van de waarheidsplicht, het overleggen van stukken en het bewijsrecht. De rechter heeft hier een discretionaire bevoegdheid.²¹

Bovenstaande remedies zouden nuttige prikkels kunnen zijn om partijen af te laten zien van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag, maar er zijn ook nadelen aan verbonden, zoals het gevaar dat partijen het hoger beroep in worden gedreven of dat geen recht meer wordt gedaan aan de materiële werkelijkheid.²²

¹⁴ Gemeten bij alle hoven en 4 rechtbanken over de periode 2007-2009. Onder professionals is de algemene tevredenheid 72% en de tevredenheid over doorlooptijden 28%. Zie Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2009, p. 20-21.

¹⁵ Zie Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2009, p. 64; zie verder § 2.2.3.

¹⁶ Zie Van Velthoven & Klein Haarhuis 2009, p. 187. Een nader nationaal onderzoek naar alle kosten van rechtszaken vanuit burgerperspectief staat nog op de planning (Van der Grinten 2010, p. 429).

¹⁷ Daaraan is in andere onderzoeken en rapporten reeds aandacht besteed. Zie o.a. Rapport Rechtspraak is kwaliteit 2006; Rapport Ruim baan voor de burger 2007; Eshuis 2007; en Verkijk 2010, p. 519 e.v. In dit onderzoek wordt er voor gekozen één oorzaak en een mogelijk instrument daartegen bij de kop te pakken, zodat meer diepgang kan worden bereikt dan wanneer oppervlakkig op alle oorzaken en remedies wordt ingegaan.

¹⁸ Zie ook Van der Wiel 2004, p. 2.

¹⁹ Resp. art. 3:296 BW en 6:162 BW. Zie Van der Wiel 2004, p. 281-318.

²⁰ Van der Wiel 2004, p. 318-326.

²¹ Van der Wiel 2004, p. 333-336, en Ten Haaft 2007.

²² Vgl. Tillema 2011, p. 344-346.

Daarnaast kan de rechter vanuit zijn regiefunctie partijen informeel sturen, met name tijdens de zitting, maar dat middel zal vaak te licht zijn om echte verstoringen tegen te gaan.²³

Er is echter nog een remedie, waaraan geen nadelig effect op de uitkomst van het geschil verbonden is. Dat is de proceskostenveroordeling, die de rechter kan gebruiken om financiële gevolgen te verbinden aan verstorend procesgedrag. Op deze wijze wordt de kostenveroordeling niet slechts gebruikt als middel om de gemaakte kosten te verdelen, maar tevens als financiële prikkel om partijen op het rechte pad te houden. Aan financiële regelingen wordt 'een aanzienlijk sturend vermogen' toegeschreven.²⁴ Hoewel mensen niet volledig rationeel en nutsmaximaliserend handelen, kan volgens Klein Haarhuis op grond van de rechtssociologie en -psychologie worden aangenomen dat mensen hun gedrag wel baseren op meer of minder bewuste kosten-/batenafwegingen, waarbij die kosten en baten overigens niet alleen materieel zijn.²⁵

1.1.3 Onderzoeksvraag

Er is een gebrek aan kennis over wat een juiste invulling is van de proceskostenveroordeling om verstorend gedrag te ontmoedigen en daarmee een voortvarender en efficiënter proces te bereiken. In 2004 adviseerde de Raad voor de Rechtspraak aan de Commissie Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht om nader onderzoek te doen naar de effecten van de verschillende vormen van de proceskostenveroordeling.²⁶ De Commissie meldt in haar eindrapport²⁷ echter dat een dergelijk onderzoek te omvangrijk zou zijn binnen het bestek van haar eigen onderzoek, maar beveelt een dergelijk onderzoek wel aan.²⁸ Ook internationaal is inmiddels opgevallen dat weinig bekend is over de mate waarin landen de kostenveroordeling als gedragsprikkel gebruiken en wat daar de effecten van zijn. Hodges, Vogenauer & Tulibacka schrijven eind 2009, naar aanleiding van een uitgebreide rechtsvergelijkende studie over de financiering van civiele processen, het volgende over kostensancties:

²³ Zie voor Nederland Barendrecht e.a. 2011 en voor de Verenigde Staten McMorrow, Gardina & Ricciardone 2004.

²⁴ Eshuis 2007, p. 288.

²⁵ Klein Haarhuis 2008, p. 24-25.

²⁶ Advies Raad voor de Rechtspraak 2004, § 7.4, waarin werd gedacht aan ' (...) verhoging van het liquidatietarief, de introductie van de mogelijkheid van een (hoge) forfaitaire proceskostenveroordeling of een veroordeling in de daadwerkelijke gemaakte proceskosten.'

²⁷ Asser, Groen & Vranken 2006, p. 58-59.

²⁸ Zie ook Barendrecht & Klijn (red.) 2004, p. 40. Daarin wordt gesteld dat nader onderzoek uit moet wijzen of met sleutelen aan de kostenveroordeling winst te behalen valt.

'It is unclear to what extent the behaviour sanction is in fact applied in practice. (...) Further empirical work would be useful on how often such a rule is applied in practice and how effective it is.'²⁹

Goedbedoelde nieuwe regels in het procesrecht kunnen snel leiden tot onvoorziene gevolgen, omdat de civiele procedure gevoelig is voor strategisch handelen door de verschillende actoren.³⁰ Elk systeem van kosten en beloningswijzen van advocaten brengt zowel nuttige prikkels als perverse prikkels met zich mee voor betrokkenen.³¹ Ook kunnen sommige kostenprikkels weinig effect hebben, wanneer de 'prijselasticiteit' van een gedraging laag is.³² Daarnaast kan de versterking van de ene (financiële) prikkel soms de werking van een ander (normatief) instrument verzwakken, waardoor het procesgedrag per saldo niet zal veranderen.³³ Daarom is het van belang om de mogelijke prikkels binnen de kostenveroordeling niet alleen te toetsen op de beoogde effecten (het terugdringen van vertragingen en kosten), maar ook op de onbeoogde neveneffecten³⁴ die de prikkels in positieve³⁵ en negatieve zin kunnen hebben op andere kwaliteitsaspecten van het burgerlijk proces: de kwaliteit van uitkomsten en van de procedure.

Daarmee kom ik tot de volgende onderzoeksvraag:

Kan het systeem van de Nederlandse proceskostenveroordeling zodanig worden ingevuld of aangepast dat de partijen in de civiele procedure op een doelmatige wijze worden geprikkeld om af te zien van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag en zo ja, hoe?

Een aantal van de gebruikte termen verdient verdere verduidelijking. Zo wordt met de *doelmatige wijze* bedoeld dat wordt gezocht naar prikkels, waarbij negatieve bijeffecten op andere kwaliteitsaspecten van het burgerlijk proces de positieve effecten niet overstemmen. In het toetsingskader in hoofdstuk 2 worden deze kwaliteitsaspecten nader toegelicht.

²⁹ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009, p. 22.

³⁰ Barendrecht & Klijn (red.) 2004, p. 6-7.

³¹ Kritzer 2009, p. 344-345.

³² Zie Holzhauser 1993, p. 38-39. Zie voor onderzochte prijs- en inkomenselasticiteiten Van der Torre 2005 en Klein Haarhuis 2008, p. 8, en de in die bronnen verder vermelde verwijzingen.

³³ Zie Gneezy & Rustichini 2000. Zie meer over *crowding out* in hoofdstuk 7.

³⁴ Het beoogde effect is dus: de kostenprikkel ontmoedigt verstorend procesgedrag, hetgeen leidt tot minder verstorend procesgedrag, met als gevolg tijd- en kostenbesparing. Alle andere effecten buiten die directe relatie, zowel positief als negatief en zowel voorzienbaar als onvoorzienbaar, worden gedefinieerd als onbeoogde neveneffecten.

³⁵ Positieve effecten kunnen bijvoorbeeld uitgaan van het feit dat de wederpartij ook gecompenseerd wordt; zie § 7.6.3.

Het onderscheid tussen ‘invullen’ en ‘aanpassen’ illustreert dat de onderzoeksvraag zich zowel over huidig recht als over wenselijk recht uitstrekt. Niet alleen wordt bekeken in hoeverre de huidige kostenregels en de invulling die rechters aan die regels geven reeds verstoring gedrag kunnen ontmoedigen. Ook wordt onderzocht of een doelmatigere invulling van de huidige regels mogelijk is of dat daarvoor de regels van het huidige systeem moeten worden aangepast tot een nieuw systeem.

Het begrip *proceskostenveroordeling* ziet op *de opgelegde herverdeling van de proceskosten die partijen in de civiele procedure maken, ten opzichte van de oorspronkelijke verdeling op basis van partijuitgaven*. Er wordt gekozen voor deze abstracte definitie, omdat die een vergelijking met buitenlandse figuren en andere ideeën mogelijk maakt. Hieronder valt ook het zogenaamde ‘eigen beursje’: de mogelijkheid om de procesvertegenwoordiger persoonlijk in (een deel van) de kosten te veroordelen.³⁶

De *civiele procedure* is een breed begrip, aangezien het burgerlijk procesrecht meerdere procedurevormen kent, met als hoofdvormen de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure. Om de reikwijdte van het onderzoek te beperken, is er voor gekozen om de focus te leggen op de dagvaardingsprocedure. Dat is de meest contradictoire setting voor civiele conflicten en bovendien is een kostenveroordeling in dagvaardingszaken, in tegenstelling tot in verzoekschriftzaken, de hoofdregel.³⁷ Daarenboven ziet de rechtseconomische literatuur die ik in hoofdstuk 7 en 8 gebruik vooral op zaken binnen het aansprakelijkheidsrecht, die in Nederland met een dagvaarding worden ingeleid. Dat neemt niet weg dat de uitkomsten van dit onderzoek evenzeer van belang kunnen zijn voor verzoekschriftzaken, want ook daarin komen verstoring gedragingen voor waaraan kostenconsequenties kunnen worden verbonden.

Binnen de dagvaardingszaken zal nog een driedeling worden gemaakt tussen ‘normale’ zaken, zaken waarin partijen familiale banden hebben en intellectuele eigendomszaken (IE-zaken), vanwege de verschillende kostenregimes.³⁸ Ook worden

³⁶ Het voormalige eigen beursje van art. 58 (oud) Rv is op grond van procedurele beginselen afgeschaft, maar soms wordt hernieuwde invoering met verbeterde procedurele waarborgen bepleit, zie bijvoorbeeld Hendrikse 2004, p. 9-10.

³⁷ Vgl. art. 237 Rv versus art. 289 Rv.

³⁸ Zie hoofdstuk 4. Een vierde kostenregime, de wijze van begroting van buitengerechtelijke kosten (art. 6:96 lid 2 onder b en c) en van de kosten in de deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (art. 1019aa Rv; het betreft een verzoekschriftprocedure, terwijl een evt. bodemzaak juist per dagvaarding wordt ingeleid), behandel ik wel in § 4.6, maar dit regime wordt verder niet specifiek onderzocht. Art. 50 Onteigeningswet Rv laat ik vanwege het beperkte toepassingsgebied volledig buiten beschouwing.

zowel bodemprocedures als kort gedingen onderzocht, in eerste aanleg en in hoger beroep.³⁹

1.2 Relevantie

De wetenschappelijke relevantie zit in de verbinding die wordt gelegd tussen twee actuele procesrechtelijke onderwerpen: efficiënte procesvoering en proceskosten.

De manier waarop met een grotere regiefunctie voor de rechter en strengere partijverantwoordelijkheden wordt gestreefd naar een efficiëntere procesvoering past in het *new public management* dat Mak (2007) omschrijft.⁴⁰ De rechter heeft naast de verantwoordelijkheid voor een juiste eindbeslissing tegenwoordig een actievere taak om te waken tegen vertraging en om een efficiënte procesvoering te stimuleren.⁴¹ Partijen dragen zelf ook een verantwoordelijkheid⁴² voor een voortvarend en efficiënt verloop van de procedure, hetgeen sinds 2002 mede tot uitdrukking komt in de substantiëringsplicht, waarheidsplicht en de termijnen in de landelijke rolreglementen.⁴³ In brede, theoretische zin is in de Fundamentele herbezinning aandacht besteed aan deze zwaardere verantwoordelijkheden voor alle actoren.⁴⁴ Van der Wiel (2004) en Lindijer (2006) hebben zich in hun dissertaties gericht op de verplichtingen van partijen jegens elkaar en jegens de goede procesorde, evenals Verkijk (2010), die in het kader van die verplichtingen de rol van de advocaat heeft onderzocht. Van der Linden (2010) en Eshuis (2007) hebben empirisch onderzoek gedaan naar respectievelijk de rechterlijke regie tijdens comparities en de impact van maatregelen om vertragingen te voorkomen op de doorlooptijden.⁴⁵ Het onderhavige onderzoek past in deze stroming, omdat wordt bekeken of de actieve rechter met het aanvullende instrument van de kostenveroordeling een nog sterkere, doch subtiele, vuist kan maken in het kader van diens regiefunctie.

Na de dissertatie van Haardt (1945) is de proceskostenveroordeling in Nederland een onderbelicht onderwerp van onderzoek geweest, maar momenteel lijkt

³⁹ Op art. 419 lid 4 Rv betreffende de kosten in cassatiezaken wordt niet afzonderlijk ingegaan. Beslissingen van de Hoge Raad over kostenveroordelingen in lagere instanties worden uiteraard wel besproken.

⁴⁰ Zie ook Verkerk 2011 over reactief en activistisch procesrecht.

⁴¹ Over de historische ontwikkelingen richting een actievere rechter in verschillende Europese staten heeft met name Van Rhee geschreven en redactioneel werk verricht: zie o.a. Van Rhee 1997; Van Rhee (red.) 2004 en Van Rhee (red.) 2008.

⁴² Of dit nu een gezamenlijke of ieders eigen verantwoordelijkheid is, is een mijns inziens semantische discussie; zie ook de verwijzingen in § 9.3.1.

⁴³ Verkijk 2010, p. 700 e.v.

⁴⁴ Asser, Groen & Vranken 2003; Asser, Groen & Vranken 2006 en de vele reacties in de literatuur (o.a. Hendrikse & Jongbloed (red.) 2004; Ingelse (red.) 2004; Jongbloed e.a. 2007; en verscheidene bijdragen in het Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging in de periode tussen en na de rapporten).

⁴⁵ Zie ook Barendrecht e.a. 2011 over rechterlijke instrumenten tegen verstarend gedrag, zowel tijdens de zitting als in de dossierfase.

er sprake te zijn van een opleving, zowel nationaal als internationaal. Internationaal hebben recentelijk verschillende grote rechtsvergelijkende onderzoeken en projecten plaatsgevonden over de kosten en financiering van procedures.⁴⁶ De nationale opleving lijkt deels door die buitenlandse rapporten te zijn geïnspireerd⁴⁷, maar de introductie van de volledige kostenveroordeling in IE-zaken in 2006 speelt waarschijnlijk ook een rol.⁴⁸ Aan deze versnelling in de theorievorming over de effecten van verschillende kosten en geldstromen in en rondom de civiele procedure kan dit onderzoek een bijdrage leveren.

Met de koppeling tussen proceskosten en procesgedrag wordt dus een kennislacune opgevuld, waarmee twee actuele wetenschappelijke discussies een stap verder worden geholpen.

De maatschappelijke relevantie van deze studie ligt vooral in het beoogde doel: het bieden van een proces aan rechtzoekenden dat zo min mogelijk nodeloos wordt verstoord door partijgedrag. Het achterliggende algemene doel is het streven naar een goedkoper en kostenefficiënter proces, met behoud van procedurele en inhoudelijke kwaliteit. Daarnaast kan de rechtspraktijk baat hebben bij een duidelijker beeld van de wijze waarop rechters hun huidige kostenbeslissingen invullen en bij aanknopingspunten voor de wijze waarop die beslissingen wellicht in de toekomst anders kunnen worden genomen.

1.3 Methode van onderzoek

De beantwoording van de centrale onderzoeksvraag vergt de beantwoording van een aantal deelvragen, die in het navolgende zullen worden verantwoord. Tevens wordt aangegeven welke onderzoeksmethoden bij de deelvragen worden gebruikt.

1. Wat zijn de onnodig vertragende en kostenverhogende gedragingen waarop de prikkels in de kostenveroordeling zich zouden moeten richten?

Het doel van deze deelvraag is partijgedragingen te inventariseren die leiden tot onnodige vertragingen en kosten en waartegen de kostenveroordeling als remedie kan dienen. De beantwoording begint met een normatief gedeelte, waarin het toetsingskader wordt vastgesteld. Om te bepalen wat onnodig en wat doelmatig is, is

⁴⁶ Zie Reimann 2010, p. 8; Jackson 2009 en 2010; en de Oxfordse en Washingtonse projecten zoals besproken in hoofdstuk 6. Vanuit een iets ander (*access to justice*) perspectief: Gramatikov e.a. 2009. Relevant is ook de meer op de financieringskant gerichte bundel Tuil & Visscher (red.) 2010.

⁴⁷ Ook door de Nederlandse bijdragen aan die projecten: Tuil en Van der Grinten in de Oxfordse bundel (Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010) en Loos aan het Nederlandse landenrapport voor het Washingtonse project. Van der Grinten 2010, p. 429, kondigt daarin ook nader onderzoek naar de kosten van Nederlandse procedures aan.

⁴⁸ Zie algemeen: Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007. Specifiek over de kostenveroordeling in IE-zaken: zie hoofdstuk 4. Ook in Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenbergh (red.) 2011 gaan drie bijdragen over kosten; die van Tillema 2011 ook specifiek over proceskostensancties.

het noodzakelijk om een doel van het civiele procesrecht te formuleren en daaraan operationaliseerbare criteria te koppelen waarmee kan worden getoetst of bepaalde gedragingen onnodig zijn (deelvraag 1) en tevens of eventuele veranderingen in het procesrecht doelmatig zijn (zie deelvraag 4). Gekozen wordt voor een toetsingskader waarin de geboden kwaliteit van dienstverlening aan de maatschappij tegen zo laag mogelijke kosten voorop staat, hetgeen wordt bepaald aan de hand van de mate waarin in een eerlijke procedure zo snel en goedkoop mogelijk kwalitatief goede uitkomsten worden bewerkstelligd. De criteria zijn dus tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit, welke in hoofdstuk 2 nader onderbouwd zullen worden.

In hoofdstuk 3 wordt vervolgens een definitie gegeven van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag (ook wel: verstorend procesgedrag), waarna wordt onderzocht welke concrete categorieën van gedragingen daaronder vallen. In de literatuur is regelmatig beschreven op welke manieren partijen met hun gedrag de voortvarendheid en/of kostenefficiëntie van het proces negatief kunnen beïnvloeden. In dit onderzoek wordt getracht om uit die literatuur een ‘gemene deler’ te distilleren: een overzicht van verstorend procesgedrag dat in meerdere bronnen wordt genoemd. Ter aanvulling van de bevindingen uit de literatuur zijn rechters geïnterviewd, met name om te bepalen welke gedragingen in de ogen van de rechters voor (de meeste) overlast zorgen.⁴⁹ Het literatuuronderzoek wordt beschreven in hoofdstuk 3; de interviewstudie komt in hoofdstuk 5 aan bod.

2. In hoeverre wordt de veroordeling in de proceskosten in de huidige Nederlandse praktijk gebruikt om onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag te ontmoedigen en wat zijn de achterliggende motieven van rechters om dit wel of niet te doen?

Voordat wordt onderzocht welke mogelijke nieuwe prikkels kunnen worden ingevoerd, moet worden bekeken in hoeverre de huidige Nederlandse proceskostenveroordeling al van (mogelijkheden voor het geven van) sturende prikkels is voorzien en in hoeverre rechters die mogelijkheden aangrijpen. Dit deel van het onderzoek vormt een meting van de status quo. Hiervoor wordt eerst het huidige wettelijke systeem uiteengezet aan de hand van wet, literatuur en jurisprudentie. Dit wordt gevolgd door een onderzoek naar de *law in action*. Gesuggereerd wordt dat de rechter ‘niet of nauwelijks’⁵⁰ gebruik maakt van de proceskostenveroordeling als sanctie om partijen te houden aan hun verantwoordelijkheid. Deze stelling wordt aan de hand van een systematische jurisprudentieanalyse getoetst, waaruit inderdaad grote rechterlijke terughoudendheid blijkt. Daarom is in interviews onder rechters gevraagd naar de achterliggende motieven om wel of geen kostenconsequenties te verbinden aan gedrag. Die achterliggende motieven kunnen immers mede het succes bepalen van

⁴⁹ Zie § 5.1 over de keuze om wel rechters en geen partijen/advocaten te interviewen.

⁵⁰ Aldus het Advies Hoge Raad 2004, p. 5.

eventuele nieuwe prikkels. Rechters blijken in de huidige situatie bijvoorbeeld geschillen over de kosten binnen het bestaande geschil te willen vermijden; een nieuwe prikkel die eveneens dit nadelige effect heeft, is daarom geen kansrijke optie.⁵¹

De beschrijving van het geldende recht en de jurisprudentieanalyse staan in hoofdstuk 4 en het verslag van de interviews staat in hoofdstuk 5. In paragraaf 5.1 en 5.2 worden de specifieke onderzoeksvragen, methode en uitvoering van de interviewstudie nader verantwoord.

3. Welke nieuwe prikkels binnen het systeem van de kostenveroordeling kunnen vertragend en kostenverhogend procesgedrag mogelijk ontmoedigen?

Nadat is vastgesteld welke processuele gedragingen het meest verstorend werken en in hoeverre de proceskostenveroordeling daar in de huidige situatie tegen wordt ingezet, wordt bekeken welke eventuele nieuwe prikkels aan het huidige systeem van de proceskostenveroordeling kunnen worden toegevoegd. Daartoe wordt inspiratie geput uit andere rechtssystemen.

Als uitgangspunt zijn de resultaten van drie bestaande rechtsvergelijkende studies en projecten gebruikt, waarin met behulp van landenrapporten kennis is vergaard over de kostenveroordelingsystemen in een groot deel van de wereld.⁵² Op basis daarvan is gezocht naar mogelijke alternatieve kostenprijkkels, waaruit een lijstje van vijf potentiële nieuwe prikkels is voortgekomen. In hoofdstuk 6 worden deze nader uitgewerkt.

4. Wat zijn de effecten van de potentiële nieuwe kostenprijkkels op de kwaliteitscriteria van het civiele proces?

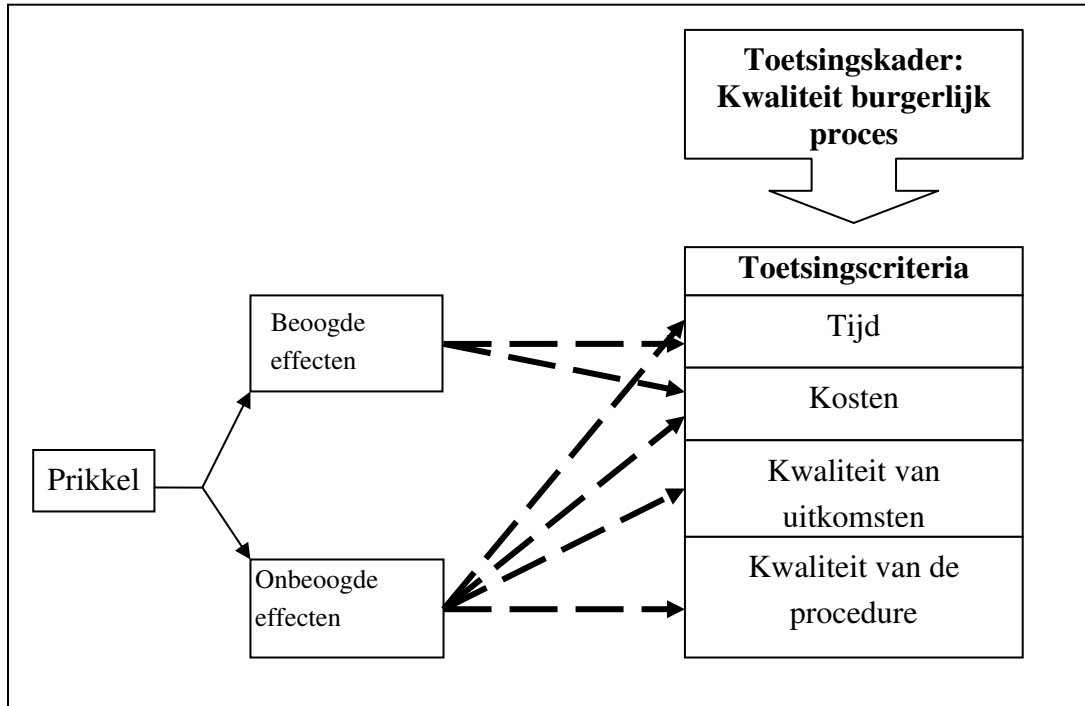
Het lijstje van mogelijke prikkels wordt onderworpen aan een ex ante evaluatie van de effecten. Dit houdt in dat van potentieel aan het Nederlandse systeem toe te voegen maatregelen bij voorbaat de effecten worden voorspeld op de criteria uit het toetsingskader: tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele rechtvaardigheid.

De mogelijke prikkels zullen in vergelijking tot de status quo waarschijnlijk zowel beoogde effecten hebben als onbeoogde effecten. De beoogde effecten van de prikkels zijn het terugdringen van tijd en kosten door het ontmoedigen van vertragende en kostenverhogende gedragingen, ook wel aangeduid als *deterrence*. De onbeoogde effecten zijn alle andere positieve en negatieve effecten op de vier toetsingscriteria. Alleen bij die prikkels waarvan de positieve effecten groter zijn dan de negatieve

⁵¹ Zie over die angst voor *satellite litigation* § 5.4.3.

⁵² Het betreft het rechtsvergelijkende deel van de Engelse Review of Civil Litigation Costs van Lord Jackson in 2009 (Jackson 2009 en 2010); het Oxfordse project 'Costs and mechanisms of funding of litigation' o.l.v. van Christopher Hodges en Stefan Vogenauer (eindrapport: Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010.); en de landenrapporten in het kader van de sessie over 'Cost and fee allocation rules' tijdens het XVIIIth International Congress of Comparative Law (Washington, 2010).

effecten, kan worden geconcludeerd dat de partijen *op doelmatige wijze* worden geprikkeld om af te zien van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag. In onderstaande figuur is weergegeven hoe de voorspelde effecten van mogelijke prikkels worden getoetst.



Figuur 1.1: Toetsing van effecten

Bij het voorspellen van de verwachte effecten wordt gebruik gemaakt van bestaande rechtseconomische inzichten. Er wordt in eerste instantie aansluiting gezocht bij het klassieke rationelekeuzemodel, maar waar mogelijk worden ook onderzoeksresultaten uit de *behavioural law and economics* en empirische studies gebruikt. De rechtseconomie wordt in dit onderzoek ingezet als manier om effecten te beschrijven en te voorspellen, dus als een descriptieve methode en niet als een normatieve methode. Als normatief toetsingskader is immers de kwaliteit van het burgerlijk proces gekozen en niet de in de normatieve rechtseconomie gebruikelijke toetsingskaders van welvaarts- of welzijnsmaximalisatie.⁵³

De algemene (rechtseconomische) inzichten in de werking van kostenprikkels binnen de civiele procedure worden uiteengezet in hoofdstuk 7. Daarmee wordt een theoretische basis gelegd, die vervolgens in hoofdstuk 8 wordt ingezet om de concrete

⁵³ Zie voor het onderscheid tussen instrumenteel en normatief gebruik van rechtseconomie Van Velthoven 2008. Overigens zijn de begrippen welvaarts- en welzijnsmaximalisatie ook enigszins rekbaar, zodat ze in dit onderzoek wel gedefinieerd zouden kunnen worden als een functie van de criteria tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit, waarmee via een semantische weg hetzelfde resultaat wordt bereikt.

effecten van de vijf mogelijke prikkels op de criteria van het toetsingskader te voorspellen.

Ten slotte wordt in hoofdstuk 9 een conclusie getrokken over de potentie van de verschillende prikkels om een positieve bijdrage te leveren aan de kwaliteit van de Nederlandse civiele procedure. Daarmee wordt de hoofdvraag beantwoord. Ook wordt ingegaan op de beperkingen van de gekozen opzet en methoden. Afsluitend volgen enkele implicaties, ook voor de huidige rechtspraak (§ 9.2.4), en suggesties voor vervolgonderzoek.

De literatuur en jurisprudentie tot april 2011 zijn meegenomen in dit boek.

Hoofdstuk 2: Toetsingskader: een snelle, efficiënte en eerlijke procedure met goede uitkomsten

2.1 Inleiding

Welke eisen mogen aan een behoorlijk burgerlijk proces worden gesteld? Dat is de eerste vraag wanneer wordt nagedacht of er iets aan het proces moet veranderen, zoals in dit onderzoek gebeurt.¹ Dat dit geen eenvoudige vraag is, blijkt uit de discussies over de mogelijke *perspectieven* op en *doelen* van het civiele proces in het kader van de Fundamentele herbezinning² en uit de verschillende *functies* en *hoofdbeginselen* waartussen vaak ook spanningsvelden bestaan.³ Daarnaast wordt ook steeds meer onderzoek gedaan naar wat burgers van een procedure verwachten, in termen van toegankelijkheid en verschillende typen rechtvaardigheid.⁴

Voor dit onderzoek is een eenvoudig en hanteerbaar toetsingskader met enkele duidelijke criteria nodig. Er moet immers worden bepaald welk procesgedrag negatief uitwerkt op die criteria (hoofdstukken 3 en 5) en ook moeten de effecten van mogelijke proceskostenprikkel worden geëvalueerd aan de hand van die criteria (hoofdstuk 8). Met een te lange en/of complexe lijst van perspectieven en functies of met een moeilijk te definiëren spanningsveld tussen beginselen (bijvoorbeeld partijautonomie versus gezamenlijke verantwoordelijkheid⁵) zijn effecten niet goed te evalueren.⁶

Gekozen wordt voor een toetsingskader waarin de geboden kwaliteit van het burgerlijk proces tegen zo laag mogelijke individuele en collectieve kosten voorop staat.⁷ De in de inleiding beschreven wereldwijde problemen met vertragingen en hoge kosten laten zien dat het belangrijk is om procedures mede te evalueren op basis van de

¹ Zo ook Holzhauser 1993, p. 30: 'Uiteindelijk brengt elke beschouwing over de rationales van kostenveroordelingsregels ons naar mijn mening bij de doelstelling van het procesrecht'.

² Asser, Groen & Vranken 2006, p. 19-31. Zij noemen professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening als perspectieven, waarna zij het verwijt kregen dat het perspectief van de justitiabele niet werd meegenomen. Als mogelijke doelen onderscheiden zij 'verschaffing executoriale titel', 'bijdrage aan rechtsontwikkeling en rechtseenheid' en 'oplossing van het onderliggende conflict', maar zij kiezen voor de nadruk op de eerste twee doelen.

³ Snijders, Klaassen & Meijer 2007 spreken van functies en hoofdbeginselen (ook wel: fundamentele eisen, p. 26). Barendrecht & Klein (red.) 2004, p. 11, bespreken de verschillende functies die de civiele rechtspraak volgens Blankenberg aan de gebruikers biedt. Aangezien het onderhavige onderzoek zich richt op de dagvaardingsprocedure in handelszaken en niet op verzoekschriftprocedures, komt de quasi-notariële functie minder aan bod, maar de bemiddelingsfunctie, de rechtsdoorzettingfunctie en de beslissingsfunctie zijn wel alle drie relevant.

⁴ Zie Gramatikov e.a. 2009; Van der Linden 2010.

⁵ Zie hierover § 9.3.1.

⁶ Doelstellingen, perspectieven, criteria en functies overlappen elkaar ook vaak, aldus Barendrecht & Klein (red.) 2004, p. 19.

⁷ Mak 2007, p. 33-36 en 147-149, duidt deze invalshoek waarin kwaliteit centraal staat aan als het paradigma van 'new public management', dit in contrast met het 'klassiek rechtsstatelijke paradigma'.

aspecten tijd en kosten. Ook Zuckerman hanteert deze twee *dimensions of justice* en zet die vervolgens af tegen de derde dimensie ‘waarheid’, die hij gelijk stelt aan de juistheid van de rechterlijke beslissing.⁸ Die derde dimensie is mijns inziens echter te smal geformuleerd. Het gaat rechtzoekenden niet alleen om de uitkomst, maar zij willen veelal ook dat die uitkomst via een rechtvaardig ervaren procedure wordt bereikt. Een goede uitkomst hoeft bovendien niet alleen via de weg van een correcte rechterlijke beslissing te worden bereikt, maar kan ook via een schikking op basis van wederzijdse belangen worden verkregen. De derde dimensie van Zuckerman kan daarom beter worden vervangen door twee ruimere criteria, die ook door Gramatikov e.a. (2009)⁹ van elkaar worden onderscheiden: kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure.

Meer criteria zouden ook nog mogelijk zijn, zoals de mate van complexiteit en de voorspelbaarheid (of rechtszekerheid). Toevoeging daarvan levert echter een minder goed hanteerbare lijst op. Bovendien zijn deze aspecten veelal ook direct of indirect onder te brengen bij de vier andere criteria.¹⁰

Kortom, de kwaliteit van het burgerlijk proces zal in dit onderzoek worden gemeten aan de hand van deze vier criteria: kwaliteit van uitkomsten, procedurele kwaliteit, tijd en kosten. In de volgende paragraaf (§ 2.2) worden deze gedefinieerd, verantwoord en uitgewerkt. Daarna wordt nog ingegaan op onderlinge samenhang (§ 2.3) en vergelijkbaarheid (§ 2.4).

2.2 *Vier toetsingscriteria*

2.2.1 *Kwaliteit van uitkomsten*

Burgers procederen niet omdat ze dat leuk vinden,¹¹ maar omdat ze daarmee een bepaalde uitkomst hopen te krijgen die in hun belang is. Zij willen vaak een bepaald bedrag ontvangen van of juist kwijtgescholden zien door een ander of zij willen vervanging of herstel van een product of dienst. Naast deze materiële wensen zoeken mensen vaak ook gerechtigheid, erkenning, excuses en/of gedragsveranderingen van de ander in de toekomst.¹² De procedure moet de burgers een uitkomst bieden, maar

⁸ Zuckerman 1999, p. 3-6.

⁹ Daarin worden overigens de criteria tijd en kosten juist samengebracht tot één algemene categorie van kosten.

¹⁰ Complexiteit leidt bijvoorbeeld tot extra tijd en kosten, zie hierover ook § 8.3. Voorspelbaarheid heeft zelfs invloed op alle vier de toetsingscriteria; op voorspelbaarheid van kosten wordt specifiek ingegaan in § 7.6.4.

¹¹ Wellicht uitgezonderd enkele querulanten, hoewel zelfs hun proceszuchtigheid in de meeste gevallen door andere neigingen wordt veroorzaakt dan plezier, zie Mahendra 2008 en Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 21-23.

¹² Zie voor deze doelen Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 142. Zie specifiek voor letselschadeslachtoffers ook Huver e.a. 2007, p. 81 e.v. Erkenning en excuses kan de civiele rechter

meestal zullen de beoogde doelen van de partijen conflicterend met elkaar zijn. De een wil geld zien en de ander juist kwijtschelding van de vordering. Hoe kan nu bepaald worden welke uitkomst van goede kwaliteit is?

Het is enerzijds te ruim om te stellen dat elke uitkomst door schikking of bindende beslissing door een derde per definitie juist is. Als de ene uitkomst niet als beter kan worden beschouwd dan de ander, zou de rechter beter een munt kunnen opgooien dan de zaak inhoudelijk te beschouwen. Anderzijds is het te eng om de kwaliteit van uitkomsten alleen af te meten aan de ‘accuraatheid’: de correcte toepassing van het materiële recht op de bewezen feiten.¹³ Belangen en recht hoeven namelijk niet precies samen te vallen en het is niet reëel om een schikking waar beide partijen zeer tevreden mee zijn, als uitkomst lager aan te slaan omdat die niet precies strookt met wat rechtens is. Ten slotte is het ook geen juiste maatstaf om alleen te kijken naar de belangen van de betrokken partijen, want dan moet er van uit worden gegaan dat sommige correcte uitspraken van rechters toch incorrecte uitkomsten zijn. In dit onderzoek bestaat de beperking dat slechts naar de kwaliteit van het procesrecht wordt gekeken en dat de juistheid van het materiële recht wordt voorondersteld en als extern gegeven wordt beschouwd.¹⁴ Het gaat, met andere woorden, te ver om het hele materiële recht te toetsen aan belangen en rechtvaardigheid.

Zo zullen veel mensen het niet rechtvaardig vinden dat bij het niet voldoen aan de klachtplicht van artikel 6:89 BW alle rechten uit hoofde van niet-nakoming van een contract vervallen. Het is echter niet aan dit onderzoek om de mate van distributieve rechtvaardigheid van die rechtsregel te toetsen. Ik hanteer de assumptie dat een correcte rechterlijke toepassing van artikel 6:89 BW een optimale uitkomst geeft. Er zijn daardoor twee optimale uitkomsten¹⁵ mogelijk: (1) *Belangenoptimalisering*: een vrijwillige schikking of een beslissing op basis van de materiële belangen van partijen, waar beide partijen mee kunnen leven; (2) *Volledige accurate*: een juiste beslissing of schikking op basis van de feiten en het recht.¹⁶

weliswaar niet opleggen, maar de procedure kan partijen wel faciliteren om samen die uitkomst te bereiken.

¹³ De Mot & De Geest 2004, p. 19.

¹⁴ In dit onderzoek wordt om verwarring te voorkomen het materiële recht gelijkgesteld aan het burgerlijk recht en het formele recht aan het burgerlijk procesrecht, al wordt in Van der Wiel 2004, p. 4-5, terecht aangestipt dat die grenzen feitelijk niet precies samenvallen.

¹⁵ Als ‘uitkomst’ wordt de inhoud van de beslissing of schikking beschouwd, of het moment dat een partij besluit een vordering in te trekken of niet eens te beginnen. Als ‘uitkomst’ had ook aangesloten kunnen worden bij het moment van vrijwillige naleving of gedwongen tenuitvoerlegging, maar dat zou een minder goed werkbaar definitie opleveren voor dit onderzoek naar de kostenveroordeling ten aanzien van gedrag in de procedure (en niet gedrag na de procedure en na de kostenbeslissing; nakosten laat ik eveneens buiten beschouwing). Zie over naleving van civiele vonnissen en schikkingen Eshuis 2009.

¹⁶ Voor het begrip ‘accuraatheid’, zie Klein Haarhuis 2008, p. 44 en De Mot & De Geest 2004, p. 19 en 39-40. Accurate vonnissen en schikkingen hebben ook een belang dat het individuele belang overstijgt:

Uit de definitie van de twee optimale uitkomsten volgt dat er ook suboptimale uitkomsten mogelijk zijn. Bij een schikking is dit het geval als een partij een nadelige schikking aangaat die niet is ingegeven door zijn belangen, maar wanneer die feitelijk gedwongen wordt om genoegen te nemen met minder. Dit risico bestaat bijvoorbeeld als de rechter te duur of te traag is en/of als de wederpartij *deeper pockets* heeft en de zaak dus langer kan volhouden. Verder kan een nadelige schikking onder invloed van dwaling, bedreiging of bedrog zijn aangegaan. Suboptimale uitkomsten via de weg van een neutrale beslisser zijn ook mogelijk. Een voorbeeld is de rechter die door een evident verkeerde interpretatie van het recht een onjuiste uitspraak doet. De suboptimale uitkomst kan eveneens worden veroorzaakt door een processuele regel die verwezenlijking van materiële rechtsregels in de weg staat, zoals de mogelijkheid van de rechter om een te laat ingediende conclusie te weigeren, waardoor de zaak niet op de merites wordt beslist. Een regel als in artikel 24 Rv, die de rechter verbiedt om de feitelijke grondslag aan te vullen, kan eveneens de kwaliteit van de uitkomst in de weg staan. Daardoor wordt soms immers niet beslist op basis van de werkelijke feiten, maar op basis van de formele werkelijkheid zoals die wordt geconstrueerd uit de in het proces gestelde feiten.¹⁷

Uit dit laatste voorbeeld blijkt reeds dat de wetgever soms voor processuele regels kiest die de hierna te bespreken noties van tijd, kosten en procedurele kwaliteit laten prevaleren boven de perfecte kwaliteit van de uitkomst.

Nu gedefinieerd is wat optimale uitkomsten zijn, rijst er een ander probleem: hoe kan worden gemeten wat het effect van procesrechtelijke regel A is op de kwaliteit van uitkomsten, in vergelijking met alternatief B? Feitelijk is dit nauwelijks rechtstreeks vast te stellen. Een onderzoeker zou dan meerdere uitspraken van rechters moeten volgen en vast moeten stellen hoe vaak rechters de fout in gaan. In zaken die op een processuele grond worden afgedaan, moet de onderzoeker vaststellen hoe de zaak zou zijn afgelopen als op de merites zou zijn beslist. Dit is niet realistisch.¹⁸ Het zou een onderzoeker vergen die het recht beter beheerst dan de rechter. Er is door de door de Raad voor de Rechtspraak ingestelde Commissie Neleman wel een recente poging gedaan om een toetsingskader op te stellen om de inhoudelijke kwaliteit van civiele uitspraken steekproefsgewijs te kunnen meten¹⁹, maar de Raad zegt hier zelf over dat nader experimenteren met het toetsingskader nodig is en spreekt bovendien

mogelijke invloed op het 'ex ante gedrag' van burgers. Dat is de mate waarin burgers materiële rechtsnormen naleven, zoals zorgvuldigheidseisen bij mogelijk gevaarlijke situaties. Zie De Mot & De Geest 2004, p. 40.

¹⁷ Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nrs. 98-99, met voorbeelden als HR 24 juni 2005, *NJ* 2006, 46 (*Dimopoulos/Van Mierlo*). Kritisch over de 'formele waarheid' is De Bock 2011, p. 73-80.

¹⁸ Zo ook Zuckerman 1999, p. 4, en De Mot & De Geest 2004, p. 39-40.

¹⁹ Neleman & Neijt 2010

zorg uit over de hoge tijds- en kostenbesteding die met de toetsing gepaard gaan.²⁰ De juistheid van de uitkomst zelf wordt overigens niet getoetst, maar alleen de wijze van totstandkoming van de beslissingen.²¹

Ook is het met dit toetsingskader niet mogelijk om te bepalen hoe een zaak zou zijn bepaald op de merites als die niet eerder op een processuele grond was afgedaan, omdat juist gedurende de procedure pas echt de van belang zijnde feiten boven water komen en de onderzoeker dus niet kan weten wat een getuigenverhoor had opgeleverd als dat was bevolen.

Vaak kan echter wel worden geschat wat effecten van procesrechtelijke regels zijn op de kwaliteit van uitkomsten. Hoger beroep vergroot normaliter de kans op een goede uitkomst, omdat er van uit kan worden gegaan dat door de rechter of partijen gemaakte fouten dan vaker worden gecorrigeerd.²² Hetzelfde geldt voor hoor- en wederhoor en mondelinge elementen in de procedure. Wanneer de procedure veel formaliteiten op straffe van nietigheid en niet-ontvankelijkheid kent, zal de kwaliteit van uitkomsten juist lager worden. Naast de procesrechtelijke regels heeft vooral intern beleid binnen de rechtspraak invloed op de kwaliteit. Zo worden bij de visitaties van de gerechten kwaliteitsindicatoren gebruikt, zoals de mate waarin rechters en gerechtssecretarissen permanente educatie krijgen en vakinhoudelijk overleg voeren.²³

Gelijkwaardige onderhandelingen tussen partijen vergroten ook de kans op een correcte uitkomst. Bij hoge kosten is de kans op onvoordelige schikkingen of zelfs opgave door de kleinere eisende partij bijvoorbeeld groter, omdat dan de inhoud van de portemonnee van beide partijen gaat meespelen.

Deze indirecte schattingen blijven moeilijk te kwantificeren, maar er kan wel degelijk kwalitatieve informatie uit worden gehaald.

2.2.2 *Kwaliteit van de procedure*

Mensen hechten niet alleen waarde aan de uitkomst van de procedure, maar ook aan de wijze waarop de procedure verloopt. Het criterium 'procedurele kwaliteit' wordt daarom meegenomen in het bepalen van de prijs-/kwaliteitsverhouding van het civiele procesrecht. Daarbij wordt niet slechts uitgegaan van de normen die uit de jurisprudentie met betrekking tot de *fair hearing* uit artikel 6 EVRM voortvloeien, want dat zijn minimumnormen die de verdragstaten een grote *margin of appreciation* bieden en waarbij het oordeel uiteindelijk binair is: of artikel 6 EVRM is wel

²⁰ Zie www.rechtspraak.nl; zoeken op 'Pilot toetsing vonnissen', zie vervolgens het commentaar onder het kopje 'Inzetbaarheid nog beperkt' (laatst geraadpleegd 12 april 2011).

²¹ Neleman & Neijt 2010, p. 15-16.

²² De kwaliteit kan ook worden verbeterd als vernietigde vonnissen door de lagere rechters als feedback worden gebruikt en intern worden besproken. Dit gebeurt al bij de meeste rechtbanken, zie Rapport Visitatie Gerechten 2006, p. 21.

²³ Rapport Visitatie Gerechten 2006, hoofdstuk 3. Het feit dát er periodiek gevisiteerd wordt en de visitatierapporten openbaar zijn, levert wellicht al een positief kwaliteitseffect op.

geschonden, of niet.²⁴ Bovendien komen niet alle verwachtingen die burgers van een goede procedure hebben terug in de vereisten van artikel 6 EVRM, die eerder *top-down* dan *bottom-up* tot stand zijn gekomen. Daarom wordt er voor gekozen om de procedurele kwaliteit te meten aan de hand van indicatoren die voortvloeien uit onderzoek naar *procedural justice*.

De afgelopen decennia is er veel theoretisch en empirisch psychologisch onderzoek verricht naar welke eigenschappen mensen van een goede procedure verwachten. In 2008 hebben Klaming & Giesen een overzicht gegeven van dit onderzoek, waaruit blijkt dat procedurele kwaliteit uiteenvalt in enkele facetten van rechtvaardigheid, die elk kunnen worden gemeten met behulp van een aantal indicatoren.²⁵ Hoewel er geen algemene consensus is over het precieze aantal facetten van rechtvaardigheid en over de grens tussen en hiërarchie van die facetten, is volgens Klaming & Giesen het model van Colquitt het meest compleet en representatief voor rechtvaardigheid in een organisatie en geldt dit zeer waarschijnlijk ook in een juridische context.²⁶ Ook in het uitgebreide onderzoek van Van der Linden naar de procedurele rechtvaardigheid van comparitiezittingen is gebruik gemaakt van het model van Colquitt.²⁷

Colquitt beschrijft vier *justice*-facetten die samen de totale rechtvaardigheid in een organisatie vormen.²⁸ Eén facet is *distributive justice*, dat gaat over de kwaliteit van uitkomsten. Aan *distributive justice* wordt volgens Colquitt voldaan als de uitkomsten van de procedure consistent zijn met impliciete verdelingsnormen. In feite valt dit facet van rechtvaardigheid onder de voorgaande paragraaf over de kwaliteit van uitkomsten, waarin reeds is aangegeven dat van de vooronderstelling wordt uitgegaan dat het materiële recht rechtvaardige verdelingsnormen biedt. Bij het bepalen van de kwaliteit van de procedure wordt in dit onderzoek daarom uitgegaan van de andere drie facetten van *justice*, die door Colquitt worden aangeduid als (a) *procedural justice*, (b) *interpersonal justice* en (c) *informational justice*.

Procedural justice is de rechtvaardigheid van het proces dat leidt tot de uiteindelijke uitkomst.²⁹ In de juridische context is die uitkomst een beslissing door een derde of een schikking. De *procedural justice* wordt in een civiele procedure dus bepaald door de mate waarin het procesrechtelijke systeem de rechtvaardigheidsgevoelens van de betrokkenen bevredigt.³⁰ De door Colquitt (en de

²⁴ Zie ook Smits 2008, waarin p. 95-154 over de *fair hearing* gaan. In § 4.8 komt dit nog kort terug.

²⁵ Klaming & Giesen 2008. Zie ook een overzicht van Nederlands onderzoek op dit gebied: Van Velthoven 2011.

²⁶ Klaming & Giesen 2008, p. 21.

²⁷ Van der Linden 2008. Daarin in hoofdstuk 2 ook een uitgebreid overzicht van het onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid waarop Colquitt uiteindelijk zijn model heeft gebaseerd.

²⁸ Colquitt 2001.

²⁹ Colquitt 2001, p. 386.

³⁰ Klaming & Giesen 2008, p. 17.

door Colquitt aangehaalde eerdere onderzoeken) gevonden indicatoren voor *procedural justice* zijn: controle over de beslissing (de mogelijkheid om invloed te hebben op de uitkomst), controle over het proces (de mogelijkheid om eigen standpunten en argumenten te uiten gedurende het proces), consistentie, onpartijdige beslissers (*bias suppression*), accurate informatie, corrigeerbaarheid van fouten (bijvoorbeeld hoger beroep, herroeping of verzet) en *ethicality* (de mate waarin de procedure strookt met de persoonlijke ethiek en moraal).³¹ Daarnaast is er ook *interactional justice*. Die gaat niet zozeer over de ervaring met de systematische inrichting van het proces, maar over de kwaliteit van de wijze waarop de betrokkenen door anderen in de procedure behandeld worden. Colquitt heeft deze vorm van rechtvaardigheid in navolging van eerder onderzoek door Greenberg nog verder uitgesplitst in de facetten *interpersonal justice* en *informational justice*.³²

Interpersonal justice gaat over de mate waarin betrokkenen met beleefdheid, waardigheid, fatsoen en respect worden behandeld. *Informational justice* is inhoudelijker en gaat over de mate waarin de betrokkenen vooraf een eerlijke en adequate uitleg krijgen over de procedure en ook een eerlijke en adequate uitleg over de uitkomst. De uitleg is adequater, naarmate die redelijker, tijdig genoeg en specifieker is.³³

In totaal levert dit een fors aantal, vijftien om precies te zijn, indicatoren op voor de kwaliteit van de procedure. Die zullen in dit onderzoek niet bij elke te toetsen bestaande situatie of voorgestelde maatregel stuk voor stuk worden besproken, maar alleen wanneer er een wezenlijk effect op een dergelijke indicator te verwachten is. Eveneens ter beperking van de omvang van het onderzoek zal regelmatig slechts globaal het (te verwachten) effect op een geheel facet van procedurele kwaliteit worden vermeld.

2.2.3 Tijd

Bij het bepalen van de prijs-/kwaliteitsverhouding van de dienstverlening van het procesrecht, speelt ook de gemoeide tijd een grote rol, zowel aan de kant van de prijs als aan de kant van de kwaliteit.³⁴

Aan de kant van de prijs gaat het om de tijd die mensen kwijt zijn aan het proces, die ze ook aan andere zaken hadden kunnen besteden. Al direct bij het ontstaan van het conflict kost het de betrokkenen tijd, omdat mensen gaan nadenken over een oplossing. Ook het benaderen van de wederpartij, het inschakelen van hulp en het bezoeken van zittingen bij de rechter of mediator kosten tijd. In een handelszaak waarin de partijen eerst onderhandelen en vervolgens de zaak achtereenvolgens

³¹ Zie Colquitt 2001, p. 386, en de schematische weergave daarvan in Klaming & Giesen 2008, p. 20.

³² Colquitt 2001, p. 390.

³³ Colquitt 2001, p. 390.

³⁴ Zie ook O'Hare & Browne 2005, p. 11-15.

aanbrengen bij de rechtbank en het hof, is men al snel gedurende een aantal jaren³⁵ steeds op onregelmatige basis uren of dagen kwijt aan het geschil. Het is de vraag hoeveel tijd mensen over hebben voor het bereiken van een oplossing. Het is in elk geval aannemelijk dat de meeste mensen met een juridisch geschil liever binnen een paar dagen een uitkomst bereiken dan pas na een paar jaar. Mensen die hun probleem aanpakken, ervaren vaak negatieve effecten op hun werk en in de persoonlijke levenssfeer.³⁶ Een langere en/of intensievere procedure betekent dus ook dat dit soort effecten heftiger zijn. Wanneer burgers een procedure willen beginnen, zullen ze de lasten van de ingeschatte te besteden tijd meenemen in hun afweging of de beoogde uitkomst de procedure wel waard is. Tijd als prijs is soms moeilijk te onderscheiden van het hierna te bespreken criterium van kosten. Tijd is vaak uit te drukken in geld, met name wanneer het de tijd van rechters, advocaten en getuigen betreft, omdat die ook voor hun bestede tijd betaald krijgen.³⁷

Aan de kant van de kwaliteit staat het criterium tijd wat verder weg van de kosten en is het juist nauwer verbonden met de kwaliteit van uitkomsten. Het gaat daarbij niet om de *bestede tijd*, de tijd dat men effectief bezig is met de zaak, maar om het *tijdsverloop*: de totale tijd die verstrijkt tussen ontstaan en uitkomst van het conflict.³⁸ De doorlooptijd van een handelszaak bij de rechtbank waarin verweer werd gevoerd, bedroeg in 2007 gemiddeld 61 weken bij de rechtbank (sector civiel). Bij het hof was dit zelfs 72 weken.³⁹ Vertraging kan leiden tot een bemoeilijkte waarheidsvinding vanwege verdwijnend bewijs, zoals vervagende herinneringen van getuigen en weggegooide administraties. Om onder andere deze reden kent het materiële recht verjaringstermijnen.⁴⁰ Daarom is het ook zorgelijk dat een vorderingsrecht na vijf jaar verjaart omwille van rechtszekerheid en waarheidsvinding, terwijl vervolgens een letselschadeprocedure soms wel tien jaar kan duren.

Naast problemen met de waarheidsvinding, kan een te lang proces ook leiden tot een afnemende mogelijkheid voor de rechter om onrecht terug te draaien en om dus

³⁵ Zie de hierna te bespreken doorlooptijden.

³⁶ Van Velthoven & Ter Voert 2003, p. 165-168.

³⁷ Ook de wachttijd van de justitiabelen zelf is in geld uit te drukken, wanneer naar hun *willingness to pay* wordt gevraagd: de bereidheid om te betalen om de procedure x tijdseenheden te laten versnellen. Deze methode is bijvoorbeeld gebruikt in Rapport 'De tijd loopt door' 2007, zie met name p. 5.

³⁸ De *doorlooptijd* (of doorlooptijden als meerdere instanties worden doorlopen) is slechts een deel van dit totale tijdsverloop, namelijk de tijd die verloopt tussen de start en het einde van de officiële gerechtelijke procedure. Zie voor een strakke definitie Eshuis 2005, p. 10.

³⁹ Het aantal ingestroomde handelszaken, insolventies en kortgedingen bedroeg in 2009 bij de rechtbank (civiele sector) 113.750 en bij het hof 10.400 zaken. Bij de sector kanton waren er 660.120 handelszaken, arbeidszaken en kortgedingen. De gemiddelde doorlooptijd van kantonzaken waarin verweer is gevoerd, is uitgesplitst in zaken met enquête, descente of pleidooi (41 weken) en zonder (15 weken), Zie voor deze cijfers het Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2009, p. 59 en 64.

⁴⁰ Zie Asser/Hartkamp 4-I 2000, nr. 653.

tot een goede uitkomst te komen.⁴¹ Een veroordeling tot rectificatie drie jaar na de onrechtmatige publicatie heeft weinig herstellende waarde meer, ook al is deze veroordeling op basis van de feiten en het materiële recht volledig correct en scoort de uitspraak goed op basis van het hiervoor als eerste geformuleerde criterium ‘kwaliteit van uitkomsten’. Hetzelfde geldt voor omgangsregelingen, conflicten over goederen waarop beslag is gelegd en andere gevallen waarin onbeëindigde geschillen de sociale en/of economische verhoudingen blijvend verstoren. Er zijn auteurs die bepleiten dat een langere procedure soms ook heilzaam kan werken, met name bij echtscheidingen en letsel⁴², maar in dit onderzoek wordt om de hierboven genoemde redenen verondersteld dat de meeste juridische conflicten gebaat zijn bij een snelle afhandeling.

De mogelijkheid van een snelle beslissing in conflicten heeft ook een positieve schaduwwerking op geschillen die niet bij de rechter komen: er komt dan meer druk op de onderhandelingen en men wordt redelijker zodra het tijdstip van de interventie dichterbij komt.⁴³ Al met al is tijd een belangrijke factor: niet voor niets zijn waarborgen voor een voortvarende rechtsgang vastgelegd in de artikelen 6 EVRM⁴⁴ en 20 Rv.

2.2.4 Kosten

Aan een goede dienstverlening hangt uiteraard een prijskaartje. Voor een goede prijs-/kwaliteitsverhouding is niet alleen vereist dat de kwaliteit van de dienstverlening goed is, maar dit moet ook tegen de laagst mogelijk prijs gebeuren.

Allereerst is het belangrijk om het begrip ‘kosten’ te definiëren. In de literatuur worden met kosten soms alleen de financiële uitgaven bedoeld, terwijl in rechtseconomische stukken soms alle belangen in kosten wordt uitgedrukt, ook de kwaliteit van de uitkomst zelf. De totale sociale kosten bestaan dan uit de administratieve kosten die de toepassing van procesrechtelijke regels veroorzaakt (tijd, geld en emoties van alle betrokkenen) en de ‘foutkosten’ die worden gemaakt wanneer het materiële recht niet goed wordt toegepast. Een verkeerde uitkomst wordt dus ook in geld uitgedrukt. Het efficiëntste systeem is vervolgens het systeem met de laagste totale sociale kosten, dus waarbij de som van administratieve kosten en foutkosten het laagst is.⁴⁵ Het probleem van die benadering is dat daarin een ‘eenheid procedurele kwaliteit’ of een ‘eenheid kwaliteit van uitkomst’ van een prijskaartje moet worden

⁴¹ Zuckerman 2006, p. 11-12.

⁴² In Knapen 2008, p. 79-81, noemen Heemskerk en Callemeyn met name echtscheidingen. Daarnaast is er de theorie van *hedonic adaptation* bij letselchade, die er van uitgaat dat slachtoffers leren leven met hun letsel en hun oude geluksniveau bereiken. Op grond daarvan zou een vertraagd proces eerder tot een schikking leiden, zie Bronsteen, Buccafusco & Masur 2008.

⁴³ Zie o.a. Barendrecht & Klijn (red.) 2004, p. 44-45; Barendrecht, Sluijter & Van Zeeland 2008, p. 2692; Spier 1992.

⁴⁴ Zie Smits 2008, p. 203-258.

⁴⁵ Zie Cooter & Ulen 2008, p. 416-418, en Holzhauser 1993.

voorzien, hetgeen impliceert dat die eenheden in geld zijn uit te drukken en/of dat er kennis beschikbaar is over wat de gemiddelde burger wil betalen voor een dergelijke eenheid. De *trade-offs* tussen de verschillende criteria worden dan met een arbitraire wegingformule weggepoetst, terwijl het juist relevant kan zijn als wordt weergegeven waar een spanningsveld tussen criteria bestaat, zodat duidelijk is waar een rechtspolitieke afweging moet worden gemaakt. In dit onderzoek worden daarom de verschillende toetsingscriteria van elkaar onderscheiden, zonder deze op een grote hoop te gooien.⁴⁶ Kosten worden gedefinieerd als de financiële en niet-financiële middelen die partijen en samenleving kwijt zijn aan het civielprocesrechtelijke systeem.⁴⁷

Het prijskaartje van het procesrecht wordt gedeeltelijk collectief betaald en gedeeltelijk privaat. Private financiering betekent soms dat de kosten direct door de justitiabelen worden gedragen, maar ook rechtsbijstandverzekeraars en vakbonden betalen vaak de kosten, welke indirect weer worden gefinancierd via premies en contributies.⁴⁸

Op collectief niveau gaat het om de kosten die de overheid (indirect: de belastingbetaler) kwijt is aan het systeem van rechtspraak. Dit zijn met name de salarissen en andere kosten van de rechterlijke macht en die van gesubsidieerde rechtsbijstand.⁴⁹ Ook de kosten van procesrechtelijke wet- en regelgeving horen hierbij, hoewel die in verhouding tot de andere uitgaven marginaal zijn. Op deze kosten moeten de ontvangen griffierechten in mindering worden gebracht.⁵⁰ Het is belangrijk om te beseffen dat deze kosten voor de samenleving niet hoger moeten zijn dan nodig. Het is de vraag of de samenleving meer 'recht gedaan' wordt, wanneer bijvoorbeeld eigendomsrechten beter en sneller kunnen worden afgedwongen, maar er tegelijkertijd over vermogen en eigendomstransacties meer belasting betaald moet worden om die rechtspraak te financieren. Daar ligt een *trade-off* onder verborgen. De kosten zijn dus ook op collectief niveau belangrijk bij de beoordeling of een procesrechtelijke regel goed is.

⁴⁶ Zie ook § 2.4 en § 7.2.

⁴⁷ Ik reken hier ook de emotionele kosten toe, zie Gramatikov 2008, die onderscheid maakt tussen stress en emotie, secundaire victimisatie en de kosten van een beschadigde status en relaties. Tevens kan onzekerheid over kosten, en de kosten die burgers willen betalen om die onzekerheid af te dekken, ook als een aparte kostenpost worden beschouwd. Zie ook § 7.6.4.

⁴⁸ Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 7-8, en bijbehorende nationale rapporten voor verschillende wijzen van private *funding*. Tuil 2010, p. 406, gaat in op de Nederlandse praktijk.

⁴⁹ In 2009 waren de kosten van de rechterlijke macht ruim 926 miljoen euro (zonder deze te verrekenen met de baten, zoals griffierechten). Zie Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2009, p. 41. De Raad voor de Rechtsbijstand kostte bijna 490 miljoen euro in datzelfde jaar, waarvan 354 miljoen aan toevoegingen werd uitgegeven (Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand 2009, p. 119-120). Het gaat hier overigens steeds om de totale kosten van alle rechtsgebieden, niet alleen van civiel.

⁵⁰ Zie over het plan om deze kostendekkend te maken: § 9.4.2.

Op individueel niveau bepalen de kosten waarmee een rechtszoekende geconfronteerd wordt nog meer dan op collectief niveau de wijze waarop het proces verloopt. De te verwachten kosten van de verschillende te nemen oplossingsstrategieën hebben namelijk invloed op de keuzes die de burgers in de procedure maken.⁵¹ Er zijn verschillende kostenposten voor de partijen. Na het ontstaan van het conflict zullen de eerste kosten vooral bestaan uit administratie-, telefoon- en reiskosten. Ook eventuele ingeschakelde deskundigen kosten geld. Vervolgens kan gekozen worden voor een buitengerechtelijk traject of voor een rechtszaak. In een buitengerechtelijk traject zullen de kosten vooral worden besteed aan juridisch advies en eventueel aan mediation, arbitrage en/of een geschillencommissie.

Bij de gang naar de rechter zijn er in de eerste plaats de griffierechten. Deze variëren met de aard en het belang van de zaak, met de procedure en de aard van de partij (natuurlijk persoon / rechtspersoon en wel/geen toevoeging). Zowel verweerders als gedaagden moeten in Nederland in beginsel griffierecht betalen, met de gedaagden in kantonzaken als voornaamste uitzondering.⁵² Daarnaast kunnen er onder andere kosten voor de deurwaarder, gerechtelijke deskundigen en getuigen worden gemaakt.⁵³

De grootste kostenpost is meestal het tarief van de advocaat. Regel 25 lid 1 van de Gedragsregels voor Advocaten 1992 schrijft voor dat een redelijk bedrag in rekening gebracht moet worden, alle omstandigheden in aanmerking genomen, maar dit neemt niet weg dat de totale advocatenkosten van een procedure flink kunnen oplopen en zowel particulieren als bedrijven de prijs als een drempel voor de toegang tot het recht ervaren.⁵⁴ Ook internationaal zijn de kosten van advocaten meestal de grootste kostenpost: vaak een veelvoud van de betaalde griffierechten.⁵⁵

Overigens hoeft niet elke partij al deze kosten zelf te dragen, want er zijn verschillende wijzen waarop de kosten afgewenteld kunnen worden op anderen. Mensen uit de lagere inkomensgroepen hebben recht op gesubsidieerde rechtsbijstand en betalen dan slechts een beperkte eigen bedrage voor hun advocaat of mediator. Ook bij een rechtsbijstandsverzekering en de vakbond worden kosten afgewenteld. Ten slotte is er de mogelijkheid dat de wederpartij een deel van de kosten moet vergoeden bij een gewonnen procedure. Daar staat echter wel tegenover dat bij verlies juist het omgekeerde het geval is en er een grote kostenpost bijkomt.

⁵¹ Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 4.

⁵² Zie de Wet griffierechten in burgerlijke zaken. De uitzonderingen staan in art. 4; de bedragen in de tabel in de bijlage bij de wet.

⁵³ Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 127-128.

⁵⁴ Dit blijkt o.a. uit de kwalitatieve studie van Couwenberg, Schol & Winter 2009, p. 18-20 en 35-36.

⁵⁵ Reimann 2010, p. 34, schat de verhouding griffierechten/advocatenkosten aan de hand van landenrapporten voor continentaal Europa in als tussen de 1:1 en 1:6 en voor *common law*-landen relatief nog veel hogere advocatenkosten.

2.3 *Onderlinge samenhang*

Dat het hier vier verschillende toetsingscriteria betreft, betekent uiteraard niet dat er geen onderlinge verbanden zijn. De kwaliteit van de procedure en de kwaliteit van uitkomsten zijn weliswaar twee wezenlijk verschillende criteria, maar ze beïnvloeden elkaar wel.⁵⁶ Beslissingen in een eerlijk ervaren procedure worden bijvoorbeeld beter nageleefd.⁵⁷ Verder leiden langere doorlooptijden vaak ook tot meer kosten, doordat rechters, advocaten en partijen hun dossierkennis bij elke procedurestap weer moeten verversen en deze kosten worden hoger naarmate de procedurestappen verder uit elkaar liggen.⁵⁸ Ook zijn er bepaalde beginselen, zoals dat van hoor- en wederhoor, die zowel bijdragen aan het correct vergaren van feiten voor een goede uitkomst als aan een aantal criteria van *procedural justice*. Te hoge kosten en te lange vertragingen kunnen er verder toe leiden dat veel conflicten geen correcte uitkomst krijgen, doordat een zwakkere partij moet opgeven of zich gedwongen voelt een onvoordelige schikking aan te gaan.

Naast positieve⁵⁹ onderlinge beïnvloeding, zijn er altijd *trade-offs* die gemaakt moeten worden tussen sommige van de criteria. Het aannemen van meer rechters leidt tot kortere doorlooptijden, maar uiteraard ook tot meer kosten voor de overheid. Tenzij de overheid de lonen van rechters verlaagt en de selectiecriteria versoepelt, maar daar zullen de kwaliteit van uitkomsten en van de procedure wellicht onder lijden. Het zal in veel gevallen moeilijk zijn om met een aanpassing van het procesrecht op alle vier de criteria tegelijkertijd beter te scoren.⁶⁰ Dat is ook niet de doelstelling van dit onderzoek, want er wordt gepoogd om maatregelen te vinden waarmee dezelfde kwaliteit van uitkomsten en procedure wordt gehandhaafd, maar waarin tijd en kosten worden teruggedrongen.

2.4 *Meetbaarheid en onderlinge vergelijkbaarheid*

De vier criteria van het toetsingskader worden niet op kwantitatieve wijze gemeten en evenmin wordt een wiskundige formule voor de kwaliteit van het burgerlijk proces gehanteerd, waarin de criteria tijd, kosten, procedurele kwaliteit en kwaliteit van uitkomsten van een wegingsfactor worden voorzien. De aanpak van dit onderzoek is kwalitatief. Daarmee kan de complexe materie diepgaander worden bestudeerd, dan wanneer direct in oppervlakkige cijfers wordt gedoken, die bovendien nauwelijks

⁵⁶ Zie Van Velthoven 2011 over de relatie tussen procedurele en distributieve rechtvaardigheid.

⁵⁷ Klaming & Giesen 2008, p. 4.

⁵⁸ Zuckerman 2006, p. 11-12.

⁵⁹ 'Positief' niet in de zin van 'gunstig', maar in de zin van 'positieve correlatie': als A stijgt, stijgt B ook.

⁶⁰ Peysner & Seneviratne 2005, p. 72, constateerden dit ook in hun onderzoek naar de Woolf Reforms en trokken een parallel met de uit het bedrijfsleven bekende *Quality Triangle*, volgens welke het mogelijk is om met een maatregel van de drie doelen snelheid, kosten en kwaliteit van de productie er twee te verbeteren, maar zelden alle drie.

voorhanden zijn. De kwalitatieve benadering houdt in dat van gedragingen en proceskostenprikkelers steeds de richting van de effecten op de vier criteria wordt ingeschat, met behulp van juridische literatuur, interviews, rechtseconomische theorie en enkele bestaande empirische studies. Er wordt voornamelijk gezocht naar proceskostenprikkelers die zorgen voor een betere score op de criteria tijd en kosten, zonder dat de kwaliteit van procedure en uitkomsten daaronder lijdt. In de afzonderlijke hoofdstukken waarin het toetsingskader expliciet wordt gebruikt (met name hoofdstuk 3, 7 en 8), wordt nader ingegaan op de wijze waarop de criteria worden gehanteerd.⁶¹

2.5 Conclusie en gebruik toetsingskader in vervolg

Er is gekozen voor een toetsingskader waarin de geboden kwaliteit van het burgerlijk proces tegen zo laag mogelijke individuele en collectieve kosten voorop staat. De mate waarin daaraan wordt voldaan, kan getoetst worden aan de hand van vier criteria:

1. *Kwaliteit van uitkomsten*, met daarbij twee optimale uitkomsten mogelijk:
 - a. Vrijwillige schikking of beslissing op basis van de materiële belangen van partijen, waar beide partijen mee kunnen leven;
 - b. Een juiste beslissing op basis van de feiten en het recht.
2. *Kwaliteit van de procedure*, met als subcriteria:
 - a. *Procedural justice*: controle over de beslissing, controle over het proces, consistentie, onpartijdige beslissers, accurate informatie, corrigeerbaarheid van fouten en *ethicality*;
 - b. *Interpersonal justice*: beleefdheid, waardigheid, fatsoen en respect;
 - c. *Informational justice*: eerlijkheid en uitleg die redelijk, tijdig, voldoende en specifiek is.
3. *Tijd*, op twee verschillende, beide relevante, manieren te meten:
 - a. Bestede tijd (effectief bezig zijn met de procedure);
 - b. Totaal tijdsverloop (tijd tussen ontstaan conflict en uitkomst).
4. *Kosten*, zowel financieel als niet-financieel, te verdelen in:
 - a. Kosten op collectief niveau;
 - b. Kosten op individueel niveau.

Dit toetsingskader zal op twee manieren worden gebruikt als hulpmiddel om de probleemstelling van dit onderzoek te beantwoorden. Eerst zal het in hoofdstuk 3 worden gebruikt om te definiëren wat onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag is en welke gedragingen in de praktijk daar onder vallen. Verderop in het

⁶¹ Zo worden in hoofdstuk 8 'effectencategorieën' geïntroduceerd. Dit zijn effecten als *satellite litigation* (geschil binnen geschil), die bij meerdere prikkels voorkomen en die steeds de criteria van het toetsingskader in dezelfde richting beïnvloeden.

onderzoek (hoofdstuk 8) zal het worden gebruikt om de verwachte effecten van mogelijke nieuwe kostenprikkels op de kwaliteit van het burgerlijk proces te toetsen.

Hoofdstuk 3: Onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag

3.1 Inleiding

Bij een onderzoek naar een remedie tegen onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag rijst direct een niet te vermijden voorvraag: wat is onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag en hoe kan dit in de sleutel van het zojuist besproken toetsingskader worden gezet? Vertraging en hogere kosten zijn altijd relatief, want om daarvan te kunnen spreken moet ook een bepaalde norm bestaan over wat normaal is. Wat zijn de ‘normale’ tijd en kosten die bij een proces horen en wanneer is een bepaalde gedraging ten opzichte daarvan vertragend of kostenverhogend? En als een bepaalde gedraging vertragend of kostenverhogend is, wanneer is dit dan *onnodig*? Bij de beantwoording van de deelvraag ‘*Wat zijn de onnodig vertragende en kostenverhogende gedragingen waarop de prikkels in de kostenveroordeling zich zouden moeten richten?*’ zal daarom eerst aandacht moeten worden besteed aan de definitie van ‘vertragend’, ‘kostenverhogend’ en ‘onnodig’. Het kaf, onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag dat tegengegaan moet worden, moet worden gescheiden van het koren, namelijk procesgedrag waartegen geen remedie nodig is. Dit gebeurt in paragraaf 3.2, waarin met behulp van het toetsingskader een definitie is opgesteld.

Aan de hand van deze norm worden vervolgens concrete verstoringe gedragingen besproken. In paragraaf 3.3 wordt weergegeven welke procesgedragingen in de literatuur genoemd worden als verstoringe factoren in het proces. Die literatuur laat echter niet zien met welke concrete gedragingen de norm het zwaarst en veelvuldigst geschonden wordt, zo zal in paragraaf 3.5 worden geconcludeerd. Daarom worden de literatuurbevindingen aangevuld met een interviewstudie naar de ervaringen van rechters met wat volgens hen de meest onnodig vertragende en kostenverhogende gedragingen zijn. De resultaten uit de interviews, alsook de verantwoording ervan, zullen in hoofdstuk 5 aan bod komen (nadat in hoofdstuk 4 het geldende recht met betrekking op de kostenveroordeling is behandeld).¹

3.2 Begripsbepaling

In het vorige hoofdstuk is betoogd dat het ideale civiele procesrecht een systeem is dat zoveel mogelijk kwaliteit van dienstverlening biedt tegen zo laag mogelijke individuele en collectieve kosten. De mate waarin daaraan wordt voldaan, wordt gemeten met de criteria kwaliteit van uitkomsten, procedurele kwaliteit, tijd en kosten.

¹ Dit omdat hoofdstuk 4 over kostenconsequenties ook eindigt met vragen over de rechtspraak die met interviews beantwoord kunnen worden. Er is voor gekozen om één interviewstudie te houden naar de verschillende deelvragen op het gebied van zowel het verstoringe procesgedrag als de kostenconsequenties daartegen. De opzet en resultaten van de interviewstudie worden daarom in een apart hoofdstuk 5 behandeld.

Voor de laatste twee criteria geldt: hoe minder tijd en kosten worden besteed, hoe beter. Veel handelingen die tijd en/of geld kosten dragen echter wel bij aan de kwaliteit van uitkomsten en/of de procedurele kwaliteit. Een rechter zou bijvoorbeeld kunnen volstaan met een beslissing zonder nadere motivering. De rechter kan de beslissing dan sneller geven en het kost minder tijd. Een gemotiveerde uitspraak draagt echter wel positief bij aan de *informational justice*. Ook is een gemotiveerde verkeerde beslissing eenvoudiger in hoger beroep te corrigeren, waardoor de kwaliteit van de uitkomst verbeterd kan worden, dan een ongemotiveerde verkeerde beslissing.

Hetzelfde geldt voor advocaten die een pleidooi willen houden. Ook dit vertraagt de zaak en maakt deze duurder, maar het kan de kwaliteit van uitkomsten en de procedurele kwaliteit dienen. De rechter krijgt immers van beide kanten de argumentatie nog eens helder gepresenteerd om zo op basis van een vollediger beeld de juiste beslissing te nemen. De justitiabelen hebben het gevoel dat nog eens goed naar hun belangen wordt geluisterd door de beslisser, wat bijdraagt aan *procedural justice*. In deze voorbeelden kunnen de gemaakte extra tijd en kosten worden gezien als nodig in het licht van de andere criteria van het toetsingskader. In dat geval kan het snijden in tijdsverloop juist leiden tot ongerechtvaardigde haast.²

Er kunnen echter ook gedragingen plaatsvinden die extra tijd en/of geld kosten, maar die voorzienbaar niet positief bijdragen aan betere uitkomsten of procedurele kwaliteit. Denk bijvoorbeeld aan het opwerpen van een bevoegdheidsincident, waarbij voor iedereen al meteen duidelijk is dat er geen enkele grond voor onbevoegdheid is. Ook kan er procesgedrag vertoond worden dat weliswaar bijdraagt aan het bereiken van een uitkomst, maar waarbij kennelijk met een veel minder belastende gedraging hetzelfde bereikt had kunnen worden tegen minder tijd en/of kosten. Een voorbeeld is het rauwelijks dagvaarden van een ander, zonder eerst aan te manen of te overleggen, waarna de ander direct bereid blijkt te zijn om te betalen.

Hiermee kan tot een definitie van de verschillende begrippen gekomen worden. Procesgedrag is vertragend, wanneer het zorgt voor meer bestede tijd door de betrokkenen en/of een langer tijdsverloop van het proces. Procesgedrag is kostenverhogend, wanneer het collectief en/of de private betrokkenen per saldo meer kosten moeten maken. Vertragend en kostenverhogend procesgedrag kan te rechtvaardigen zijn, wanneer het de andere criteria ten goede komt. Er is echter sprake van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag *wanneer de extra tijd en kosten voorzienbaar niet leiden tot een betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit of wanneer deze betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit kennelijk ook door een minder belastende gedraging bereikt had moeten worden*. Deze definitie is als werkdefinitie ook voorgelegd aan de geïnterviewde rechters en kreeg daarbij brede steun. Wel werden door enkele rechters vragen gesteld over de term ‘voorzienbaar’ en

² Zie Nelken 2004, p. 117.

werd gefilosofeerd over de vraag of het ‘had moeten worden’, ‘had kunnen worden’ of ‘had moeten kunnen worden’ zou moeten zijn. Die punten zullen daarom nu reeds worden verantwoord; de interviewresultaten komen verder aan bod in hoofdstuk 5.³

Met de term ‘voorzienbaar’ wordt voorkomen dat partijen verstorend procesgedrag kan worden aangewreven op grond van wijsheid achteraf. Zo is een artikel 843a Rv-verzoek dat wordt afgewezen achteraf gezien misschien niet nodig geweest voor een betere uitkomst of procedurele kwaliteit, maar partijen moeten soms risico kunnen nemen en wat proberen om de zaak naar zich toe te trekken. Alleen als het een redelijke partij vooraf duidelijk had moeten zijn dat een dergelijk verzoek geen enkele kans van slagen zou hebben, was het voorzienbaar dat de extra tijd en kosten niet tot een betere uitkomst of procedurele kwaliteit zou leiden.⁴ Een rechter wees er dan ook terecht op dat met ‘voorzienbaar’ de voorzienbaarheid voor partijen moet worden bedoeld, niet de voorzienbaarheid voor de rechter zelf.⁵

Hetzelfde geldt voor de term ‘kennelijk’. Als een verhuurder voor elke gemiste maandelijkse huurtermijn de huurder opnieuw dagvaardt, terwijl hij ook in één procedure meerdere termijnen had kunnen vorderen (al dan niet door middel van een vermeerdering van eis), had dat kennelijk minder belastend moeten. Daarentegen kan het een gedaagde meestal niet worden aangerekend dat hij tal van verweren heeft opgeworpen, terwijl zijn bevoegdheidsverweer reeds slaagt. De andere verweren hebben dan weliswaar tot meer leeswerk voor eiser en rechter geleid, maar van partijen kan niet worden verwacht dat ze van tevoren precies weten welk punt gaat slagen en welk niet. In dat geval hoefde het dus niet ‘kennelijk’ minder belastend, door alle andere verweren achterwege te laten.

Aan het eind van de definitie staat ‘moeten’ in plaats van ‘kunnen’, om de normativiteit te benadrukken en de reikwijdte van de definitie iets in te perken. Het gaat er niet zo zeer om of een minder belastende gedraging had gekund, maar of aan de verstorende partij kan worden toegerekend dat niet voor die minder belastende gedraging is gekozen. Die norm voor toerekening is niet precies door mij ingevuld, hetgeen ruimte openlaat om later aan de hand van de interviews de rechterlijke visies op die invulling te verkrijgen. Na die interviews wordt in hoofdstuk 7 en 8 bovendien bekeken of toerekening op grond van (subjectieve) verwijtbaarheid zou moeten plaatsvinden of op basis van risico.

Al met al is de definitie goed hanteerbaar gebleken in het vervolg van dit onderzoek, met name bij de interviewstudie. Daaraan moet overigens niet de conclusie worden verbonden dat de term onnodig verdragend en/of kostenverhogend

³ In § 5.3.1.2. komt het commentaar op de definitie aan bod.

⁴ Vgl. Wagner 2007, p. 535 e.v.

⁵ Rb Randstad, man (zie hoofdstuk 5 over het systeem van verwijzing naar interviews).

procesgedrag en de definitie ook als zodanig in de wet- en regelgeving moeten worden opgenomen.⁶

Omdat ‘onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag’ een hele mond vol is, zal voor hetzelfde begrip meestal de term ‘verstoring procesgedrag’ gebruikt worden. Ten slotte moet er bij de zoektocht naar verstoring procesgedrag nog een assumptie worden gehanteerd met betrekking tot het criterium van procedurele kwaliteit. Die assumptie is dat rechtsregels in het burgerlijk procesrecht van goede procedurele kwaliteit zijn en dat het overtreden van dergelijke regels niet kan worden aangemerkt als een gedraging die betere procedurele kwaliteit oplevert.

3.3 *Onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag in de literatuur*

3.3.1 *Aanpak*

In de inleiding werd reeds aangegeven dat partijgedrag een oorzaak kan zijn van vertragingen en inefficiëntie in het proces. In de vorige paragraaf is verstoring procesgedrag gedefinieerd. De volgende stap is het vinden van concrete gedragingen die onder die definitie vallen, zodat duidelijk wordt waar eventuele kostenprijkkels zich op moeten richten. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van gedragingen die in de literatuur worden genoemd en die als verstoring procesgedrag kunnen worden aangemerkt.

Een complicerende factor hierbij is dat de term ‘onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag’ geen juridische term is en in het huidige recht dus ook niet wordt gebruikt ter invulling van rechtsnormen. Dit wil echter niet zeggen dat in de literatuur nergens wordt beschreven hoe partijen nodeloze vertraging en kosten kunnen veroorzaken. Dit gebeurt wel degelijk, maar dan onder de noemer van rechtsfiguren als ‘misbruik van bevoegdheid’ (ofwel misbruik van procesrecht)⁷, ‘strijd met de goede procesorde’⁸ of ‘nodeloos gemaakte kosten’. Ook het Belgische ‘tergend of roekeloos geding’⁹, het proefschrift van Haardt uit 1945 over de kostenveroordeling en de verschillende criteria die in het familierecht gebruikt worden om te bepalen of een kostenveroordeling geboden is, bieden aanknopingspunten. Ten slotte zijn er

⁶ Zie verder § 9.2.

⁷ Zie voor Nederland: Schrage 2007 en als oudere bron Okma 1945. Voor een rechtsvergelijkend onderzoek naar *abuse of procedural rights*, zie Taruffo (red.) 1999.

⁸ Lindijer 2006, p. 503, noemt bijvoorbeeld verwijtbaar procesgedrag als strijdig met de eisen van een goede procesorde, waarbij hij onder andere duidt op ‘gevallen waarin bepaald procesgedrag meer nadeel voor de wederpartij of de samenleving veroorzaakt, dan nodig, omdat het gedrag geen rechtens te respecteren belang of doel dient, of omdat het beoogde, op zich rechtens respectabele belang of doel, evengoed op een andere, minder nadeel veroorzakende wijze bereikt had kunnen worden.’ Deze definitie vertoont veel gelijkheid met die van verstoring procesgedrag in onderhavig onderzoek.

⁹ In België kan de rechter een partij beboeten wegens tergend of roekeloos geding, zie Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003 (de grondslag is na het uitkomen van dat boek wel veranderd, sinds 2007: art. 780bis Ger.W. is nieuw en het oude 1072bis Ger.W is vervallen). Zie ook § 6.4.1.

publicaties waarin verstorende gedragingen als probleem beschreven worden, zonder dat dit (steeds) in het kader van een bespreking van een rechtsfiguur gebeurt, zoals in de rapporten van de fundamentele herbezimmers en de dissertaties van Eshuis en Van der Wiel.¹⁰

De gevonden gedragingen worden hieronder één voor één besproken, met vermelding van de verschillende bronnen waarin de betreffende gedragingen werden genoemd en met een koppeling van de gedragingen aan de definitie van verstorend procesgedrag.

3.3.2 *Liegen, bedriegen en simuleren*

Partijen hebben er belang bij om de feiten zo te presenteren dat ze in hun voordeel uitwerken. Ook loont het om de voordelige feiten te benadrukken en de nadelige feiten niet te noemen of te bagatelliseren. Wanneer beide partijen dit doen, krijgt de rechter een tweezijdig en daarmee vrij compleet beeld van de (ware) feiten op basis waarvan hij uitspraak kan gaan doen.¹¹

Dit ligt echter anders, wanneer partijen opzettelijk onjuiste feiten opvoeren (liegen) of feiten betwisten waarvan zij weten dat die juist zijn.¹² Ook wanneer een partij niet opzettelijk onwaarheden verkondigt, maar wel behoort te weten dat zijn stelling pertinent onjuist is, wordt de waarheidsvinding niet gediend. Op grond van artikel 21 Rv hebben partijen dan ook de plicht om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.¹³ Onder deze categorie valt onder andere bedrog, zoals het overleggen van valse stukken¹⁴ of het simuleren van ernstig letsel.¹⁵

Niet elke leugen of simulatie leidt echter tot extra kosten of vertraging. Komt een dergelijk geval niet aan het licht, dan heeft dit wel invloed op de kwaliteit van de uitkomst, maar niet op tijd en kosten, waardoor de gedraging niet onder de in dit onderzoek gehanteerde definitie van onnodig vertragend en kostenverhogend gedrag valt. Dit is echter wel het geval wanneer de leugen aan het licht komt en er vervolgens

¹⁰ Eshuis 2007; Van der Wiel 2004 maakt vooral onderscheid tussen rechtsplichten en lasten binnen het proces, zie de definities op p. 8-15.

¹¹ Zie voor meer achtergrond over het nut van informatie-uitwisseling in het proces § 7.3.2.2.

¹² Haardt 1945, p. 33, noemt het geval waarin een verzekeringsmaatschappij onjuiste inlichtingen verstrekke aan haar latere wederpartijen.

¹³ Op grond van de onrechtmatige daad kan schending van de waarheidsplicht leiden tot een schadevergoedingsplicht, naast de gewone vergoeding van proceskosten: zie Van der Wiel 2004, p. 302-303. Op de huidige mogelijke remedies wordt in dit hoofdstuk echter niet ingegaan, het gaat hier namelijk om de gedragingen zelf.

¹⁴ In een familiezaak (Hof 's-Gravenhage 7 november 2007, *LJN* BC0157) gaf geknoei met bewijsstukken aanleiding om een kostenveroordeling uit te spreken wegens strijd met art. 21 Rv. Zon 2008 schaaft dit onder de categorie 'onwaarachtige partijhouding'.

¹⁵ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 73, noemen het onnodig schreeuwen van de pijn of het gebruiken van andermans röntgenfoto's bij de keuringsarts.

herroeping¹⁶ of hoger beroep nodig is. Hetzelfde geldt wanneer een getuige of deskundige nodig is om de leugen van een partij te ontmaskeren. De onwaarheid moet dan worden hersteld en dit kost tijd en geld die niet waren besteed als de feiten juist waren weergegeven. Ironisch genoeg richt dit onderzoek zich dus alleen op de matige leugens en simulaties die aan het licht komen en daardoor hersteld moeten worden en niet op de ‘goede’ leugens die niet worden ontdekt.

3.3.3 *Evident kansloos proces*

Over een proces moet niet te snel worden geoordeeld dat het nodeloos is gevoerd, ook al is de vordering afgewezen of als niet-ontvankelijk beoordeeld. Bij een goede toegang tot het recht hoort dat burgers een procesrisico mogen nemen om hun rechtspositie vast te laten stellen.¹⁷ Er zijn echter ook processen die evident kansloos worden gevoerd door een van de partijen, omdat er bijvoorbeeld duidelijk geen rechtens te respecteren belang is,¹⁸ omdat er geen enkele enigszins deugdelijke juridische en/of feitelijke grond is op basis waarvan een vordering of verweer wordt onderbouwd of vanwege andere voorzienbare redenen waarom een vordering niet kan slagen, zoals gezag van gewijsde als al eerder over exact hetzelfde geschil is beslist.¹⁹

Geen belang

Bij de zaken waarin geen rechtens te respecteren belang in het geding is in de zin dat niet aan artikel 3:303 BW wordt voldaan, dient niet direct de conclusie getrokken te worden dat dit dan ook onnodig kostenverhogend en verdragend procesgedrag is. Soms is vooraf niet duidelijk of een bepaald persoonlijk belang ook een rechtens te respecteren belang is en is het proces niet nodeloos, omdat de rechterlijke vaststelling of er sprake is van (on)voldoende belang ook een uitkomst in de zin van het toetsingskader is. Het bieden van een kans aan de justitiabele om zijn of haar belang uiteen te zetten draagt bovendien bij aan procedurele kwaliteit (*voice* in het bijzonder). Partijen mag niet worden verweten dat zij op onderbouwde wijze het belangbegrip proberen op te rekken. Denk bijvoorbeeld aan de Jeffrey-zaak, waarin een verklaring voor recht werd afgewezen omdat de ouders van het verdronken jongetje bij een dergelijke verklaring ‘slechts’ een zuiver emotioneel belang hadden dat volgens de Hoge Raad, hoe zwaarwegend ook, niet kon worden aangemerkt als voldoende belang

¹⁶ Herroeping (art. 382 e.v. Rv) is mogelijk bij bedrog door de wederpartij, bij vals gebleken stukken en bij gebleken achterhouding van stukken door de wederpartij. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden, 3 augustus 2010, *LJN* BN3290.

¹⁷ Zie Van der Wiel 2004, p. 125, die stelt dat de vrijheid te ageren uitgangspunt is, zelfs al heeft een ander hier nadeel door, terwijl de overschrijding van de grenzen van dit recht uitzondering is.

¹⁸ Schrage 2007, p. 70, en Van der Wiel, p. 129-133.

¹⁹ Zie art. 236 Rv. Niet elke vordering die daar op strandt was overigens bij voorbaat evident kansloos; over gezag van gewijsde is discussie mogelijk. Zie bijvoorbeeld HR 11 maart 2011, *LJN* BO9549.

als bedoeld in artikel 3:303 BW.²⁰ Over deze afwijzing is discussie mogelijk, dus in ieder geval valt niet te verdedigen dat de ouders hier een kansloze, en daarmeeodeloos kostenverhogende en vertragende, procedure voerden. Ook bij zuiver declaratoire vorderingen is vaak niet vooraf duidelijk of de rechter zal oordelen dat er sprake is van voldoende belang.²¹ Anders ligt dit in zaken waar geen rechtens te respecteren belang is, omdat het persoonlijke belang van de eiser ligt in procedeerlust of in het slechts willen schaden van de ander.²² Dan kan wel worden gesproken van onnodig vertragend en kostenverhogend gedrag, omdat er feitelijk geen geschil is waarvoor de uitkomst of procedurele afhandeling van belang is, maar er wel tijd en kosten worden besteed.

Geen (deugdelijke) onderbouwing

Daarnaast zijn er de zaken waarin het in geschil zijnde belang wel groot is, maar waarin de vordering geen enkele kans van slagen heeft.²³ Van der Wiel drukt dit als volgt uit:²⁴

‘Ergens ligt de grens tussen het wellicht zwakke, maar verdedigbare standpunt van een eiser en het standpunt dat zodanig is dat eiser niet heeft mogen denken enige kans op toewijzing van het gevorderde te hebben en zich daarom rechtens van het instellen van de vordering had behoren te onthouden.’

Deze vorm van verstoring van procesgedrag komt in vrijwel alle geraadpleegde literatuur terug en er worden verschillende vormen van onderscheiden. Zo kan een vordering volledig in strijd zijn met de heersende leer of de wetsystematiek, waarbij tevens wordt nagelaten om te onderbouwen waarom de vordering toch zou moeten slagen. Zowel Van der Wiel als Lamine, Schoenaerts & Vaes benadrukken dat het mogelijk moet zijn (en zelfs nuttig kan zijn) om tegen een bestaande jurisprudentielijn of heersende wetstoepassing te ageren, maar hoe duidelijker die lijn of wet is, hoe uitgebreider en degelijker de argumentatie achter de betreffende vordering moet zijn.²⁵ Als iemand

²⁰ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853.

²¹ Zie Lindijer 2006, p. 101-105.

²² Schrage 2007, p. 70, en Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 72, die spreken over de animus vexandi en de kwade trouw als enige belang.

²³ Okma 1945 (p. 125) volgde hier een andere indeling. Hij gebruikte ‘procedeeren zonder belang’ als paraplu-begrip voor het kansloze proces, het nodelooze proces, het ondoeltreffende proces en het proces zonder redelijk doel. Hier wordt gekozen voor het onderscheid dat Van der Wiel maakt tussen het kansloze proces en het proces zonder belang, omdat dat beter aansluit bij het huidige belangbegrip uit art. 3:303 BW.

²⁴ Van der Wiel 2004, p. 134.

²⁵ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 80 en 115-116; Van der Wiel 2004, p. 135-136; Zon 2008, p. 44-45. Zie ook Verkijk 2007 voor voorbeelden van ‘kansloze zaken’.

nakoming van een evident verjaarde vordering eist²⁶ of als iemand schadevergoeding eist in een zaak waarin diegene de ander in een schikking al finaal gekwijt heeft,²⁷ dan behoeft een dergelijk standpunt nadere motivering, anders is er sprake van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag.

Een bijzondere vorm van juridische lichtzinnigheid is die waarin de vordering direct stuit op evidente formele gebreken, zoals het aanbrenge van de zaak bij een (duidelijk) onbevoegde rechter²⁸, het inleiden met een dagvaarding waar dit met een verzoekschrift had gemoeten of het aantekenen van hoger beroep na het verstrijken van de termijn.²⁹

Voorts kan de vordering kansloos zijn bij gebrek aan een feitelijke grondslag. De vordering wordt dan in het geheel niet door de aangevoerde feiten ondersteund.³⁰ Niet precies hetzelfde, maar wel hiermee samenhangend, is het geval waarin de aangevoerde feiten weliswaar de vordering steunen, maar die feiten geheel niet aannemelijk zijn en er ook geen bewijs voor wordt aangeboden.³¹ Verder is er nog het kansloze hoger beroep (of andere kansloze rechtsmiddelen, zoals verzet of herroeping), waarbij ongeveer dezelfde criteria voor kansloosheid gelden als in eerste aanleg. Wel kan worden betoogd dat een vordering in hoger beroep eerder als kansloos kan worden beoordeeld, wanneer in eerste aanleg al duidelijk is verloren en in hoger beroep niets nieuws wordt aangevoerd en niet deugdelijk wordt beargumenteerd wat er in eerste aanleg anders beslist had moeten worden.³²

In 2007 gaf de Hoge Raad een maatstaf voor de gevallen waarin kansloze vorderingen als misbruik van procesrecht zijn aan te merken. Het gaat om vorderingen die door een partij zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan die de onjuistheid kende of had behoren te kennen of op stellingen waarvan die op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.³³ Daarenboven overweegt de Hoge Raad dat de onbewijsbaarheid van aangevoerde feiten of ingenomen stellingen onvoldoende is om procesmisbruik aan te nemen.³⁴

Kansloze vorderingen leiden in principe wel tot een optimale uitkomst van het geding, namelijk die waarin de rechter het recht juist toepast op de feiten (mits ook

²⁶ Zie Van der Wiel 2004, p. 135. Evident als bijvoorbeeld de gedaagde zich ook al buitengerechtelijk heeft beroepen op verjaring en er geen onduidelijkheden zijn over stuitingen en termijnen. Een beroep op bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid moet dan stevig gemotiveerd worden.

²⁷ Uiteraard tenzij de totstandkoming van de schikking zelf wordt betwist. Dit voorbeeld is ontleend aan dat over de Belgische 'dading' in Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 78.

²⁸ Van der Wiel 2004, p. 136-137.

²⁹ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 105. Zie ook Hovens 2005, p. 310.

³⁰ Van der Wiel 2004, p. 136.

³¹ Zie voor voorbeelden Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 74-76.

³² Zo ook in België, aldus Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 105-119.

³³ HR 29 juni 2007, NJ 2007, 353, r.o. 4.5.

³⁴ Zie r.o. 4.6.

goed ten uitvoer gelegd of vrijwillig nagekomen). De reden dat kansloze vorderingen toch onder de definitie van onnodig kostenverhogend en vertragend procesgedrag vallen, is dat die uitkomst feitelijk ook zonder het instellen van de vordering al duidelijk had moeten zijn. Dezelfde uitkomst had dus kennelijk op minder belastende wijze moeten worden bereikt.

3.3.4 *Kansloze stellingen en verweren*

Soms is het proces op zichzelf niet lichtvaardig door de eiser begonnen, maar steunt de eiser zijn vordering deels op evident kansloze gronden. Een subsidiaire grond kan bijvoorbeeld redelijk zijn en tot toewijzing leiden, maar wel nadat de rechter en gedaagde op een evident kansloze primaire grond hebben moeten ingaan. Niet alleen de eiser, maar ook de gedaagde kan kansloze stellingen opwerpen, ter verweer. Hiervoor wordt in de literatuur dezelfde toets aangelegd als voor de kansloze vordering.³⁵ Met name kansloze exceptieve verweermiddelen kunnen voor nodeloze vertraging en kosten zorgen, doordat eiser en rechter hier toch op moeten reageren om ze onschadelijk te maken.

3.3.5 *Overdreven hoge vordering*

Lamine, Schoenaerts & Vaes wijzen op de vordering waarin een kennelijk overdreven hoge schadevergoeding wordt gevraagd.³⁶ De vordering is dan wat de vaststelling van aansprakelijkheid betreft niet kansloos, maar met de omvang van de gevraagde vergoeding kan wel worden beoogd de ander te tergen. Het is de vraag of dergelijk gedrag uiteindelijk tot meer vertraging en kosten leidt en of het dus onder de definitie valt. Waarschijnlijk is dit niet altijd het geval, maar wel wanneer hierdoor een hogere schaal van het liquidatietarief wordt bereikt of wanneer de competentiegrens van de kantonrechter wordt overschreden, waardoor de wederpartij in een duurdere procesgang wordt gesleept dan nodig was.³⁷

Haardt noemt nog een andere variant, namelijk die waarin de eiser veel te veel vordert en dan tijdens het proces zijn eis vermindert tot een bedrag waarmee de gedaagde van begin af aan heeft toegestemd.³⁸ Ook dit leidt tot onnodig verspilde tijd en kosten.³⁹

³⁵ Zie Van der Wiel 2004, p. 152-153 en 156; en Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 67.

³⁶ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 71-72.

³⁷ Of wanneer een nodeloze discussie wordt uitgelokt, omdat een deel van de vordering evident kansloos is. In *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 418, nr. 5, p.15, wordt bijvoorbeeld gesuggereerd dat de rechter de proceskosten voor rekening van de schuldeiser laat, wanneer die hogere incassokosten vordert dan conform de regelgeving.

³⁸ Haardt 1945, p. 28-30. Zie in dit verband ook het angelsaksische systeem van *offers to settle*, dat kort wordt besproken in § 6.3.

³⁹ Deze door Haardt beschreven vorm van de bovenmatige vordering zou ook bij de categorie van het 'overbodig of prematuur proces' geschaard kunnen worden.

3.3.6 Overbodig of prematuur proces

Naast kansloze processen zijn er ook overbodige processen. Hiervan is met name sprake wanneer een eiser te vroeg naar de rechter stapt zonder zelf te hebben onderzocht in hoeverre er een geschil is met de wederpartij en in hoeverre deze schikkingsbereid is. De vordering is dan misschien wel gegrond, dus niet kansloos, maar wellicht overbodig als de wederpartij haar verplichting erkent en er daarom feitelijk geen geschil is. Volgens regel 19 van de Gedragsregels 1992 voor advocaten is de advocaat verplicht om geen rauwelijkse rechts- of executiemaatregelen te nemen, voordat de wederpartij is ingelicht.

Ook Van der Wiel en Haardt stellen dat een eiser te goeder trouw moet zijn ten aanzien van het bestaan van een geschil met gedaagde.⁴⁰ Lamine, Schoenaerts & Vaes noemen het overgaan tot dagvaarding zonder voorafgaande poging tot regeling in der minne eveneens onbehoorlijk.⁴¹ De in artikel 111 lid 3 Rv vastgelegde substantiëringsplicht vereist dat in de dagvaarding al de verweren van de wederpartij besproken moeten worden, hetgeen bij rauwelijks dagvaarden niet mogelijk is. Het is wel de vraag hoe ver de plicht om minnelijke inspanningen te verrichten moet gaan. Een weigering om mee te werken aan mediation kan in Engeland onder omstandigheden tot sancties leiden,⁴² maar in Nederland is deze optie vooralsnog afgewezen⁴³ en er wordt in de literatuur ook niet nadrukkelijk om gevraagd.

Okma noemt het *duplicaat* van een reeds gevoerd proces: het vonnis van de tweede procedure levert geen bredere executoriale titel op dan die men al heeft.⁴⁴ Verder is er het aanhangig maken van een kort geding nadat in een eerder kort geding dezelfde vorderingen op grond van dezelfde juridische en feitelijke grondslagen zijn afgewezen.⁴⁵ Voorts leidt het sturen van meerdere dagvaardingen naar dezelfde debiteur tot onnodige kosten, omdat de verschillende vorderingen ook in één dagvaarding samengevoegd kunnen worden.⁴⁶ Ten slotte valt onder deze categorie ook nog het in hoger beroep gaan tegen een vonnis waarin gelijk is gekregen.⁴⁷

⁴⁰ Van der Wiel 2004, p. 138, en Haardt 1945, p. 27.

⁴¹ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 68-69. Zie evenens een andere Belgische auteur, Wagner 2007, p. 536. Zon 2008, p. 44, noemt de voortijdige vordering als voorbeeld van overbodigheid.

⁴² Zie Wackie Eysten 2004.

⁴³ Notitie Mediation in het rechtsbestel (*Kamerstukken II* 2003/2004, 29 528, nr. 1).

⁴⁴ Okma 1945, p. 126.

⁴⁵ Zie o.a. Rb 's-Gravenhage 3 maart 2010, *LJN* BL6449, waarin de regel uit HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 600 wordt herhaald.

⁴⁶ In de interviews in hoofdstuk 5 genoemd, maar ook in recente parlementaire stukken: *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 418, nr. 5, p. 8.

⁴⁷ Schrage 2007, p. 72-73, en Van der Wiel 2004, p. 163.

3.3.7 Late stellingen en feiten

In de literatuur worden laat ingediende stellingen en feiten regelmatig genoemd als oorzaak van vertraging of als reden om stellingen niet toe te laten, met name wanneer deze pas in hoger beroep voor het eerst worden gevoerd.⁴⁸ Vanaf het moment waarop de rechter de datum voor het eindvonnis heeft bepaald, mogen partijen in de regel geen stellingen meer aanvoeren.⁴⁹ Voorafgaand aan die uiterste deadline zijn er echter al eerdere momenten waarop aangevoerde stellingen en feiten als tardief kunnen worden beschouwd.

De wet en rolreglementen bevatten bijvoorbeeld een aantal regels over de tijdigheid en volgorde van het nemen van conclusies en aktes en de daarin vervatte stellingen en verweren, zoals de last voor de gedaagde om exceptieve verweren al bij conclusie van antwoord aan te voeren (artikel 128 lid 3 Rv) en de in de verschillende rolreglementen opgenomen termijnen voor het nemen van conclusies en aktes.⁵⁰ In hoger beroep vloeit uit de tweeconclusieregel van artikel 347 lid 1 Rv voort dat na de memories van grieven en antwoord in beginsel geen nieuwe grieven meer mogen worden aangevoerd.⁵¹

De substantiëringsplicht van artikel 111 lid 3 Rv ziet eveneens op de timing van stellingen: de eiser moet in de dagvaarding de hem bekende verweren noemen en weerleggen. Dat het verstarend is wanneer die plicht niet wordt nageleefd, wordt door de Rechtbank Utrecht mooi verwoord:

‘Ryanair heeft erkend dat zij in de dagvaarding niet de verweren heeft opgenomen die blijken uit de brief van PR Aviation van 28 januari 2008 (...). De dagvaarding is pas uitgebracht op 27 mei 2008, zodat Ryanair naar het oordeel van de rechtbank de in die brief genoemde verweren in de dagvaarding had kunnen en moeten vermelden. (...) Doordat Ryanair de verweren van PR Aviation en de weerlegging door Ryanair daarvan niet in de dagvaarding heeft vermeld, is PR Aviation pas later van de gronden van de weerlegging op de hoogte gekomen en heeft zij zelf op allerlei mogelijke standpunten van Ryanair vooruit moeten lopen. De rechtbank acht aannemelijk dat dit tot meer tijdsbesteding van de raadsman van PR Aviation heeft geleid dan in het geval dat Ryanair wel aan de substantiëringsplicht had voldaan. In de licht hiervan komt

⁴⁸ Zie over de vraag of late stellingen en feiten in hoger beroep moeten worden beperkt Asser, Groen & Vranken 2006, p. 143-150.

⁴⁹ Lindijer 2006, p. 185, met verwijzing naar HR 2 mei 2003, *JOL* 2003, 259.

⁵⁰ Zie ook art. 133 lid 4 Rv en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 73, over de akte van niet dienen. In HR 18 maart 2011, *LJN* BP0571, r.o. 3.5.4, is bepaald dat bij overschrijding van in verband met bewijslevering gestelde termijnen het recht op bewijslevering slechts definitief mag worden ontzegd als dat ‘gerechtvaardigd wordt door de mate waarin als gevolg van het verzuim het belang van een doeltreffende en voortvarende rechtspleging is geschonden, mede in aanmerking genomen de mate waarin de wederpartij daardoor in haar processuele rechten is benadeeld.’

⁵¹ Op deze ‘in beginsel strakke regel’ bestaan wel enkele uitzonderingen, zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nrs. 104-116, met nadere verwijzingen; zie ook Van der Wiel 2004, p. 180-182.

het de rechtbank geraden voor om aan de schending van de substantiëringsplicht in het onderhavige geval een sanctie te verbinden op het gebied van de proceskosten.⁵²

Opvallend genoeg komt de rechtbank daar in haar kostenoverwegingen en dictum niet op terug en is van een sanctie geen spoor te bekennen. Er zijn echter ook uitspraken waarin wel een kostensanctie⁵³ of een andere consequentie⁵⁴ aan verzaking van de substantiëringsplicht wordt gekoppeld, al zijn de rechters daar in het algemeen terughoudend in.⁵⁵

Late stellingen en feiten kunnen ook, los van strakke termijnen en scherpe wettelijke vereisten⁵⁶, op grond van de goede procesorde ontoelaatbaar worden geacht. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit het geval kan zijn als bij pleidooi feiten worden gesteld en de wederpartij daarop niet meer voldoende kan reageren of wanneer er nader onderzoek nodig zou zijn waarvoor het geding geen gelegenheid meer biedt.⁵⁷ Ook als bij dupliek nog nieuwe verweren worden gevoerd die geen reactie zijn op wat eiser bij repliek heeft gesteld, kan de rechter daaraan voorbijgaan.⁵⁸ Deze regels zien in de eerste plaats op het waarborgen van hoor- en wederhoor, maar ook op het voorkomen van onnodige vertraging en extra kosten. Immers, met een extra ronde zou elk gebrek aan wederhoor kunnen worden hersteld, maar dat kost alle actoren dan wel tijd en geld. Bij het buiten beschouwing laten van stellingen en feiten op grond van de goede procesorde is verwijtbaarheid geen vereiste, maar wel een factor die kan meewegen. Als een stelling of feit eerder aangevoerd had kunnen worden, speelt dat een rol bij de beslissing van de rechter om deze al dan niet buiten beschouwing te laten.⁵⁹

Een specifieke invulling van de eisen van de goede procesorde ten aanzien van de timing van stellingen is de leer van de bindende eindbeslissing, die de laatste jaren in beweging is.⁶⁰ Rechters geven soms in een tussenvonnissen een eindbeslissing, waarmee het procesdebat op dat punt in principe wordt afgesloten. In 2008 heeft de Hoge Raad echter beslist dat de rechter bevoegd is om gemotiveerd op een eindbeslissing terug te komen als hem in het vervolg van de procedure blijkt dat de

⁵² Rb Utrecht 28 juli 2010, *LJN* BN2268.

⁵³ Rb Alkmaar 21 juli 2010, *LJN* BN3048, en Ktr Utrecht 16 maart 2011, *LJN* BP7371.

⁵⁴ Ktr Sittard-Geleen 23 september 2009, *LJN* BJ9117, waarin de eiser verzaking van de substantiëringsplicht niet mag herstellen en de vordering wordt afgewezen.

⁵⁵ Jacobs 2010.

⁵⁶ Maar veelal wel steunend op algemene in de wet neergelegde beginselen, zoals hoor- en wederhoor en de plicht vertraging te voorkomen: art. 19 en 20 Rv.

⁵⁷ HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34. Zie ook Lindijer 2006, p. 187 e.v. Er moet wel sprake zijn van onredelijke vertraging of ander processueel nadeel

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Rb Maastricht 2 februari 2011, *LJN* BP3258, *Prg* 2011, 69.

⁵⁹ Lindijer 2006, p. 188, en Van der Wiel 2004, p. 215-216.

⁶⁰ Zie Fruytier 2009 over de ontwikkeling tot de versoepelde maatstaf in HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 553 (*De Vries/Gem. Voorst*); Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 107.

beslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag.⁶¹ Partijen moeten daaraan voorafgaand wel de gelegenheid krijgen (of hebben gekregen⁶²) om zich daarover uit te laten. In de literatuur ontstond discussie over de vraag of daarin moet meewegen of partijen na de eindbeslissing nog nieuwe feiten moeten kunnen aanvoeren ‘die reeds ten tijde van het nemen van die eindbeslissing relevant waren en bij de partij bekend waren.’⁶³ Desalniettemin blijft ook sinds de versoepeling de hoofdregel dat de rechter met een eindbeslissing het specifieke debat afsluit, waardoor partijen het grote risico lopen dat de rechter de daarna door hen aangevoerde stellingen en feiten op dat punt niet meer meeneemt.

De algemene lijn van al deze varianten is dat late feiten en stellingen onder de definitie van verstarend procesgedrag vallen, wanneer zij ofwel pas na een harde deadline zijn ingebracht (zoals roltermijnen) ofwel wanneer zij substantieel eerder aangevoerd hadden moeten worden en daardoor vertraging en/of extra kosten ontstaan.

3.3.8 *Laat inbrengen van bewijsstukken*

Partijen trachten hun stellingen en feiten veelal te bewijzen door het inbrengen van bewijsstukken. Vaak gebeurt dit al bij de eerste conclusiewisseling, maar soms ook vlak voor de comparitie- of pleidooizitting. Dit laatste kan de wederpartij in haar verdediging bemoeilijken, als die onvoldoende tijd heeft om daar nog inhoudelijk op te kunnen reageren. Het geding wordt vertraagd indien alsnog de mogelijkheid wordt geboden om op het stuk te reageren.⁶⁴ Wanneer het stuk reeds eerder ingebracht had moeten worden, is er sprake van verstarend procesgedrag. Een variant hierop is het geval waarin een partij in eerste aanleg weigert met een bepaald bewijsstuk haar stelling te onderbouwen, de eerste aanleg daardoor verliest, en vervolgens in hoger beroep alsnog het bewijsstuk overlegt en daarmee de zaak wint.

Aan de hand van HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 650 kunnen twee vormen van ‘te laat’ worden onderscheiden. Ten eerste zijn er de formele deadlines uit de rolreglementen, die bijvoorbeeld bepalen dat een stuk een bepaald aantal dagen voorafgaand aan de zitting door de rechter en de wederpartij moet zijn ontvangen.⁶⁵

⁶¹ Zie voornoemd arrest HR *De Vries/Gem. Voorst.*

⁶² In HR 26 november 2010, *NJ* 2010, 634 is bepaald dat geen nieuwe gelegenheid gegeven hoeft te worden, als het gewijzigde inzicht van de rechter steunt op een al door partijen met het oog daarop gevoerd debat.

⁶³ Fruytier 2009, p. 98, vindt van niet. Verduyn 2008, p. 77, wel: ‘Daarvoor is niet langer voorwaarde dat het niet aan de bij heroverweging belanghebbende partij te wijten is dat de rechter zijn eindbeslissing heeft gebaseerd op een onjuiste feitelijke grondslag. Of de nieuwe feiten al eerder bekend waren, doet dus in zoverre niet ter zake.’

⁶⁴ Lindijer 2006, p. 243-250, en Van der Wiel 2004, p. 257-258.

⁶⁵ Zie de deadline van 4 dagen voor de zitting uit art. 2.18 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, waar het in de betreffende zaak over ging. De procesreglementen voor dagvaardingszaken in eerste aanleg (art. 2.9; termijn van 14 dagen) en kort

Ten tweede kan een stuk, ondanks dat het vóór een dergelijke deadline is ingediend, door de rechter toch gemotiveerd buiten beschouwing worden gelaten:

‘De procesreglementen geven aanwijzingen voor het tijdig indienen van stukken, maar dat wil niet zeggen dat indien de aanwijzingen zijn gevolgd per definitie is voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor waarop de hier in acht te nemen regels zijn gebaseerd. (...) Inachtneming van de in het procesreglement gestelde termijn voor indiening van nadere stukken staat derhalve niet eraan in de weg dat toch op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval geoordeeld wordt dat de stukken niet voldoende tijdig zijn overgelegd.’⁶⁶

Daarbij speelt volgens de Hoge Raad, naast onder andere de aard en omvang van de stukken, ook een rol of verwacht had mogen worden dat de stukken bij een eerdere gelegenheid reeds zouden zijn overgelegd.⁶⁷

3.3.9 *Late verandering of vermeerdering van eis*

Op grond van artikel 130 Rv kan de eiser zijn eis veranderen of vermeerderen, mits dit gebeurt voor het eindvonnis en mits de rechter niet op verzoek van de wederpartij of ambtshalve beslist dat het verzoek in strijd is met de goede procesorde. Strijd met de goede procesorde wordt vooral aangenomen als het verzoek later in de procedure wordt gedaan, terwijl het eerder had gekund, of wanneer de aard van de verandering niet in de lijn ligt van het ten processe gevoerde debat.⁶⁸ Dit gold ook voor een dergelijk verzoek in hoger beroep, totdat de Hoge Raad in het arrest Willemse/NOM besliste dat een verandering of vermeerdering van eis als grief moet worden aangemerkt en daarom op grond van de tweeconclusiesregel in beginsel niet later dan bij memorie van grieven of antwoord kan worden verzocht.⁶⁹ In beginsel, want er zijn uitzonderingen mogelijk, waaronder het geval waarin de nieuwe grief (in dit geval de vermeerdering of verandering van eis) redelijkerwijs niet eerder naar voren had kunnen worden gebracht.⁷⁰

Een verandering of vermeerdering van eis valt onder de definitie van onnodig vertragend en kostenverhogend gedrag, wanneer deze extra vertraging en/of kosten met zich meebrengt, terwijl deze voorkomen hadden moeten worden, omdat de eiser al eerder bekend was met de omstandigheden waarop hij zijn verzoek baseert. De

geding (art. 6.1; zo spoedig mogelijk; binnen 24 uur voor de zitting in beginsel te laat) kennen soortgelijke bepalingen. Zie ook art. 85 lid 3 en 4 en 89 Rv.

⁶⁶ HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 650, r.o. 3.3.1.

⁶⁷ Zie r.o. 3.3.2.

⁶⁸ Zie Lindijer 2006, p. 178-181. Zie ook Asser, Groen & Vranken 2006, p. 143-150.

⁶⁹ HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Snijders (*Willemse/NOM*). Zie ook Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nrs. 164-168. Zie over de oude situatie Lindijer 2006, p. 217-221.

⁷⁰ Zie punt 9 van de noot van Snijders onder het arrest.

gevallen die onder die definitie vallen, stroken dus niet precies met de gevallen die door de rechter op grond van de goede procesorde geweigerd worden.

3.3.10 Onvoorbereid, ondeugdelijk vertegenwoordigd of niet verschijnen ter zitting

Wanneer partijen gelast worden om op een comparitie- of pleidooizitting te verschijnen, gebeurt dit met een bepaald doel: de rechter zal een schikking willen beproeven en/of een nadere toelichting willen krijgen op de stellingen van partijen. Dit doel wordt echter niet bereikt als een partij niet, ondeugdelijk vertegenwoordigd of onvoorbereid verschijnt.⁷¹ De andere partij en de rechter zijn dan voor niets verschenen, of de zitting is minder nuttig. Op grond van artikel 88 lid 4 Rv kan de rechter uit een niet-verschijnen of een weigering tot antwoorden de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht, maar de Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter niet altijd hieruit mag afleiden dat de niet-verschenen partij daarmee haar stellingen prijsgeeft.⁷²

Vaak zal een nieuwe zitting worden vastgesteld en in dat geval is het duidelijk dat er onnodige vertraging en gemaakte kosten zijn. Ook wanneer de rechtspersoon ondeugdelijk vertegenwoordigd is of een partij onvoorbereid is, zal dit regelmatig betekenen dat nieuwe processtappen nodig zijn. Denk daarbij aan aanvullende conclusies of aktes of aan een nieuwe comparitie. Daarnaast kan de rechter direct vonnis wijzen, wat vaak in het nadeel zal zijn van de niet-aanwezige partij, maar dat leidt al snel tot hoger beroep.⁷³ In die gevallen is er sprake van verstorend procesgedrag.

3.3.11 Het weigeren om bewijsstukken over te leggen

Op grond van de artikelen 22, 162 en/of 843a Rv kan een partij verplicht worden om stukken over te leggen, ook als die niet de eigen stellingen dienen. Een weigering kan soms gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld bij een geheimhoudingsplicht, maar ook op grond van andere gewichtige redenen.⁷⁴ De grens is echter moeilijk vast te stellen⁷⁵ en als een partij het recht heeft om een bepaald stuk niet te overleggen, is dat op zichzelf

⁷¹ Dit gedrag wordt genoemd door Lindijer 2006, p. 335, en Zon 2008, p. 45-46. Het niet-verschijnen en ondeugdelijk vertegenwoordigd verschijnen worden ook expliciet genoemd in de Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord, nrs. 27-29 en 33-36, te vinden op rechtspraak.nl.

⁷² Lindijer 2006, p. 335. Zie ook recenter HR 29 januari 2010, *LJN BK5014*, *NJ* 2010, 68, met betrekking op de mondelinge behandeling in de verzoekschriftprocedure.

⁷³ Om hoger beroep te vermijden wordt rechters daarom geadviseerd niet te snel te kiezen voor een vonnis na niet-verschijnen of na ondeugdelijke vertegenwoordiging van een rechtspersoon, zie Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord, nrs. 28 en 36.

⁷⁴ Het gaat buiten het bestek van dit onderzoek om de wetgeving en jurisprudentie met betrekking tot de verplichting om stukken te overleggen uitgebreid te analyseren, zie daarvoor o.a. Van der Wiel 2004, p. 40-54, en Lindijer 2006, p. 238-240. Zie ook twee recente dissertaties hierover: Sijmonsma 2010 en Ekelmans 2010.

⁷⁵ Met die grens worstelen ook Asser, Groen & Vranken 2006, p. 71-75.

een (mogelijk optimale) uitkomst van een klein geschil binnen het geschil. Een toegestane weigering kan de partij zelfs beschermen tegen de hierna te bespreken *fishing expeditions* door de wederpartij. Als verstorend procesgedrag kan de weigering om een stuk over te leggen dus niet zonder meer worden gekwalificeerd. Dit wordt uiteraard anders wanneer het bevel om de stukken in te brengen, vervolgens niet of te laat wordt opgevolgd. Dan is er wel onnodige vertraging en zijn ook sancties mogelijk.⁷⁶

3.3.12 *Fishing expedition*

Het spiegelbeeld van de weigering om bewijsstukken te overleggen, is die waarin een partij inzage in de stukken van de wederpartij eist, met een ander doel dan de waarheidsvinding voor de beslechting van een reeds bestaand geschil. Dit wordt ook wel de *fishing expedition* genoemd.⁷⁷ Hoewel het hier duidelijk om verstorend procesgedrag gaat, wordt het in de Nederlandse literatuur niet vaak als probleem genoemd, waardoor het de vraag is in hoeverre dit misbruik van het opvragen van stukken voorkomt.⁷⁸ Sijmonsma stelt bovendien dat inzage in stukken niet te snel moet worden afgewezen als de wederpartij zich tegen de inzage verzet met de stelling dat het een *fishing expedition* betreft. Een dergelijk verweer moet volgens hem stevig en concreet onderbouwd worden.

De *fishing expedition* wordt ook wel waargenomen in de vorm van voorlopige getuigenverhoren, waarin soms het enkele inwinnen van vertrouwelijke informatie het doel van de verzoeker is.⁷⁹

3.3.13 *Overbodige processuele verrichtingen*

Ten slotte zijn er gedragingen binnen op zichzelf terecht gevoerde processen die overbodige kosten en/of vertraging veroorzaken.⁸⁰ Van der Wiel en Okma wijzen hiervoor met name naar de verdragingsmogelijkheden met incidenten.⁸¹ In zijn bespreking van de Franse rechtspraak vermeldt Van der Wiel bovendien ‘het creëren

⁷⁶ Ekelmans 2010, p. 215 e.v. Art. 843a Rv vermeldt in tegenstelling tot art. 22 Rv de geraden gevolgtrekking niet, maar Ekelmans acht het voor de hand liggend dat die bevoegdheid ook bij niet-naleving van art. 843a Rv bestaat. Hij noemt ook de dwangsom en lijfswang (p. 218-221).

⁷⁷ Asser, Groen & Vranken 2006, p. 74. Sijmonsma 2010, p. 167-168, vertaalt het naar ‘vissen naar stukken’. Zie ook Ydema 2011.

⁷⁸ Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht 2008 noemt het momenteel vooral een probleem in Engeland en de Verenigde Staten, maar bij eventuele verruimde (preprocessuele) ‘discovery’-mogelijkheden dient hier ook in Nederland voor te worden gewaakt. Een conceptwetsvoorstel ter verruiming is tot december 2010 onderwerp geweest van een internetconsultatie (<http://www.internetconsultatie.nl/informatieverschaffing>; laatst geraadpleegd 14 april 2011).

⁷⁹ Advies Raad voor de Rechtspraak 2004, nr. 2; Van der Wiel 2004, p. 158-159.

⁸⁰ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 69, spreken over ‘de partij die op foutieve wijze kosten maakt die overbodig zijn’.

⁸¹ Van der Wiel 2004, p. 61-62; Okma 1945, p. 132. Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p.194.

van nog meer tijdrovende complicaties, zoals excepties, verzoeken om instructiemaatregelen, incidenten, uitstellen, reconventionele vorderingen en rechtsmiddelen.⁸² Op grond van artikel 20 lid 2 Rv kan het volgens hem onrechtmatig zijn om het geding te vertragen door bijvoorbeeld kansloze wrakingsincidenten⁸³, het één voor één instellen van incidentele vorderingen (hetgeen in strijd is met artikel 208 lid 3 Rv) en het vragen van een bewijsopdracht waar vervolgens niets mee gedaan wordt. Een ander voorbeeld wordt gevormd door bevoegdheidsincidenten, door Polak ook wel ‘de trukendoos van het IPR’ genoemd.⁸⁴ Het vragen van uitstel kan ook onder de definitie van versturend procesgedrag vallen, wanneer om uitstel wordt gevraagd en er vervolgens alsnog niet geconcludeerd wordt⁸⁵ of wanneer uitstel om een klemmende reden gedaan wordt en achteraf een dergelijke reden niet bleek te bestaan.

3.4 Uitzonderingsgevallen

Tijdens het literatuuronderzoek zijn enkele gedragingen de revue gepasseerd die weliswaar onnodig vertragend en kostenverhogend kunnen zijn, maar waarvan het in het kader van dit onderzoek niet nuttig is om deze op te nemen in het zojuist besproken overzicht.

De eerste gedraging in deze categorie is die waarin een partij het randje van een termijn opzoekt. Er geldt bijvoorbeeld een termijn van zes weken voor het indienen van een stuk. De partij heeft het stuk na drie weken reeds klaar, maar zendt het toch pas vlak voor de roldatum naar de rechtbank en de wederpartij. Hetzelfde geldt voor termijnen om rechtsmiddelen in te stellen. Hoewel dergelijk gedrag onder omstandigheden onder de gehanteerde definitie van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag kan vallen, heeft het weinig zin om naast de scherpe termijnnormen ook nog een vage norm te hanteren volgens welke de termijn niet volledig benut mag worden.⁸⁶

Een andere gedraging die onder de definitie kan vallen, is het gebruik van de parkeerrol. Als partijen tijdelijk een pauze willen inlassen in het proces, kan de zaak naar die rol worden verwezen en wordt de termijnbewaking op een laag pitje gezet. Slechts twee keer per jaar wordt een parkeerrolzitting gehouden. Verwijzing naar de rol werkt natuurlijk zeer vertragend en het opnieuw inhoudelijk moeten verdiepen in

⁸² Van der Wiel 2004, p. 69.

⁸³ Zie ook Van der Wiel 2004, p. 161.

⁸⁴ Zie Polaks annotatie over misbruik van procesrecht en het EEX-verdrag bij HR 7 mei 2010, AA 2010, p. 615.

⁸⁵ Van der Wiel 2004, p. 69.

⁸⁶ Eshuis 2007, p. 278, stipt dit punt ook aan: termijnen in de civiele procedure werken als minimumtermijn en niet als maximumtermijn: ‘wanneer een handeling sneller wordt verricht dan vereist, stroomt een zaak niet meteen door naar de volgende fase, maar wacht tot de volledige termijn is verstreken’.

een zaak na lange tijd kost zowel de partijen als de rechter vaak meer tijd en geld.⁸⁷ Uit het onderzoek van Eshuis komt dan ook een negatieve relatie tussen het gebruik van de parkeerrol en de verkorting van doorlooptijden naar voren.⁸⁸ Toch zal dit onderzoek zich niet op de parkeerrol richten, want een zaak komt alleen op die rol bij de gratie van beide partijen, waardoor de kostenveroordeling (die slechts kosten alloceert tussen partijen zelf) per definitie al geen nuttige sanctie kan zijn. Daarnaast zal een zaak meestal niet voor niets op een laag pitje staan, soms juist om extra kosten van voorbarig verrichte handelingen te voorkomen voor partijen. Het enige 'slachtoffer' van de extra vertraging en kosten is dan de rechterlijke macht. Om daar iets tegen te doen, zal naar prikkels in de sfeer van de griffierechten gekeken moeten worden⁸⁹ en daar strekt dit onderzoek zich niet tot uit.

3.5 *Conclusie literatuuronderzoek*

Hoewel er weinig in directe zin over onnodige kostenverhogend en vertragend procesgedrag is geschreven, kan in indirecte zin toch veel uit de literatuur worden gehaald. Vanuit de invalshoeken van onder andere de goede procesorde, misbruik van procesrecht, rechtsplichten en lasten in het proces, de kostenveroordeling in het familierecht, de fundamentele herbezinning, het Belgische tergend of roekeloos geding en de visie van Haardt in 1945, kan een typologie worden samengesteld van verstorend procesgedrag dat voldoet aan de in paragraaf 3.2 geformuleerde definitie.⁹⁰

Het literatuuronderzoek heeft echter niet naar boven kunnen brengen welke van de gedragingen veel voorkomen en welke sporadisch voorkomen of zelfs theoretisch te noemen zijn. Daarnaast speelt de vraag welke gedragingen uit de lijst voor grote verstoringen per keer zorgen en welke slechts kleine vertragingen en kostenverhogingen opleveren. Daarom is een aanvullend empirisch onderzoek uitgevoerd, waarbij rechters zijn geïnterviewd over hun ervaringen met onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag. De commentaren van de geïnterviewden op de definitie zijn reeds in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk aan bod gekomen. In hoofdstuk 5 staan de verdere opzet en resultaten van de interviews centraal, waarbij onder andere een overlast-top 3 is gemaakt van verstorend procesgedrag en waarbij de in dit hoofdstuk gecreëerde lijst is voorzien van voorbeelden uit de rechtspraak.

Eerst zal echter in hoofdstuk 4 worden ingegaan op de huidige kostensanctiemogelijkheden tegen verstorend procesgedrag in het Nederlandse recht.

⁸⁷ Voor de rechter geldt dit alleen als de zaak in een eerdere procedurefase al inhoudelijk is behandeld.

⁸⁸ Eshuis 2007, p. 179-199 en p. 284.

⁸⁹ Zo ook Eshuis 2007, p. 288. Zie verder § 9.4.2.

⁹⁰ Deze lijst wordt weergegeven bij punt 10 in Bijlage II en ook in § 5.3.2.3 (tabel 5.3).

Hoofdstuk 4: De proceskostenveroordeling in de huidige Nederlandse praktijk

4.1 Inleiding

Een onderzoek naar mogelijke verbeteringen van het systeem van de kostenveroordeling in Nederlandse civiele zaken vereist uiteraard een beschrijving van het positieve recht. Deze zal echter niet zo uitgebreid zijn als die van voorganger Haardt in 1945, aangezien de beschrijving een ander, specifiek doel heeft: het vaststellen van welke kostenprikkel tegen verstorend procesgedrag op dit moment in Nederland *mogelijk* zijn en welke kostenprikkel ook *daadwerkelijk worden gebruikt*. Centraal staat de beantwoording van de deelvraag ‘*In hoeverre wordt de veroordeling in de proceskosten in de huidige Nederlandse praktijk gebruikt om onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag te ontmoedigen en wat zijn de achterliggende motieven van rechters om dit wel of niet te doen?*’

Eerst wordt in de paragrafen 4.2-4.8 het huidige systeem uiteengezet, waarbij steeds wordt geïnventariseerd in hoeverre een wet of regeling bij normale toepassing al verstorend procesgedrag ontmoedigt en in hoeverre de wet of regeling vrije ruimte biedt aan de rechter om verstorend procesgedrag te ontmoedigen. Dit wordt gevolgd door een onderzoek naar de *law in action*. De Hoge Raad stelt in een advies dat de rechter ‘niet of nauwelijks’¹ gebruik maakt van de proceskostenveroordeling als sanctie om partijen te houden aan hun verantwoordelijkheid. Dit beeld komt inderdaad terug in de systematische jurisprudentieanalyse die is uitgevoerd met behulp van het doorzoeken van de database van rechtspraak.nl met trefwoorden. Deze analyse wordt beschreven in paragraaf 4.9.

Ten slotte wordt geconcludeerd (§ 4.10) dat met de beschikbare literatuur en de jurisprudentieanalyse slechts een beperkt beeld kan worden verkregen van de mate waarin rechters kostenconsequenties aan gedrag koppelen en dat over de motieven achter de rechterlijke terughoudendheid feitelijk nog geen kennis is. Om de deelvraag toch goed te kunnen beantwoorden, is daarom een interviewstudie onder rechters nodig. De opzet en resultaten daarvan staan centraal in hoofdstuk 5.

4.2 Stelsels van kostenallocatie

Er zijn verschillende manieren om met de in een proces gemoeide kosten om te gaan. Grofweg zijn er vier soorten stelsels te onderscheiden. Het ‘indemnisiestelsel’² wordt gekenmerkt door de plicht voor de verliezer om alle door de winnaar gemaakte kosten, inclusief die van rechtsbijstand, te vergoeden. Een dergelijk stelsel, ook wel *loser pays all*³ of de *English rule*⁴ genoemd, kan worden afgezet tegen het ‘compensatiestelsel’,

¹ Aldus het Advies Hoge Raad 2004, p. 5.

² Haardt 1945, p. 4.

³ Cooter & Ulen 2008, p. 455.

op grond waarvan ieder de eigen kosten draagt, onafhankelijk van de uitkomst van het proces.⁵ Dit compensatiestelsel wordt tevens *each pays his own*⁶ of de *American rule* genoemd. Tussen deze twee uitersten bevinden zich globaal gezien nog twee andere stelsels. Het ene wordt door Haardt aangeduid als *arbitrium iudicis*, wat betekent dat de rechter in elk afzonderlijk geval vrijelijk over de kosten beslist.⁷ De andere tussenweg is die waarin de verliezer slechts een deel van de kosten van de winnaar hoeft te vergoeden, vaak volgens gefixeerde tarieven. Deze wordt soms *Continental system*⁸ of de *European Rule*⁹ genoemd. De vier globale stelsels zullen in het vervolg worden aangeduid als in onderstaande tabel:

<i>Stelsel</i>	<i>Inhoud</i>
Indemnificatie	Verliezer betaalt alle (redelijk) gemaakte kosten van de winnaar (<i>English rule</i>)
Continentaal	Verliezer betaalt deel van de kosten van de winnaar volgens gefixeerde / forfaitaire tarieven.
Arbitrium iudicis	De rechter beslist vrijelijk over kostenallocatie.
Compensatie	Iedere partij betaalt de eigen kosten (<i>American rule</i>)

Tabel 4.1: Globale kostenstelsels

Er is niet zoiets als dé Nederlandse kostenveroordeling, dus er kan geen algemeen antwoord worden gegeven op de vraag binnen welk stelsel Nederland valt. Er is sprake van differentiatie, zowel per soort procedure als per kostenpost binnen die procedures. Zoals in de inleiding vermeld, ligt de focus op dagvaardingszaken bij de rechtbank (kanton en civiel) en het gerechtshof, inclusief kort gedingen en zaken over intellectueel eigendom. Binnen die procedures zullen de belangrijkste kostenveroordelingsgronden worden besproken.

⁴ Met name in de rechtseconomische literatuur spreekt men vaak over de *English rule* (en de tegenovergestelde *American Rule*), zie onder meer Plott 1987; Katz 2000; Cooter & Ulen 2008, p. 455; Kritzer 2009. Zie de bespreking hiervan in hoofdstuk 7.

⁵ Haardt 1945, p. 4.

⁶ Cooter & Ulen 2008, p. 455.

⁷ Haardt 1945, p. 4. Haardt beperkt zich tot drie stelsels. Het continentale stelsel laat hij onvermeld, maar aangezien hij Nederland, met ook toen al een beperkte kostenveroordeling, onder het indemnificatiestelsel laat vallen, is het continentale stelsel in zijn indeling onder te brengen als een zachtere vorm van het indemnificatiestelsel.

⁸ Baye, Kovenock & De Vries 2005.

⁹ Shepherd 2006.

4.3 *De proceskostenveroordeling op grond van artikel 237 Rv*

4.3.1 *Een zwakke hoofdregel met sterke uitzonderingen en een beperking*

De hoofdregel van de Nederlandse proceskostenveroordeling in civiele dagvaardingszaken is vastgelegd in artikel 237 Rv.¹⁰ De eerste zin van dat artikel luidt: ‘De partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld’. Dit lijkt op een indemnisiestelsel te wijzen, maar er bestaan drie uitzonderingen en een belangrijke beperking bij deze regel, waardoor het Nederlandse stelsel beter als een continentaal stelsel met elementen van *arbitrium iudicis* kan worden aangeduid.

De drie uitzonderingen staan in de wetsbepaling zelf. De kosten mogen geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd als partijen (i) (ex-)partners¹¹, bloed-, of aanverwanten zijn of als (ii) de partijen over en weer op een aantal punten in het ongelijk worden gesteld. Daarnaast (iii) kan de rechter beslissen om nodeloze kosten voor rekening te laten van de partij die deze aanwendde of veroorzaakte. Als geen van deze uitzonderingen van toepassing is, is de rechter verplicht om de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordelen.¹²

Belangrijker nog dan deze drie uitzonderingen is de beperking: de kostenveroordeling wordt meestal zodanig berekend dat deze de werkelijk gemaakte kosten bij lange na niet dekt. De uitzonderingen en de beperking worden in de navolgende subparagrafen afzonderlijk besproken.

4.3.2 *Uitzondering (i): compensatie bij (ex-)partners, bloed- of aanverwanten*

Uitzondering (i) is van belang, omdat er in de praktijk veel geschillen plaatsvinden tussen mensen met familiale banden. Dit zijn veelal verzoekschriftprocedures, waarin de rechter op grond van artikel 289 Rv de vrije keuze heeft om wel of geen kostenveroordeling uit te spreken¹³, maar ook in dagvaardingsprocedures kunnen de

¹⁰ De regeling van dit artikel werkt tevens door in hoger beroep (art. 353 lid 1 Rv) en kort geding. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 132. Lid 4 van het artikel handelt bovendien over de nakosten, waarop in dit boek echter niet verder zal worden ingegaan. Zie daarover HR 19 maart 2010, *LJN* BL1116, *RvdW* 2010, 34, met in de conclusie van Keus (5.15 e.v.) verwijzingen naar de eerdere discussie hierover in de literatuur

¹¹ Hoewel de wet hier niet letterlijk over spreekt, kunnen volgens vaste jurisprudentie ook de kosten tussen gewezen echtgenoten gecompenseerd worden (zie o.a. HR 10 december 1926, *NJ* 1927, p. 261). Haardt zette hier weliswaar vraagtekens bij (Haardt 1945, p. 56), maar dit heeft de Hoge Raad niet kunnen beïnvloeden: zie o.a. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 64. In HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 163 ging de Hoge Raad nog verder en stond (in strijd met eerdere jurisprudentie: HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 216) ook compensatie toe bij andere levensgezellen en bij gedingen tussen ongehuwde ouders, waarbij het geschil de gezamenlijke kinderen betreft.

¹² O.a. HR 30 september 2005, *LJN* AS8376, *JOL* 2005, 228 (*ECC/CellOne*); zie voor verdere jurisprudentie en voor interpretatie van het begrip ‘ongelijk’ § 4.3.3.

¹³ Hij behoeft deze keuze in beginsel zelfs niet te motiveren, zie HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 68, tenzij de omstandigheden van het geval en stellingen van partijen dit anders doen zijn (HR 6 oktober

partijen familiale banden hebben. Denk daarbij aan erfrechtelijke geschillen, conflicten binnen familiebedrijven en kort gedingen in de familiesfeer.¹⁴ Voor de kostenveroordeling in zaken waarin familiale banden tussen partijen bestaan, maakt de soort procedure feitelijk niet uit, omdat zowel artikel 289 als artikel 237 lid 1 Rv de rechter een vrije bevoegdheid geven.

Hoewel in artikel 237 Rv staat dat de rechter *mag* compenseren in die gevallen, is compensatie bij procedures tussen familieleden of (gewezen) partners in de praktijk eerder regel dan uitzondering. De achtergrond hiervan is van oudsher de fictie dat processen tussen familieleden worden geacht niet lichtvaardig of kwaadwillig te worden gevoerd en dat een kostenveroordeling in de weg kan staan aan verzoening.¹⁵ De moderne variant van deze redenering is dat het verbinden van een kostenconsequentie aan het zakelijk gelijk vaak geen recht doet aan de emotionele geladenheid en dat een kostenveroordeling als prestigewinst kan worden opgevat die verdere samenwerking, bijvoorbeeld bij gezamenlijke kinderen, kan frustreren.¹⁶

Voor dit onderzoek zijn vooral de uitzonderingen waarin de rechter in een ‘familiezaak’¹⁷ wel een kostenveroordeling uitspreekt interessant, omdat daarin de proceshouding meestal een rol speelt.¹⁸ Feitelijk geldt in familiezaken dus een *arbitrium iudicis*-regel, waarin de rechter de vrijheid heeft om wel of niet te compenseren en waarbij die ook met procesgedrag rekening mag houden.

4.3.3 Uitzondering (ii): compensatie bij ongelijk over en weer

Uitzondering (ii) gaat over gevallen waarin beide partijen deels in het gelijk (en dus ook in het ongelijk) worden gesteld.¹⁹ Deze compensatiemogelijkheid zou, wanneer het begrip ‘(on)gelijk’ soepel wordt gehanteerd, veel mogelijkheden aan de rechter kunnen bieden om met de proceshouding rekening te houden. Denk aan het geval waarin een eiser zijn vordering toegewezen krijgt op grond van één argument, maar

2006, *NJ* 2006, 656). Indien de rechter een kostenbeslissing wel motiveert, dan moet dit begrijpelijk gebeuren (HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 651).

¹⁴ Bijvoorbeeld over nakoming van omgangsregelingen of over straat- en contactverboden.

¹⁵ Zie Haardt 1945, p. 51 en 58; HR 10 december 1926, *NJ* 1927, p. 263, m.nt. E.M. Meijers; Van der Aa & Sluijter 2009, p. 2479-2480.

¹⁶ Hof Leeuwarden 19 november 2008, *LJN* BG4803, r.o. 11, en de kritische bespreking daarvan in Van der Aa & Sluijter 2009, p. 2480-2481. Kritisch ten aanzien van deze automatische compensatie waren reeds Hartogh 1875, p. 128, en Haardt 1945, p. 51. Fernhout 2010 betoogt dat deze zelfs in strijd kan zijn met art. 6 EVRM, gezien het arrest EHRM 6 april 2006, *EHRC* 2006, 68 (*Stankiewicz*); die mening deel ik niet, zie Van der Aa & Sluijter 2010.

¹⁷ In dit onderzoek hanteer ik meestal de kortere term ‘familiezaak’ in plaats van ‘zaak waarin partijen familiale banden hebben’. Dit betreft echter niet altijd *familierechtelijke* zaken.

¹⁸ Zie Zon 2008 en ook de resultaten van de interviewstudie in hoofdstuk 5.

¹⁹ Overigens wordt in de regel de kostenveroordeling in conventie/principaal appel apart uitgesproken van die in reconventie/incidenteel appel. Bij een zowel afgewezen conventie als reconventie, worden dus beide partijen normaliter een keer in de kosten veroordeeld.

daarnaast nog vijf kansloze argumenten heeft aangevoerd. Over de betekenis van ‘het gelijk’ kan dus discussie plaatsvinden. Om juist dit soort discussies te voorkomen stelt A-G Huydecoper in zijn conclusie bij het arrest ECC/CellOne voor om eenvoudigweg aan de hand van toewijzing of afwijzing van het gevorderde het gelijk te bepalen.²⁰ De Hoge Raad herhaalt in zijn oordeel die maatstaf niet met zoveel woorden, maar lijkt er wel in mee te gaan door de compensatiebeslissing van het hof te vernietigen – ‘omdat de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, in beginsel in de kosten dient te worden veroordeeld, tenzij de rechter op enige in de wet genoemde grond gemotiveerd van oordeel is dat op deze regel een uitzondering dient te worden gemaakt’ – en vervolgens de zaak zelf af te doen door alsnog de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordelen.²¹ Ook volgens Van Schaick moet het ongelijk technisch worden bepaald door het petitum van de dagvaarding met het dictum van het vonnis te vergelijken.²²

Deze uitleg van ‘het gelijk’ werd in het verleden minder eng opgevat. In 1993 constateerde Wesseling-van Gent juist veel creativiteit,²³ wat mogelijk was doordat de Hoge Raad had geoordeeld dat ‘bij vonnis in het ongelijk gesteld is immers te beschouwen niet alleen de partij wier standpunt door de rechter onjuist wordt bevonden, maar ook de partij, die door haar houding of gedragingen aanleiding tot de vordering heeft gegeven.’²⁴

Tegenwoordig wordt in de heersende leer dus een strikter ongelijkbegrip gehanteerd in zaken waarin de vordering geheel is toe- of afgewezen. Daarbuiten biedt de compensatiemogelijkheid wel enige ruimte aan de rechter, want het komt regelmatig voor dat niet alle vorderingen integraal worden toe- of afgewezen. In die gevallen kan de rechter wel degelijk met de proceshouding rekening houden bij de beslissing om wel of niet te compenseren.

In het geval dat slechts een deel van de vordering wordt toegewezen kan de rechter eventueel ook compenseren, maar daarnaast bestaat de mogelijkheid om de kostenveroordeling te verlagen, zoals zal worden besproken in paragraaf 4.3.5.

²⁰ HR 30 september 2005, *LJN AS8376, JOL 2005, 228 (ECC/CellOne)*, sub 41.

²¹ Zie rechtsoverweging 3.4. Zie ook HR 12 augustus 2005, *NJ 2006, 98*, ro. 4.3. over het gelijk in de procedure wanneer het hof de afwijzing van een vordering bekrachtigt, maar op andere gronden dan de rechter in eerste aanleg. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nrs. 125-126, noemt ook de recente zaak HR 11 februari 2011, *LJN BO7108 (First Data/Attingo)*.

²² Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 125.

²³ Wesseling-van Gent 1993, p. 3-4, met onder andere als voorbeeld Ktr Terneuzen 17 mei 1991, *NJ 1992, 19*, waarin een verkeerde lezing door gedaagde van een prijscheque met prospectus begrijpelijk was, waardoor eisers vordering weliswaar werd toegewezen, maar de kosten toch gecompenseerd werden.

²⁴ HR 23 maart 1979, *NJ 1980, 125*. In HR 23 januari 1987, *NJ 1987, 962*, werd zelfs een eiser wiens vordering volledig was toegewezen veroordeeld in de kosten, omdat hij de vordering te vroeg had ingesteld en daarom als ‘in het ongelijk gesteld’ werd beschouwd.

4.3.4 Uitzondering (iii): nodeloze kosten

De laatste zin van artikel 237 lid 1 Rv bepaalt dat nodeloze kosten voor rekening kunnen worden gelaten van de partij die deze kosten heeft aangewend of veroorzaakt. Deze bepaling biedt de rechter een ruime mogelijkheid om de door verstoring procesgedrag veroorzaakte kosten af te wentelen op de veroorzaker. Chicanes, onterechte incidenten en andere fouten kunnen tot een kostenveroordeling leiden, zelfs ten laste van de partij die volledig in het gelijk is gesteld.²⁵ De regeling over nodeloze kosten bestaat al sinds 1879 en de wetgever heeft destijds besloten dat de beantwoording van de vraag welke kosten nodeloos zijn, aan ‘s rechters prudentie’ kon worden overgelaten.²⁶

In een aantal concrete gevallen biedt de wet aanknopingspunten, zoals in artikel 170 lid 1 Rv, dat bepaalt dat als een partij meer getuigen heeft opgeroepen dan redelijkerwijs noodzakelijk was, de rechter daarmee rekening kan houden bij de kostenveroordeling. Ook met betrekking tot de kosten bij verstek, herstel van dagvaardingsexploten, verval/ontslag/afstand van instantie en onwillige getuigen staan in de wet specifieke bepalingen over de allocatie van kostenposten tussen partijen (en onwillige getuigen), al gaat het daarbij niet steeds om kosten die als nodeloos veroorzaakt kunnen worden aangeduid.²⁷

Vermeldenswaard is verder het vaste aanknopingspunt dat de Hoge Raad heeft gegeven over de kosten van een incidenteel appel: als een partij in een (voorwaardelijk) incidenteel appel de in eerste aanleg gevoerde verweren opnieuw onder de aandacht brengt, kan de verwerping daarvan niet leiden tot de conclusie dat de kosten van het incidenteel appel nodeloos zijn gemaakt.²⁸

²⁵ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 130.

²⁶ Zie dit citaat uit de Memorie van Beantwoording (*Kamerstukken II* 1878-1879, 31, nr. 1, p. 4) in de conclusie van A-G Wesseling-van-Gent bij HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 651.

²⁷ Een bespreking van deze bepalingen, te vinden in artt. 69 lid 1, 121 lid 2, 122 lid 2, 123 lid 2, 127 lid 2, 127a lid 2, 141, 178, 249 en 252 Rv, valt buiten het bestek van dit onderzoek. Ook kosten(bepalingen) omtrent beslag en executie worden buiten beschouwing gelaten.

²⁸ HR 10 juni 1988, *NJ* 1989, 30, zoals herhaald in HR 3 oktober 2008, *NJ* 2008, 530. Voor de (voorwaardelijke) reconventie die niet wordt beoordeeld, omdat niet aan de voorwaarde is voldaan, geldt de genuanceerdere regel uit HR 11 februari 2011, *LJN* BO9673, *RvdW* 2011, 249. De rechter moet dan onderzoeken of: ‘(..) de eis in voorwaardelijke reconventie ondeugdelijk is, in welk geval de kosten voor rekening van de eiser in reconventie moeten worden gebracht, dan wel of de kosten daarvan nodeloos gemaakt of veroorzaakt zijn, in welk geval de kosten voor rekening van de eiser in reconventie kunnen worden gelaten, onderscheidenlijk of, gelet op de samenhang van de gedingen in conventie en reconventie, de eis in (voorwaardelijke) reconventie een redelijke vorm van verdediging vormt en de kosten daarvan op die grond ten laste van de in conventie in het ongelijk gestelde partij dienen te komen, dan wel of geen van beide partijen als in reconventie in het ongelijk gestelde partij kan worden beschouwd en een proceskostenveroordeling in reconventie achterwege moet blijven.’

Haardt heeft in 1945 uit de jurisprudentie verschillende rubrieken van nodeloze kosten opgemaakt, waarnaar vervolgens ruim 60 jaar regelmatig instemmend is terugverwezen, onder andere in 2001 door A-G Wesseling-van Gent en in 2008 door Zon. Zij maken de volgende onderscheiding: (1) onnodigheid van het gehele proces, waaronder ook de voortijdige en bovenmatige vorderingen, (2) nodeloze voortzetting van een proces, (3) processuele fouten met extra kosten als gevolg, (4) het onnodig ingewikkeld maken van het proces en (5) de onwaarachtige partijhouding.²⁹ Andere rubricering is eveneens mogelijk; zo deelt Numann de gedragingen in twee categorieën in: enerzijds gevallen waarin een partij een kostenverhogende fout heeft gemaakt en anderzijds gevallen waarin een partij een onredelijke en/of unfaire houding aanneemt.³⁰ Deze indelingen vertonen logischerwijs gelijkenis met, maar zijn ook abstracter dan, het uitgebreide overzicht van procesverstorende gedragingen dat in hoofdstuk 3 is gegeven.

Hoewel de wettekst met de frase ‘voor rekening laten’ niet helemaal duidelijk is over de vraag of ook de kosten die bij de andere partij zijn veroorzaakt voor rekening van de veroorzaker *gebracht* kunnen worden, heeft de Hoge Raad dit wel toegelaten.³¹ De winnaar kan dus in de kosten worden veroordeeld die de verliezer nodeloos heeft moeten maken.

4.3.5 *Beperking: liquidatietarief*

Dat het Nederlandse systeem ondanks de hoofdregel uit artikel 237 Rv geen indemnisatiestelsel maar een continentaal stelsel is, komt door de beperkte omvang van de te vergoeden kosten. Krachtens artikel 239 Rv behoren tot de te vergoeden kosten ook de kosten van de advocaat en die vormen in de praktijk de grootste kostenpost.³² Deze worden in de praktijk echter zelden concreet en volledig vergoed, maar worden doorgaans abstract berekend op grond van het liquidatietarief, dat slechts een deel van de werkelijke kosten dekt. Dit tarief is tot stand gebracht door de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht.³³ Bij de berekening van de kostenvergoeding op grond van het liquidatietarief wordt niet gekeken naar de werkelijk gewerkte uren van de advocaat, maar naar de verrichte

²⁹ Zie Haardt 1945, p. 30-33; A-G Wesseling-van-Gent bij HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 651 en Zon 2008.

³⁰ Numann (*Burgerlijke rechtsvordering; artikel 237*) 2003, aant. 9.

³¹ Zie Van der Wiel 2004, p. 330-331, die HR 23 december 1955, *NJ* 1956, 164 (en ook Rb ‘s-Gravenhage 22 mei 2002, *NJ* 2002, 588) aanhaalt en stelt dat de parlementaire geschiedenis op dit punt tegenstrijdig is. Anders: Numann (*Burgerlijke rechtsvordering; artikel 237*) 2003, aant. 9.

³² Daarnaast vallen de betaalde griffierechten, deurwaarderskosten, kosten voor getuigen en deskundigen, eventuele reiskosten en kosten van conservatoir beslag onder de proceskostenveroordeling. Zie art. 238 e.v. Rv en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 131.

³³ Zie over de totstandkoming en rekenwijze van het tarief: website van de Raad voor de Rechtspraak: <http://www.rechtspraak.nl/>. Zie over de status van een dergelijke regeling ook Teuben 2004, p. 152-153.

(processuele) werkzaamheden en naar het belang van de zaak. Verrichte werkzaamheden leveren ‘punten’ op. Een eiser die een zaak wint met één conclusiewisseling en een comparitie, krijgt een punt voor de dagvaarding en een punt voor de comparitie, dus samen twee punten. Vervolgens wordt aan de hand van het belang van de zaak, bestaande uit de geldwaarde en/of de aard van de procedure, bepaald hoeveel die punten aan vergoeding opleveren.

Ter illustratie: bij een zaak om € 30.000,- waarin de rechtbank de vordering volledig afwijst, in een vonnis dat gewezen wordt na twee conclusiewisselingen en een mondeling pleidooi, worden vier punten geteld. De gedaagde krijgt 1 punt voor de conclusie van antwoord, 1 punt voor de conclusie van dupliek en 2 punten voor het mondelinge pleidooi. De geldwaarde van de zaak valt in de categorie € 20.000 t/m € 40.000 en daarmee in Tarief III. Dat betekent dat ieder punt € 579 waard is, waardoor (4 x € 579 =) € 2.319 het bedrag is waarop de rechter het salaris van de advocaat zal begroten in de kostenveroordeling. Dit bedrag ligt in de meeste gevallen ver onder dat wat de cliënt daadwerkelijk aan zijn advocaat betaalt.³⁴ Daarnaast worden nog de andere kostenposten, zoals het door de gedaagde werkelijk betaalde griffierecht, in de kostenveroordeling opgenomen.³⁵

Het tarief moet worden gezien als een niet-bindende richtlijn en is dus geen recht in de zin van artikel 79 RO, aldus de Hoge Raad in het arrest Lindeboom/Beusmans.³⁶ De rechter heeft daarmee de vrijheid om van het tarief af te wijken, al gebeurt dit in de praktijk maar zelden.³⁷ In de parlementaire geschiedenis wordt in dit kader overwogen dat de kostenvergoeding niet op een schadevergoedingsverplichting uit onrechtmatige daad is gebaseerd, maar op overwegingen van procesrisico en procesbeleid, waarbij de hoogte van de vergoeding ook niet zo hoog hoort te zijn dat de vrijheid om de ander in rechte te betrekken in gevaar komt.³⁸ Overigens zal de rechter wel van het tarief afwijken als de werkelijke

³⁴ De schattingen over het (gemiddelde) percentage van de werkelijke kosten dat wel gedekt wordt, variëren sterk, wellicht ook doordat ‘de gemiddelde zaak’ als zodanig niet bestaat. Tuil 2010, p. 415, denkt aan 10% in complexere zaken en 50-75% in standaard- en incassozaken.

³⁵ Plus eventuele andere kostenposten (zie de eerste noot bij deze subparagraaf). Het liquidatietarief vermeldt dit ook expliciet: ‘Boven en behalve de volgens ieder tarief aan salaris te liquideren bedragen worden de werkelijke verschotten van de procedure geliquideerd.’

³⁶ HR 3 april 1998, NJ 1998, 571 (*Lindeboom/Beusmans*).

³⁷ Zie de jurisprudentieanalyse in § 4.9 en ook de interviewstudie (§ 5.4.1). Boot & Quist 2011 geven eveneens een overzicht van zaken waarin van het liquidatietarief wordt afgeweken.

³⁸ MvT Inv. Boeken 3, 5 en 6, Wijziging Rv, Deventer: Kluwer 1992, p. 36. Het procesrisico als grondslag van de kostenveroordeling heeft in de literatuur over het algemeen instemming. Kritischer is men over de keuze om de hoogte te beperken om de toegang tot de rechter te waarborgen, met als belangrijkste tegenargumenten dat zo juist de toegang tot de rechter voor degenen met het gelijk wordt verminderd en dat dit een spanningsveld oplevert met de voor volledige vergoeding vatbare buitengerechtigde kosten (o.a. Van Schaick 2000; Wesseling-van Gent 1993; Ekelmans 2004; Huydecoper 2007; Falkena 2007).

kosten worden gevorderd en die kosten lager zijn dan het toepasselijke liquidatietarief.³⁹ In de overige gevallen is een veelgevolgde lijn in de lagere jurisprudentie dat slechts wordt afgeweken als er sprake is van ‘buitengewone omstandigheden’, waarbij gedacht moet worden aan misbruik van procesrecht en onrechtmatig procederen.⁴⁰ Het gaat dan om processuele omstandigheden; de aard en ernst van de materieelrechtelijke normschending spelen in principe niet mee, wat betekent dat een schadevergoedingszaak waarin opzettelijk toegebracht letsel wordt bewezen in de regel niet tot een hogere kostenvergoeding leidt dan een zaak over onopzettelijk toegebrachte zaakschade.⁴¹

Besluit de rechter om van het liquidatietarief af te wijken en de werkelijke kosten door te berekenen, dan verlangt de Hoge Raad een zwaardere motivering wat betreft de hoogte van de kosten, gezien de vernietiging van een uitspraak waarin het hof in een echtscheidingsprocedure (!)⁴² de man in de werkelijke proceskosten veroordeelde.

‘Het hof mocht de man veroordelen in de werkelijke kosten die aan de zijde van de vrouw zijn gevallen. Wat de hoogte daarvan betreft diende het hof rekening te houden met het daartegen door de man gevoerde verweer, in het bijzonder ook wat betreft de redelijkheid van de kosten zelf. Nu de kosten van de onderhavige procedure, zoals blijkt uit het bedrag waarop de vrouw aanspraak maakte, zeer hoog zijn opgelopen, was mede van belang hoe dit heeft kunnen gebeuren en met name aan wie de vertraging van de procedure was te wijten en wat de oorzaak was van de complicaties die zijn opgetreden. Het bestreden oordeel van het hof daaromtrent is in meerdere opzichten ontoereikend of onbegrijpelijk gemotiveerd.’⁴³

De Hoge Raad sluit in deze uitspraak niet aan bij het eerdergenoemde criterium van ‘buitengewone omstandigheden’ zoals dat in veel lagere rechtspraak en in de parlementaire geschiedenis wordt gehanteerd.⁴⁴ Dat betekent dat er geen enkel inhoudelijk criterium of motiveringseis wordt gesteld aan de keuze om af te wijken van het liquidatietarief an sich⁴⁵, waarmee de niet-bindende status van het liquidatietarief

³⁹ Die dure fout werd gemaakt in Rb Amsterdam 10 september 2008, *LJN* BF0503.

⁴⁰ De eis van buitengewone omstandigheden werd het eerst geformuleerd in Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130, en later herhaald in o.a. Hof ’s-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128. Zie ook Van der Wiel 2004, p. 329 e.v. In *MvT Inv. Boeken 3, 5 en 6, Wijziging Rv*, Deventer: Kluwer 1992, p. 36, haalt de wetgever deze eis instemmend aan.

⁴¹ Met als uitzondering Rb Maastricht 7 maart 2007, *JBP* 2007, 54, m.nt. Van Rijssen. Van Rijssen noemt het vonnis een dissonant.

⁴² Waarin nota bene normaliter zelfs wordt gecompenseerd, zie § 4.3.2. Strikt genomen ziet de uitspraak op art. 289 Rv van de verzoekschriftprocedure, maar niet valt in te zien waarom de overwegingen niet in gelijke mate zouden gelden voor afwijking van het liquidatietarief in dagvaardingszaken.

⁴³ HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234, m.nt. Wortmann. Zie ook Visser 2010.

⁴⁴ De Hoge Raad sluit daarmee aan bij de opvatting van Van der Wiel 2004, p. 329, en bij zijn eerdere beslissing in HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (*Lindeboom/Beusmans*).

⁴⁵ Tenzij er sprake is van een kennelijke misslag: HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197.

andermaal wordt bevestigd. Als er echter wordt afgeweken, dan is voor de hoogte van de kosten het gevoerde partijdebat van belang⁴⁶ en gelden een aantal gezichtspunten: de redelijkheid van de kosten, de oorzaak van de vertraging en opgelopen kosten, de oorzaak van de achterliggende complicaties en de eventuele verwijtbaarheid van een der partijen.

Er is discussie mogelijk over de vraag hoe een partijverzoek, inhoudende dat jegens de wederpartij een hogere kostenveroordeling moet worden uitgesproken dan het liquidatietarief, moet worden beschouwd. Normaal gesproken hoeven partijen geen proceskostenveroordeling te vragen, omdat de rechter daar ambtshalve over beslist, en het verzoek van gedaagde om eiser in de kosten veroordelen niet geldt als een eis in reconventie.⁴⁷ Maar geldt het verzoek om een hogere kostenveroordeling wel als een vermeerdering van eis of een eis in reconventie? Mijn inziens niet: het is logischer om een dergelijk verzoek te zien als nadere specificatie van hoe de rechter de kostenbeslissing in de ogen van die partij behoort in te vullen.⁴⁸ Dat daarbij soms wordt aangesloten bij de criteria van misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad, betekent niet dat het verzoek om een hogere kostenveroordeling als een zelfstandige vordering op grond van onrechtmatige daad moet worden beschouwd. Een verzoek om een hogere kostenveroordeling zou in hoger beroep daarom niet moeten kunnen stranden op de ‘in beginsel strakke regel’ of op de regel dat in hoger beroep niet voor het eerst een eis in reconventie kan worden ingesteld.⁴⁹

Binnen het systeem van het liquidatietarief heeft de rechter ook enige speelruimte. Zo tellen aktes met bijzondere inhoud voor 0,5 punt, terwijl voor andere aktes 0 punten staan. De rechter kan dus meewegen of een akte iets toevoegt aan de inhoud van het geschil. Hetzelfde geldt voor de keuze of de reconventie voortvloeit uit het verweer of dat het een zelfstandige vordering is.⁵⁰ De belangrijkste keuzevrijheid geeft het tarief wanneer slechts een deel van de vordering wordt toegewezen. Er wordt bijvoorbeeld € 30.000 aan schadevergoeding gevorderd, maar de rechter begroot de schadevergoeding voor de overigens in het gelijk gestelde eiser slechts op € 18.000. De rechter kan dan kiezen of hij uitgaat van het tarief dat hoort bij het gevorderde bedrag

⁴⁶ De Hoge Raad zoekt hier enige aansluiting bij het beginsel van hoor- en wederhoor uit art. 19 Rv.

⁴⁷ HR 28 november 1986, *NJ* 1987, 380, en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 129.

⁴⁸ Zo ook Van der Wiel 2004, p. 332, Anders: Hof Leeuwarden 3 augustus 2010, *LJN* BN3290, hoewel daarin ook kosten van eerdere procedures worden teruggevorderd. Zo ook Ktr Eindhoven 18 februari 2010, nr. 09-5673: ‘Formeel vordert <gedaagde> een hoger bedrag als bijdrage in de proceskosten maar feitelijk vordert hij schadevergoeding op grond van volgens <gedaagde> aan <eiser> te verwijten gedrag’, waarna de kantonrechter de kosten volgens liquidatietarief berekent en gedaagde verwijst naar een eventueel nieuw in te stellen procedure.

⁴⁹ Als in hoger beroep wordt gevraagd om een hogere kostenveroordeling in eerste aanleg, dan is dat overigens wel een grief. De ‘in beginsel strakke regel’ geldt dan onverkort en de geïntimeerde zal er een incidenteel appel aan moeten wijden.

⁵⁰ In het eerste geval wordt voor de reconventie slechts de helft van de punten toegekend.

(Tarief III; € 579 per punt) of dat hoort bij het toegewezen bedrag (Tarief II; € 452 per punt). Meestal wordt uitgegaan van het toegewezen bedrag⁵¹, maar de rechter kan ervoor kiezen van het gevorderde bedrag uit te gaan, bijvoorbeeld omdat de hoge insteek op het eerste oog niet onredelijk was.

4.3.6 Artikel 237 Rv en ontmoediging van verstorend procesgedrag: beoordeling

De drie uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 237 Rv en de beperkte omvang van de kostenveroordeling zorgen er voor dat binnen het toepassingsbereik van dit artikel geen indemnisiestelsel geldt, maar een continentaal stelsel met enkele elementen van *arbitrium iudicis*. Het continentale aspect schuilt in het liquidatietarief, terwijl de compensatiegronden en de nodelozekostenregeling veel beslissingsruimte bieden aan de rechter. Daarbij roept met name het niet-dekkende tarief discussie op in de literatuur, welke te plaatsen valt in een breder internationaal debat over de *American rule* versus de *English rule*, ofwel compensatie versus indemnificatie. Met name rechtseconomen hebben zich hiermee bezig gehouden; een bespreking van die literatuur en de daarin voorspelde effecten van beide regels staat in § 7.5. Nu wordt ingegaan op de vraag of het huidige systeem *an sich* verstorend procesgedrag ontmoedigt.

In feite bevat de veroordeling van de partij met het ongelijk conform het liquidatietarief al een bepaalde prikkel tegen verstorend procesgedrag. Kansloze processen leiden immers tot een veroordeling in de kosten. In Nederland hebben we dan ook weinig tot geen last van *nuisance suits*, die in de VS met het compensatiestelsel wel een probleem kunnen vormen.⁵² Deze *nuisance suits* houden in dat de eiser een materieelrechtelijk zwakke claim neerlegt bij een andere partij, omdat hij weet dat hij in een rechtszaak als eiser zelf weinig kosten zal hoeven te maken en de gedaagde veel kosten moet maken om de zaak te verdedigen. Hij hoopt dat de gedaagde dan een onvoordelige schikking aan zal gaan om de kosten te ontlopen.⁵³ Deze truc werkt echter niet – of in elk geval minder goed – in een stelsel met een kostenveroordeling, waardoor de *nuisance suit* ook niet als een versturende gedraging terugkwam in de lijst in hoofdstuk 3.

Het feit dat het liquidatietarief niet de werkelijk gemaakte uren, maar de verrichte proceshandelingen tot uitgangspunt neemt voor de kostenvergoeding, vormt eveneens een prikkel tegen sommige versturende gedragingen. Het voorkomt enerzijds dat sterk staande partijen het aantal werkuren van hun advocaten verhogen of dreigen op te hogen om zo de kostendruk op de wederpartij op te voeren. Anderzijds voorkomt

⁵¹ Dat is in ieder geval de standaardoptie in het berekeningsprogramma JustWord dat de rechtbank Breda gebruikt (althans gebruikte in 2008).

⁵² Juist om *nuisance suits* tegen te gaan, zijn in de VS voorstellen gedaan om van de *American Rule* af te stappen, zie Jackson 2009, p. 625, en de bespreking in hoofdstuk 7.

⁵³ Cooter & Ulen 2008, p. 446-447, en ook Sluifjter 2008, p. 32.

het dat partijen elke opgevoerde kostenpost bij de wederpartij kunnen gaan betwisten. Het liquidatietarief neemt dus enkele prikkels tot inefficiëntie weg.

Bovenstaande effecten zijn echter klein en/of werken slechts in een beperkt aantal situaties. Kortom, de normale toepassing van artikel 237 Rv (inclusief bijbehorend liquidatietarief) ontmoedigt onnodig kostenverhogend en vertragend partijgedrag op zichzelf slechts beperkt. De tweede vraag, of de regeling discretionaire vrijheid biedt aan de rechter om rekening te houden met verstarend procesgedrag, biedt meer perspectief.

De mogelijkheid om de compensatiegrond bij gedeeld (on)gelijk als prikkel te gebruiken wordt op twee wijzen begrensd. Ten eerste is compensatie volgens de huidige lijn van de Hoge Raad niet toegestaan als de vordering volledig is toe- of afgewezen (uitgezonderd in het geval partijen verwanten zijn en onder de eerste uitzondering vallen). Ten tweede is de ‘sanctie’ maar op één wijze mogelijk: namelijk compensatie van kosten. Een veroordeling van een partij in de helft of driekwart van de kosten is met deze grond niet mogelijk. Binnen die grenzen kan de rechter echter rekening houden met het procesgedrag van partijen.

De als nodeloos aangemerkte kosten bieden een grote prikkelmogelijkheid aan de rechter. Onnodig vertragend en kostenverhogend gedrag zal vrijwel altijd als nodeloos kunnen worden aangemerkt. Ook is de sanctiekeuze minder beperkt dan bij de compensatiegrond bij gedeeld (on)gelijk, omdat de rechter ook de winnaar in de nodeloos bij de verliezer veroorzaakte kosten kan veroordelen. De berekening van de nodeloze kosten kan zowel op basis van het liquidatietarief als op basis van werkelijk gemaakte kosten geschieden.⁵⁴ De enige grote beperking is dat alleen de nodeloos veroorzaakte kosten voor rekening van de veroorzaker komen en de rechter niet bij wijze van sanctie ook met de andere (niet-nodeloos veroorzaakte) kosten mag schuiven. Overigens hanteren rechtbanken sinds 2006 de Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord. In dit handboek voor rechters en gerechtsambtenaren, dat eerst alleen intern gebruikt werd en pas later openbaar is gemaakt, worden ‘best practices’ voor de procesregie beschreven.⁵⁵ Daarin staan ook enkele gevallen beschreven waarin het aanmerken van kosten als nodeloos gemaakt als mogelijke remedie kan worden gebruikt. Genoemd worden het niet of ondeugdelijk vertegenwoordigd verschijnen ter comparitie⁵⁶, het te laat toezenden van stukken⁵⁷ en het niet voldoen aan de substantiëringsplicht.⁵⁸

Ten slotte is er de mogelijkheid voor de rechter om van het liquidatietarief af te wijken, hoewel de lijn in de lagere jurisprudentie is dat dit pas ter sprake komt als er

⁵⁴ Van der Wiel 2004, p. 330.

⁵⁵ De meest recente versie van de handleiding is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

⁵⁶ Nrs. 27-29 en 37 van de handleiding.

⁵⁷ Nr. 59 van de handleiding

⁵⁸ Zie in de handleiding de 33^e voetnoot voor de sectoren kanton.

sprake is van buitengewone omstandigheden. Toch is dit geen ‘harde lijn’, omdat de Hoge Raad heeft erkend dat het liquidatietarief geen recht in de zin van artikel 79 RO is en hij in beginsel niet zal casseren als een lagere rechter ook buiten de ‘buitengewone omstandigheden’ van het tarief afwijkt, tenzij dit gebeurt met een onbegrijpelijke motivering.⁵⁹ Binnen het liquidatietarief kan de rechter ook wat schuiven op basis van gedrag, bijvoorbeeld bij het beoordelen of een akte wel/geen bijzondere inhoud heeft en bij de vraag of van het gevorderde of van het toegewezen bedrag moet worden uitgegaan. Dat gaat echter om kleine marges.

Geconcludeerd kan worden dat de normale toepassing van artikel 237 Rv en het liquidatietarief slechts beperkt bepaalde onnodig vertragende en kostenverhogende gedragingen ontmoedigt, maar dat de regeling via het gedeelde (on)gelijk, de nodeloze kosten, de niet-bindendheid van het liquidatietarief en de bewegingsruimte binnen het liquidatietarief ook veel vrije ruimte laat aan de rechter om negatieve kostenconsequenties te verbinden aan verstarend partijgedrag.

4.4 *Het ‘eigen beursje’*

Op grond van artikel 245 lid 1 Rv kan ook de advocaat in zeer beperkte gevallen persoonlijk in de kosten veroordeeld worden. Het moet dan gaan om een niet-bestaande of niet-rechtsgeldig verschenen partij die door die advocaat in het geding vertegenwoordigd werd. Voor dit onderzoek is deze huidige smalle basis voor een veroordeling van de advocaat in ‘de eigen beurs’ van klein belang, al zou het vertegenwoordigen van een niet-bestaande partij meestal als onnodig vertragend en kostenverhogend kunnen worden aangemerkt.⁶⁰ Interessanter is het afgeschafte ‘eigen beursje’ van artikel 58 (oud) Rv, aangevuld met de artikelen 17 en 96 (oud) Rv. Artikel 58 (oud) Rv luidde vanaf de laatste wijziging in 1992 tot de afschaffing in 2002 als volgt:

Artikel 58 (oud) Rv

De advocaten, procureurs en deurwaarders, die zich in hunne bedieningen te buiten mogten gaan, en alle diegenen, welke de belangen van het beheer dat hun is toevertrouwd verwaarloozen, zullen persoonlijk en uit hunne eigene beurs geheel of gedeeltelijk in de kosten verwezen mogen worden, en, zo daartoe gronden zijn, tot schadevergoeding, zonder die op hunne principalen te kunnen verhalen.

De veroordeling betrof niet alleen de kosten van de partij met het gelijk, maar ook die van de partij met het ongelijk, meestal de eigen cliënt.⁶¹ De artikelen 17 en 96 (oud) Rv waren afgeleiden van artikel 58 (oud) Rv, met specifieke betrekking op

⁵⁹ Waaronder begrepen de kennelijke misslag.

⁶⁰ Zie over het huidige art. 245 lid 1 Rv: Hof ‘s-Hertogenbosch 9 juni 2009, *JBP* 2010, 24, m.nt. Banner.

⁶¹ Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, p. 105-106.

respectievelijk nietig verklaarde exploitatie en nietige proceshandelingen. Overigens werd de maatregel in de periode vlak voor de afschaffing al zelden meer toegepast. Haardt stelde in 1945 er nog het volgende over:

‘De gepubliceerde jurisprudentie op de artt. 17, 58 en 96 heeft een respectabelen omvang. In het bijzonder de advocaten, procureurs en deurwaarders worden nogal eens in de kosten verwezen en men zou daaruit de conclusie kunnen trekken, dat de genoemde artikelen – althans voorzover zij die personen treffen – door de praktijk niet gemist kunnen worden.’⁶²

Dit staat in schril contrast met de constatering van Snijders, Ynzonides & Meijer in 1997 dat een rechtshulpverlener het ‘wel heel bont’ moet maken om een eigen beursje te krijgen.⁶³ Die ommekeer is met name het gevolg van een uitspraak uit 1989, toen de Hoge Raad rekening hield met de toegenomen invloed van artikel 6 EVRM en bepaalde dat de advocaat, procureur of deurwaarder pas in de kosten mag worden veroordeeld nadat hij hierover is gehoord, waarbij de beslissing bovendien openstaat voor appel.⁶⁴ Dit recht op wederhoor en op hoger beroep bestond voorheen niet.⁶⁵ Ook in dit arrest werd door A-G Leijten nog gesproken van een vrij veelvuldige toepassing⁶⁶, maar Vranken voorspelde in de noot reeds dat deze nieuw toegekende rechten tot een sterke vermindering van de toepassing van het eigen beursje zou leiden. Deze voorspelling is uitgekomen. Vrankens aanvullende kanttekening dat de groei van het tuchtrecht het rechterlijk toezicht op fouten van advocaten overbodig maakte, heeft uiteindelijk ook bij de afschaffing een belangrijke rol gespeeld.⁶⁷

Met de afschaffing al in zicht scherpte de Hoge Raad de eisen voor toepassing van het eigen beursje in 1997 nog eens aan.⁶⁸ Hij oordeelde dat het eigen beursje er slechts was om de cliënt van de desbetreffende advocaat te vrijwaren van een veroordeling in de proceskosten in gevallen waarin die veroordeling misplaatst zou zijn. De Hoge Raad voegde daar expliciet aan toe dat de bevoegdheid niet is gegeven in het belang van de wederpartij. In de noot bij het arrest wijst Vranken er op dat dit een rigoureuze draai is:

⁶² Haardt 1945, p. 78.

⁶³ Snijders, Ynzonides & Meijer 1997, p. 105.

⁶⁴ HR 17 maart 1989, *NJ* 1989, 768, m.nt. JBMV.

⁶⁵ Haardt 1945, p. 78 e.v. Haardt 1945, p. 212-213, vond het overigens toen al onwenselijk dat de betrokkene niet gehoord behoefde te worden en stelde verandering op dit punt voor.

⁶⁶ Zie de aanvullende conclusie van genoemd arrest.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 651, nr. 3, p. 149-150 (MvT). Een andere kanttekening die Vranken gaf, en die ook in andere commentaren terugkwam (o.a. Minkjan 1993), is dat art. 58 (oud) Rv op gespannen voet stond met de geheimhoudingsplicht van de advocaat.

⁶⁸ HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347 m.nt. JBMV. Zie over deze aanscherping ook Verkijk 2010, p. 409-410.

‘Het gevolg is dat alle klachten van de wederpartij over vertragingstactieken, apert onjuiste stellingen en over kansloze incidenten of procedures, uit het gezichtsveld van artikel 58 Rv zijn verdwenen. Voor die gevallen geldt de bepaling eenvoudig niet (meer). Wetshistorisch is dit een opmerkelijke beslissing omdat algemeen *mede* als rechtsgrond van artikel 58 Rv wordt genoemd het belang van een goede procesorde.’⁶⁹

De daadwerkelijke afschaffing volgde pas vijf jaar later, maar met dit arrest deed de Hoge Raad het eigen beursje als instrument tegen onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag praktisch al de das om.

Ondanks de plausibele redenen voor afschaffing, wordt dit rechterlijke instrument nog steeds wel eens gemist, als signaal dat grote verzuimen niet onbestraft mogen blijven en als alternatief voor een aparte tucht- en/of aansprakelijkheidsprocedure jegens de advocaat.⁷⁰ Vooralsnog is deze mogelijke prikkel tegen verstorend procesgedrag echter niet meer beschikbaar en gezien de laatste (korte) parlementaire discussie hierover zal dit voorlopig ook niet veranderen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor een nieuw griffierechtenstelsel vroeg de CDA-fractie naar de mogelijkheden voor herinvoering. Zij kreeg daarop als antwoord dat voor ontevreden cliënten andere wegen zijn om de eigen advocaat aan te spreken en dat het oude eigen beursje niet vaak werd toegepast vanwege de procedurele verwickelingen daarbij.⁷¹

De rechter kan de cliënt daarbij wel op die andere wegen wijzen, zoals het Hof Leeuwarden in een uitspraak in een familiezaak expliciet deed:

‘Gelet op de omstandigheid dat de vrouw wellicht niet geheel heeft doorzien dat de eisen van een behoorlijke procesorde ten opzichte van de man door het handelen van [advocaat geïntimeerde] ernstig zijn geschaad, kan het hof zich voorstellen dat de advocaat de proceskosten van de man voor haar rekening zal nemen.’⁷²

Ook nu het eigen beursje momenteel niet tot het instrumentarium van de rechter behoort en er (al dan niet terecht) in de Nederlandse rechtswetenschap en politiek weinig animo is voor herinvoering, kan een bespreking ervan in een onderzoek over kostenprikkelers niet ontbreken. Dit geldt des te meer gezien het feit dat veel buitenlandse rechtsstelsels de figuur nog wel kennen. In hoofdstuk 6 zal de persoonlijke veroordeling van de advocaat in de kosten in het buitenland aan bod

⁶⁹ Zie noot Vranken bij voormeld arrest. Hij verwijst o.a. naar Haardt 1945, p. 76-78, die het belang van de goede procesorde als voornaamste rechtsgrond achter het eigen beursje zag.

⁷⁰ Hendrikse 2004, p. 9-10. Ook in het project Duurzame en Toegankelijke Rechtsbijstand is het idee weer geopperd, met zeer gemengde reacties maar ook relatief weinig aandacht tot gevolg (Barendrecht & Van Zeeland, m.m.v. Sluiter e.a. 2009, p. 311-314).

⁷¹ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 758, nr. 6, p. 19-20.

⁷² Hof Leeuwarden 1 juni 2010, *LJN* BN0223, r.o.13. Zo ook Rb Rotterdam 3 februari 2011, *LJN* BP5131, eveneens een familiezaak.

komen; eerder wordt er in de interviewstudie onder rechters ook al aandacht aan besteed (hoofdstuk 5). Die studie gaf namelijk de kans om met een aanvullende vraag te achterhalen of de geïnterviewde rechters zelf voor of tegen herinvoering van het eigen beursje zijn en met name welke argumenten zij daarbij geven. Op de wenselijkheid van herinvoering wordt, ten slotte, in hoofdstuk 8 ingegaan.

4.5 *De proceskostenveroordeling in IE-zaken*

4.5.1 *Ontstaan en werking van de afwijkende regeling*

In 2004 is de Europese Richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (2004/48/EG) uitgevaardigd. Deze verplicht de lidstaten om een effectieve bescherming te bieden van intellectuele eigendomsrechten, op een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau, zodat de interne markt een gunstig klimaat wordt voor innovatie en investeringen.⁷³ Bij het opstellen van de Richtlijn is men er van uitgegaan dat bij effectieve handhaving in principe ook een volledige vergoeding van de kosten hoort. Dit indemnisatiestelsel is vastgelegd in artikel 14:

Aan de procedure verbonden kosten.

De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.

Deze bepaling is niet goed te rijmen met het liquidatietarief⁷⁴, waardoor dus een nieuw regime van vergoedingen in het leven is geroepen. Omdat de Richtlijn op 29 juni 2006 geïmplementeerd had moeten zijn, is er sinds die tijd in een aanzienlijk aantal uitspraken een richtlijnconforme interpretatie gegeven van artikel 237 Rv,⁷⁵ die in het Endstra-tapesarrest door de Hoge Raad akkoord is bevonden.⁷⁶ In die zaken werden vergoedingen gegeven die fiks hoger waren dan het gebruikelijke liquidatietarief.

De Richtlijn is vervolgens geïmplementeerd in Titel 10 van het Wetboek van Rechtsvordering.⁷⁷ In artikel 1019h Rv is uitdrukkelijk aangegeven dat de afhandeling van de kosten anders kan verlopen dan onder de hoofdregel van artikel 237 Rv en het liquidatietarief:

⁷³ Zie de overwegingen (1) en (10) in de considerans van de Richtlijn.

⁷⁴ Althans, volgens de Nederlandse lezing van de bepaling. In België wordt voor IE-zaken het gewone systeem gebruikt, dat over het algemeen geen hogere bedragen kent dan het Nederlandse (zie de bespreking van België in hoofdstuk 6), en daar passen rechters geen afwijkende, richtlijnconforme interpretatie toe. Zie Van Vlooten 2011, p. 245-247, die verder vaststelt dat ook Duitsland en Engeland hun bestaande systemen al in lijn hebben geacht met art. 14 van de Richtlijn.

⁷⁵ Wijnbergen 2007, p. 38.

⁷⁶ HR 30 mei 2008, *LJN BC2153*, *NJ 2008*, 556 (*Endstra-tapes*).

⁷⁷ Wet van 8 maart 2007, *Stb. 2007*, 108.

Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.

Niet alleen zorgt dit andere regime voor een hogere vergoeding, ook zorgt het feit dat de concrete kosten gesteld en betwist kunnen worden, voor een uitgebreidere kostenmotivering door de rechter. In het eerdergenoemde Endstra-tapesarrest heeft de Hoge Raad bovendien bepaald dat de term ‘desgevorderd’ inhoudt dat op artikel 1019h Rv een tijdig beroep met een voldoende gespecificeerde kostenopgave gedaan moet worden, zodat de andere partij deze nog kan betwisten op grond van onder andere de redelijkheid, de evenredigheid en de billijkheid. Nadere criteria voor de invulling van die matigingsgronden geeft de Hoge Raad echter niet in het arrest en in de wetsgeschiedenis van artikel 1019h Rv zijn die evenmin geformuleerd.⁷⁸ Overigens moet de rechter het door de winnende partij ingediende bedrag aan proceskosten toewijzen, indien dat niet is betwist door de wederpartij. Ambtshalve matiging is dus niet toegestaan.⁷⁹

4.5.2 *Behoeftte aan normering: indicatietarieven*

Omdat de bedragen in de eerste periode na de inwerkingtreding vaak een veelvoud opleverden van hetgeen onder het liquidatietarief vergoed zou moeten worden⁸⁰ – soms stegen deze zelfs uit boven het bedrag van de vordering zelf – en omdat er geen duidelijke lijn zat in de omstandigheden waarin rechters aanleiding voor matiging zagen, werden de kosten in IE-zaken zeer onvoorspelbaar.⁸¹ De vrees bestond dat dit de toegang tot het recht zou verminderen.⁸² Vanuit de rechterlijke macht en de advocatuur ontstond daarom de behoefte om toch enige normering aan te brengen in de tarieven en toepassingscriteria. Per 1 augustus 2008 zijn indicatietarieven ‘in werking

⁷⁸ Zie *Kamerstukken II*, 2005/2006, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT), waarin slechts wordt aangegeven dat de volledige kostenveroordeling het meest voor de hand ligt bij grootschalige namaak of piraterij en dat matiging voor de hand ligt bij inbreukmakers te goeder trouw.

⁷⁹ HR 26 februari 2010, *LJN BK5756*, *JBPr* 2010, 30 (*Jaap.nl*). Zie ook Wefers Bettink & Hoefnagel 2010.

⁸⁰ Soms zelfs meer dan het tienvoudige, zie de voorbeelden in Huydecoper 2007, p. 15.

⁸¹ Van den Boom 2008 (*ongepubliceerde masterscriptie OU*) heeft 109 in 2006/2007 gepubliceerde IE-zaken onderzocht en grote verschillen in de toepassing van de matigingsgronden geconstateerd. Ook bij gemengde zaken, zoals geschillen over zowel auteursrecht als een ‘gewone’ overeenkomst, en geschillen over tussenfiguren, zoals het portretrecht en slaafse nabootsing, waren er toepassingsverschillen (zie tevens de aanwijzingen in Hof ’s-Gravenhage 29 maart 2011, *LJN BP9443*, r.o. 8.1-8.9). A-G Verkade geeft in het Endstra-tapesarrest onder punt 6.9 aan dat bepaalde omstandigheden soms wel en soms niet aanleiding geven tot matiging of afwijzing.

⁸² Wijnbergen 2007.

getreden', die door het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren van de rechtbanken (LOVC) in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten zijn opgesteld.⁸³ De tarieven gelden officieel alleen in eerste aanleg (en nooit in octrooizaken). De hoven laten de veroordelingen conform indicatietarieven in eerste aanleg in de regel in stand, maar doen zeer wisselende uitspraken over de kosten in hoger beroep.⁸⁴ De indicatietarieven zijn, in tegenstelling tot het liquidatietarief, niet bedoeld als forfaitaire bedragen, maar als 'indicatie van het maximale bedrag aan proceskosten dat door de bank genomen nog als redelijk en evenredig kan worden aangemerkt', aldus Uitgangspunt 2.⁸⁵ Wil een partij een hogere vergoeding, dan worden hoge eisen aan de motivering gesteld.⁸⁶ Omdat de vergoedingen hoger zijn dan die van het liquidatietarief en waarschijnlijk in veel zaken dekkend, kan niet worden gezegd dat met de indicatietarieven het indennisatiestelsel weer is vervangen door een continentaal stelsel. Hoogstens zijn de scherpe randjes er afgeschaafd.

4.5.3 Artikel 1019h Rv en ontmoediging van verstarend procesgedrag

Een nadere invulling van de invloed van procesgedrag op de criteria redelijkheid, evenredigheid en billijkheid, wordt door de indicatietarieven niet gegeven. Wel wordt geregeld dat de mate van verwijtbaarheid van de (materieelrechtelijke) inbreuk als regel niet relevant is, evenmin als de kapitaalkrachtigheid van partijen.⁸⁷ Ook worden de tarieven gekoppeld aan de complexiteit van de zaak. Het enige genoemde processuele criterium is de toets of de inzet van het aantal advocaten aan een zijde gelet op de omvang en complexiteit van de zaak redelijk en evenredig is.

De regeling sluit echter niet expliciet of impliciet uit dat procesgedrag meeweegt bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding. Sterker nog, door het expliciet doorstrepen van de verwijtbaarheid van de inbreuk en de kapitaalkrachtigheid als matigingsgronden, blijven slechts nog processuele gronden over die de redelijkheid, evenredigheid en billijkheid nader kunnen invullen. Een jurisprudentielijn waarin rechtbanken slechts bij 'buitengewone omstandigheden' van de indicatietarieven afwijken, bestaat in IE-zaken niet. De rechter kan zich daarom vrij voelen om procesgedrag mee te wegen bij het bepalen van de hoogte van de

⁸³ Te raadplegen via <http://rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht/>.

⁸⁴ Wefers Bettink & Hoefnagel 2010. Zij noemen ook het 'Haagse model': als beide partijen een hoger bedrag dan het indicatietarief vorderen, dan krijgt de winnaar het laagste van de twee bedragen toegewezen.

⁸⁵ De rechtbanken lijken de indicatietarieven meestal te volgen, aldus een merkenrechtelijke steekproef door Van Vlooten 2011, p. 242.

⁸⁶ In Rb 's-Gravenhage (vzr.) 11 september 2008, *LJN* BF1784, heeft eiser bijvoorbeeld voldoende aannemelijk gemaakt dat de zaak 'hors categorie' is, hetgeen de inzet van twee advocaten en een rekening van € 22.357,89 rechtvaardigde. Ook blijft gelden dat de hogere vergoeding moet worden toegewezen als die niet door de wederpartij is betwist.

⁸⁷ Zie uitgangspunt 4.

kostenveroordeling. De wet vormt dus zelf geen prikkel tegen onnodig verdragend en/of kostenverhogend procesgedrag, maar biedt de rechter wel alle ruimte om hiermee rekening te houden.

Daar komt bij dat de verliezende partij in deze regeling plots belang heeft gekregen bij de mate waarin de andere partij efficiënt heeft gewerkt. Bij toepassing van het liquidatietarief maakt het de verliezende partij niet uit of de wederpartij met drie dure advocaten twintig uur in de dagvaarding heeft gestoken of dat daarvoor een goedkope advocaat vijf uur is ingeschakeld. Met de regeling in IE-zaken, met name wanneer de indicatietarieven niet worden gehanteerd, maakt dit echter wel uit. Als de winnende partij dan te veel en/of te dure advocaten heeft ingeschakeld, dan is dit onnodig kostenverhogend voor de wederpartij en valt dit dus onder de definitie van onnodig verdragend en/of kostenverhogend procesgedrag in dit onderzoek.⁸⁸

4.6 *Buitengerechtelijke kosten*

4.6.1 *Beperkte bespreking*

Dit onderzoek beperkt zich hoofdzakelijk tot de proceskosten, dus de kosten die in het kader van de gerechtelijke procedure zelf zijn gemaakt. De voorafgaand aan de procedure gemaakte kosten komen in de volgende hoofdstukken slechts zijdelings aan bod. Voor de context van het Nederlandse systeem van de proceskostenveroordeling is een positiefrechtelijke bespreking van het afwijkende vergoedingssysteem van de buitengerechtelijke kosten wel van belang.⁸⁹

Ook de deelgeschilprocedure in letselschadezaken, een verzoekschriftprocedure onder het regime van de buitengerechtelijke kosten, zal alleen in deze paragraaf kort worden besproken en in het verdere onderzoek niet aan bod komen.

4.6.2 *Wettelijke basis*

Buitengerechtelijke kosten zijn de redelijke kosten die een partij maakt ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en ter verkrijging van voldoening buiten rechte, zolang deze krachtens artikel 241 Rv niet vallen onder het regime van artikel 237 Rv. Bij vaststelling van schade en aansprakelijkheid moet vooral worden gedacht aan expertisekosten, terwijl bij verkrijging van voldoening buiten rechte met name incassokosten onder de vergoeding vallen.⁹⁰ Deze kosten dienen op grond van artikel 6:96 lid 2 onder b en c BW te worden vergoed, welke artikelen gelden sinds het huidige BW, maar waarop in 1987 al door de Hoge Raad werd geanticipeerd in het

⁸⁸ Zie o.a. Hof Amsterdam 27 juli 2010, *LJN* BN3065 (r.o. 4.9), waarin met succes verweer is gevoerd tegen het aantal uren en aantal advocaten dat in het kostenoverzicht van geïntimeerde is opgevoerd.

⁸⁹ Als naast de normale proceskosten en de proceskosten in familie- en IE-zaken ook de buitengerechtelijke kosten moesten worden onderzocht in de jurisprudentieanalyse, interviews, buitenlandse systemen en evaluatie van effecten, zou dat de studie te omvangrijk en complex maken.

⁹⁰ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 133

arrest London/Drenth.⁹¹ De te vergoeden kosten vallen onder de materiële vermogensschade en worden onder dat regime afgehandeld. Vermogensschade wordt in principe concreet en volledig vergoed, waarbij eventueel vermindering plaatsvindt op grond van eigen schuld en/of rechterlijke matiging (respectievelijk de artikelen 6:101 en 6:109 BW). Bovendien moet voldaan zijn aan een dubbele redelijkheidstoets. Deze toets houdt in dat de kostenpost op zichzelf redelijk moet zijn en dat tevens de omvang van de kosten redelijk moet zijn.⁹² Nodeloos gemaakte buitengerechtelijke kosten kunnen als onredelijk worden bestempeld waardoor zij buiten de vergoeding vallen.

Een belangrijke beperking is dat artikel 6:96 lid 2 BW niet zelf een grondslag vormt voor schadevergoeding, maar een schadepost is bij de berekening van de vergoeding die is verschuldigd op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding (zie artikel 6:95 BW). Dit betekent dat bijvoorbeeld de gemaakte buitengerechtelijke kosten bij een vordering tot vernietiging wegens dwaling niet vergoed worden, terwijl de kosten bij een schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie wel vergoed worden.⁹³ Deze regel heeft ook consequenties voor de gedaagde. De aangesproken partij die zich met succes verweert tegen een schadeclaim kan in de hoofdregel geen buitengerechtelijke kosten eisen, omdat het in rechte betrekken van een andere partij in beginsel niet onrechtmatig is en er daarom geen wettelijke verplichting tot schadevergoeding in de zin van artikel 6:95 BW ontstaat. Het evenwicht tussen beide partijen is hier in feite scheef.⁹⁴ Alleen bij misbruik van procesrecht door de eisende partij (artikel 3:13 BW) kan de verweerder buitengerechtelijke kosten claimen.⁹⁵

4.6.3 *Verhouding tot proceskosten*

De grens tussen buitengerechtelijke kosten en proceskosten is vaag en leidt soms tot vreemde uitkomsten. Wanneer het buitengerechtelijke traject vastloopt en partijen naar de rechter stappen, ‘verschieten sommige buitengerechtelijke kosten van kleur’ en transformeren ze in proceskosten, waardoor het regime van artikel 237 Rv en het

⁹¹ HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, m.nt. CJHB.

⁹² De Graaf 2006, p. 126; Ekelmans 2004, p.146-147; Lindenbergh 2000, p. 20-27. Zie ook de Hoge Raad in het arrest London/Drenth zelf.

⁹³ De Hoge Raad heeft dit wel opgerecht tot bijvoorbeeld regresvorderingen en tot zaken waarin er wel sprake is van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar na onderzoek blijkt dat er geen schade is (HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, *Bravenboer/London*). Zie De Graaf 2006, p. 125.

⁹⁴ Hierop wordt dan ook vaak kritiek geleverd, zie de opmerking van Huydecoper in het verslag van de discussie op de NVvP-vergadering: Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007, p. 52; Ekelmans 2006, p. 122.

⁹⁵ De Graaf 2006, p. 125. Zie Schrage 2007 over misbruik van procesrecht.

liquidatietarief van toepassing wordt op deze kosten.⁹⁶ De kosten van een voorlopig getuigenverhoor vallen bijvoorbeeld onder de buitengerechtelijke kosten, en dienen dus volledig vergoed te worden als vermogensschade, wanneer het conflict buitengerechtelijk wordt opgelost. Komt het echter tot een procedure, dan verschieten de kosten van kleur en worden ze aangemerkt als proceskosten. De vergoeding is dan lager. Welke kostensoorten precies van kleur verschieten is niet precies duidelijk, daarover verschillende de meningen in de literatuur en de jurisprudentie.⁹⁷ Het rapport Voorwerk II, waarover hierna meer, stelt dat in een procedure alleen ‘verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een – niet aanvaard – schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier’ nog onder de buitengerechtelijke kosten kunnen vallen, de rest wordt gezien als voorbereiding van de gedingstukken en instructie van de zaak en valt krachtens artikel 241 Rv dus onder de proceskosten.⁹⁸

De rechtvaardiging voor het feit dat de vergoeding voor buitengerechtelijke kosten volledig is en die voor de proceskosten niet, moet in de grondslag van beide kostenvergoedingen worden gevonden. Buitengerechtelijke kosten vloeien voort uit een onrechtmatigheid of een toerekenbare tekortkoming, waarvan in principe de gehele schade moet worden vergoed. Het betrekken van een ander in een proces is echter niet onrechtmatig en leidt niet tot schadeplichtigheid. De grondslag van een tegemoetkoming in de proceskosten ligt daarom slechts in overwegingen van procesrisico’s en procesbeleid.⁹⁹ Een volledige vergoeding is volgens die overweging niet vereist, omdat de vrijheid om een ander in het proces te betrekken niet in gevaar moet worden gebracht.

Voor de probleemstelling van dit onderzoek zijn de grondslag en de rechtvaardiging van het onderscheid niet van direct belang, maar wel de prikkels tot strategisch procesgedrag die van het onderscheid uit kunnen gaan. De dunne scheidslijn tussen beide kostensoorten en de scheve verhouding tussen eiser en verweerder bij de vergoeding van buitengerechtelijke kosten kunnen verstorend procesgedrag uitlokken. Een gedaagde verzekeraar in een geschil met grote zaaksschade kan er bijvoorbeeld baat bij hebben om (te dreigen) de zaak op een procedure aan te laten komen, omdat bepaalde kostenposten dan plotseling onder het niet-dekkende liquidatarief vallen en omdat de kosten van een deskundigenrapport in

⁹⁶ De term ‘van kleur verschieten’ werd door Brunner geïntroduceerd in zijn noot onder HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275 (*London/Drenth*).

⁹⁷ Zie Ekelmans 2004, p.145, en Lindenbergh 2008, p. 28-29. Roëll 2007 zet zelfs een vraagteken bij het ‘van kleur verschieten’ an sich, omdat hij het vreemd vindt dat kosten ‘verschuldigd’ zijn, maar dat die verschuldigheid verdwijnt zodra ze in rechte gevorderd worden.

⁹⁸ Rapport Voorwerk II 2000, 9.1.

⁹⁹ Zie § 4.3.5.

de procedure voor de verweerder met het gelijk wél vergoed worden, terwijl een door de verweerder aangevraagd buitengerechtelijk opgesteld expertiserapport niet vergoed wordt.

4.6.4 Normering in Rapport Voorwerk II en toekomstige wetgeving

In 2000 is het rapport Voorwerk II uitgebracht door een werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.¹⁰⁰ Dit rapport bevat de aanbeveling voor rechters om de buitengerechtelijke kosten vast te stellen op een forfaitair bedrag van twee punten van het toepasselijke liquidatietarief, met een maximum van 15% van de hoofdsom, mits de schuldeiser aantoont dat er redelijke kosten gemaakt zijn. De schuldeiser mag echter gemotiveerd stellen en bewijzen dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn en ook redelijk zijn conform de dubbele redelijkheidstoets, waarna dat meerdere alsnog voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁰¹ Anders dan bij het liquidatietarief het geval is, maar net zoals bij de indicatietarieven in IE-zaken, is er dus een expliciet genoemde mogelijkheid voor hogere vergoedingen.¹⁰² Net als het liquidatietarief zijn de aanbevelingen van dit NVvR-rapport geen recht in de zin van artikel 79 van de Wet RO¹⁰³, maar zij worden in de regel wel opgevolgd.¹⁰⁴

Tijdens de afronding van dit proefschrift is overigens een wetsvoorstel in behandeling waarmee de incassokosten dwingend worden gereguleerd met forfaitaire tarieven voor vorderingen op consumenten met een hoofdsom lager dan € 25.000,-. Voorwerk II verliest daarmee grotendeels haar toepassing.¹⁰⁵

4.6.5 Deelgeschilprocedure

Per 1 juli 2010 is de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade in werking getreden, die is opgenomen in de artikelen 1019w-1019cc Rv. Deze regeling maakt het mogelijk om tijdens de onderhandelingen in letselschadezaken bepaalde

¹⁰⁰ Rapport Voorwerk II 2000.

¹⁰¹ In zwaardere letselschadezaken, waarin de buitengerechtelijke kosten vaak veel hoger zijn en zaken zelden voor de rechter komen, hebben verzekeraars en belangenbehartigers veelal convenanten afgesloten over de hoogte van de kosten. Zie www.stichtingpiv.nl en het onderzoek van Faure, Philipsen & Fernhout 2008, waarin dergelijke convenanten als mogelijk middel worden gezien om de hoogte van de buitengerechtelijke kosten te beperken.

¹⁰² Ekelmans 2004, p. 147-148, laat echter zien dat die hogere kosten zelden worden toegewezen en meestal karig gemotiveerd worden afgewezen.

¹⁰³ In cassatie kan niet over toepassing van het rapport Voorwerk II worden geklaagd, zie HR 19 november 2004, NJ 2005, 553.

¹⁰⁴ De status van het rapport lijkt wel iets 'softer' te zijn dan bijvoorbeeld het liquidatietarief. Zo is het rapport op de website van de Raad voor de Rechtspraak, www.rechtspraak.nl, niet te vinden bij de landelijke regelingen (zoals het liquidatietarief en de indicatietarieven in IE-zaken), maar slechts op de deelpagina's van enkele rechtbanken, die verwijzen naar de website van de NVvR (laatst geraadpleegd 11 april 2011). Bestaansrecht en geldigheid worden in twijfel getrokken door Venhuizen 2006.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2010-2011, 32 418.

geschilpunten in een verzoekschrift als deelgeschil aan de rechter voor te leggen. Die hakt dan snel de knoop door, waarna er verder wordt onderhandeld door partijen.¹⁰⁶

Er geldt krachtens artikel 1019aa Rv een afwijkende kostenregeling, die aansluit bij de buitengerechtelijke kosten. Deze houdt in dat de benadeelde partij de redelijke kosten bij de behandeling van het verzoek vergoed krijgt door de aansprakelijke partij. Voor het bepalen van de redelijkheid van het uurtarief van de rechtsbijstandverlener kan de rechter soms aansluiting zoeken bij eventuele eerder door de verzekeraar betaalde bedragen in het voortraject, maar dat zal niet altijd het geval zijn. Vanwege de verschillende oordelen van rechters op dit punt, stellen Oskam & Van Dijk voor dat rechters net als in IE-procedures een indicatietabel gaan hanteren voor de kostenbegroting.¹⁰⁷ Ook De Groot denkt dat rechtbanken de bedragen zullen gaan normeren, als de rechtsbijstandverleners daar niet zelf al initiatieven voor gaan ontplooiën.¹⁰⁸

Oude Hergelink (2011) stelde aan de hand van een analyse van de kostenbepalingen en interviews onder verzekeraars en belangenbehartigers uit de letselschadep praktijk vast dat de volledige kostenvergoeding voor benadeelden de ‘motor is die de deelgeschilprocedure doet lopen’. Die medaille heeft twee kanten: enerzijds kan een traag onderhandelende verzekeraar door de benadeelde tot meer snelheid worden gedwongen, maar anderzijds kan de asymmetrie in de kostenvergoeding ook door de benadeelde worden misbruikt, bijvoorbeeld door de verzekeraar met meerdere deelgeschilprocedures te bestoken. Alleen bij misbruik van recht kan de benadeelde worden gedwongen om de kosten van de verzekeraar te betalen.¹⁰⁹

4.6.6 *Buitengerechtelijke kosten en verstorend procesgedrag: beoordeling*

Het systeem van vergoeding van buitengerechtelijke kosten lijkt op het eerste oog meer een bron van verstorend procesgedrag dan een remedie daartegen. De dunne scheidslijn met de proceskosten, de ongelijke verdeling tussen verweerder en gedaagde en ook de onzekerheid of Rapport Voorwerk II wel of niet (gemotiveerd) wordt toegepast, kunnen strategisch worden uitgebuit. Bij de deelgeschilprocedure bestaat een zelfde beeld.

Toch biedt het systeem de rechter ook ruimte om met onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag rekening te houden. De eigen schuld van artikel 6:101 BW, de matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 BW en de twee redelijkheidsdrempels

¹⁰⁶ De regeling is door veel auteurs in algemene zin besproken. Recent en met aandacht voor de kostenregeling zijn o.a.: Oskam & Van Dijk 2011 en De Groot 2011.

¹⁰⁷ Oskam & Van Dijk 2011, p. 20.

¹⁰⁸ De Groot 2011, p. 35-37. Zij draagt bovendien jurisprudentie aan, waaruit blijkt dat rechtbanken niet rechtstreeks wilden aansluiten bij de indicatietarieven in IE-zaken of bij de Recofa-tarieven.

¹⁰⁹ Oude Hergelink 2011, p. 228.

kunnen ook door processuele gedragingen worden ingevuld.¹¹⁰ De Graaf noemt als meewegende factoren ‘de mogelijkheid om de schade op eenvoudigere wijze vast te stellen’ en ‘de houding van partijen ten opzichte van elkaar’.

Al met al kan de regeling van de buitengerechtelijke kosten, ook al is deze op zichzelf wat ongelukkig en veel bekritiseerd, goed door de rechter worden ingezet tegen verstorend gedrag in de voorfase van het proces. In het vervolg van dit onderzoek zullen de buitengerechtelijke kosten niet nader worden onderzocht, maar de eindconclusies ten aanzien van de proceskosten kunnen wellicht ook meewegen in de wijze waarop rechters hun beslissingsruimte ten aanzien van buitengerechtelijke kosten invullen. Ook kunnen die worden gebruikt bij een eventuele normering van de bedragen en de dubbele redelijkheidstoets in deelgeschilprocedures.¹¹¹

4.7 *Bedongen kosten*

In de voorgaande paragrafen zijn steeds de van toepassing zijnde regelingen besproken voor de gevallen waarin géén afspraken tussen partijen zijn gemaakt over de kosten van het geschil. Het komt echter ook voor dat partijen vooraf een overeenkomst sluiten, vaak middels algemene voorwaarden, waarin de vergoeding van buitengerechtelijke en/of gerechtelijke kosten wordt afgesproken.¹¹² Ook worden dergelijke afspraken soms nog tijdens de procedure gemaakt; met name in IE-zaken wordt dit gesignaleerd.¹¹³

Op grond van artikel 242 lid 1 Rv mag de rechter vooraf bedongen proceskosten en buitengerechtelijke kosten ambtshalve matigen, maar niet tot onder de bedragen die ‘gelet op de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht, jegens de wederpartij redelijk zijn’.¹¹⁴ Bij de proceskosten wordt daarbij met ‘tarieven’ op het liquidatietarief bedoeld. Mijns inziens biedt de frase ‘jegens de wederpartij redelijk’ ook ruimte om bij die ondergrens rekening te houden met de door die wederpartij veroorzaakte of aangewende nodeloze kosten.¹¹⁵

¹¹⁰ Bij de toepassing van art. 6:101 BW moet een onderscheid worden gemaakt tussen de eigen schuld in de materiële rechtsverhouding die doorwerkt in de verdeling van buitengerechtelijke kosten (HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241) en eigen schuld aan het ontstaan van (een deel van) de buitengerechtelijke kosten zelf. Vranken wijst in zijn noot bij voormeld arrest op de onduidelijkheid en overlap bij het onderscheid tussen de dubbele redelijkheidstoets, het meewegen van de eigen schuld en de billijkheidscorrectie daarop.

¹¹¹ Zie ook § 9.2.5.

¹¹² Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 129.

¹¹³ Zie Wefers Bettink & Hoefnagel 2010; IE-juristen die ik hierover sprak bevestigden dit beeld.

¹¹⁴ Daaraan zijn geen strenge motiveringseisen gesteld: HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 200.

¹¹⁵ Snijders is in zijn noot onder HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 201 eveneens van mening dat er wel aanleiding is om in die ondergrens rekening te houden met nodeloze kosten, maar vindt dat het stelsel van art. 242 lid 1 Rv daaraan in de weg staat. Hij ziet bij onredelijke bedongen kosten wel ruimte voor toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 lid 2 BW).

De matigingsbevoegdheid geldt volgens lid 2 niet voor kostenbedingen die na het ontstaan van het geschil zijn overeengekomen.¹¹⁶ Ook voor IE-zaken geldt artikel 242 Rv niet en mag de rechter niet ambtshalve matigen, als de kostenstaat niet betwist is.¹¹⁷

Het staat partijen uiteraard vrij om in hun kostenbedingen ook rekening te houden met de kosten die door verstorend of onredelijk procesgedrag worden veroorzaakt. Op de bedongen kosten zal in dit onderzoek verder niet worden ingegaan, maar het is wel van belang om in het achterhoofd te houden dat artikel 237 Rv geen dwingend recht is.

4.8 *Verdragsrechtelijke eisen*

De regelingen in artikel 237 en 1019h Rv, en de daaraan gekoppelde tarieven, bieden de rechter veel discretionaire ruimte om in de proceskostenbeslissing rekening te houden met procesgedrag. Deze ruimte wordt ook door verdragsrechtelijke eisen nauwelijks beperkt.

Zo biedt de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 6 EVRM de verdragstaten een grote *margin of appreciation* om het stelsel van de kostenveroordeling naar nationale wens in te richten, zolang de regels in het concrete geval niet leiden tot onvoldoende toegang tot het recht of tot een oneerlijke behandeling.¹¹⁸

De toegang tot het recht mag worden beperkt omwille van een legitiem doel, mits de beperkingen in een redelijke, proportionele verhouding staan tot dat doel. De beperkingen mogen nooit zo ver gaan dat de essentie van de toegang tot het recht wordt aangetast.¹¹⁹ Op kostengebied betekent dit dat het geheel van griffierechten, proceskosten en (gebrek aan) gesubsidieerde rechtsbijstand in de concrete omstandigheden van een procedure geen te hoge drempel mag opwerpen om te procederen.¹²⁰

De eerlijke behandeling was in het geding in de zaak *Stankiewicz*.¹²¹ Het Hof stelde schending daarvan vast, omdat een Pools overheidsorgaan in een civiele

¹¹⁶ Al zal bij de uitleg van een dergelijk beding ook art. 6:248 lid 2 BW weer een rol kunnen spelen.

¹¹⁷ HR 26 februari 2010, *LJN BK5756*, *JBPr* 2010, 30 (*Jaap.nl*).

¹¹⁸ Dit zijn de voor het kostenstelsel belangrijkste elementen van art. 6 EVRM, door Smits 2008 besproken in zijn hoofdstukken 2 en 3. De eisen van openbaarheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid laat ik buiten beschouwing; de verplichting van de redelijke termijn stip ik hierna nog wel aan.

¹¹⁹ Zie o.a. EHRM 19 juni 2001, no. 28249/95 (*Kreuz vs Polen*), r.o. 54-55, en Smits 2008, p. 50.

¹²⁰ Onder andere EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 (*Tolstoy vs Verenigd Koninkrijk*) over zekerheidstelling voor proceskosten, EHRM *Kreuz vs Polen* over griffierechten en EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376, (*Airey vs Ierland*) over de kosten van rechtsbijstand. Zie ook Smits 2008, p. 60 e.v. Lindijer 2006, p. 95 e.v. Het betreft bovendien de eerste aanleg; het EVRM kent geen recht op hoger beroep toe, zie Smits 2008, p. 55-60.

¹²¹ EHRM 6 april 2006, *EHRC* 2006, 68 (*Stankiewicz*), m.nt. Fernhout.

procedure nooit in de kosten veroordeeld kon worden, terwijl het echtpaar dat een zaak tegen dat orgaan won alleszins redelijke kosten had gemaakt, die vanwege de strikte regel niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. Artikel 6 EVRM lijkt dus juist billijkheidscorrecties te verlangen en geen al te rigide regels zonder uitzonderingsmogelijkheden.¹²² Het EHRM bekeek in *Stankiewicz* ook nadrukkelijk de redelijkheid van de door het echtpaar gemaakte kosten.¹²³ Kostenconsequenties die zien op de onredelijkheid van gemaakte of veroorzaakte kosten, zullen de toets van artikel 6 EVRM daarom snel doorstaan.¹²⁴

Ook het Europese recht staat niet in de weg aan het verbinden van proceskostenconsequenties aan procesgedrag. Voor zover sommige richtlijnen bepalen dat een winnende partij recht heeft op een vergoeding van proceskosten, gaat het expliciet om de *redelijke* kosten, hetgeen ruimte laat voor correcties ten aanzien van de wijze van procederen.¹²⁵

Het gebruik van de proceskostenveroordeling als prikkel tegen gedragingen die de procedure vertragen en/of de kosten doen oplopen kan zelfs worden gezien als een manier waarop de staat haar verplichtingen uit artikel 6 EVRM invult.¹²⁶ Als partijen met hun gedragingen de zaak ongestraft zodanig kunnen vertragen dat de redelijke termijn wordt overschreden¹²⁷ of dat ze de kosten voor de wederpartij zodanig kunnen verhogen dat die geen effectieve toegang meer heeft, dan kan de staat daarop worden aangesproken. Kostenconsequenties ten aanzien van gedrag zijn één van de mogelijke instrumenten om deze verdragsrechtelijke verplichting in te vullen.¹²⁸

¹²² Zie ook Smits 2008, p. 69-71, al bespreekt die dit in het kader van de toegang tot het recht en niet in het kader van de eerlijke procedure.

¹²³ Zie r.o.73-75. Ook Principle 14 uit aanbeveling R(81)7 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa spreekt over 'lawyers' fees, *reasonably incurred* in the proceedings', zie Smits 2008, p. 70.

¹²⁴ Mits daarbij ook voldoende sprake is van andere waarborgen als rechterlijke onpartijdigheid, *equality of arms* en hoor- en wederhoor. Zie o.a. Lindijer 2006, p. 170 e.v.; Smits 2008. En zie ook het eerder besproken eigen beursje: als de advocaat plots zelf partij wordt, heeft ook hij het recht om gehoord te worden (HR 17 maart 1989, *NJ* 1989, 768).

¹²⁵ Behandeld is reeds art. 14 van de Richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (2004/48/EG). Ook Richtlijn 2011/7/EU betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, art. 6 lid 3, spreekt over 'redelijke' schadeloosstelling (deze Richtlijn is de vervanger van 2000/35/EG, waarover Freudenthal 2007, p. 181 e.v.; Ekelmans 2004, p. 165-166).

¹²⁶ Zie Van der Wiel 2004, p. 62-66, die uitgebreid ingaat op verticale werking en (het gebrek aan) horizontale werking van art. 6 EVRM met betrekking tot procesgedrag.

¹²⁷ Zie Smits 2008, p. 203 e.v., met betrekking op partijgedrag: p. 223-225.

¹²⁸ Smits 2008, p. 239-240

4.9 *De 'law in action': jurisprudentie*

4.9.1 *Doel jurisprudentieanalyse*

De voornaamste conclusie die over de wetten, (rechters)regelingen en jurisprudentie kan worden getrokken, is dat de standaardtoepassing van die regels op zichzelf nauwelijks verstorend procesgedrag ontmoedigt, maar dat rechters niet aan die standaardtoepassing gebonden zijn en daardoor veel beslissingsruimte hebben om in individuele zaken kostenconsequenties te verbinden aan procesgedrag. In deze paragraaf wordt bekeken of en hoe rechters die ruimte gebruiken in hun beslissingen.

Daarbij is voor een systematische aanpak gekozen van bestudering van de jurisprudentie. Het zoeken naar een of meer algemene uitspraken van de Hoge Raad volstaat in dit geval niet, want juist de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het liquidatietarief niet bindend is. Ook wat betreft toepassing van de nodeloze kosten, compensatie en de indicatietarieven in IE-zaken heeft de Hoge Raad niet of nauwelijks nadere normen gesteld. Om een beeld te kunnen vormen van de stand van zaken, moet dus een substantieel deel van de lagere rechtspraak worden geanalyseerd. Het voordeel van deze aanpak is dat het resultaat beter controleerbaar en meer valide is dan wanneer slechts enkele uitspraken ter illustratie zouden worden aangehaald. Zowel de 'normale' lijn als de uitschieters in de rechtspraak kunnen zo worden geïdentificeerd.

4.9.2 *Aanpak*

Voor de dataverzameling is gebruik gemaakt van trefwoorden, waarmee is gezocht in de uitgebreide database met rechtspraak van www.rechtspraak.nl. Gezocht is eerst naar alle gepubliceerde uitspraken in handelszaken van hoven en rechtbanken (inclusief sector kanton¹²⁹ en kortgedingen) tussen 1 januari 1999 en 1 november 2008.¹³⁰ Daarvan bevonden zich 10.799 uitspraken in de database.¹³¹ Vervolgens is binnen die zaken gezocht met de volgende trefwoorden: proceshouding, nodeloos/nodeloze, kansloos/kansloze, lichtvaardig, zinloos/zinloze, werkelijke (proces)kosten, volledige

¹²⁹ Of de zelfstandige kantongerechten in de periode van voor 2002.

¹³⁰ Ik heb de keuze gemaakt om het overzicht na 2008 niet te actualiseren, omdat deze jurisprudentieanalyse vooral heeft gediend om tot hypotheses en vragen te komen voor de interviewstudie uit 2009. Het alsnog opnemen van de uitspraken uit 2008 t/m 2011 zou qua chronologie en opbouw van het onderzoek onlogisch zijn. Bij de eerdere beschrijving van het geldende recht en in latere hoofdstukken zijn belangrijke en/of illustratieve uitspraken uit 2008-2011 uiteraard wel behandeld.

¹³¹ Dit is slechts een fractie van alle dagvaardingszaken. Met behulp van de tabel in Rapport Rechtspraak in Nederland 2007, p. 37, is te berekenen dat het aantal dagvaardingszaken in de jaren 2000-2007 in totaal 2.901.900 bedroeg, waarvan het leeuwendeel uit kantonzaken bestond (2.619.200) en het overige deel uit zaken bij de rechtbanken (250.100) en de hoven (32.200). Het aandeel handelszaken hierin is helaas niet precies bekend, maar duidelijk is dat de 10.799 gepubliceerde uitspraken slechts een klein deel uitmaakt van het totaal aantal zaken. Rechtspraak.nl streeft ook niet naar volledigheid en hanteert publicatiecriteria, die op www.rechtspraak.nl staan. Voor kritiek, zie Mommers, Zwenne & Schermer 2010.

(proces)kosten, liquidatietarief en integrale (proces)kosten. Deze trefwoorden zijn uitgekozen na een korte inventarisatie van eerder gevonden relevante uitspraken over kostenveroordelingen in relatie tot procesgedrag. Daarbij bleken genoemde woorden een goede indicatie te zijn voor uitspraken met overwegingen over procesgedrag en kosten.¹³²

Bij het zoeken binnen de 10.799 uitspraken werden met de trefwoorden in totaal 1.146 hits gevonden, waaronder logischerwijs ook een groot aantal dubbele. Van deze 1.146 hits zijn de uitspraken nader gelezen om te zien welke van deze uitspraken daadwerkelijk overwegingen bevatten over eventuele kostenconsequenties wegens procesgedrag. Daarvoor kwamen dus zowel zaken in aanmerking waarin dit *gevorderd* werd als zaken waarin een kostenconsequentie *toegewezen* werd. Een partij kan immers om een sanctie jegens de andere partij vragen, waarna de rechter dit al dan niet gemotiveerd toe- of afwijst. De rechter kan echter ook ambtshalve een kostenconsequentie toepassen, zonder dat uit de uitspraak blijkt dat daarom gevraagd is. Beide varianten zijn geteld. Uiteindelijk leverde dit een lijst van 139 uitspraken op.¹³³

Van die 139 uitspraken zijn steeds een aantal gegevens genoteerd. Naast formele gegevens (instantie, datum, LJN-nummer) is onder andere geregistreerd of en welke kostenconsequentie er is gevorderd, in hoeverre die vorderingen worden toe- of afgewezen en of de rechter ambtshalve een kostenconsequentie heeft toegepast. De bijbehorende relevante overwegingen over kosten zijn eveneens verzameld.

Onder handelszaken vallen ook IE-zaken en sommige zaken waarin partijen familie of (gewezen) partners zijn. Dit maakt het overzicht wel complexer. Wanneer een partij een kostenvergoeding volgens het liquidatietarief vordert, is dit bij gewone zaken geen reden om deze in de lijst op te nemen, maar wel wanneer een partij het in een IE-zaak vraagt wegens procesgedrag (normaliter werkelijke kosten/indicatietarief) of in een familiezaak (normaliter compensatie). Laatstgenoemde complicaties zijn ook geteld. De lijst van mogelijke vorderingen wijkt daarom iets af van de lijst van mogelijk toe te wijzen consequenties.

¹³² Volledige waterdichtheid wordt overigens niet gepretendeerd. Zo bevat het relevante arrest Hof Leeuwarden 11 november 2008, LJN BG5466, geen van de gebruikte trefwoorden (en valt het ook net buiten de onderzochte periode). Zo zullen er nog vermoedelijk nog enkele uitzonderingen zijn.

¹³³ Waarvan 83 uitspraken van rechtbanken en 56 uitspraken van gerechtshoven (zie ook Bijlage I). Overigens verschilde het aantal uitspraken sterk per instantie, zo staan er in de lijst 0 uitspraken van de Rb Groningen en 19 van de Rb Arnhem. Dit verschil wordt waarschijnlijk niet veroorzaakt door een verschil in kostenveroordelingsbeleid, maar door een ander publicatiebeleid. Zo publiceerde Rb Groningen tussen 1 januari 1999 en 1 november 2008 slechts 69 handelszaken op rechtspraak.nl, terwijl Rb Arnhem er 1.885 publiceerde.

4.9.3 Resultaten

Algemeen

De belangrijkste resultaten worden hieronder weergegeven.¹³⁴ Het eerste dat opvalt, is dat een expliciet gevorderde kostenconsequentie, waarbij die vordering in het vonnis of arrest is opgenomen, meestal wordt afgewezen. Als er wel een kostenconsequentie wordt opgelegd, gebeurt dit meestal ambtshalve of wordt in de uitspraak niet een dergelijk partijverzoek vermeld.

Gevorderd / toegekend	Aantal	%
Gevorderde kostenconsequentie toegekend	15	10,8%
Andere kostenconsequentie toegekend dan gevorderd	4	2,9%
Gevorderde kostenconsequentie afgewezen	58	41,7%
Niets gevorderd, ambtshalve kostenconsequentie toegekend	26	18,7%
Onbekend of is gevorderd, kostenconsequentie toegekend	32	23,0%
Ander soort sanctie gevorderd, kostenconsequentie toegekend	1	0,7%
Onbekend of is gevorderd, niets toegekend	1	0,7%
Andere soort sanctie gevorderd, niets toegekend	2	1,4%
<i>Totaal</i>	139	100%

Tabel 4.2: Totaaloverzicht gevorderde/ambtshalve kostenconsequenties

Vorderingen

Per soort gevorderde of toegewezen kostenconsequentie lopen de cijfers ook uiteen. Zo blijkt dat (buiten IE-zaken) het vorderen van de volledige, werkelijke proceskosten van alle vorderingen het meest voorkomt, maar dat dit zelden loont. Bij de drie zaken in de lijst waarin werkelijke kosten werden toegekend, bestond in alle drie de gevallen twijfel of deze wel in de lijst opgenomen moesten worden. In één geval waren de gevorderde werkelijke kosten lager dan het liquidatietarief en werden om die reden toegewezen.¹³⁵ In een ander geval waren de werkelijke kosten bedongen.¹³⁶ In het derde geval oordeelde de rechter dat een rekestciviel zinloos en daarmee onrechtmatig was ingesteld, maar nam de daardoor veroorzaakte werkelijke kosten niet op in de kostenveroordeling, maar oordeelde dat die nader opgemaakt moesten worden bij staat.¹³⁷

Een vordering die relatief vaker loonde, was het verzoek van een partij om rekening te houden met nodeloos gemaakte kosten. Een enkele keer ging dat om de kosten van een nodeloos gelegd beslag¹³⁸ of om kosten die ontstonden door het ten

¹³⁴ In Bijlage I staan enkele tabellen met aanvullende gegevens, waaronder de LJN-nummers van de 139 uitspraken.

¹³⁵ Rb Amsterdam 10 september 2008, *LJN* BF0503.

¹³⁶ Hof Arnhem 18 oktober 2005, *LJN* AU5050.

¹³⁷ Hof Arnhem 16 augustus 2005, *LJN* AU1588. Bovendien is deze uitspraak in cassatie vernietigd, zie HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353.

¹³⁸ Hof Arnhem 5 juni 2007, *LJN* BA6584.

onrechte aanbrenge van een anticipatie-exploot,¹³⁹ maar ook werden eenmaal kosten gevorderd en toegewezen voor een volledig nodeloos gevoerde procedure in eerste aanleg.¹⁴⁰

De overige vorderingen kwamen minder vaak voor. Slechts één keer werd in een normale handelszaak gevraagd om compensatie. In zaken met familiebetrekkingen tussen partijen werd drie keer wegens procesgedrag om een kostenveroordeling gevraagd, hetgeen één keer werd gehonoreerd.¹⁴¹ Verder zijn er nog ‘tussenvorderingen’ mogelijk, waarbij een partij vraagt om een hogere vergoeding dan het liquidatietarief (maar niet zo hoog als werkelijke kosten) of juist om een lagere veroordeling (maar niet zo laag als compensatie). Die laatste variant kwam echter niet voor, terwijl de vraag om een hogere vergoeding slechts één keer werd gehonoreerd.¹⁴² Voorts is een enkele keer om een consequentie verzocht op grond van procesgedrag, zonder dat die vordering werd geconcretiseerd. In twee van die vier gevallen hield de rechter vervolgens rekening met nodeloze kosten. Ten slotte is er in IE-zaken een aantal keren gevraagd om een lagere veroordeling dan de werkelijke kosten, hetgeen in twee gevallen werd gehonoreerd wegens nodeloos gebruik van extra advocaten.¹⁴³

Gevorderd / Toegekend / Afgewezen per vordering				
Gevorderd	Aantal	Gevorderde toegekend	Andere consequentie toegekend	Afgewezen
<i>Gevorderde consequenties</i>	77	15	4	58
Achterwege laten compensatie (familie)	3	1	0	2
Compensatie	1	0	1	0
Hoger dan liquidatietarief	7	1	0	6
Lager dan liquidatietarief	0	0	0	0
Nodeloze kosten**	19	8	0	11
Werkelijke kosten	38	3	1	34
Lagere kosten dan werkelijk (IE)*	5	2	0	3
Gevorderde kostenconsequentie niet geconcretiseerd	4	nvt	2	2
* Bij gevorderde lagere kosten (IE) wordt als toegekend ook honorering van nodeloze kosten aangemerkt				
** Bij gevorderde nodeloze kosten wordt als toegekend ook het gehonoreerde bewijsaanbod om nodeloze kosten aan te tonen aangemerkt.				

Tabel 4.3: Rendement gevorderde kostenconsequenties

¹³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2006, *LJN* AY8212

¹⁴⁰ Hof Arnhem 27 juli 2007, *LJN* AS8331

¹⁴¹ Dit lage aantal is verklaarbaar doordat alleen handelszaken zijn onderzocht, waar binnen het aantal familie-zaken beperkt is. Alimentatie-, gezag-, en omgangsregelingprocedures vallen er dus buiten.

¹⁴² Ktr Zaandam 2 november 2006, *LJN* AZ1193.

¹⁴³ Rb Arnhem (vzr.) 28 oktober 2008, *LJN* BG4488, en Rb Arnhem (vzr.) 28 november 2007, *LJN* BC0967.

Toewijzingen

Hierboven is vooral het rendement van de gevorderde consequenties besproken. Interessant is uiteraard ook het aantal toegewezen consequenties, inclusief de ambtshalve genomen kostenbeslissingen. Daaruit blijkt dat verreweg de meest toegepaste consequentie die van de nodeloze kosten is. Uit een nadere bestudering van de 53 gevallen waarin de rechter oordeelde dat sprake was van nodeloze kosten, bleek dat die nodeloze kosten vrijwel altijd worden uitgedrukt in punten van het liquidatietarief en niet in werkelijke kosten. Meestal gaat het om proceshandelingen waarvan de kosten voor rekening van de winnende partij gelaten worden. De tariefpunten die bij die handelingen horen, worden dan van de veroordeling afgetrokken, zoals volgens onderstaande overweging in één van die zaken:¹⁴⁴

‘(..) Daarnaast heeft Rabobank aangegeven dat zij van mening was bepaalde proceshandelingen (pleidooi, laatste akte na comparitie) te moeten verrichten om eerdere standpunten aan te vullen en te corrigeren. De kosten die Solvent in dat kader heeft gemaakt, zullen als nodeloze kosten voor rekening van Rabobank worden gebracht. Op deze wijze worden volgens het liquidatietarief 3 1/2 punten aan Rabobank toegekend en 2 1/2 punten aan Solvent. Per saldo zal Solvent daarom 1 punt volgens tarief II aan Rabobank als bijdrage in de proceskosten dienen te voldoen. (...)’

In bovenstaand geval moest de verliezende partij per saldo nog betalen aan de winnende partij, maar in enkele zaken oordeelde de rechter dat het volledige proces nodeloos veroorzaakt was door de winnaar, waardoor de winnaar per saldo moest betalen.¹⁴⁵ Ook in die gevallen werd gewoon gerekend in proceshandelingen en het daaraan gekoppelde liquidatietarief.

In die lijn past ook het feit dat buiten IE-zaken geen enkele rechter ambtshalve een partij in de werkelijke kosten of in kosten die hoger liggen dan het liquidatietarief heeft veroordeeld.

Wat de rechter soms wel ambtshalve doet, is het aftrekken van een aantal punten van het liquidatietarief of het halveren daarvan, bijvoorbeeld omdat een partij het proces heeft vertraagd door niet te voldoen aan de substantiëringsplicht.¹⁴⁶ Het is ten slotte opvallend dat de rechter twaalf keer de kosten in een normale procedure heeft gecompenseerd in het kader van vertoond procesgedrag, hetgeen in geen van die twaalf keer gevorderd was. Erg vreemd is dit overigens ook niet, want partijen zullen hun stukken normaal gesproken schrijven vanuit het uitgangspunt dat ze de zaak gaan winnen en daar past geen vordering tot compensatie van kosten bij.

¹⁴⁴ Rb Alkmaar 19 september 2007, *LJN* BB3965.

¹⁴⁵ Bijvoorbeeld Ktr Roermond 3 juni 2008, *LJN* BD3971. Zie ook Ktr Nijmegen 1 juni 2007, *LJN* BA6373 (hoewel in die zaak de proceskosten van gedaagde op nihil werden gesteld).

¹⁴⁶ Rb Alkmaar 5 december 2007, *LJN* BE8708.

Totaaloverzicht consequenties			
	Totaal	Zoals gevorderd*	Ambtshalve**
<i>Totaal zaken</i>	139		
<i>Totaal toegepaste consequenties</i>	78	15	63
Compensatie	12	0	12
Geen compensatie (familie)	3	1	2
Hoger dan liquidatietarief	1	1	0
Lager dan liquidatietarief	3	0	3
Nodeloze kosten	53	9	44
Werkelijke kosten	3	3	0
Liquidatietarief (IE)	2	0	2
Bewijsopdracht	1	1	0
<i>Totaal zonder consequentie</i>	61	-	-
Consequenties afgewezen	61	-	-
*Hiermee wordt bedoeld dat daadwerkelijk de consequentie is toegepast zoals die is gevorderd, dus geen andere consequentie			
**Met ambtshalve worden alle consequenties bedoeld die niet of niet als zodanig zijn gevorderd, inclusief de gevallen waarin onbekend is of een consequentie is gevorderd, omdat dit uit de uitspraak niet blijkt.			

Tabel 4.4: Overzicht toegepaste kostenconsequenties

4.9.4 Analyse, beperkingen en discussie

Uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek kan een aantal conclusies worden getrokken, al moet dat soms met enig voorbehoud, omdat het onderzoek ook een aantal beperkingen kent. Verder roepen sommige resultaten nieuwe vragen op voor het vervolgonderzoek. Deze conclusies, beperkingen en discussiepunten zullen nu worden besproken.

4.9.4.1 Algemene beperkingen

Aan de jurisprudentieanalyse kleven een aantal beperkingen die inherent zijn aan de gebruikte methode. Ten eerste is de selectie van zaken voor de database van rechtspraak.nl niet op toeval gebaseerd, maar op selectiecriteria en op beleid binnen rechtbanken. Hoe representatief de 10.799 zaken voor de hele populatie van rond de 3 miljoen dagvaardingszaken zijn¹⁴⁷, is dus niet bekend. Een tweede beperking werd eerder al genoemd: de trefwoorden zijn niet voor honderd procent toereikend bij het vinden van alle relevante zaken. Ten derde is het de vraag in hoeveel gevallen verzoeken van partijen om bij de kostenveroordeling rekening te houden met procesgedrag niet in de uitspraken zijn opgenomen.¹⁴⁸ Ten slotte zijn er nog enkele

¹⁴⁷ Zie eerdergenoemde cijfers uit Rapport Rechtspraak in Nederland 2007, p. 37.

¹⁴⁸ Daardoor kunnen sommige kostenconsequenties ambtshalve genomen lijken, terwijl er feitelijk wel om was gevraagd. Daarnaast zullen die gevallen veelal niet door de trefwoorden gedetecteerd zijn: dat gebeurt als de rechter het verzoek om een kostenconsequentie niet inwilligt en het verzoek ook niet in het vonnis opneemt.

zaken gevonden waarbij werd getwijfeld of er sprake was van ‘overwegingen waarin proceskosten werden gekoppeld aan procesgedrag’, zoals in een zaak waarin volledige kosten waren bedongen¹⁴⁹ of in zaken waarin het (ontstaan van) het materiële geschil ook een rol speelde bij de toegepaste consequentie.¹⁵⁰

Deze beperkingen maken de analyse niet minder nuttig, maar moeten bij het maken van generalisaties wel in het achterhoofd worden gehouden. Harde statistische conclusies zijn bijvoorbeeld niet te trekken. Een aantal grote lijnen en uiteraard enkele opvallende individuele uitspraken komen echter wel duidelijk naar voren.

4.9.4.2 Weinig vorderingen en toekenningen

Allereerst valt op dat in de meeste zaken kostenoverwegingen niet aan procesgedrag worden gekoppeld. Slechts in 139 zaken van de 10.799 in de database is dit het geval, wat neerkomt op 1,3%. Er worden zowel weinig consequenties (zichtbaar) gevorderd als toegekend. De grote beslissingsruimte die rechters hebben krachtens de wet en andere regelingen wordt dus weinig gebruikt.

Dit percentage komt vermoedelijk niet hoger te liggen wanneer alle uitspraken worden doorzocht en niet alleen de op rechtspraak.nl gepubliceerde zaken. Sterker nog, het komt dan waarschijnlijk nog lager te liggen, want als selectiecriteria voor publicatie worden bijvoorbeeld aangehouden of ‘een bestaande jurisprudentielijn wordt verlaten’, ‘een bestaande jurisprudentielijn wordt genuanceerd’, ‘bijzonderheden voorkomen in verband met de aard van de procedure’ en bij ‘een bijzonder dictum.’¹⁵¹ Een afwijkende kostenoverweging zal daardoor waarschijnlijk een grotere kans geven op publicatie van de uitspraak. Verder zal ook de scheve verhouding tussen het aantal publicaties per gerecht vermoedelijk weinig invloed hebben op het percentage. Dat het percentage reëel lijkt, neemt niet weg dat het jammer is dat sommige relevante zaken niet in de database van rechtspraak.nl zijn opgenomen. Een spraakmakende zaak als Rb Maastricht 7 maart 2007, *JBPr* 2007, 54 (volledige kostenveroordeling) haalde wel de *JBPr*, maar niet rechtspraak.nl.¹⁵²

4.9.4.3 Wel nodeloze kosten, geen werkelijke kosten

Bij de zaken waarin wel overwegingen werden gewijd aan de kostenveroordeling met betrekking op procesgedrag, valt op dat rechters weliswaar soms consequenties toepassen, maar dat zij die consequenties blijven relateren aan het liquidatietarief en niet aan werkelijke kosten. Een nodeloze proceshandeling van de winnende partij leidt ertoe dat die winnende partij voor het aantal bij die handeling horende tariefpunten

¹⁴⁹ Hof Arnhem 18 oktober 2005, *LJN* AU5050

¹⁵⁰ Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2005, *LJN* AQ5647.

¹⁵¹ Voor de selectiecriteria, zie <http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Selectiecriteria/>, laatst geraadpleegd op 24 mei 2011.

¹⁵² Voor Rb Breda 15 november 2002, *NJ* 2003, 57 geldt hetzelfde.

geen kostenvergoeding krijgt of zelfs voor dat aantal punten wordt veroordeeld in de kosten van de verliezer. Dit heeft tot gevolg dat alleen de door de winnaar nodeloos gemaakte kosten tot consequenties leiden. Een partij die de zaak integraal verliest, wordt toch al veroordeeld in alle kosten conform het tarief; door de verliezer veroorzaakte nodeloze kosten leiden dan niet tot een hogere kostenveroordeling.

In veel zaken waarin een hoger bedrag of zelfs de werkelijke kosten gevorderd worden, stelt de rechter voorop dat voor een veroordeling in de werkelijke kosten misbruik van recht, onrechtmatig procederen en/of andere buitengewone omstandigheden aangetoond dienen te worden. In vrijwel alle betreffende zaken wordt vervolgens geoordeeld dat daarvan in die procedure geen sprake was. Zelfs wanneer de rechter van oordeel is dat de vorderingen ‘bij voorbaat kansloos’ of ‘lichtvaardig’ zijn, is dit soms nog niet voldoende om tot een veroordeling in de werkelijke kosten te komen. Onderstaande overweging uit een uitspraak van de sector kanton van de rechtbank Zwolle-Lelystad is een goede illustratie van de algemene lijn:

‘(..) De kantonrechter stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie (vgl. HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 216 en eerder HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 651) procederen, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig jegens de in rechte betrokken wederpartij kan worden aangemerkt. Er bestaat slechts in zeer bijzondere gevallen grond de partij die in een procedure in het ongelijk is gesteld, op grond van onrechtmatige daad te veroordelen tot vergoeding van de gehele schade die de wederpartij als gevolg van het voeren van die procedure heeft geleden (zie HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 361). Uitgangspunt is immers dat partijen een geschil in vrijheid moeten kunnen voorleggen aan een rechter, zonder dat zij daarbij moeten rekenen op een vordering uit onrechtmatige daad.

19. (...) Er moet aldus met terughoudendheid worden beoordeeld of er in dit geval sprake is van misbruik van procesrecht. Dit is onder meer het geval indien geprocedeerd wordt voor een ander doel dan waarvoor zo'n bevoegdheid is gegeven, met name wanneer het doel is om zonder enig in redelijkheid te respecteren belang onrechtmatig aan de wederpartij nadeel toe te brengen. Dit betekent dat dus meer moet worden gesteld dan dat een bij voorbaat kansloze vordering is ingesteld, zoals Office Depot in de kern betoogt. (...)’¹⁵³

In een andere zaak verweten een motel en diens moederbedrijf het instorten van het parkeerdek aan externe factoren en dagvaardden daarvoor maar liefst negentien partijen. Daar zaten ook partijen bij die geen enkele bouw- of graafwerkzaamheid in de buurt van het motel hadden uitgevoerd. Toch is dit niet voldoende voor een hogere kostenveroordeling, aldus de rechtbank Arnhem:

‘(..) Voor een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten, zoals gevorderd, is geen plaats. Weliswaar zijn al deze gedaagden lichtvaardig in rechte betrokken, maar nu het hier gaat om een omvangrijke vordering - Motel Tiel en Van der Valk hebben hun vordering blijkens productie 2 bij de dagvaarding begroot op minimaal tien miljoen euro - en om die

¹⁵³ Ktr Zwolle 14 november 2006, *LJN* AZ7805.

reden bij de berekening van de proceskosten liquidatietarief VIII zal worden toegepast, is er geen reden van het gebruikelijke liquidatietarief af te wijken. (..)¹⁵⁴

De rechtbank heeft hier klaarblijkelijk rekening gehouden met het feit dat het hoge liquidatietarief van € 3.211 per punt van toepassing was. Wellicht heeft het daarom niet de moeite willen nemen om voor de negen betreffende gedaagden een aparte berekening van werkelijke kosten te maken. Wijnbergen zet in haar noot vraagtekens bij deze beslissing en maakt de vergelijking met Ktr Zaandam 2 november 2006, *LJN* AZ1193, waarin wel hogere kosten werden toegewezen wegens een kansloze vordering. Wanneer het hele spectrum van zaken waarin werkelijke kosten werden gevorderd wordt gezien, is het echter juist de uitspraak van de kantonrechter Zaandam die de uitzondering vormt¹⁵⁵, terwijl de geciteerde Arnhemse uitspraak past in de lijn van vergaande terughoudendheid bij het afwijken van het liquidatietarief.

4.9.4.4 Inconsistentie bij consequenties wegens fouten in eerste aanleg

Onder de gevallen waarin de rechter wel rekening heeft gehouden met procesgedrag, komen relatief veel zaken voor waarin een partij in eerste aanleg in de fout is gegaan. In deze vergelijkbare zaken is de rechtspraak echter inconsequent. Wanneer een partij in hoger beroep gelijk krijgt, maar in eerste aanleg wegens een eigen fout of een verzuim om het juiste verweer te voeren ongelijk heeft gekregen en doordoor het hoger beroep heeft veroorzaakt, verbinden de hoven daar soms kostenconsequenties aan, maar de ene keer wordt het hoger beroep als nodeloos aangemerkt¹⁵⁶, de andere keer de eerste aanleg¹⁵⁷. Soms beslist de rechter zelfs dat de kosten van één¹⁵⁸ of beide instanties¹⁵⁹ gecompenseerd dienen te worden. Onbegrijpelijk is deze inconsistentie niet, want voor alle visies valt wat te zeggen.

4.9.4.5 Redenen achter terughoudendheid?

De stelling in het advies van de Hoge Raad dat de rechter ‘niet of nauwelijks’ gebruik maakt van haar mogelijkheid om een partij te veroordelen in de nodeloos gemaakte kosten of de werkelijke kosten, wordt door de jurisprudentieanalyse grotendeels

¹⁵⁴ Rb Arnhem 2 juli 2008, *LJN* BD6209, *JIN* 2008, 619, m.nt. Wijnbergen.

¹⁵⁵ Een andere uitzondering is de eerder genoemde zaak Rb Maastricht 7 maart 2007, *JBP* 2007, 54, m.nt. Van Rijssen. Zie ook Ktr Haarlem 9 maart 2011, *LJN* BP7603, maar die valt buiten de in deze analyse onderzochte periode. In het recente artikel van Boot & Quist 2011 worden nog enkele voorbeelden gegeven van buiten de onderzochte periode, maar die auteurs concluderen eveneens dat afwijking van het tarief zelden plaatsvindt.

¹⁵⁶ Hof Leeuwarden 17 juli 2007, *LJN* BA9777.

¹⁵⁷ Hof Arnhem 19 april 2008, *LJN* BF7503.

¹⁵⁸ Zie Hof Arnhem 21 september 2004, *LJN* AT6609 met compensatie in hoger beroep, terwijl in Hof Leeuwarden 7 oktober 2005, *LJN* AU3915 juist de eerste aanleg om dezelfde reden werd gecompenseerd.

¹⁵⁹ Hof 's-Hertogenbosch 11 april 2006, *LJN* AZ9600.

bevestigd, met name waar het de veroordeling in de werkelijke kosten betreft.¹⁶⁰ Ook het aantal keren dat kosten als nodeloos gemaakt zijn beoordeeld, valt nog onder de noemer ‘nauwelijks’ te brengen.

In de gepubliceerde uitspraken valt helaas niet te lezen waarom rechters zo strak vasthouden aan het liquidatietarief en ook overigens terughoudend zijn met kostenconsequenties ten aanzien van verstoring procesgedrag. Het is voor het vervolg van het onderzoek relevant om meer duidelijkheid te krijgen over de achtergrond van deze terughoudendheid. Om die reden is er voor gekozen om aan de rechters zelf te gaan vragen waarom zij terughoudend zijn met het toepassen van kostenconsequenties ten aanzien van verstoring procesgedrag. Deze vragen konden in een interviewstudie worden gecombineerd met de vragen over de ervaringen met verstoring procesgedrag, die zijn gerezen in hoofdstuk 3. Daaraan is bovendien de vraag toegevoegd of rechters het eigen beursje heringevoerd wensen.

Voorafgaand aan die interviewstudie is een aantal mogelijke factoren bedacht die kunnen meespelen bij de terughoudendheid en die tijdens de interviews ook aan de rechters zijn voorgelegd, om te toetsen of die factoren inderdaad van invloed zijn.

Ten eerste kwam in de inleiding en in hoofdstuk 3 reeds naar voren dat bij de verschillende verstoring gedragingen ook andere remedies dan kostenconsequenties mogelijk zijn. Misschien geven rechters om bepaalde redenen de voorkeur aan die alternatieve instrumenten.

Ten tweede lijken kostenconsequenties weinig gevorderd te worden door partijen; dat is althans het beeld uit de jurisprudentieanalyse. Te verwachten valt dat rechters terughoudender zijn met ambtshalve kostenconsequenties dan wanneer een partij er expliciet om vraagt.

Ten derde zou een oorzaak kunnen liggen in de taakverdeling tussen rolrechters en zaaksrechters. De kostenveroordeling wordt pas in het eindvonnis uitgesproken door de zaaksrechter. De procesbewaking ligt echter grotendeels bij de rolrechter. Die kan stukken weigeren of toelaten en is degene die beslist over uitstelverzoeken. De rolrechter kan echter geen tussentijdse kostensancties uitspreken. Er is geen praktijk van rolrechters die een briefje in het dossier van de zaaksrechter doen met het verzoek een kostensanctie uit te spreken. Anderzijds zal de zaaksrechter niet altijd achteraf het hele zaaksverloop nalopen op processuele onregelmatigheden.¹⁶¹

Ten vierde is er de mogelijkheid dat rechters de focus leggen op het materieelrechtelijke conflict en de kostenafhandeling als een oninteressant staartje van

¹⁶⁰ Advies Hoge Raad 2004, p. 5.

¹⁶¹ Zuckerman 2009, p. 19, stelt voor de Engelse situatie dat ‘The fact that no single judge is in overall responsibility is deleterious to effective management.’

het vonnis beschouwen, die zij het liefst op standaardwijze afhandelen (en soms met de computer uitrekenen).¹⁶²

Bovenstaande mogelijke verklaringen zijn echter slechts hypotheses die wel enige grond hebben in de literatuur of gewoonweg logisch zouden zijn, maar hard zijn ze niet en mogelijk zijn er nog andere verklaringen. De interviews moeten hierover meer duidelijkheid bieden.

4.10 Conclusie

De veroordeling in de proceskosten in civiele zaken is niet voor elke procedurevorm hetzelfde en dat maakt dat ook de mogelijke kostenconsequenties ten aanzien van verstorend procesgedrag verschillen. In dagvaardingszaken geldt op grond van artikel 237 Rv als hoofdregel dat de verliezer in de kosten wordt veroordeeld. De grootste kostenpost, het salaris van de advocaat, wordt echter forfaitair berekend met het niet-dekkende liquidatietarief. Dit systeem kent uitzonderingen die de rechter de ruimte bieden om rekening te houden met procesgedrag. Zo kan de rechter bij gedeeld ongelijk kiezen om wel of niet de kosten te compenseren en bij die beslissing rekening houden met gedrag, kan hij kosten als nodeloos gemaakt aanmerken en kan hij zelfs afwijken van het liquidatietarief, omdat dat niet bindend is. Daarnaast biedt het liquidatietarief ook enige interne speling om rekening te houden met partijgedrag.

In zaken waarin partijen familiale banden hebben, in IE-zaken en voor de buitengerechtelijke kosten (inclusief deelgeschilprocedures) gelden andere regimes. In eerstgenoemde gevallen worden normaliter de kosten gecompenseerd, maar kan de rechter wegens verstorend gedrag toch een kostenveroordeling uitspreken; meestal conform het liquidatietarief, maar ook afwijking daarvan is mogelijk. In IE-zaken is de standaard juist dat de werkelijke proceskosten worden vergoed, zolang die redelijk, evenredig en billijk zijn. Er zijn wel indicatietarieven die in zaken bij de rechtbanken aangeven welke bedragen normaliter het maximum van een redelijke vergoeding bedragen. Het resultaat bestaat uit meestal fors hogere kostenveroordelingen dan in normale zaken, maar ook heeft de rechter veel ruimte om gedrag mee te wegen en te bekijken of de door de winnende partij opgevoerde kostenposten wel redelijk zijn. Voor de buitengerechtelijke kosten – en de daaraan gekoppelde kostenbegroting in deelgeschilprocedures – geldt ook dat in beginsel de werkelijk gemaakte redelijke kosten worden vergoed, maar dit geldt alleen voor de eisende partij. De gedaagde krijgt deze slechts bij misbruik van procesrecht vergoed. Ook worden de incassokosten

¹⁶² Deze verklaring vindt steun in de opmerking van A-G Bakels, in zijn Conclusie (sub 2.13) bij HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (*Lindeboom/Beusmans*): ‘Ik wil er ten slotte geen doekjes om winden dat bij het bereiken van deze conclusie heeft meegewogen dat vermeden dient te worden dat de Hoge Raad wordt overstroomd met een vloedgolf van klachten over kostenberekeningen. Dit risico dient niet te worden onderschat omdat op menige kostenberekening wel iets is aan te merken, nu dit een als hinderlijk ervaren sluitpost bij het concipiëren pleegt te zijn’.

in de praktijk beperkt door de tarieven in Voorwerk II en is een wettelijke tariefregeling voor incassokosten in de maak. De buitengerechtigde kosten en de deelgeschilprocedure worden in dit onderzoek verder niet behandeld (zie § 4.6.1). Wel is van belang dat de scheidslijn met proceskosten veelal dun is en dat de conclusies van dit onderzoek met betrekking tot proceskosten ook kunnen worden gebruikt bij de invulling van de redelijkheidstoets (en eigen schuld en rechterlijke matiging) bij de begroting van buitengerechtigde kosten en de kosten in deelgeschilprocedures.

Met alle ruimte die de wetten en regelingen aan de rechter bieden om in de kostenveroordeling rekening te houden met onnodig verdragend en/of kostenverhogend procesgedrag¹⁶³ wordt in de praktijk weinig gedaan. Dit blijkt uit een jurisprudentieanalyse die is uitgevoerd met behulp van de database van rechtspraak.nl. Daarin valt op dat er überhaupt weinig zaken zijn waarin rechters kostenoverwegingen relateren aan procesgedrag en dat partijen ook weinig kostenconsequenties jegens de wederpartij verzoeken, hoewel het mogelijk is dat dergelijke verzoeken vaker worden gedaan, maar niet in de uitspraak worden vermeld. Met name veroordelingen in de werkelijke kosten en andere afwijkingen van het liquidatietarief zijn zeer zeldzaam. Er zijn zelfs zaken waarin de rechter vindt dat een partij lichtvaardig heeft gehandeld of een kansloze vordering heeft ingesteld, maar toch niet grijpt naar een kostenconsequentie. Ook de middelen van kostencompensatie en de nodelozekostenregeling worden tamelijk spaarzaam gebruikt.

Dit werpt de vraag op waarom rechters zo terughoudend zijn met het toepassen van kostenconsequenties. Om deze redenen te achterhalen worden rechters geïnterviewd. Daarbij wordt tevens gevraagd of zij herinvoering van de mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks en persoonlijk in de kosten te veroordelen wensen. Het verslag van de interviewstudie staat in hoofdstuk 5.¹⁶⁴

¹⁶³ Ook verdragsrechtelijke verplichtingen beperken deze ruimte nauwelijks, zo bleek uit § 4.8. Wel kunnen partijen zelf de ruimte beperken als ze een afwijkend kostenbeding overeenkomen, hoewel dergelijke bedingen soms kunnen stranden op onredelijke bezwarendheid, redelijkheid en billijkheid en de matigingsbevoegdheid van de rechter (§ 4.7).

¹⁶⁴ Aan het eind van hoofdstuk 5 kan ook pas de tweede deelvraag, zoals die in § 4.1 is geformuleerd, worden beantwoord.

Hoofdstuk 5: Interviewstudie: verstorend procesgedrag en kostenconsequenties in de praktijk

5.1 Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken is beschreven welke partijgedragingen als verstorend procesgedrag kunnen worden aangemerkt en welke mogelijke kostenconsequenties daartegen kunnen worden gericht. De wet, jurisprudentie en literatuur konden echter geen antwoord bieden op de vraag welke verstorende gedragingen veel overlast geven en waarom rechters hun discretionaire ruimte om kostenconsequenties toe te passen zo terughoudend invullen.¹

Die ervaringen en motieven zijn relevant om een indicatie te krijgen van de aard en omvang van het probleem van verstorend partijgedrag en om te zien wat rechters zoal als wel of niet verstorend beoordelen. In deze studie is geprobeerd om die rechterlijke kennis met gebruikmaking van kwalitatieve interviews boven water te krijgen. Uiteindelijk wordt dus een beeld van het huidige systeem vanuit het oogpunt van rechters verkregen; zij zijn degenen die in de praktijk het verstorende gedrag moeten herkennen en moeten beslissen of en hoe zij daar tegen optreden. Een aanvullend, soortgelijk onderzoek onder advocaten was ook zeker nuttig geweest, maar binnen het bestek van dit onderzoek niet haalbaar.²

Het voorgaande leidt er toe dat in deze interviewstudie wordt gepoogd om drie (deel)onderzoeksvragen te beantwoorden.³ De eerste luidt: *welke partijgedragingen ervaren rechters als onnodig vertragend en/of kostenverhogend en waarom juist die gedragingen?* De daarmee te verkrijgen kennis heeft als doel om in het vervolg van het onderzoek mogelijk adequate prikkels tegen dergelijk gedrag te kunnen evalueren. Bovendien is de kennis een nuttige aanvulling op de juridische literatuur waarin verstorend procesgedrag meer theoretisch wordt beschreven en waaruit niet blijkt welk gedrag daadwerkelijk voorkomt.

Ten tweede is naar aanleiding van de jurisprudentieanalyse uit hoofdstuk 4 de vraag gerezen: *waarom gebruiken rechters nauwelijks de kostenveroordeling als consequentie bij onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag?* Met die tweede vraag houdt nog een derde, kleinere onderzoeksvraag verband, die gaat over

¹ De Mot & De Geest 2004 leiden uit rechtsvergelijkende literatuur af dat rechters weinig gebruik maken van het sanctieapparaat en wijzen 3 mogelijkheden aan: (1) het procesrecht wordt weinig misbruikt; (2) rechters herkennen misbruik moeilijk en (3) rechters herkennen het wel, maar willen er niet tegen optreden. Met deze interviewstudie wordt gepoogd deze leemte op te vullen.

² In het project 'De goede procesorde in beeld' (Barendrecht e.a. 2011) – dat is ontstaan rond het verzoek om toestemming voor de interviews van dit onderzoek en als parallel onderzoek met een bredere en kwantitatieve focus is gefinancierd door de Raad voor de Rechtspraak – zijn wel vragenlijsten onder cliënten en advocaten verspreid.

³ In § 5.6.3 wordt met behulp van de antwoorden op die deelonderzoeksvragen vervolgens ook een antwoord gegeven op de bredere eerste en tweede deelvraag van dit proefschrift.

het in 2002 afgeschafte ‘eigen beursje’ van artikel 58 (oud) Rv: *Hebben rechters behoefte aan de herinvoering van de mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks en persoonlijk in de kosten te veroordelen bij verstorend procesgedrag?*⁴ Ook met de antwoorden op deze tweede en derde vraag kan rekening worden gehouden in de zoektocht naar mogelijk nieuwe prikkels in de kostenveroordeling.

5.2 *Verantwoording methode en uitvoering van onderzoek*

5.2.1 *Onderzoeksstrategie en methode*

Hoewel de drie onderzoeksvragen inhoudelijk van elkaar verschillen, kunnen zij aan de hand van dezelfde onderzoeksmethode worden beantwoord. Ze zijn alle drie verkennend. Dat wil zeggen dat er nog geen duidelijke bestaande theorie is die voorspelt welke ervaringen, motieven en wensen rechters in de beschreven gevallen omtrent verstorend procesgedrag hebben. Er zijn dus vooraf ook geen duidelijke hypothesen gevormd die in dit onderzoek worden getoetst.⁵ Het gaat in deze interviewstudie juist om theorievorming over de verschillende manieren waarop rechters naar partijgedrag kijken en de verschillende wijzen hoe zij daar zelf mee om zeggen te gaan.⁶

Gezien het verkennende doel en de complexe materie is gekozen voor semigestructureerde interviews.⁷ Bij een dergelijk interview wordt weliswaar een vragenlijst gehanteerd, maar de vragen worden veelal op een open wijze gesteld. De interviewer kan doorvragen naar aanleiding van het antwoord en ook de geïnterviewde kan zelf spontaan punten aan de orde stellen. Deze methode levert weinig cijfers en tabellen op, en al zeker geen robuuste kwantitatieve conclusies, maar vooral verhalen en structuren die een beeld opleveren van de praktijk in de ogen van de geïnterviewden. Omdat voor de drie onderzoeksvragen zowel de gehanteerde methode als de te interviewen groep (rechters) dezelfde zijn, is het vanuit organisatorisch en kostenoogpunt nuttig geweest om alle vragen achter elkaar in één interview te behandelen. Met name bij het in contact komen met en selecteren van de te interviewen personen kon zo tijd bespaard worden. Dit had bovendien als voordeel dat de rechters in het tweede deel hun kostenbeslissingen konden illustreren met ervaringen waarover zij in het eerste deel al hadden verteld.

⁴ Deze derde onderzoeksvraag loopt tevens enigszins vooruit op de bespreking van potentiële nieuwe prikkels in hoofdstuk 6 en 8, waarin ook het eigen beursje tot de opties behoort.

⁵ Hoogstens worden de lijst met verstorend procesgedrag uit de literatuur (zie hoofdstuk 3) en de paar mogelijke verklaringen van terughoudendheid met kostenconsequenties (zie § 4.9.4.5) aan de respondenten voorgelegd om hun reacties daarop te peilen.

⁶ Het onderzoek is daarmee *inductief*, zie o.a. Bryman 2008, p. 10-13.

⁷ Zie over het semigestructureerde interview Boeije 2005, p. 35-36 en 57-59; voor deze studie vaak gebruikt als praktische leidraad. Zie ook Bryman 2008, Ch. 18.

5.2.2 Toegang tot het veld en selectie van respondenten

Tijdens een onderzoeksstage bij de Rechtbank Breda (team handelsrecht) zijn in het voorjaar van 2009 drie proefinterviews afgenomen. Daarna is met hulp van de Bredase sectorvoorzitter contact gelegd met de Raad voor de Rechtspraak, waar een verzoek is ingediend om 18 rechters door het gehele land te mogen interviewen, met als voorkeur de volgende verdeling:

- 6 kantonrechters, 6 rechters bij de rechtbanken (sector civiel), 6 raadsheren⁸ bij de gerechtshoven;
- waarvan steeds 3 bij een instantie in de Randstad en 3 bij een instantie daarbuiten (vanaf hier aan te duiden als ‘Provincie’⁹). In totaal dus 6 instanties met 3 rechters per instantie;
- per instantie minstens één rechter die ook de rol behandelt of recent heeft behandeld;
- per instantie minstens één rechter die ook intellectuele eigendomszaken (IE-zaken) behandelt, behalve bij de sector kanton;
- verder zoveel mogelijk spreiding qua geslacht en leeftijd.

Voor deze selectie is gekozen om eventuele verschillen tussen de instanties en locaties te ondervangen en om ook rechters met ervaring met de rol en met IE-zaken te interviewen. Keerzijde van diepgaande interviews is dat de resultaten moeilijk generaliseerbaar zijn: van de in totaal 1.103 rechters bij de civiele en kantonsectoren in Nederland zijn er 18 geïnterviewd.¹⁰

Nadat het verzoek is gehonoreerd door de Raad voor de Rechtspraak en de dagelijkse besturen van de landelijke overlegorganen van de verschillende rechterlijke instanties, is contact opgenomen met de plaatselijke sectorvoorzitters. Zij hebben mij de namen gegeven van de drie respondenten. Op die laatste vorm van selectie kon geen invloed worden uitgeoefend. Er is dus niet random geselecteerd, waardoor invloed op de resultaten van eventueel selectief gekozen rechters niet is uit te sluiten (*selection bias*).

Uiteindelijk is voldaan aan de wens qua rol- en IE-ervaring. Zes rechters van de rechtbanken en hoven behandelden regelmatig tot vaak IE-zaken, de andere rechters zelden tot nooit. In totaal zijn er elf rolrechters geïnterviewd (alle kantonrechters, drie bij de rechtbanken en twee bij de hoven).

⁸ Voor de leesbaarheid worden in de rest van het hoofdstuk de raadsheren als ‘rechter’ aangeduid.

⁹ Uiteraard ontdaan van de negatieve lading die mensen soms aan de term ‘Provincie’ geven (ik kom zelf ook van buiten de Randstad).

¹⁰ De totaalcijfers in deze paragraaf ontleen ik steeds aan het Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2008, p. 72-75 (tabellen 12 en 14, figuren 5 en 9). De 1.103 rechters zijn 35% (civiele sectoren rechtbanken en hoven) plus 11% (kanton) van het totaal van 2.397 rechters.

	Kanton		Rechtbank		Hof	
	Provincie	Randstad	Provincie	Randstad	Provincie	Randstad
#1	Man	Man	Vrouw	Man	Man	Vrouw
#2	Man	Man	Man	Vrouw	Man	Man
#3	Man	Vrouw	Man	Vrouw	Man	Vrouw

Tabel 5.1: Instanties en geslacht¹¹

Leeftijdscategorie	< 35 jr	35-44 jr	45-54 jr	55-65 jr	> 65 jr
Aantal	0	4	8	6	0
Gemiddelde	51,8 jaar				
Ervaringscategorie	0-5 jr	6-10 jr	11-15 jr	16-20 jr	> 20 jr
Aantal	2	4	3	5	4
Gemiddelde	15,2 jaar				

Tabel 5.2: Leeftijd en ervaring

De spreiding qua geslacht is iets minder goed gelukt. Tweederde van de geïnterviewden is man, terwijl van de Nederlandse rechters iets meer dan de helft vrouw is.¹² Verder ontstond tijdens de interviews het beeld dat relatief veel respondenten een wetenschappelijke achtergrond hebben en naast het rechterlijk werk ook interne beleidstaken hebben. Dit valt verder niet goed na te gaan, maar als het klopt, dan is een mogelijke verklaring dat die mensen misschien eerder geïnteresseerd waren in medewerking aan interviews in het kader van een promotieonderzoek. Het valt niet uit te sluiten dat de geïnterviewden andere ervaringen en inzichten hadden dan niet-geïnterviewden (*selection bias*).

De piek bij de leeftijdsgroep 45-54 is niet bijzonder. 36% van de Nederlandse rechters valt in die categorie.¹³ Dat één op de drie geïnterviewde rechters in de leeftijdsgroep 55-65 valt, valt zelfs vrijwel samen met de 31% die landelijk in die categorie zit. De gemiddelde leeftijd van de respondenten van 51,8 jaar is dus niet vreemd. Of dat ook geldt voor de gemiddelde rechterlijke ervaring van 15,2 jaar, is niet na te gaan omdat er op dit punt geen landelijke cijfers te vinden zijn.

Omdat anonimiteit is beloofd, staan niet alle gevraagde gegevens in één tabel gecombineerd, want daardoor zouden de uitkomsten tot individuele rechters herleidbaar kunnen zijn. Vier rechters zijn als raio opgeleid, de overige veertien zijn via de zijwegen (rio, buitenstaander, etc.) binnengekomen. Ten slotte is relevant dat

¹¹ Bij citaten van respondenten zal steeds naar deze gegevens worden verwezen (instantie, locatie en geslacht). Man/vrouw vermeld ik om te laten zien dat het steeds een citaat van een individu betreft en niet van de gehele instantie. Inhoudelijk is de geslachtsvermelding van minder belang, omdat geen correlatieanalyse is gemaakt om systematische verschillen tussen antwoorden van mannen en vrouwen te meten. Overige gegevens blijven achterwege om de anonimiteit te waarborgen.

¹² Volgens bovengenoemd jaarverslag waren er in 2008 1.190 mannelijke en 1.207 vrouwelijke rechters.

¹³ Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2008, p. 75, figuur 9.

maar liefst elf van de achttien rechters in het verleden advocaat zijn geweest. Zij hebben het verstorende procesgedrag en de kostenveroordelingen dus ook vanaf de andere kant ervaren, wat in sommige interviews ook naar voren komt.

5.2.3 *Verantwoording van de topic list*

Voor de interviews is een *topic list* gebruikt. De vragen en onderwerpen daarop zijn in elk interviewgesprek aan de orde gesteld. Deze lijst is te vinden in Bijlage II. In de paragrafen met resultaten worden bepaalde vragen soms nader toegelicht.

In het algemeen zijn per onderwerp eerst één of twee open vragen gesteld, om spontane voorbeelden en de onbeïnvloede visie van de respondenten boven tafel te krijgen. Daarna volgden vragen met een meer gesloten karakter over de details. Zo is eerst gevraagd wat de rechters zelf zien als de grens tussen nodig en onnodig gedrag; pas daarna werd mijn eigen werkdefinitie van onnodig verdragend en/of kostenverhogend procesgedrag voorgelegd. Hetzelfde geldt voor de lijst met verstorende gedragingen die in hoofdstuk 3 aan de literatuur is ontleend. Ook die werd pas voorgelegd na een open vraag over voorbeelden van verstorend gedrag. Ten slotte werd in het deel over de kostenconsequenties eerst gevraagd of rechters zelf de algemene terughoudendheid herkenden en wat de redenen daarvoor waren. Daarna werden pas de in de hoofdstuk 4 opgeworpen mogelijke verklaringen ter reactie voorgelegd.

Gezien het semigestructureerde karakter van de interviews was de topic list niet bindend. Ik kon doorvragen op antwoorden en de rechters mochten zelf vooruitlopen op latere vragen of nieuwe onderwerpen aan de orde stellen, mits die niet al te ver van het onderzoeksdoel afdwaalden.

5.2.4 *Uitvoering van de interviews*

De interviews zijn vanaf augustus tot en met oktober 2009 op de verschillende rechterlijke locaties afgenomen. De gesprekken zijn opgenomen en als geheel uitgetypt door mijzelf en een student-assistent. Alle rechters gaven een open indruk en namen de tijd om op alle vragen antwoord te geven.

Aan de respondenten is vertrouwelijkheid van de letterlijke transcripten en anonimiteit beloofd. Ook is aan hen de expliciete opdracht gegeven om zich aan het geheim van de raadkamer te houden. Voor zover bepaalde concrete voorbeelden te veel naar één zaak of één rechter te herleiden waren, is daar achteraf in geschraapt. De rechters mochten kiezen of zij de geanonimiseerde transcripten ter controle (of interesse) toegestuurd wilden krijgen. Van sommigen heb ik commentaar op enkele te

concrete voorbeelden, verkeerd verstaane termen en verschrijvingen gehad. Dat commentaar is verwerkt.¹⁴

5.2.5 *Analyse van gegevens*

De 18 geanonimiseerde transcripten zijn eerst gecodeerd.¹⁵ Dat wil zeggen dat bij elk relevant interviewfragment één of meer codes in de kantlijn zijn gezet, die een indicatie geven van de inhoud van het fragment. Vervolgens zijn in nieuwe documenten de fragmenten met dezelfde codes uit alle interviews bij elkaar gezet. Op die manier kon overzichtelijk per onderwerp worden bekeken wat iedereen daarover heeft gezegd. Met behulp van de markeerstift, woorden in de kantlijn en turven zijn daaruit de resultaten gehaald die in de volgende paragrafen worden weergegeven.

Vaak vielen de codes samen met het antwoord op één vraag: onder de code ‘eigen beursje’ werden alle uitspraken over de wenselijkheid van het eigen beursje geplaatst. Maar er was bijvoorbeeld ook de code ‘regie vooraf’; veel respondenten begonnen her en der tijdens het interview spontaan over de strakke regiemogelijkheden die rechters sinds 2002 in het civiele proces hebben. Ook die fragmenten zijn als zodanig gecodeerd en bij elkaar gezet. De codes zijn dus niet vooraf bedacht, maar zijn afgeleid uit de interviewdata zelf.

5.2.6 *Kwaliteitsvalkuilen en -waarborgen*

Aan het gehanteerde onderzoeksdesign en de praktische uitvoering van de interviews kleven enkele gevaren voor de mate waarin met de verkregen interviewdata de onderzoeksvragen beantwoord kunnen worden. Sommige van die valkuilen kunnen (deels) gedicht worden; met de valkuilen waarbij dat niet kan, moet bij het lezen van de conclusies rekening gehouden worden.

Zoals vermeld betreft het hier een verkennende studie, zonder vooraf opgestelde hypothesen en met een relatief klein aantal respondenten die op één moment worden geïnterviewd. De kans op toevalsfouten is dus aanwezig, bijvoorbeeld omdat een respondent net die ochtend een zaak met veel ergernis heeft meegemaakt en daarom een hoge frequentie van verstoring gedrag rapporteert. Dit betrouwbaarheidsrisico is echter inherent aan dit soort onderzoek en het wordt deels ondervangen door de uitgebreide motivering van de antwoorden die aan rechters is gevraagd – waarbij veel antwoorden en motiveringen overeenkwamen en dus elkaar bevestigden – en deels door de waarborg dat het onderzoek in principe herhaald kan

¹⁴ Dit hoofdstuk is bovendien eerst in de vorm van een conceptrapport geschreven, dat eveneens naar alle respondenten en de betreffende sectorvoorzitters is opgestuurd en dat bij de Rechtbank Breda in juni 2010 intern is gepresenteerd.

¹⁵ Bryman 2008, e.v.

worden.¹⁶ Door het vrijgeven van de *topic list* in Bijlage II en de beschrijving van de selectie van rechters is het onderzoek replicerbaar.¹⁷

Naast betrouwbaarheid is ook de validiteit van belang: zijn er geen systematische fouten die het onderzoek beïnvloed hebben?¹⁸ Een eerste valkuil is die van het sociaal wenselijk antwoorden. De rechters waren steeds vanaf de ontvangst aardig, open en veelal geïnteresseerd in mijn onderzoek. In sommige interviews merkte ik dat rechters het vervelend vonden om bijvoorbeeld te zeggen dat verstorend procesgedrag nauwelijks voorkomt, omdat ze dachten dat ik op zo'n antwoord niet zat te wachten. Ook bij het commentaar op mijn werkdefinitie (§ 5.3.1.2) speelde mijn aanwezigheid in persoon misschien mee. Los van mijn persoon was er ook een ander gevaar qua sociaal wenselijk antwoorden dat meer aan de inhoud gerelateerd was: voor rechters is het prettiger en 'rechtsstatelijker' om te zeggen dat ze omwille van rechtszekerheid terughoudend zijn met kostensancties, dan dat het omwille van de werkdruk of vanwege desinteresse met betrekking tot proceskosten is.¹⁹ Dit gevaar is deels ondervangen met de waarborg van anonimiteit en de mededeling dat rechters het geheim van de raadkamer dienden te respecteren.²⁰ In hoeverre sociaal wenselijk antwoorden uiteindelijk heeft meegespeeld is natuurlijk niet duidelijk, maar bij het lezen van de conclusies dient men hierop wel alert te zijn.

Ten slotte is er sprake van beperkte generaliseerbaarheid: de mate waarin de steekproef iets zegt over alle Nederlandse civiele rechters. Dat komt niet alleen door het kleine aantal respondenten en onderzochte instanties (tussen instanties kunnen verschillen bestaan), maar ook door de wijze waarop de rechters door hun sectorvoorzitters zijn geselecteerd, zoals eerder al is vermeld. Anderzijds was er bij deze 18 rechters al veel overlap te zien in de antwoorden en zijn op elk punt in totaal veel argumenten gegeven, dus vermoedelijk zouden meer interviews niet veel nieuwe punten meer opleveren. Alleen over de frequenties zou waarschijnlijk wel meer informatie vrijkomen. Omdat de generaliseerbaarheid beperkt is, wordt in dit hoofdstuk spaarzaam omgegaan met percentages ('63% van de rechters zegt dat...'). Voor zover kwantitatief georiënteerde termen als 'meerderheid', 'vooral', 'slechts twee keer genoemd' en 'top 3' worden gehanteerd, wordt daarmee bedoeld op de

¹⁶ Bryman 2008, p. 376.

¹⁷ De map met gecodeerde, geanonimiseerde interviews kan op verzoek worden ingezien.

¹⁸ Boeije 2005, p. 145.

¹⁹ Of zoals Posner 2008, p. 72, het gechargeerd stelt: 'What weight should we give to the fact that many, maybe most, judges would if asked deny that they bring preconceptions to their cases? Very little. That denial would reflect in some instances a lack of self-awareness and in others the rhetorical pull, or more bluntly the propaganda value of the legalist model of judging.'

²⁰ Dat geheim van de raadkamer levert echter wel een nieuwe kleine valkuil op: daardoor konden rechters bepaalde verschijnselen niet tot in detail beschrijven, al zouden die wel van nut zijn geweest voor de onderzoeksvraag.

getalsverhoudingen binnen de groep van respondenten; deze verhoudingen kunnen niet zonder meer worden geëxtrapoleerd naar de gehele populatie van alle civiele rechters.

De genoemde valkuilen doen weinig af aan de algemene geldigheid van de onderzoeksresultaten, maar wijzen vooral op de beperkte generaliseerbaarheid en enkele mogelijke vertekeningen van het beeld vanwege sociaal wenselijk antwoorden. Het doel van de studie om een verkennend beeld te krijgen van de ervaringen, motieven en wensen van rechters, dat naast de bestaande juridische literatuur kan worden gelegd, wordt goed bereikt door de grondige uitleg en vele sprekende voorbeelden die de respondenten gegeven hebben, waarbij bovendien vaak dezelfde punten naar boven kwamen.

5.3 *Resultaten verstorend procesgedrag*

5.3.1 *Open gedeelte*

Onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag is geen wettelijk begrip of anderszins een juridische term met een vaste betekenis, zo kwam in hoofdstuk 3 al naar voren. Het is een voor dit onderzoek geconstrueerd verzamelbegrip, waaronder verschillende vormen van gedrag kunnen vallen die verstorend werken voor het proces. De eerste interviewvragen gingen niet direct over concrete gedragingen van partijen, maar hadden als doel om de werkdefinitie van verstorend procesgedrag te checken en na te gaan waar in de ogen van rechters de grens ligt tussen partijgedrag dat wel en niet acceptabel is.

Eerst is aan rechters de open vraag gesteld hoe zij zelf tegen de grens tussen nodig en onnodig procesgedrag aan kijken. Pas daarna is de in hoofdstuk 3 geformuleerde werkdefinitie aan hen voorgelegd, met de vraag of deze volgens hen de lading dekt.

5.3.1.1 *Grens tussen nodig en onnodig gedrag*

Steeds is in min of meer dezelfde formulering het volgende gevraagd: *In mijn onderzoek bekijk ik bestaande en mogelijke nieuwe remedies tegen onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag van partijen. Hoe kijkt u wat partijgedrag betreft aan tegen de grens tussen nodig en onnodig? Wat opvalt is dat de meeste respondenten een dergelijke grens wel zien, maar het moeilijk vinden om die te duiden. Precies de helft van de respondenten gebruikt in de eerste zin van hun antwoorden letterlijk de termen ‘moeilijk’, ‘niet zo makkelijk’ of ‘(heel/ontzettend) lastig’ . Zij grijpen snel naar concrete voorbeelden om te illustreren in welke gevallen wel en niet sprake is van verstorend gedrag. Op die voorbeelden zelf wordt nog teruggekomen, maar eerst worden de algemene lijnen van de antwoorden besproken, waarin meerdere redenen naar voren komen waarom de grens tussen nodig en onnodig gedrag diffuus en praktisch moeilijk te bepalen is.*

Ten eerste kan de (on)nodigheid van een proceshandeling vanuit verschillende perspectieven en beoordelingsmomenten worden gezien. Een aantal rechters noemt het verschil tussen de rol van de rechter en die van de advocaat. In sommige gevallen vinden zij zelf een akte, incident of verweer weliswaar onnodig, maar hebben zij er begrip voor dat de advocaat dat vanuit zijn rol anders kan zien. Ook begrijpen zij dat een advocaat bang is om een belangrijk punt te missen en dat die daarom wijdlopieg op alles ingaat en zo soms ook onnodige stappen neemt.

‘Ja, dat is natuurlijk heel moeilijk, omdat dat samenhangt met de verschillende rol die je hebt. Als rechter kijk je anders tegen een dossier aan dan als advocaat. (...) Dat brengt mee dat in de ogen van de rechter dingen vaker onnodig zijn dan in de ogen van de advocaat, zonder dat je vindt dat je als rechter nou kunt zeggen dat je dat iemand kunt kwalijk nemen dat die iets onnodigs doet. Kijk, als advocaat heb je het probleem dat je uiteindelijk niet weet, wat volgens degene die beslist de springende punten in een zaak zijn.’²¹

Ook het tijdstip van beoordeling maakt verschil. Uit de antwoorden komt vaak het onderscheid ‘vooraf’ versus ‘achteraf’ naar voren. Als een partij de rolrechter toestemming vraagt om nog een akte te mogen nemen, kan dat op dat moment nodig lijken, maar tijdens het schrijven van het vonnis kan alsnog blijken dat de akte inhoudelijk niets bijdraagt. Dan is het de vraag of je vanuit die kennis achteraf de nodeloosheid kunt verwijten aan de partij en/of de advocaat. Sommige rechters focussen in hun antwoorden ook meer op de toetsing vooraf, het toestaan van handelingen, terwijl anderen meer nadruk leggen op de toetsing achteraf, bijvoorbeeld in het kader van nodeloos gemaakte kosten. Een enkeling maakt zelf duidelijk dat onderscheid tussen vooraf en achteraf:

‘En in het algemeen als ik dat heb toegestaan, dan heb ik dat ook goed gevonden en heb ik dat kennelijk zinnig bevonden en zal ik dat niet zo snel als onnodig verstoring procesgedrag aanmerken. Want dan vond ik het blijkbaar nuttig dat die akte werd genomen, of in ieder geval niet onnodig. En achteraf gebeurt het natuurlijk wel dat ik het vonnis schrijf, dat ik zeg: ‘Ja, dit is toch allemaal niet nodig geweest zo, al die proceshandelingen.’ En dan wil ik dat wel eens verdisconteren in de proceskostenveroordeling.’²²

Een tweede punt dat volgens de respondenten de grens tussen nodig en onnodig moeilijk te bepalen maakt, is het gebrek aan eigen informatie over de noodigheid van een gedraging en over de achtergrond daarvan.

‘Het is ontzettend lastig. (...) Je moet ontzettend uitkijken om op basis van procesgedrag, terwijl je helemaal niet weet wat er verder achter zit, om eenzijdig zomaar te beslissen dat dit

²¹ Hof Randstad, man.

²² Ktr Randstad, man.

trainerend is. Daar kan je ook heel erg naast zitten. Dan doe je het op basis van iets wat je ziet, terwijl je de rest niet weet. Je moet daar heel erg mee uitkijken.²³

Eén rechter²⁴ wijst er op dat een handeling in het kader van de procedure misschien onnodig is, maar dat die dan nog wel nodig kan zijn in het kader van de geschilbeslechting in bredere zin tussen partijen. Een andere rechter geeft aan dat bij een eenzijdig uitstelverzoek wegens ziekte nog wel eens een doktersverklaring wordt gevraagd, maar het vragen om een rouwkaart bij uitstel wegens familieomstandigheden gaat te ver.²⁵

Met bovengenoemde punten houdt ook een derde reden verband die enkele malen wordt genoemd: begrip voor het complexe communicatieproces tussen advocaat en cliënt. Of, zoals een kantonrechter meldt, juist begrip voor de in persoon procederende partij die wellicht niet alles goed doet.²⁶

‘Een advocaat die pas later met een bepaald stuk komt, die komt daar mogelijk later mee, omdat hij het niet eerder van zijn cliënt gekregen heeft, terwijl hij wel goed zijn best gedaan heeft om alles boven tafel te krijgen. Je kunt zeggen, dat was onnodig, dan had de cliënt het maar eerder moeten geven. Maar het is een ingewikkeld communicatieproces tussen die advocaat en die cliënt. De cliënt die maar half luistert als de advocaat hem ondervraagt, want die denkt: ik ben toch bij een advocaat?! Dus dan al die kritische vragen... Dat is een heel lastig spanningsveld.’²⁷

Een vierde en laatste reden is dat enkele rechters dogmatisch en/of praktisch maar weinig ruimte zien voor ‘onnodig’ procesgedrag. Als de wet en het rolreglement ruimte bieden voor een proceshandeling, dan mogen partijen die volgens hen nemen en is het niet aan de rechter om te bepalen of iets nodig is.

‘(..) want onnodig gedrag van partijen, dat kom ik haast nooit tegen. Waarom niet? Omdat iedere partij de gelegenheid moet hebben om, nou ja, alles uit te kast te halen om zijn gelijk aan te tonen. Dat is het uitgangspunt, en ook al werkt dat vertragend en al werkt dat kostenverhogend, dan moet dat toch kunnen. Alles natuurlijk binnen, nou ja, grenzen nog van het redelijke.’²⁸

Toch zien bijna alle respondenten uiteindelijk wel een grens aan de noodigheid van bepaalde gedragingen, ook al wordt die grens diffuus genoemd en ligt die volgens een deel van de respondenten ver weg. Sommigen zien de grens pas bij opzettelijke

²³ Hof Randstad, vrouw.

²⁴ Rb Provincie, vrouw.

²⁵ Hof Provincie, man. Die vertelde bovendien dat een verhaal rondgaat over een advocaat wiens moeder inmiddels twee keer is overleden.

²⁶ Ktr Randstad, man.

²⁷ Hof Provincie, man.

²⁸ Rb Randstad, man.

chicanes en vertragingstactieken, terwijl anderen verwijtbaarheid voldoende vinden om te kunnen spreken over onnodig gedrag. De meeste rechters hebben wel een of meerdere spontane praktijkvoorbeelden waarin de grens van het nodige is overschreden.²⁹

Kortom, volgens de meeste respondenten ligt er ergens een grens tussen nodig en onnodig gedrag, maar die grens wordt niet snel overschreden. En als die een keer wordt overschreden, dan is dat voor de rechter niet altijd even duidelijk vast te stellen. Die onduidelijkheid wordt onder meer veroorzaakt door informatieasymmetrie aan twee kanten, samenhangend met de verschillende rollen in het proces. Enerzijds beseffen rechters dat advocaten niet in de hoofden van rechters kunnen zien welke kant de zaak op gaat. Anderzijds begrijpen ze dat ze zelf niet precies kunnen beoordelen welke belangen er zijn en hoe de communicatie tussen advocaat en cliënt verloopt: of een stuk écht niet eerder had kunnen worden ingediend en of de advocaat of partij écht ziek was. Daarnaast speelt ook de visie op het procesrecht een rol: valt partijen niets aan te rekenen zolang zij zich aan wet en rolreglement houden of hebben zij daarnaast ook een verantwoordelijkheid om geen onnodig gedrag te vertonen? En moet alleen opzettelijk onnodig gedrag (chicanes) partijen aangerekend worden of ook verwijtbaarheid?

5.3.1.2 *Commentaar op de werkdefinitie*

Na de open vraag over de grens tussen nodig en onnodig is de werkdefinitie van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag voorgelegd: *wanneer de extra tijd en kosten voorzienbaar niet leiden tot een betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit of wanneer deze betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit kennelijk ook door een minder belastende gedraging bereikt had moeten worden*. Aan respondenten is gevraagd of deze volgens hen de lading dekt.

Volgens het overgrote deel van de respondenten (15 van de 18) is het een goede definitie of is er in elk geval geen bezwaar tegen de definitie. Een kanttekening daarbij is dat rechters zich niet hebben voorbereid op de interviews; een aantal van hen zegt daarom ook dat hun oordeel wel echt op het eerste gezicht is. Bij deze vraag speelt bovendien het gevaar van sociaal wenselijk antwoorden sterker mee, nu deze definitie duidelijk door mij (zowel interviewer als onderzoeker) is opgesteld. Daarom zijn ook de aanvullende suggesties of kritische kanttekeningen interessant om op in te gaan.

De term ‘voorzienbaar’ (en in minder mate de term ‘kennelijk’) roept de meeste reacties op. De twee rechters³⁰ die niets in de definitie zien haken vooral af bij die term.

²⁹ Zie de vele quotes met voorbeelden in dit hoofdstuk.

³⁰ Hof Randstad, vrouw (zie quote), en Rb Provincie, vrouw.

‘Ik vind het erg vaag. Want hoe bepaal je dat? Wel, je moet ontzettend uitkijken dat je op basis van je eerste indruk meteen een beslissing neemt en een conclusie trekt, terwijl je geen achtergronden weet. Dus ik vind het gevaarlijk om dat zo... Dat voorzienbare, dat is moeilijk in te schatten. (...) Ik vind het veel te vaag.’

Andere rechters vinden die term juist essentieel voor de definitie. Eén rechter stelt dat het wel moet gaan om voorzienbaarheid voor partijen, wat dus een iets ander criterium is dan voorzienbaarheid voor de rechter.

‘Ja, dat lijkt me een prachtige definitie. (...) de catch zit denk ik in dat woord voorzienbaar. Voorzienbaar voor wie is dan natuurlijk de vraag. Zoals ik zojuist al zei, voor mij aan deze kant van de tafel is in het algemeen meer voorzienbaar dan voor partijen. *PS: Dus (...) voorzienbaar voor de partijen?* -Voorzienbaar voor partijen, ja.’³¹

‘Ja, dat dekt de lading wel! Grappig dat daar dus ook naar mijn idee een beetje het probleem in zit waar we het net over hadden, namelijk het woord ‘voorzienbaar’. En dat is wat ik net eigenlijk een beetje bedoelde, dat dat het probleem is voor de advocaat. Die kan heel moeilijk voorzien met welke argumenten of met welke procedurele stap hij wel of geen succes zal hebben. En het nalaten van een stap, terwijl die wel denkbaar mogelijk is, dat is vanuit die advocaat gezien nogal risicovol.’³²

Enkele rechters twijfelen over het laatste deel van de definitie: ‘bereikt had moeten worden.’ Zij overwegen het alternatief ‘bereikt had moeten kunnen worden’ of ‘bereikt had kunnen worden’. Door toevoeging van ‘kunnen’ wordt de definitie descriptiever en minder normatief. De volgende dialoog is een goede illustratie:

‘Ik begrijp je definitie wel, maar dat laatste stukje, dat is heel sterk normatief, dat ‘bereikt had moeten worden’.

PS: Had het ‘kunnen worden’ moeten zijn?

-Nou, dit mag zo, maar ik wil alleen maar aangeven dat dit impliceert dat al dit soort dingen die ik net genoemd heb, over moeilijke communicatie met de advocaat, dat dit heel genuanceerd moet liggen. ‘...bereikt had moeten worden’. Ik vind het prachtig als je definities hebt waarin je ook het normatieve tot uitdrukking brengt. Dit soort dingen kun je niet alleen feitelijk en kwantitatief benaderen. Maar dat zit hier dus wel heel sterk in. Dan is het dus buitengewoon diffuus, dat laatste stukje. Als je er van maakt ‘had kunnen worden’, dan vallen er dus ongelooflijk veel gedragingen onder. Maar dat veronderstelt dan een advocaat die er meteen in slaagt om bij die cliënt alle informatie boven tafel te krijgen die nodig is. En dat is heel vaak niet reëel haalbaar.

PS: Nee, precies, ik heb het met (...) mijn promotor al over dat kunnen/moeten gehad. Met ‘kunnen’ heb je het meer over alles wat de advocaat had kunnen doen, en bij ‘moeten’ heb je het meer over wat de normale advocaat...

-Wat de redelijk handelende advocaat voor elkaar had moeten krijgen.’³³

³¹ Rb Randstad, man.

³² Hof Randstad, man.

³³ Hof Provincie, man.

Wat uit de commentaren blijkt, is dat de definitie voor de meesten acceptabel is, maar dat de term ‘voorzienbaarheid’³⁴ essentieel is en tegelijkertijd moeilijk toe te passen in de praktijk. Daarnaast stond het normatief geformuleerde einde van de definitie enkele keren ter discussie.³⁵

De hoge acceptatiegraad is niet alleen belangrijk voor de bruikbaarheid van de definitie zelf, maar ook voor de vergelijkbaarheid van de overige antwoorden in de interviews. Bij het nalopen van de lijst van gedragingen en de kostenconsequenties is immers van belang dat de respondenten ongeveer een soortgelijk beeld hebben van procesverstoring gedrag.

5.3.1.3 Frequentie verstoring procesgedrag

Na het afbakenen en afstemmen van het begrip is gevraagd hoe vaak verstoring procesgedrag in de praktijk voorkomt. Er is daarbij specifiek doorgevraagd of sommige procedurevormen en rechtsgebieden hiermee meer te maken hebben dan andere. Bij rechters met recente rolervaring is ook extra geïnformeerd naar gedrag dat zij bij de rolbehandeling tegenkomen.

Het algemene beeld is diffuus en dat is niet verwonderlijk, want rechters hebben vooraf uiteraard niet kunnen turven hoe vaak ze verstoring gedrag tegenkwamen. Het gaat dus om zeer algemene schattingen, die ook nog eens uiteenlopen. Een aantal rechters zegt dergelijk gedrag niet of nauwelijks mee te maken, maar de meeste rechters zeggen dat het soms of met enige regelmaat voorkomt. Een enkele keer valt het woord ‘vaak’, maar niemand zegt overstelpt te worden met verstoring gedrag.

Verder vertellen drie geïnterviewden dat zij tegenwoordig minder verstoring procesgedrag zien dan vóór het nieuwe Rechtsvordering (2002) en/of rolreglement: procedures met nodeloze ‘welles/nietes’-aktes³⁶, eindeloos uitstel³⁷ en advocaten die hun kaarten tegen de borst houden³⁸ worden afgekapt. Ook andere rechters relateren de in hun ogen lage frequentie van verstoring gedrag aan de regie die vooraf door de rechter wordt uitgeoefend. Ten eerste wordt de strakke handhaving van termijnen als preventief instrument genoemd: uitstel wordt niet zomaar toegestaan.

‘En je hebt van die zaken waar een beetje gewauweld wordt en er wordt weer teruggewauweld en dan wordt er nog eens een aktetje genomen en nog eens een aktetje genomen. (...) Sinds het

³⁴ Op de term ‘kennelijk’ kwam minder commentaar, maar waarschijnlijk geldt daar volgens de rechters hetzelfde voor.

³⁵ De hier genoemde commentaren zijn reeds in § 3.2 meegenomen bij de verantwoording van de definitie.

³⁶ Hof Provincie, man.

³⁷ Rb Provincie, vrouw.

³⁸ Hof Provincie, man.

nieuwe landelijke procesrecht wordt daar veel strakker de hand aan gehouden (...). Vroeger was het zo dat als partijen het eens waren, dan mochten er antwoordaktes genomen worden. Dat ging soms tot in het oneindige door. Dat je dan ambtshalve ingreep was zelden. Nu is dat wel. Er wordt in beginsel heel strak de hand gehouden aan het procesreglement.³⁹

Bij één rechtbank (Randstad) is naast de rolrechter zelfs nog de functie van ‘aanhoudingenrechter’ in het leven geroepen, die beslist over aanhoudingen van zittingen, om daarmee niet de zaaksrechter te belasten. Ook de ruimte die wet en rolreglement bieden voor het weigeren van aanvullende aktes, nadere conclusies en pleidooien wordt benut. Informele instrumenten zijn eveneens beschikbaar, zoals het streng aanspreken van partijen of overleg over de regie. Zo vertelt één rechter dat hij een niet ter zitting verschenen advocaat boos opbelde in het bijzijn van de wel verschenen wederpartij en zo zijn ergernis uitsprak. Een andere rechter vertelt over afspraken die met grote deurwaarderskantoren zijn gemaakt nadat die vaak incomplete of meerdere dagvaardingen stuurden.

‘Dus daar hebben we nu ook afspraken met die deurwaarder over gemaakt en die heeft ook toegezegd dat die het systeem gaat aanpassen en gaat proberen om het automatiseringssysteem zo in te richten dat het ding gaat piepen op het moment dat er twee dagvaardingen van meneer Jansen in de huppeldepup straat nummer huppeldepup gemaakt worden.’⁴⁰

Verder vertellen twee rechters dat ze bij laat ingediende stukken het liefst een korte leespaauze inlassen.⁴¹ Ten slotte wordt aangegeven dat de informatie en regieafspraken ter comparitie voor verlichting zorgen: een reden waarom een respondent positief is over de comparitie na aanbrengen die tegenwoordig soms bij de hoven plaatsvindt.⁴²

Op de vraag of onnodig kostenverhogend en/of vertragend procesgedrag bij specifieke procedurevormen of rechtsgebieden vaker voorkomt, zeggen de meeste rechters geen verschil te zien. Ook het doorvragen naar gedragingen die specifiek zijn voor de rol komt niet goed uit de verf, in de zin van dat het andere antwoorden oplevert. Twee specifieke bronnen van verstoring komen echter wel naar voren: *repeat players* bij kantonzaken en bepaalde advocaten(kantoren).

De *repeat players* zijn grote incassobureaus en nuts- en verhuurbedrijven die veel vorderingen tegelijk moeten innen en waarvan 90% in een verstek eindigt. Die stellen de dagvaarding summier op en dagvaarden soms ook onnodig, door bijvoorbeeld na elke gemiste termijn weer te dagvaarden of door beide echtgenoten afzonderlijk te dagvaarden⁴³.

³⁹ Hof Randstad, vrouw.

⁴⁰ Ktr Randstad, man.

⁴¹ Ktr Randstad, man, en Hof Randstad, vrouw.

⁴² Hof Provincie, man.

⁴³ Ktr Randstad, man.

‘Want de overeenkomsten worden niet overgelegd, de aanmaningen worden niet overgelegd, de reacties van de wederpartij worden niet overgelegd. Het is zo vaak heel summier en dat ja, dat heeft dan te maken met dat de incassobureaus natuurlijk een heleboel zaken hebben die allemaal bij verstek worden afgedaan. Maar de zaken die wel voor de rechter komen, daar zit vaak een onnodige vertraging in, omdat men niet gelijk, zoals in de wet trouwens tegenwoordig is opgenomen, niet gelijk de rechter volledige openheid van zaken geeft.’⁴⁴

Vier van de zes kantonrechters⁴⁵ beginnen spontaan over deze problematiek en zeggen bovendien dat daar intern ook wel eens discussie over is.

Opvallend is ook dat vijf rechters antwoorden dat bepaalde advocaten eerder verstorend gedrag vertonen dan andere.

‘Maar er zijn sommige advocaten waarvan ik denk: dat is wel opvallend vaak dat je uitstel vraagt of te laat komt met iets, de stukken op het laatste moment indient, waardoor de wederpartij ze niet heeft kunnen bestuderen. Wat natuurlijk tot vertraging gaat leiden.’⁴⁶

Eén van hen ziet ook een verband met het soort kantoor en het niveau van de advocaten die daar werken.⁴⁷ Blijkbaar komen verschillende rechters en advocaten per instantie elkaar toch zodanig vaak tegen dat op kan vallen welke procedeerstijl individuele advocaten er op na houden.

De belangrijkste conclusie over de algemene frequentie is dat de antwoorden van rechters sterk schommelen tussen ‘niet of nauwelijks’ en ‘met enige regelmaat’, maar dat geen van hen klaagt over ernstige overlast van verstorend verdrag. Daarbij speelt mee dat rechters sinds 2002 meer regie hebben over het proces en zij partijen op de comparitie ook al snel zien, waardoor zij vooraf verstorend gedrag beter kunnen voorkomen of het ter zitting al snel de kop in kunnen drukken. Verschillen tussen rechtsgebieden, procedurevormen en rol- of zaaksrechter komen niet sterk naar voren, behalve dat *repeat players* in kantonzaken voor relatief meer verstoring zorgen door hun dagvaardingsbeleid. Ook herkennen rechters bepaalde advocaten die vaker voor verstoring zorgen.

5.3.1.4 Spontane voorbeelden

Bij het beantwoorden van de vragen over de grens tussen nodig en onnodig gedrag, de werkdefinitie en de frequentie gaven alle respondenten al veel spontane voorbeelden (82 in totaal!) van gedrag dat in hun ogen onnodig verstorend is of juist net niet

⁴⁴ Ktr Randstad, vrouw.

⁴⁵ Twee uit de Randstad, twee uit de Provincie.

⁴⁶ Rb Randstad, vrouw.

⁴⁷ Rb Provincie, man.

onnodig. Om onnodige herhaling te voorkomen, worden die in de volgende paragrafen steeds besproken bij de verschillende categorieën waarin de voorbeelden te plaatsen zijn.

5.3.2 *Lijst van gedragingen*

Na de open vragen is aan de respondenten een lijst met mogelijk procesversturende gedragingen voorgelegd, die voorafgaand aan de interviewstudie is opgesteld en tijdens die studie ook niet meer is aangevuld of gewijzigd. Daarbij is toegelicht dat de items op de lijst onder andere zijn ontleend aan literatuur over de rechtsverhouding tussen procespartijen, de goede procesorde, misbruik van procesrecht en de nodeloos veroorzaakte proceskosten.⁴⁸ In die literatuur zijn de gedragingen vooral theoretisch beschreven, soms met een voorbeeld uit de jurisprudentie, maar de frequentie en daadwerkelijke overlast blijken daar niet uit. De geïnterviewden is gevraagd om kort per punt te vertellen of die gedraging (of categorie van gedragingen) voorkomt (§ 5.3.2.1), daarna eventuele ontbrekende versturende gedragingen toe te voegen (§ 5.3.2.2) en een top 3 te maken van gedragingen die tot de meeste overlast leiden (§ 5.3.2.3). Ten slotte is gevraagd naar gedachten over de oorzaken en motieven achter verstorend procesgedrag (§ 5.3.3).

5.3.2.1 *Commentaar per gedraging*

Per gedraging worden de belangrijkste lijnen aangegeven. Het gaat hier om hoe de rechters zelf tegen de gedragingen aankijken, dus ik heb de termen op de lijst hoogstens toegelicht en/of van een voorbeeld voorzien als de respondent niet wist wat daaronder moest worden verstaan, maar ik heb geen dichtgetimmerde definities uit de literatuur opgedrongen. Achter elke gedraging staat alvast tussen haakjes aangegeven hoe vaak die door respondenten genoemd is in de top 3.⁴⁹

Liegen, bedriegen en simuleren (1x)

Alle rechters zeggen dat leugens en bedrog voorkomen. Bijna allemaal zeggen ze echter dat ze er meestal de vinger niet achter kunnen krijgen. In dat geval is er ook geen onnodige vertraging of kostenverhoging als gevolg.

‘Nou, liegen, bedriegen en simuleren, dat is de praktijk van alledag. Dat gebeurt gewoon. Het probleem is vaak: je kunt daar de vinger niet achter krijgen. Je kunt dat wel denken. Dat heb je bij getuigenverhoren ook. Getuigenverhoor is een buitengewoon gebrekkig middel om de waarheid vast te stellen. En ik heb ook niet de illusie dat je dat ook altijd doet. Soms zie je ook wel, en voel je op je klompen aan: één partij heeft gelijk en de ander liegt. De ander laat

⁴⁸ Zie hoofdstuk 3 voor de literatuur die is gebruikt om de lijst met gedragingen samen te stellen.

⁴⁹ Daarbij aangetekend dat één rechter (Hof Randstad, vrouw) geen top 3 kon geven, dus in totaal hebben 17 respondenten een ‘top 3’ hebben opgegeven. Daarvan is er echter feitelijk één een ‘top 2’ en vijf keer een ‘top 4’.

getuigen komen en je kunt daar niet doorheen drukken. Dat is dan jammer. Want je moet dan iemand, van wie je het gevoel hebt dat die gelijk heeft, ongelijk geven. Dat is in ieder geval storend ja, maar je kunt het niet hard maken.⁵⁰

Ook noemen rechters gevallen waarin ze weten dat er gelogen wordt, maar niet door wie precies. Als rechters dit zeiden, heb ik gevraagd of het soms wel boven water komt, bijvoorbeeld door een handtekeningenexpert. Dat komt volgens de respondenten beduidend minder vaak voor, maar in de gevallen dat het voorkomt is volgens hen wel duidelijk sprake van onnodige vertraging en kosten. Niet alleen de extra bewijsopdracht waarmee de onwaarheid moest worden vastgesteld was onnodig geweest als iemand meteen de waarheid had gesproken, maar feitelijk de hele procedure als die om dat feitelijke punt draaide.

‘Eigenlijk, als mensen op die voet in de procedure gestapt zijn, dan is dat ook vaak het springende punt waarop de procedure staat of valt, of iets nu daadwerkelijk gebeurd is. Ja, dan is de hele procedure overbodig geweest, omdat iemand begint met een onwaarheid. Je ziet het ook wel eens kleiner. Dat er op kleine stukken tegenstrijdigheden in stellingen zitten.’⁵¹

Naast valse handtekeningen worden als voorbeelden ook genoemd: geknoei met betalingsbewijzen, het repareren van formaliteiten binnen de vennootschap, foto’s van een ander gebouw dan waar het om ging en vooral partijen die zelf tijdens de zitting anders beweren dan in de stukken.

‘Ik herinner mij een procedure, waarbij in de dagvaarding (..) stond: ‘Hij heeft mij niet geïnformeerd over de slechte toestand van de <zaak>.’ En bij de conclusie van repliek zei de man: ‘Ja, ik heb er ook wel naar gevraagd, naar de toestand van de <zaak>, en toen heeft de verkoper gezegd dat er met de <zaak> niets aan de hand was.’ Vervolgens heb ik getuigenbewijs opgedragen en toen kwam hij als getuige verklaren dat de verkoper iets heel concreets over de <zaak> gezegd had. Toen zei ik: ‘Ik heb een probleem met uw geheugen. U weet steeds meer!’ Toen werd die ook wel rood.’⁵²

Een aantal rechters nuanceert echter het beeld dat het in dit soort gevallen altijd leugens en bedrog, dus bewuste onwaarheden en kunstgrepen, betreft.

‘Het verschil tussen opzet en onopzettelijk, tussen projectie, waarvan je moet zeggen: ‘dat is geen liegen/bedriegen, maar dat heeft gewoon te maken met de algemene eigenschap van de mens om een beetje naar zich toe te redeneren en ook naar zich toe bepaalde dingen te herinneren die eigenlijk toch niet zo gegaan zijn’ en de grens met: ‘toch wel meer zeggen dan wat je ook zelf wel weet wat waar is’, die is natuurlijk heel vloeiend. Maar dat komt voor.’⁵³

⁵⁰ Ktr Provincie, man.

⁵¹ Hof Provincie, man.

⁵² Hof Provincie, man.

⁵³ Hof Provincie, man.

Zo zijn er meer rechters die aangeven dat de grens tussen liegen en ‘voortschrijdend inzicht’ vaag is, mede door de feilbare werking van het geheugen. Eén rechter is zelfs van mening dat het feit dat gelogen wordt bij wijze van spreken de reden is van het bestaan van de rechterlijke macht en neemt het partijen niet kwalijk.⁵⁴ Anderen zien de waarheidsplicht uit artikel 21 Rv wel als een reden om consequenties aan leugens te verbinden. Die consequenties zijn volgens een aantal rechters vooral materieel: ze leiden tot afwijzing van de vordering; volgens één rechter ook omdat de geloofwaardigheid van de andere stukken van die partij ook afneemt.⁵⁵

Verder merkt een rechter op dat zelfs als vaststaat dat een stuk vervalst is, dit niet hoeft te zijn gebeurd door de partij die zich er op heeft beroepen. Ten slotte wijst één rechter nog op een andere categorie onwaarheden: die op de rol.

‘Dan wil het ook wel eens zijn dat ze aanhouding vragen en dan roepen: ‘Ja, daarover hebben we contact gehad met de wederpartij, die is akkoord.’ Of: ‘We zijn nog in onderhandeling, mag het op de parkeerrol staan?’ Als je dan navraag doet, of spontaan, komt dan een reactie van de wederpartij: ‘Wat overleg? Helemaal geen overleg!’ Dat vind ik liegen. Een heel enkele keer blijkt dat een communicatiestoornis en een enkele keer zijn ze gewoon ruzie aan het maken. Maar het gebeurt ook wel dat een leugentje om bestwil plaatsvindt.’⁵⁶

Liegen, bedriegen en simuleren komt dus vaak voor, maar de gevallen waarin het boven water komt en tot vertraging en kosten leidt zijn beperkt. In die individuele gevallen leidt het wel tot veel overlast, maar vanwege de lage frequentie noemen rechters deze niet bij hun top 3.

Evident kansloos proces (1x)

In het aan rechters voorgelegde lijstje stonden twee vormen van het kansloze proces, volgens het onderscheid zoals dat door Van der Wiel is gemaakt⁵⁷ en in hoofdstuk 3 is aangehouden, namelijk:

- (I) evident kansloos vanwege gebrek aan belang: het gevorderde is niet rechtens te respecteren en bijvoorbeeld alleen om de ander te tergen;
- (II) evident kansloos vanwege geen deugdelijke onderbouwing: er is wel een belang bij het gevorderde, maar de partij had redelijkerwijs niet kunnen verwachten dat het ooit toegewezen zou kunnen worden met een dergelijke gebrekkige onderbouwing van feiten en/of recht.

Ondanks de uitleg tijdens de interviews komt dit onderscheid in de antwoorden vaak niet goed uit de verf, dus vandaar een gezamenlijke bespreking. Uit de antwoorden

⁵⁴ Rb Randstad, vrouw.

⁵⁵ Hof Randstad, man.

⁵⁶ Rb Randstad, vrouw.

⁵⁷ Van der Wiel 2004, p. 129-134.

blijkt dat de categorie ‘geen belang’ zelden voorkomt. Rechters kunnen zich geen of nauwelijks voorbeelden herinneren. De enkele respondenten die wel een geval noemen waarin er rechtens geen belang was, vinden het nog steeds geen verstorend procesgedrag.

‘Geen belang, geen actie zegt Boek 3. En de Hoge Raad leert dat een zuiver emotioneel belang geen belang is. Kun je van mening over verschillen, maar het komt natuurlijk zeker voor ja, dat er geen belang bij een vordering is. Of dat dan ook echt een chicane is, is nog een ander punt. Men wil vaak iets weten dat inderdaad naar onze mening geen belang meer heeft. (..) Ik heb laatst wel zo’n zaak gehad, waarbij ik me zeer afvroeg of er wel een belang bij een verklaring voor recht bestond.’⁵⁸

Op de kansloze processen vanwege ondeugdelijke onderbouwingen kwam meer respons. Die levert een gemengd beeld op. ‘Bijna nooit’, ‘heel weinig’, ‘niet vaak’, ‘dat komt voor, ja’, ‘heel vaak’ en ‘dat zijn er veel vind ik zelfs’. Eén rechter bij een hof (Provincie, man) noemt deze zelfs bij de top 3. Verschillen tussen de instanties komen bij deze antwoorden ook niet duidelijk naar voren. Wel wordt volgens één rechter bij kanton iets soepeler geoordeeld over de onderbouwing als het een leek betreft.

‘Je gaat er anders mee om als iemand procedeert met een gemachtigde, een deurwaarder of een advocaat, dan wanneer iemand als leek procedeert. Dan, vooral als ze op de rolzitting komen, dan probeer je mensen wel te helpen met het formuleren van hun stellingen. Daar ga je dan wat milder mee om. Maar als je met professionals te maken hebt die de zaak niet goed onderbouwen, dan is het gauw gebeurd.’⁵⁹

De verschillen in gerapporteerde frequentie kunnen ook liggen aan verschillende gedachten over wanneer een vordering slechts afwijsbaar is, maar niet verstorend volgens de definitie, en evident kansloos (wel verstorend). Zo worden regelmatig zaken afgedaan op het niet nakomen van de stelplicht, vertellen meerdere rechters, maar een rechter geeft ook expliciet aan dat dat niet per se verstorend is:

‘Je mag ook best, zoals rechters tegen jurisprudentie in mogen gaan, een rechter zoiets vragen. Als je weet dat de jurisprudentie anders is, maar je wil gewoon die uitspraak, dan mag je dat vragen. Dat vind ik ook niet evident kansloos.’⁶⁰

Doordat kansloze vorderingen toch al worden afgewezen, hoeven rechters in de praktijk ook niet stil te staan bij het onderscheid tussen evident kansloos en ‘gewoon’ afgewezen.

⁵⁸ Hof Provincie, man.

⁵⁹ Ktr Provincie, man.

⁶⁰ Ktr Provincie, man.

‘Ja, weet u, als ik echt zou vinden dat de grens overschreden wordt, dat het echt te gek wordt, ja dan zit je inderdaad in de sfeer van misbruik van procesrecht. Daar zal de wederpartij dan ook wel mee komen en dan zal ik dat wel honoreren. Maar dan moet het wel zulke finale onzin zijn, bij wijze van spreken. En heb je dat misbruik van procesrecht natuurlijk ook niet nodig; dan zeg je, ‘wat daar verder van zij, dit is zulke klinkklare onzin wat hier wordt opgeschreven, dat de vordering moet worden afgewezen’.’⁶¹

Sterker nog, voor de wederpartij kan een kansloze vordering in hoger beroep zelfs ‘winstgevend’ zijn, in plaats van verstorend.

‘En als een vordering evident kansloos is, dan heb je als verweerder in hoger beroep ook geen 30 kantjes nodig om het uit te leggen. Dus dan ligt het ook niet voor de hand dat er heel veel kosten gemaakt moeten worden. (..) dan kan een goede advocaat in, weet ik wat, 8 tot 10 bladzijden (voor zover nodig) uitleggen waarom dat zo is. Ik heb het als advocaat zelf nog wel meegemaakt dat ik een verweer instelde en dat voor zo’n laag bedrag kon doen, dat de proceskostenveroordeling nog meer was dan dat ik zelf in rekening hoefde te brengen als advocaat. (..) In een serieuze zaak red je het daarmee eigenlijk nooit. In een echt kansloze zaak kun je dat als verwerende partij wel redden. En hoeft dat dus ook geen kostenprobleem te zijn.’⁶²

Al met al is het evident kansloze proces een gedraging die een gemengd beeld oproept. Volgens de geïnterviewden komen ze voor, maar over de frequentie verschilt men van mening en ook is de grens met ‘gewone’ afgewezen vorderingen lastig te bepalen.

Kansloze stellingen en verweren (9x)

‘We hebben hier een advocaat, die loopt al heel lang mee. Die is heel fanatiek. Komt echt op voor zijn cliënten. Die weet ook waar die over praat. Maar die maakt een mix van kansrijke en kansloze stellingen. (..) Dat betekent toch dat je er wat mee moet doen.’⁶³

Bovenstaande beschrijving van het ‘met hagel schieten’ illustreert de kansloze stellingen en verweren waarvan de meeste rechters zeggen dat die veel voorkomen. Vooral de respondenten van rechtbanken en hoven zien dit als veel voorkomend gedrag: 8 van de 12 zetten dit in de top 3. Bij kanton heeft slechts 1 van de 6 respondenten dit punt in de top 3 gezet. Een kantonrechter met eerdere ervaring bij de handelssector van de rechtbank vertelt dat het bij kanton een minder groot probleem is. Daar eindigen meer zaken in verstek en bij de zaken op tegenspraak spelen niet zo’n grote belangen, dus wordt daar niet zo veel tijd in de processtukken gestoken.⁶⁴ Een

⁶¹ Rb Randstad, man.

⁶² Hof Randstad, man.

⁶³ Ktr Provincie, man.

⁶⁴ Ktr Provincie, man.

andere kantonrechter vertelt dat één kansloos verweer wel vaak naar voren komt, namelijk: ‘Ik heb het geld niet’. Dat is echter niet zo verstorend als het met hagel schieten dat bij de hoven en rechtbanken veel voorkomt.

‘Ja, dat is wel aan de orde van de dag, dat aan de vordering heel veel gronden worden gegeven, waarvan een heel aantal evident onjuist is of kansloos is. Deze manier van procederen zie je bij een bepaald soort advocaten waarbij de gedachte is: laat ik maar zoveel mogelijk aanvoeren. Gaan ze in het wetboek zitten bladeren, en elke grond die maar enigszins plausibel voorkomt, die ga ik dan maar noemen. (..) Dat levert veel werk op. Ook voor de gedaagde om daar op in te gaan en duidelijk te maken waarom dat niet opgaat. Voor de rechter, omdat die al die punten langs moet lopen en daar antwoord op moet geven. En hetzelfde komt voor bij verweren. Er is een hele waslijst van verweren die er met de haren bijgesleept zijn.’⁶⁵

Een rechter vertelt dat het voor de wederpartij gevaarlijk is om niet op al die punten te reageren, ook al zijn de stellingen warrig, omdat rechters soms stellingen gaan uitleggen zoals ze bedoeld zouden kunnen zijn en die vervolgens als niet weersproken komen vast te staan.⁶⁶

Het probleem lijkt veroorzaakt te worden doordat op het aanvoeren van kansloze stellingen en verweren geen sanctie staat; met een beetje geluk wordt het zelfs beloond.

‘Als het je overkomen is als advocaat dat een verweer dat je kansloos leek wordt gehonoreerd en het verweer dat jij het meest kansrijk acht wordt verworpen, dan was je dus heel blij dat je het andere verweer toch ook gepresenteerd had, dan ga je daar vanzelf wel mee verder.’⁶⁷

‘En misschien moet ik daarbij zeggen dat rechters niet onfeilbaar zijn, dus het zal best eens gebeurd zijn dat iemand ook met een argument waar die zelf weinig vertrouwen in had, toch succes had. Dat kan ik me ook nog herinneren uit mijn praktijk dat ik zelf advocaat was, dat ik ook wel eens een zaak gewonnen heb met een argument over schuldeisersverzuim, waarvan ik zelf dacht: daar zit helemaal niks in. Dat klinkt aantrekkelijk, maar het klopt eigenlijk niet. Dat stimuleert je wel om te denken: ik voer het allemaal aan, want het is in het belang van mijn cliënt om die zaak te winnen.’⁶⁸

Er is dus wel enig begrip voor de advocaten die dit doen, maar anderzijds is ook een aantal rechters van mening dat het een bepaald soort advocaten met gebrekkige kwaliteit is die deze manier van procederen het meest toepast.

⁶⁵ Rb Provincie, man.

⁶⁶ Rb Provincie, man.

⁶⁷ Hof Provincie, man, die dit overigens navertelt van een bevriende advocaat die hij daarover sprak.

⁶⁸ Hof Provincie, man.

Kortom, kansloze stellingen en verweren worden als een probleem gezien, met name bij de rechtbanken en hoven. Bij kanton iets minder, vanwege de kleinere belangen in die zaken. Het probleem is dat op deze wijze van procederen geen sanctie staat, maar het soms juist lonend is om te gokken op een onverwachte positieve beslissing van de rechter.

Overdreven hoge vordering (2x)

Alle respondenten zien wel dat te hoge vorderingen voorkomen, maar een groot deel zegt daar geen last van te hebben en het dus niet onnodig kostenverhogend en/of vertragend procesgedrag te vinden. Een aantal rechters ziet het belang wel dat partijen hebben om hoog in te steken: een fijn onderhandelingsuitgangspunt, vooral als de gedaagde in de uitgangssituatie niets wil betalen.

‘Er is een bepaalde manier van procederen (..): dat is de tactiek van de vlucht naar voren. Een debiteur wordt aangesproken tot betaling. Hij wil niet betalen. Dan gaat die maar een reconventionele vordering instellen die veel hoger is. ‘Dat zal hem dan wel afschrikken.’ Of dat is dan het wisselgeld waardoor je toch onder die betalingsverplichting uitkomt. Dat soort gedrag zie ik wel. Dat wil zeggen: ik zie dat het vaak gebeurt en daarvan denk ik inderdaad vaak dat het met die achtergrond gebeurt. En dat kun je natuurlijk ook niet altijd vaststellen. Wat je wel kunt zien is dat als je het dan uitprocedeert en tot een eindvonnis komt, dat van zo’n vordering vaak niets overblijft.’⁶⁹

Anderen zien dit wel als vertragend en vooral de griffierechten verhogend, met name als de gedaagde al een aanbod tot betaling heeft gedaan en het eindvonnis dat bedrag niet of nauwelijks overstijgt, terwijl de vordering veel hoger was. Daar verbinden zij ook kostenconsequenties aan, waarop wordt teruggekomen in § 5.4.1. Enkele rechters noemen ook voorbeelden waarbij de hoge vorderingen daadwerkelijk onnodig verstorend werken. Zo kan onnodig de competentiegrens worden doorbroken, waardoor de lagere kosten van de kantonrechter niet van toepassing zijn en gedaagde verplicht een advocaat moet inschakelen.⁷⁰ Twee rechters ergeren zich ook aan ‘Amerikaanse bedragen’ die soms aan smartengeld worden gevorderd.⁷¹ Echte overlast is echter uitzonderlijk, zoals in onderstaand voorbeeld waarin iemand het proces meer wilde gebruiken om te ‘straffen’ dan om schadevergoeding te verkrijgen:

‘En die waren dan uiteindelijk niet in hotel A terechtgekomen, wat in de aanbieding stond, maar in het naastgelegen hotel B, want hotel A bleek vol. (..) En dan zie je dus dat iemand uit een soort motieven die uiteindelijk niks met de zaak zelf te maken hebben, (..) een procedure optuigt waar begin noch eind aan zit. Processtukken van 50 bladzijden lang en een verzoek om een rogatoire commissie in <buitenland> aan te stellen die daar dan moest onderzoeken of hotel

⁶⁹ Rb Provincie, man.

⁷⁰ Ktr Randstad, man.

⁷¹ Hof Provincie, man, en Hof Randstad, man.

A nou daadwerkelijk al vol was en, erger nog, eigenlijk al vol was toen de reis geboekt werd en de verkoper in Nederland dat eigenlijk al wist. Dat is dus iemand, die is dan helemaal niet meer te stuiten, omdat het gewoon zijn hobbyproject is geworden. (..) Die zaak komt niet eens boven de appelprens bij de kantonrechter uit. (..) En die zaak werd gewoon heel principieel ingestoken, met allerlei verklaringen voor recht en eindeloos onderzoek inderdaad, door allerlei getuigen horen, ook in <dat buitenland>, en er moest een deskundige benoemd worden die een soort parlementaire enquête naar de hele reiswereld moest gaan doen om uit te zoeken hoe wijdverbreid deze misstand was. Nou ja, dat zijn natuurlijk uitzonderlijke gevallen, maar dat komt wel eens voor, dat mensen het idee hebben dat er een hoog principe is wat rechtvaardigt dat er allerlei enorme dingen moeten gebeuren. (..) Kosten die zich helemaal niet verhouden tot wat er daadwerkelijk ooit aan schadevergoeding uitgekeerd zou kunnen worden in die zaak. En dat raakt dan dus wel ook aan de rand van het misbruik van procesrecht. Dan wordt het procesrecht ingezet voor een ander doel dan voor het geldend maken van die vordering tot schadevergoeding.'

Te hoge vorderingen komen dus wel voor, maar de grens tussen 'overdreven hoog' en acceptabel in het kader van de onderhandelingspositie is lastig te bepalen. Bovendien leidt het maar in enkele gevallen echt tot nodeloze vertraging en/of kosten.

Overbodig of prematuur proces (1x)

Omdat bij deze term niet bij iedere rechter direct een belletje ging rinkelen, zijn in de meeste interviews door mij twee voorbeelden gegeven die aan de proefinterviews in Breda of de literatuur zijn ontleend. Bij het premature proces is gewezen op het 'rauwelijks dagvaarden', dus de ander in rechte betrekken zonder enige aanmaning of vooraankondiging. Als voorbeeld van een overbodig proces is het onnodig splitsen van vorderingen (dus meerdere malen dagvaarden) genoemd.

De respondenten van de hoven zien dit gedrag nauwelijks voorkomen, met als reden dat het 'blijft steken in de zeef van de eerste aanleg'.⁷² Bij de rechtbanken en kantonrechters is de tendens dat het wel eens voorkomt, maar niet vaak. Alleen twee kantonrechters zeggen dat het (relatief) vaak voorkomt in de incassopraktijk dat de vorderingen onnodig worden opgesplitst.

'Ja, die zie je heel vaak in de incassopraktijk. Bijvoorbeeld de ziektekostenverzekeraars. Iemand betaalt zijn premie niet. Dan wordt de incassoprocedure bij deurwaarder A opgestart voor 6 maandtermijnen. Terwijl de procedure nog loopt, gaan ze een nieuwe procedure voor de vervolgttermijnen doen bij deurwaarder B. Dus dan krijg je een opeenhoping van proceskosten die dan verhaald moeten worden op mensen die dat toch al niet zo makkelijk betalen. Want ze betalen in de regel niet voor niets hun premie niet.'⁷³

Enkele rechters werpen voorbeelden op waarbij getwist kan worden over de overbodigheid. Is het dagvaarden van een partij die duidelijk geen verhaal biedt

⁷² Hof Randstad, man.

⁷³ Ktr Provincie, man. In dezelfde zin: Ktr Provincie, man.

overbodig?⁷⁴ En als een gedaagde partij in de preprocesuele fase een betalingsregeling aanbiedt, maar de eiser wil diezelfde betalingsregeling per se in een vonnis hebben (omwille van de executoriale titel)?⁷⁵ Wat als de vordering meteen is betaald na dagvaarding en eiser doorprocedeert voor de proceskosten?⁷⁶ Wat als partijen een mediationbeding hebben en één van hen stapt toch meteen naar de rechter?⁷⁷ Ten slotte: wat als er al een ander proces gaande is over een kwestie (met prejudiciële vragen eventueel) en over diezelfde kwestie worden allerlei nieuwe zaken aanhangig gemaakt?⁷⁸

Rauwelijks dagvaarden komt voor, maar het lijkt erop dat het vaker als verweer wordt gevoerd ('nooit een aanmaning ontvangen!') dan dat het echt zo is. Brieven worden ook wel eens naar het verkeerde adres verzonden.⁷⁹ Anderszins premature processen worden door een enkeling nader toegelicht.

'Je ziet wel eens gevallen waarin men zich tot de rechter wendt op een moment dat daar eigenlijk nog niets is wat je aan hem voor zou kunnen leggen. Of dat er nog afgewacht moet worden of er benadeling in enig belang dreigt, dat het nodig maakt om te gaan procederen. Dat komt met zekere regelmaat voor.'⁸⁰

Kortom, deze categorie komt bij de hoven vrijwel nooit voor, terwijl dit verstorende gedrag bij de lagere instanties zo nu en dan voorkomt. Als het voorkomt, dan gebeurt het in veel verschillende varianten, waarbij in sommige gevallen de overbodigheid te betwisten valt.

Late stellingen en feiten (11x)

Deze categorie staat bovenaan in de top 3 en is daarin bovendien door alle 6 de kantonrechters genoemd.

'Volgende bolletje komt heel vaak voor: late stellingen en feiten. Het proces begint zich pas te ontwikkelen na de conclusie van antwoord. Dan missen ze vaak een feitelijke ronde hè. Dan krijg je vaak repliek, dupliek, tenzij er gecompareerd wordt. Bij dupliek worden dan de producties overgelegd en dan mag de ander een akte uitlating producties doen. Dan weten ze dat ze het niet mogen en dan doen ze het toch. Die ander ook weer. Als je niet oppast, dan blijven ze elkaar bestoken met producties en uitlatingen.'⁸¹

⁷⁴ Hof Provincie, man.

⁷⁵ Ktr Randstad, vrouw.

⁷⁶ Rb Provincie, man.

⁷⁷ Rb Provincie, vrouw.

⁷⁸ Rb Randstad, vrouw.

⁷⁹ Twee kantonrechters, beiden man, Provincie.

⁸⁰ Rb Provincie, man.

⁸¹ Ktr Provincie, man.

Hoewel het bij alle instanties als vaak voorkomend wordt genoemd, verschilt de problematiek bij het hof met die van de lagere instanties. Kantonrechters noemen vooral de summiere dagvaardingen en conclusies van antwoord van *repeat players*, waardoor relevante feiten pas laat aan bod komen. Dan is een extra schriftelijke ronde nodig. Komt men op de comparitie met nieuwe feiten, dan volstaat soms een korte schorsing of een kleine uitloop en is de overlast beperkt.⁸²

Bij het hof speelt meer dat partijen het echt nog over een andere boeg willen gaan gooien dan bij de eerste instantie en soms doen ze dat zelfs pas als het hoger beroep al een tijdje loopt. Dat kan wegens strijd met de goede procesorde worden geweigerd.

‘Ja, dat komt natuurlijk voor, in zo’n stadium van het geding, dat er nieuwe feiten naar voren worden gebracht. Dat je daar gewoon geen acht meer op kunt slaan, omdat dat anders in strijd is met de goede procesorde.’⁸³

‘Soms is er in eerste aanleg niet goed geprocedeerd en is dat voor de betreffende partij/advocaat pas aan het licht gekomen in het vonnis, omdat daarin pas de vinger op de zere plek is gelegd. Het procesrecht werkt zo dat het hoger beroep er mede toe kan dienen om fouten en verzuimen in eerste aanleg te herstellen, dus dat gebeurt ook. Daar is niks mis mee. Dat is één van de functies van het hoger beroep, dus daar kun je geen bezwaar tegen maken. Het is wel zo dat de Hoge Raad (...) dit jaar daar in hoger beroep nog wel de rem op gezet heeft door te zeggen: als je iets wil, dat geldt voor echte eisvermeerdering of -verandering, maar ook bij in feite het aanvoeren van nieuwe gronden of verweren, dan moet dat in je eerste stuk in hoger beroep. Dus in memorie van grieven of memorie van antwoord. (...) Niet nog eens daarna bij akte, niet bij pleidooi, niet nadat in hoger beroep nog getuigen zijn gehoord. Natuurlijk met allerlei uitzonderingen. Maar de hoofdregel is door de Hoge Raad in die arresten nog wat strenger geformuleerd dan in het verleden bestond: namelijk dat het in hoger beroep echt meteen moet. Ik denk dat dat een logische beslissing is. Die heel goed past in het stelsel wat we hebben, namelijk dat je wel het roer om mag gooien in hoger beroep, maar dat je dat dan meteen moet doen.’⁸⁴

Toch weigert men dergelijke late koerswijzigingen in hoger beroep niet altijd, mede omdat het hoger beroep de laatste feitelijke instantie is en feitelijke misslagen daarna niet meer kunnen worden gecorrigeerd.

‘Nee, want er zit ook een lijn in de jurisprudentie van: probeer nou wel het werkelijke geschil te beslissen. Dat is ook wel echt een belang van partijen. Als je dus ziet dat het allemaal veroorzaakt is door ruis op de lijn en je nu eindelijk eens een keer die betrokkene zelf ziet en hoort over hoe het nu gegaan is, dan zijn er ook gevallen waarin je denkt: we moeten nu toch door op de echte werkelijkheid en een beetje terzijde laten wat er tot nu toe behandeld is. En dan heb je wel vertraging in je procedure. *PS: In dat geval vindt u het de vertraging dan wel*

⁸² Twee rechters, beiden Rb Randstad, vrouw.

⁸³ Hof Randstad, vrouw.

⁸⁴ Hof Randstad, man.

waard? Ja, dat is dan de afweging tussen een snel proces (een uitspraak binnen afzienbare termijn) en aan de andere kant het belang dat die uitspraak moet gaan over hoe het in het echt gebeurd is. Dat is wel een afweging waar wij regelmatig voor staan in hoger beroep.⁸⁵

Bij lagere instanties komt een dergelijke afweging soms ook voor: twee rechters noemen de bindende eindbeslissing, waarna vervolgens een nieuw feit boven water komt of een stelling wordt ingenomen die tegen die beslissing ingaat.⁸⁶ Op dat punt is de Hoge Raad recentelijk juist soepeler geworden: lagere rechters mogen (en moeten) nu eerder terugkomen op eindbeslissingen dan voorheen.⁸⁷

Enkele rechters vertellen dat de late stellingen en feiten nu minder voorkomen dan vroeger. Dat komt door het herziene procesrecht dat meer weigeringsgronden biedt⁸⁸ en/of door een bepaalde oudere garde advocaten die als tactiek had om de kaarten op de borst te houden, die nu inmiddels met pensioen is.⁸⁹

Late stellingen en feiten vormen dus reële overlast, zowel door de matige invulling van de substantiëringsplicht in eerste instantie als door koerswijzigingen na bindende eindbeslissingen en in hoger beroep. Omdat het weigeren daarvan omwille van de waarheidsvinding niet altijd wenselijk is, leidt deze gedraging totodeloze vertraging en kosten.

Laat inbrengen van bewijsstukken (9x)

Ook deze gedraging wordt vaak in de top 3 genoemd, 8 van de 9 keer door een rechter die ook de late stellingen en feiten in de top 3 heeft gezet. Dat is niet vreemd, want veel rechters geven aan dat tussen het laat inbrengen van bewijsstukken en het laat innemen van stellingen en feitelijke grondslagen veel overlap zit. De meeste rechters antwoorden dan ook ‘Ja, dat komt ook vaak voor’ of ‘Zelfde verhaal’.

‘Laat inbrengen van bewijsstukken. Dat valt voor mij onder wat we net noemden. Nog op het laatste moment aktes, of rekeningen, of betalingsbewijzen opsturen. Dat zijn ook allemaal bewijsstukken.’⁹⁰

Alleen in hoger beroep is het beeld wat diverser. Twee respondenten vertellen dat in eerste aanleg het leeuwendeel al wel op tafel is gekomen, dus dat laat in hoger beroep

⁸⁵ Hof Provincie, man.

⁸⁶ Rb Provincie, man, en Ktr Provincie, man.

⁸⁷ Zie Fruytier 2009 en het besproken arrest zelf.

⁸⁸ Rb Provincie, vrouw, en Hof Randstad, man.

⁸⁹ Hof Randstad, man, en Hof Provincie, man.

⁹⁰ Rb Randstad, vrouw.

niet vaak meer iets nieuws wordt ingebracht.⁹¹ Volgens de vier anderen komt het wel voor; volgens één van hen zelfs in een kwart van de zaken.

Enkele rechters vinden late bewijsstukken die ter zitting pas worden ingebracht meestal niet zo'n probleem, omdat een korte leespauze dan volstaat. Alleen lijvige stukken worden volgens hen geweigerd.

Late verandering of vermeerdering van eis (3x)

Rechters zien vaak veranderingen of vermeerderingen van eis langskomen, veelal ook vrij laat in de procedure, maar de meeste daarvan zijn ofwel niet onnodig, ofwel ze krijgen de kans niet om tot vertraging te leiden. Bij geschillen over duurovereenkomsten zijn vermeerderingen van eis juist nodig, want als een nieuwe betalingstermijn verstrijkt, dan is het efficiënter om in de bestaande procedure de eis te vermeerderen, dan om een nieuwe procedure te beginnen.

'En, ja zelfs soms als helemaal afgeconcludeerd is, dat er nog eisvermeerderingen komen. (..) Kijk, bij duurovereenkomsten zoals huurovereenkomsten heb je natuurlijk iedere keer dat er niet betaald wordt (..) een vermeerdering van de eis. Maar er zijn ook situaties waarin men zich voortdurend op het verweer aanpast.'⁹²

In de gevallen waar de eis onnodig laat wordt vermeerderd of gewijzigd hebben de meeste rechters naar eigen zeggen geen moeite om in dat geval de vermeerdering of wijziging te weigeren. Ook dan is er dus geen onnodige verstoring. Sommige rechters zijn wat soepeler met toelaten, mede omdat zij partijen niet een nieuwe procedure of appel in willen jagen. Vergelijk het subtiele verschil in onderstaande uitspraken:

'Maar ook daar geldt weer dat je als rechter heel erg voor de afweging zit: wat doe ik nou? Want het is natuurlijk ook heel onbevredigend dat je zou zeggen: 'Ik weiger een vermeerdering van eis', want dan dwing je partijen eigenlijk om een nieuwe procedure aanhangig te maken en dan is ook de vraag: wie bewijs je daar een dienst mee? Want ja, dan ga je partijen nog veel meer op kosten jagen. Je kan maar beter zeggen: 'Nou ja, dan maar toch toestaan die vermeerdering van eis.' En daar mag de andere partij dan ook op reageren. Alle handelingen die dan daaruit vloeien en alle extra kosten die tel ik niet mee in de proceskostenveroordeling of die laat ik voor rekening van de eisende partij, want door zijn toedoen is dus die procedure vertraagd. (..) En dan denk ik als je zou zeggen 'Ik sta die vermeerdering van eis niet toe', en hij gaat opnieuw procederen, en stel dat de gedaagde opnieuw ongelijk zou krijgen, dan krijgt die gedaagde het dubbel en dwars voor zijn kiezen natuurlijk, met de proceskosten.'⁹³

'Dan laat ik het niet toe. Als het in strijd is met de goede procesorde, dus als de ander in zijn verdediging wordt geschaad, dan laat ik het niet meer toe. *PS : En bent u dan niet bang dat het dan alsnog in hoger beroep allemaal opnieuw moet?* (..) -Nou, laat ik het omdraaien. Je vindt

⁹¹ Hof Provincie, man, en Hof Randstad, man.

⁹² Ktr Randstad, vrouw.

⁹³ Ktr Randstad, man.

niet alles goed, omdat je bang bent dat ze het anders in appel alsnog gaan bewerkstelligen. Zo is het niet. Aan de andere kant is het zo dat je wel altijd probeert om een zaak in eerste aanleg zodanig af te doen dat het dan ook maximaal behandeld is. Dat probeer je ook wel. Maar als iemand zonder aanwijsbare reden op het allerlaatste komt met een eiswijziging waarvan echt niet goed verklaarbaar is waarom hij dat niet eerder heeft kunnen doen, nou.. (..) Dan gaat hij dat in appel maar doen.’⁹⁴

Bij het hof beginnen 5 van de 6 respondenten over de ‘in beginsel strakke leer’ en/of het arrest HR Willemse/NOM⁹⁵ waarin die leer geformuleerd is, inhoudende dat veranderingen of vermeerderingen van eis grieven zijn en in beginsel in de memorie van grieven moeten worden geformuleerd. Gebeurt dit later, dan worden deze in beginsel geweigerd. Dit maakt dat late veranderingen of vermeerderingen van eis in appel nu veel makkelijker te weigeren zijn dan voorheen en daardoor nu voor minder overlast zorgen dan vroeger, enkele uitzonderingen daargelaten.

Al met al krijgen de late veranderingen of vermeerderingen van eis meestal niet de kans om voorodeloze vertraging en/of kosten te zorgen, met name bij het hof niet meer. Sommige rechters willen ze echter niet te snel weigeren, omdat dat voor onnodige nieuwe procedures zou zorgen en dat tot nog meer overlast leidt.

Onvoorbereid, ondeugdelijk vertegenwoordigd of niet verschijnen ter zitting (9x)

Van deze drie vormen van verstorend zittingsgedrag roept het niet verschijnen ter zitting de meeste herkenning op. Dit wordt echter door de meeste rechters niet als erg verstorend gezien, omdat de meerderheid van hen dan geen nieuwe zitting plant, maar gewoon vonnis wijst. Alleen als de afwezige partij afzegt met een goede reden, is men coulant.

‘Niet verschijnen ter zitting gebeurt met een zekere regelmaat. Maar dat leidt eigenlijk niet zo vaak tot vertraging. Want als er niet een goed excuus is voor de verhindering, dan zijn we gewoon erg geneigd om met de partij die wel verschenen is te compareren, proces-verbaal te maken en vonnis te wijzen. En dan laat de uitkomst van het vonnis zich wel raden. *PS: Dus het wordt zelden aangehouden, dat er een nieuwe zitting komt?* -Dat doen we niet vaak, alleen als er een goede reden is. Dan moet je denken aan dat er een miscommunicatie is geweest of iets dergelijks. Dan zullen we dat honoreren en doen we het een keer opnieuw.’⁹⁶

Bij kanton lijkt de frequentie van het niet verschijnen het hoogst te zijn. Met name gedaagden in persoon komen regelmatig zonder bericht niet opdagen. Bij het hof komt het volgens de meeste geïnterviewden maar weinig voor dat een partij niet verschijnt.

⁹⁴ Rb Provincie, vrouw.

⁹⁵ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, m.nt. H.J. Snijders.

⁹⁶ Rb Provincie, man.

Op het punt ‘ondeugdelijk vertegenwoordigd’ gaan niet alle respondenten in. Van degenen die er wel op ingaan komt het volgens sommige rechters wel eens voor, volgens anderen vormt het eigenlijk nooit een probleem. Sommige rechters noemen het geval dat ter zitting een partij verschijnt die niet statutair bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen en ook niet anderszins gevolmachtigd is. Anderen noemen gevallen waarin niet in formele zin sprake is van ondeugdelijke vertegenwoordiging, maar in de zin dat de aanwezige advocaat en/of vertegenwoordiger niet mag onderhandelen of schikken. Beide vormen werken verstorend, maar lijken niet veel voor te komen of in totaal voor veel overlast te zorgen.

Dat een partij/advocaat onvoorbereid is, komt volgens de meeste rechters wel regelmatig voor. Drie kantonrechters zeggen dat echter niet zo erg te vinden, omdat de zaken bij kanton meestal niet ingewikkeld zijn of, zoals één rechter zegt, omdat ze daar gebruik van kunnen maken bij het schikken:

‘Dat komt echt voor bij deurwaarderkantoren of advocaten. Er zijn natuurlijk ook zaken die een belang hebben, wat het eigenlijk niet waard maakt om je er heel grondig in te verdiepen (...). En dan wil het wel eens gebeuren dat partijen, de gemachtigden met name, niet goed zijn voorbereid. Dat stel ik dan ook vast en dan maak ik daar misbruik van door te zeggen ‘Ga nou maar regelen, want dit leidt helemaal tot niks’. (...) Dan ben ik een beetje de niet boze, maar verdrietige papa, die zegt: ‘Kom jongens, hier kan ik niet mee verder. Dit wordt helemaal niks, dan moet je weer terugkomen en het kost allemaal veel te veel geld en wat is nou het belang helemaal? En ga nou maar regelen.’ En dat doen ze dan. *PS: Dus u ziet dat wel als iets verstorend, maar u geeft er een andere wending aan?* -Ja, eigenlijk vind ik het vaak een ‘blessing in disguise’. Want dan kun je er wel wat mee doen.’⁹⁷

Andere rechters vinden het wel verstorend. Zo zegt een van hen dat schikken juist lastiger is, wanneer bepaalde informatie ontbreekt doordat aanwezigen slecht voorbereid zijn.⁹⁸ Over de partijen zelf wordt overigens nauwelijks geklaagd: het zijn met name de advocaten die soms slecht zijn voorbereid, evenals medewerkers die namens grote bedrijven worden gestuurd en zelf te weinig kennis van het geschil hebben.

‘Dat hebben we wel eens. Het heeft zich één keer voorgedaan dat een advocaat, die las een stuk voor, een pleitnota die kennelijk door zijn cliënt was voorbereid. En die zelf volgens mij geen flauw idee had wat die aan het voordragen was. <lacht> Voor ons was het hele verhaal daarmee ook niet helder. Dus het komt voor dat er wat dat betreft heel slecht geprocedeerd wordt. Of advocaten die misschien tegen hun cliënt zeggen: ‘Het is een kansloze zaak, ik wil er geen tijd aan besteden, maar als jij de pleitnota voorbereidt, dan wil ik hem wel voordragen.’

⁹⁷ Ktr Randstad, man.

⁹⁸ Rb Provincie, man.

PS En kost het u dan extra tijd om alsnog te achterhalen waar het om gaat en/of houdt u de zitting aan? Of leidt het dan vooral tot materiële consequenties? -Het kost dan wel tijd om daar achter te komen, wat er precies bedoeld wordt, maar we hebben dat verder niet afgestraft.’⁹⁹

Van deze drie vormen van ‘zittingsgedrag’ komen het onvoorbereid en niet verschijnen als verstorerder naar voren dan het ondeugdelijk vertegenwoordigd verschijnen. Toch verschillen ook over die eerste twee varianten de meningen. Onvoorbereid en niet verschijnen ziet de meerderheid wel regelmatig gebeuren (maar niet iedereen), maar over de mate waarin beide vormen verstorerend zijn, is men het onderling niet helemaal eens. Toch is het totaaleffect van deze gedragingen dermate groot dat 9 rechters, verspreid over alle instanties, dit punt in de top 3 hebben gezet.

Evident onterecht weigeren om bewijsstukken over te leggen (0x)

‘Dat heb ik nog nooit meegemaakt’¹⁰⁰ en ‘Ik ken eigenlijk alleen maar voorbeelden uit de jurisprudentie, niet uit de eigen praktijk’¹⁰¹ zijn twee reacties die het totaalbeeld van deze gedraging goed illustreren. Het komt zelden voor. En als het voorkomt, dan heeft het materiële consequenties en werkt het verder niet vertragend, doordat stellingen niet worden bewezen of het anderszins negatief wordt meegewogen in de bewijslevering. Geconcludeerd kan worden dat de overlast van dit gedrag in termen van vertraging en kosten nihil is.

Fishing expedition (1x)

Op de vraag of *fishing expeditions* voorkomen, worden veel verschillende antwoorden gegeven, variërend van ‘zelden’ en ‘wel eens’ tot ‘vaak’. De top 3 wordt echter slechts eenmaal gehaald. Geïnterviewden bij de rechtbanken lijken het meer tegen te komen dan hun collega’s bij kanton en de hoven. Over het algemeen denken de rechters vaker dat verstorerende *fishing expeditions* voorkomen om uit te vinden of er een mogelijke claim in zit, dan dat het gebeurt om bedrijfsgevoelige informatie te verkrijgen. Opvallend is ook dat de ene rechter meteen denkt aan de voorlopige getuigenverhoren, terwijl de ander vooral denkt aan het opvragen van stukken en het leggen van bewijsbeslagen.

‘Dat zie je toch wel meer nu ook met die 1019a Rv, die bewijsbeslagen. (..) Gecombineerd dan met een 843a-kort geding. Daar wijzen we zo’n bewijsbeslag soms ook wel eens af. Meestal kom je er pas echt achter dat het op niks gestoeld is als het een kort geding wordt en dan word je in zo’n beslagrekest van alles wijsgemaakt. En dan komt er een beetje verweer in een kort

⁹⁹ Hof Randstad, vrouw.

¹⁰⁰ Rb Randstad, vrouw.

¹⁰¹ Hof Provincie, man.

geding, kan een opheffingskortgeding zijn, en dan blijkt dat de vordering helemaal niet deugt en dat het een *fishing expedition* is geweest.¹⁰²

‘*Fishing expedition*, dat heb je alleen met voorlopige getuigenverhoren, die vind ik vaak ontzettend vervelend. Dat zal ik maar eerlijk zeggen. Dan moet je acht getuigen gaan horen en het gaat helemaal nergens naartoe en dan zijn er vaak mensen die van niets weten en die weten niet eens of er überhaupt een zaak uit voortkomt. Dat zou wat mij betreft afgeschaft moeten worden.’¹⁰³

Waar bij andere gedragingen van de lijst vaak wordt gezegd dat ze minder voorkomen dan vroeger, vanwege het strengere procesrecht sinds de herziening, zeggen sommige respondenten over de *fishing expedition* dat die de laatste tijd steeds vaker voorkomen. Dat geldt met name voor IE-zaken en bewijsbeslagen in het algemeen, waarin de ‘discovery’-mogelijkheden voor partijen verruimd zijn.

Qua voorlopige getuigenverhoren komt vooral naar voren dat rechters weinig regiemogelijkheden hebben om een getuigenverhoor af te wijzen.

‘En je ziet: het grappige is, om me even te beperken tot het voorlopige getuigenverhoor, dat de mogelijkheden om het verzoek tot een voorlopig getuigenbewijs af te wijzen, die zijn veel beperkter dan de mogelijkheden om in het kader van de bodemprocedure zelf een aanbod van getuigenbewijs te passeren.’¹⁰⁴

Alleen wanneer het verzoek te ongerichte vragen bevat en het feitencomplex onvoldoende is omschreven in het verzoek, kan een rechter soms een *fishing expedition* voorkomen. De wederpartij weet dat overigens ook:

‘(..) dat is natuurlijk ook bijna het standaardverweer in dat soort procedures. Want zo’n verweerder, als die zich een beetje heeft voorbereid, die weet natuurlijk ook dat je als rechter maar een beperkt aantal middelen hebt om dat verzoek niet te honoreren.’¹⁰⁵

Kortom, de *fishing expedition* komt niet erg veel voor, maar de meerderheid van de rechters ziet het wel van tijd tot tijd gebeuren bij voorlopige getuigenverhoren en/of verzoeken om stukken op te vragen en bewijsbeslagen te leggen. Een aantal rechters ziet een stijgende trend, wat ook te maken lijkt te hebben met het feit dat zij weinig regiemogelijkheden hebben om dit verstorende gedrag vooraf te voorkomen.

¹⁰² Rb Provincie, man.

¹⁰³ Rb Randstad, vrouw.

¹⁰⁴ Hof Randstad, man.

¹⁰⁵ Ktr Randstad, man.

Overbodige processuele verrichtingen (6x)

Bij deze categorie is meestal aan de respondenten uitgelegd dat het een ‘restcategorie’ betreft, bestaande uit onder meer nodeloze aktes en incidenten. De meeste rechters zien (pogingen tot) overbodige verrichtingen plaatsvinden, maar vinden het juist bij deze categorie moeilijk om te bepalen wanneer zo’n verrichting voorzienbaar onnodig het proces vertraagt of de kosten verhoogt.

‘Ja, maar alweer, dat gaat ervan uit dat ik kan beoordelen dat het voor de partij die de akte neemt volstrekt helder zou moeten zijn dat het niet kan bijdragen aan een behoorlijke afwikkeling van de procedure. Dat komt toch eigenlijk haast niet voor, zou ik bijna zeggen. (...) Ik kan me er in ieder geval geen enkel voorbeeld van voor de geest halen. Dat het voor mij evident is dat het voor die partijen evident had moeten zijn, als u mij vat. Er zijn natuurlijk een hoop akten waarvan ik denk, nou ik word er niks wijzer van, maar dat zegt zo weinig’¹⁰⁶

Toch zijn er ook rechters, met name raadsheren bij de hoven, die van deze overbodige verrichtingen overlast ervaren. Van de 6 respondenten die deze gedraging in de top 3 hebben gezet, zijn er 4 van de gerechtshoven.

Als voorbeelden van overbodige verrichtingen worden ook nog genoemd: onnodig depot van (omvangrijke) stukken ter griffie¹⁰⁷, een 843a-verzoek doen om uitstel te krijgen voor het formuleren van grieven¹⁰⁸, inhoudsloze conclusies na enquête¹⁰⁹ en niets toevoegende pleidooien.¹¹⁰

Al met al is dit een gemiddelde categorie, met zowel rechters die het nauwelijks zien gebeuren als rechters die het in de top 3 plaatsen. Die diversiteit ligt waarschijnlijk in het feit dat het een wat vager geformuleerde restcategorie betreft, met gedragingen waarvan het soms lastig te zeggen is of een partij gewoon gebruik maakt van een legitiem middel of dat er kennelijk sprake is van zand in de raderen van het proces gooien. Het zwaartepunt van de overlast lijkt hier bij de gerechtshoven te liggen.

5.3.2.2 Gedragingen die niet op de lijst stonden

Nadat de rechters de lijst zijn nagelopen, is aan hen gevraagd of zij nog gedragingen wilden toevoegen. De meeste rechters hebben geen toevoegingen meer: ofwel omdat zij de lijst compleet vinden, ofwel omdat zij daarover nog langer zouden moeten nadenken. Enkele respondenten hebben nog wel een aanvulling, maar geen van die aanvullingen wordt meer dan eens genoemd.

¹⁰⁶ Rb Randstad, man.

¹⁰⁷ Ktr Provincie, man.

¹⁰⁸ Hof Provincie, man.

¹⁰⁹ Rb Provincie, man.

¹¹⁰ Hof Provincie, man, en Hof Randstad, man.

Het betreft onbehoorlijk gedrag¹¹¹, schermutselingen in het kader van de beslaglegging¹¹², gedoe bij het vragen van uitstel¹¹³ en overbodig lange stukken¹¹⁴. Eén rechter noemt ook het frustreren van getuigenverhoren en deskundigenberichten¹¹⁵, maar dat valt onder de categorie overbodige processuele verrichtingen.

5.3.2.3 Top 3 en deelconclusies

De top 3 kwam pas na het aflopen van de gehele lijst en het toevoegen van eventuele gedragingen aan bod. Gevraagd is om een top 3 van totale overlast. Dat begrip is uitgelegd als:

Overlast = frequentie * (onnodige tijd per gedraging + onnodige kosten per gedraging).

Daarin wordt dus meegewogen hoe vaak een bepaalde versturende gedraging voorkomt, maar ook hoeveel verstoring zo'n gedraging per keer veroorzaakt voor de rechter en de wederpartij.

Niet iedere respondent vindt het even makkelijk om drie gedragingen te noemen die boven de andere uitsteken. Eén raadsheer¹¹⁶ geeft aan geen top 3 te kunnen geven. Bovendien geven andere respondenten een keer een 'top 2' en vijf keer een 'top 4'. Vanwege deze variatie en doordat veel respondenten werken met gedeelde 1^e, 2^e of 3^e plaatsen, heeft het weergeven van een rangschikking naar plaats in de top 3 geen zin. In onderstaand schema staat daarom slechts door wie en hoe vaak de verschillende gedragingen in de top 3 zijn genoemd, zonder te vermelden of een gedraging daarbij op plaats #1, #2 of #3 is gezet.

¹¹¹ Ktr Provincie, man.

¹¹² Rb Provincie, man.

¹¹³ Hof Provincie, man.

¹¹⁴ Hof Randstad, man.

¹¹⁵ Rb Provincie, man.

¹¹⁶ Hof Randstad, vrouw.

		Liegen, bedriegen en simuleren	Evident kansloos proces	Kansloze stellingen en verweren	Overdreven hoge vordering	Overbodig of prematuur proces	Late stellingen en feiten	Laat inbrengen van bewijsstukken	Late verandering of vermeerdering van eis	Onvoorbereid, ondeugdelijk of niet verschijnen ter zitting	Evident onterecht weigeren om bewijsstukken over te leggen	Fishing expedition	Overbodige processuele verrichtingen	<i>Onbehoorlijk gedrag</i>	<i>Schermtuelingen in kader beslaglegging</i>	<i>Gedoe bij uitstel vragen</i>	<i>Overbodig lange stukken</i>
Ktr Provincie	man			1			1			1			1				
	man						1	1	1					1			
	man						1	1		1							
Ktr Randstad	man						1	1	1								
	man				1		1	1		1							
	vrouw					1	1			1							
Rb Provincie	vrouw			1			1	1									
	man			1						1							
	man			1				1		1							
Rb Randstad	man						1	1					1				
	vrouw				1					1		1					
	vrouw			1			1	1									
Hof Provincie	man	1								1			1				
	man			1			1	1	1								
	man			1			1						1				
Hof Randstad	vrouw		1	1						1			1				
	man			1									1				1
	vrouw																
Totaal		1	1	9	2	1	11	9	3	9	0	1	6	1	0	0	1

Tabel 5.3: Gedragingen genoemd in de top 3 van overlast

De laatste vier kolommen betreffen overigens gedragingen die niet op de lijst stonden, maar die door respondenten zelf zijn toegevoegd en door hen soms in de top 3 zijn gezet.

De tabel levert geen harde kwantitatieve resultaten op, hetgeen ook niet de opzet was van dit onderzoek.¹¹⁷ Daarvoor zijn er te weinig geïnterviewden en daarvoor waren die geïnterviewden bovendien te vrij in het afwijken van het te noemen aantal van drie en te vrij in het zelf invullen en definiëren van de gedragingen op de lijst.

¹¹⁷ Zie de methodische verantwoording in § 5.2.

Kwalitatief valt echter wel degelijk veel uit de verkregen data te halen, met name wanneer de tabel wordt bekeken in samenhang met de achterliggende uitleg en voorbeelden bij de verschillende gedragingen. Zo noemen alle kantonrechters de late stellingen en feiten in de top 3 en de meerderheid van hen noemt ook de laat ingebrachte bewijsstukken. In samenhang met de verhalen over *repeat players* die hun dagvaardingen te summier opstellen, verschijnt hier een duidelijk beeld van een probleem in de kantonsfeer. Grote incassobureaus, nutsbedrijven en woningcorporaties voldoen niet aan de substantiëringsplicht, waardoor de gedaagde nauwelijks iets heeft om verweer tegen te voeren en de informatie pas bij repliek of ter comparitie naar boven komt. Door deze nutteloze eerste schriftelijke ronde is men op comparities vaak onvoldoende voorbereid, hetgeen verstorend werkt voor alle aanwezigen. Indien repliek wordt toegestaan, komen alle stellingen en stukken in repliek en dupliek pas naar voren, waarna in extra aktes soms nog gereageerd moet worden op stukken die de gedaagde pas bij dupliek heeft ingebracht. Tegelijkertijd begrijpt men dat 90% van deze bulkzaken in verstek eindigt en dat het verspilde moeite is als in die 90% de investering in de dagvaarding moet worden verdubbeld ten behoeve van de slechts 10% zaken waarin verweer wordt gevoerd.

Kansloze stellingen en verweren komen juist naar voren als problemen bij de rechtbanken en hoven en niet zo zeer bij kanton. Bij rechtbanken en hoven is het zaaksbelang groot genoeg om kansloze stellingen en verweren lonend te laten zijn. Er staat immers geen sanctie op om met hagel te schieten, zolang er maar één kogel raak is.¹¹⁸ Of die kogel ‘de rechter is onbevoegd’ is of ‘er is niet op tijd geklaagd’ of ‘aan de schadebeperkingsplicht is niet voldaan’, maakt niet uit, dus het loont om al die kogels te schieten, zelfs als duidelijk is dat er gemist wordt. De advocaat wordt immers veelal per uur betaald, bij winst is de cliënt toch tevreden en de cliënt kan vanwege de mindere juridische expertise niet zien of het ook efficiënter had gekund. Zo is er dus geen interne prikkel binnen de relatie cliënt-advocaat en evenmin vanuit het rechterlijke sanctieapparaat.

Ook overbodige processuele verrichtingen worden bij de hoven en in mindere mate de rechtbanken als storender ervaren dan bij kanton. De eenvoudige kantonsetting is gestroomlijnder en de zaken lenen zich minder snel voor complicerende aktes en incidenten. Bij de hoven is dit wel het geval, waar men onder termijnen (o.a. *peremptoir* staan) kan uitkomen door incidenten op te werpen en waar tijd kan worden gewonnen met nodeloze pleidooien en aktes. De late stellingen en vermeerdering van eis vallen mee qua overlast, want die kunnen in hoger beroep makkelijk worden geweigerd.

Verstorend zittingsgedrag is over de hele linie van instanties genoemd in de top 3. Het gaat dan vooral om het onvoorbereid en het niet verschijnen ter zitting. Behalve

¹¹⁸ Behalve in sommige gevallen compensatie wegens gedeeld ongelijk, waarop in § 5.4.1 wordt teruggekomen.

dat dit natuurlijk storend is voor rechter en wederpartij, heeft ook de betreffende partij daar zelf last van, omdat de meeste rechters er materiële consequenties aan verbinden door geen nieuwe datum te bepalen en/of bepaalde stellingen als onvoldoende gesteld of betwist aan te merken.

Van belang is ook welke gedragingen niet of weinig in de top 3 genoemd zijn. Het evident onterecht weigeren om processtukken over te leggen en het evident kansloze proces komen nauwelijks voor en/of zorgen voor weinig overlast als ze voorkomen. De *fishing expedition* en overbodige/premature processen zorgen wel voor overlast als ze voorkomen, maar de frequentie is blijkbaar te laag om ze in de top 3 te noemen. Liegen/bedriegen/simuleren komt veel voor, maar leidt alleen tot overlast als het wordt ontdekt, hetgeen niet vaak genoeg gebeurt om tot een notering in de top 3 te leiden. De late verandering/vermeerdering van eis en overdreven hoge vorderingen komen juist vaak voor, maar leiden volgens de meeste rechters niet tot zoveel overlast, respectievelijk omdat ze met goede regie te voorkomen zijn en omdat ze zichzelf in de griffierechten en kostenveroordeling afstraffen.

Over het algemeen lijken strakke regiemogelijkheden sommige problemen (deels) weg te nemen, zoals bij de late verandering/vermeerdering van eis, de overbodige verrichtingen bij kanton en bij het versturende zittingsgedrag. Toch lijkt strakke regie niet een oplossing voor alle problemen; tegen de late stellingen, feiten en bewijsstukken, de kansloze stellingen en verweren en de onnodige voorlopige getuigenverhoren lijkt het bijvoorbeeld slechts deels of helemaal niet te helpen. Ook is men soms bang om met een te strakke regie en/of materiële consequenties de partijen in appel te jagen.

Ten slotte zijn er geen aanwijzingen dat andere factoren dan de instantie nog een rol spelen bij de uitkomsten. Het onderscheid man/vrouw of Provincie/Randstad lijkt er niet toe te doen. Een advocatenverleden komt in de voorbeelden wel eens naar voren, maar bij de top 3 lijkt het geen verschil te maken.¹¹⁹ Bij een grotere dataset kan dat wellicht anders komen te liggen. Alleen verschillen tussen hoven, rechtbanken (sector civiel) en kantonsectoren zijn zichtbaar in de samenhang tussen antwoorden en de top 3; die verschillen zijn hierboven steeds benoemd.

5.3.3 Oorzaken en motieven

Aan de rechters is gevraagd of zij een idee hebben van de oorzaken en/of motieven die achter onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag liggen. Dit was voor veel rechters, met name voor degenen die zelf geen advocaat zijn geweest, een vrij speculatieve vraag. Toch konden de meesten er wel vermoedens over uitspreken. Uit de antwoorden valt derhalve de perceptie van rechters over de oorzaken/motieven af te

¹¹⁹ Het advocatenverleden is vanwege anonimiteitsoverwegingen niet in de tabel opgenomen, maar die gegevens zijn tijdens de analyse naast de tabel gelegd en daaruit kwam geen opvallend verschil naar voren.

leiden, dus niet de oorzaken/motieven zelf. Voor dat laatste zou ten minste ook een interviewstudie onder advocaten en partijen nodig zijn.

De meeste rechters zien achter de versturende gedragingen vooral slordigheid, onbekwame advocaten en slechte communicatie tussen advocaat en cliënt, maar af en toe ook opzet. De gegeven antwoorden laten zich indelen in drie categorieën, die enigszins parallel lopen met de verschillende gradaties van opzet en schuld.

1. Opzet in de richting van ‘oogmerk’: Dit zijn de gevallen waarin het gedrag niet alleen onnodig vertragend en/of kostenverhogend is, maar het gedrag ook is vertoond met het specifieke doel om te vertragen of de ander op kosten te jagen. Dit kan uit wraak richting de wederpartij zijn, om de wederpartij financieel uit te putten of om uitstel van betaling te hebben. Deze vorm wordt door ongeveer de helft van de rechters genoemd, maar meestal ook met de kanttekening dat het slechts af en toe gebeurt of dat het in de minderheid van de gevallen speelt.

‘Dat is speculeren ja, maar als ik speculeren mag dan kan ik me mij op voorhand twee motieven voorstellen. Het eerste is ‘gewoon geen geld’. Dus een partij probeert zo lang mogelijk de procedure te rekken om zo lang mogelijk niet te hoeven betalen, ook al weet hij dat hij dit uiteindelijk zal moeten betalen. Tweede motief is, denk ik, een partij die denkt: ‘de wederpartij heeft me zo’n oor aangenaaid, deze procedure ga ik niet winnen, maar ik zal hem van katoen geven. Hij is met mij nog niet klaar’. Dus eigenlijk de situatie waarin de partijen een conflict hebben wat eigenlijk een beetje buiten het juridische geschilpunt ligt. Een partij voelt zich gewoon genaaid zeg maar en ziet een bewijsnood en voelt aankomen dat hij een procedure zal verliezen (...)’.¹²⁰

‘Ja, je zou je in sommige gevallen nog wel voorstellen dat het boos opzet is. (..) overbodige processuele verrichtingen, dat komt natuurlijk ook nog wel voor. Dat mensen er op uit zijn om de boel te traineren, om uitstel te vragen, totdat het echt niet meer langer kan en dan vervolgens nog allerlei aktes verzoeken of incidenten gaan opwerpen. Dat je denkt van: ‘Ja, dat heeft toch helemaal geen zin’.’¹²¹

2. Opzet zonder oogmerk en bewuste schuld: Enkele respondenten noemen tussenvormen, waarbij de vertraging en hogere kosten niet het doel van het versturend gedrag zijn, maar waarbij evenmin gesproken kan worden van een onbewuste fout. Het gaat dan om een bewuste tactiek om de zaak te winnen of om bewust gekozen systemen, met vertraging en kosten als ‘collateral damage’. Liegen/bedriegen/simuleren valt hier onder, maar ook de werkwijze van *repeat players* om de dagvaardingen summier te houden, de tactiek van de kaarten op de borst houden en de wil van sommige advocaten om veel uren te kunnen schrijven (die daarom de stukken overbodig uitgebreid opstellen en overbodig veel proceshandelingen willen verrichten).

¹²⁰ Rb Randstad, man.

¹²¹ Ktr Randstad, man.

‘Liegen, bedriegen en simuleren doe je niet per ongeluk.’¹²²

‘Wat ik toch wel merk is dat bij de incassobureaus toch wel een ongelofelijke geldingsdrang is om maar te procederen. (...) En ongeacht wat het oplevert. Kennelijk, dat is wel speculatie, maar wij hebben wel een beetje de indruk, gelet op de grote hoeveelheden verstekdagvaardingen, dat men het er een beetje op aan laat komen. Bij de verstekdagvaardingen krijg je én de buitengerechtelijke kosten én je proceskosten en dat rolt er natuurlijk allemaal doorheen. Dat brengt gewoon geld in het laatje.’¹²³

‘Er zit soms wel eens iets bij, dat de advocaten meer in rekening kunnen brengen bij partijen als ze een tien pagina’s dikke conclusie kunnen opstellen. Het had ook in twee bladzijden gekund, want een heleboel dingen zijn eigenlijk niet relevant, maar als je een betalende cliënt hebt, dan is het misschien wel interessant voor een advocaat om het allemaal op te kloppen om het mooier te maken. (...) Ja, of zaken waar het ook om een behoorlijk belang gaat. Dan zijn dat vaak partijen die wel een advocaat kunnen betalen. Ik kan me ook niet altijd aan de indruk onttrekken, dat dan pleidooi wordt gevraagd om de eigen kas te spekken en om aan cliënt te laten zien: we doen alles. Zonder te beseffen: heeft dit wel zin, voegt dit nog iets toe?’¹²⁴

3. Slordigheid, onbekwaamheid en gebrekkige communicatie: Verreweg het meest genoemd zijn slordigheid en onbekwaamheid bij de advocaten. De meeste rechters wijten verstoring procesgedrag aan slordigheid, veroorzaakt door een slechte voorbereiding, slechte planning, drukte bij de advocaat en soms ook matige vakbekwaamheid. Tevens wordt enkele keren de gebrekkige communicatie tussen advocaat en cliënt genoemd als oorzaak.

‘Het is vaak toch het niet goed overleg met de cliënt plegen. Dat is niet zozeer een motief als wel een gebrek aan tijd, interesse en passie voor de zaak die je hebt als advocaat. Heel vaak denkt zo’n advocaat ook over een zaak: ‘Ik heb hem wel aangenomen, maar jeetje, ik zit er maar mee. Die cliënt belt elke keer zo lastig...’ Ik kan me daar heel goed in verplaatsen. Maar als je eenmaal op zo’n zitting komt, dan moet je verdorie ook goed voorbereid zijn en je cliënt moet reële verwachtingen hebben. Dat is essentieel.’¹²⁵

‘Meer dommigheid dan slordigheid nog hoor. Echt ‘doe maar wat’. Ook zo met die kansloze stellingen en verweren. Gewoon een schot hagel. Je doet maar wat en hopen dat er eentje raak schiet. En ook dat gecombineerd met de wederpartij in moeilijkheden brengen en denken: ‘Die reageert misschien op één ding niet en dat staat dan als onweersproken vast’.’¹²⁶

‘Maar advocaten hebben het ook hartstikke druk en het zal regelmatig voorkomen dat ze een zaak uit de kast halen op het allerlaatste moment en dan pas echt eens goed gaan kijken van: ‘Waar gaat

¹²² Ktr Provincie, man.

¹²³ Ktr Randstad, vrouw.

¹²⁴ Rb Randstad, vrouw.

¹²⁵ Rb Randstad, vrouw.

¹²⁶ Hof Randstad, vrouw.

het eigenlijk over?’ En dan tot de ontdekking komen ‘Hee ik zou dit en dat nog moeten hebben’ en ja, dat hebben ze dan op dat moment niet. Dat zal denk ik ook veel een rol spelen. In de ideale wereld bereiden we ons natuurlijk weken op zo’n zitting voor, maar in de reële wereld gebeurt dat natuurlijk niet.’¹²⁷

Kortom, expres en per abuis komen allebei voor, maar het laatste meer dan het eerste, zo speculeren de rechters. Daarnaast is er een tussenvorm die in het strafrecht waarschijnlijk de etiketten ‘noodzakelijkheidbewustzijn’, ‘voorwaardelijk opzet’ en ‘bewuste schuld’ opgeplakt zou krijgen.¹²⁸ Het gaat dan om systemen en tactieken die niet gericht zijn op nodeloze vertraging en extra kosten, maar dat wel kennelijk tot gevolg (kunnen) hebben.

5.4 Resultaten kostenconsequenties

5.4.1 Soorten kostenconsequenties

Waar het eerste deel van het interview ging over wat rechters aan verstorend gedrag constateren, gaat het tweede deel over wat zij daar zelf tegen doen in de proceskostensfeer. Consequenties in het kader van de kostenveroordeling kwamen tijdens het eerste deel van het interview soms al zijdelings aan bod; die opmerkingen zullen hier ook worden besproken.

Als eerste werd gevraagd of rechters wel eens kostenconsequenties koppelen aan onnodig verdragend en/of kostenverhogend gedrag en zo ja, op welke manier. Soms is deze vraag verhelderd door aan te geven welke soorten kostenconsequenties mogelijk zijn:

- In normale zaken: afwijken van het liquidatietarief (hoger tarief of werkelijke kosten), nodeloze kosten toepassen en kostencompensatie (mede) op grond van procesgedrag.
- In familiezaken: niet compenseren, op grond van procesgedrag.
- In IE-zaken: afwijken van indicatietarieven (rechtbanken) of werkelijke kosten (hoven) op grond van procesgedrag.¹²⁹

Sommige respondenten kwamen daarop nog met varianten, zoals het gebruiken van de flexibiliteit binnen het liquidatietarief: de mogelijkheid om een akte ofwel op 0 punten ofwel op een half punt te waarderen en de keuze om bij de tariefbepaling uit te gaan van ofwel het gevorderde bedrag ofwel het toegewezen bedrag.¹³⁰ Voor zover men begon over het eigen beursje, de niet meer bestaande mogelijkheid van de veroordeling van de advocaat in de kosten, wordt dat besproken in paragraaf 5.4.4.

¹²⁷ Rb Randstad, man.

¹²⁸ Keulen & Otte 1999, p. 12 en 16-21.

¹²⁹ Zie hoofdstuk 4 voor het uitgebreide juridische kader.

¹³⁰ Deze mogelijkheid van flexibiliteit binnen het tarief is weliswaar al uitgewerkt in hoofdstuk 4, maar de chronologische volgorde was feitelijk anders: enkele respondenten vertelden mij deze mogelijkheid en pas daarna is deze ook in hoofdstuk 4 toegevoegd.

Hieronder wordt eerst ingegaan op de toepassing en de frequentie per soort consequentie. Onder ‘normale zaken’ moeten de zaken worden begrepen die niet over intellectuele eigendom (IE) en partijen met familiale banden gaan.¹³¹ De mate waarin rechters over het geheel genomen kostenconsequenties verbinden aan procesgedrag komt in paragraaf 5.4.2 aan bod, waarin ook wordt besproken in hoeverre rechters zich herkennen in terughoudendheid met kostenconsequenties. De paragrafen 5.4.3 en 5.4.4 gaan achtereenvolgens over de redenen achter terughoudendheid en over het eigen beursje.

Werkelijke proceskosten in normale zaken

Het veroordelen van een partij in de door de wederpartij werkelijk gemaakte proceskosten is de meest vergaande kostensanctie die rechters kunnen opleggen in normale zaken. Onder deze categorie vallen ook andere afwijkingen die leiden tot een vergoeding die hoger ligt dan het liquidatietarief, zoals ‘dubbele tariefpunten’ toekennen.

Zeer opvallend is dat alle rechters zeggen dat ze nog nooit een partij in de werkelijke proceskosten hebben veroordeeld. Eén rechter zegt zelfs: ‘Dat heb ik nog nooit gedaan en ik heb dat ook nog nooit bij een ander gezien’.¹³² Een andere rechter vertelt dat hij in een zaak waarin een overheidsorgaan evident niet de waarheid had gesproken en stukken had achtergehouden weliswaar een veroordeling in dubbele tariefpunten had overwogen, maar daar toch maar van af zag.¹³³

‘Nooit. Heel bewust niet, omdat als je dat gaat doen, en je doet dit met enige regelmaat, dan gaat er bij de balie zoiets leven van ‘Hé, dat is kennelijk een optie’, dus je gaat weer een heel nieuw geschilpunt oprakelen. Je geeft aan dat er weer voldoende reden is om af te wijken van. Ik houd niet zo van zulke systemen, het levert per saldo niet zoveel op en het kost veel tijd. (..) Bovendien vind ik dat je van goede huize moet komen om te vinden dat er een voldoende argument is om dat te doen. We hebben nu eenmaal het liquidatietarief zo afgesproken, zo bekend gemaakt, kent iedereen, dus als je denkt: ‘Er is in deze zaak reden is om af te wijken’, dan moet het wel een extreme zaak zijn. Die heb ik nog niet gehad.’¹³⁴

Uit de antwoorden blijkt niet dat rechters denken dat een veroordeling in de werkelijke kosten niet zou mogen. Het antwoord is steeds ‘Ik doe het niet’ of ‘Ik gebruik het niet’, maar nooit: ‘Dat mag niet’. Dat het liquidatietarief niet bindend is, is dus bekend, maar toch houdt men zich er feitelijk altijd aan.

¹³¹ Dit valt niet per definitie samen met *familierechtelijke* zaken, aangezien ook bij ondernemingsrechtelijke of arbeidsrechtelijke zaken de partijen soms familie van elkaar zijn, zo werd door sommige respondenten nog benadrukt.

¹³² Rb Provincie, vrouw.

¹³³ Hof Provincie, man.

¹³⁴ Rb Provincie, man.

Compenseren in normale zaken

Slechts 6 van de 18 rechters zijn ingegaan op kostencompensatie in normale zaken. 4 van hen zeggen het wel eens als consequentie aan procesgedrag te verbinden, de andere 2 zeggen van niet.

‘Nou, dat kan tot gevolg hebben, dat hebben we ook wel gedaan, dat je constateert dat de vordering toch nog moet worden toegewezen, anders dan in eerste aanleg, maar dat in verband met de laattijdigheid waarmee het geding is gevoerd in hoger beroep en de wijze van procesvoering, dat je zegt: ‘Normaal zou je dus de kostenveroordeling mee hebben gehad, maar dat doen we nou ook niet. De rechtbank heeft jou terecht in de kosten veroordeeld, omdat jouw vordering is afgewezen. Nu moet die wel worden toegewezen, maar dat heeft ook wel consequenties voor de kostenveroordeling.’ Dat hebben we ook wel gedaan. Dus compenseren. Niet dus alsnog de volle pot toewijzen. Dat gebeurt wel.’¹³⁵

Een rechter die het niet gebruikt, zegt dat niet te doen, omdat hij compensatie meer relateert aan de uitkomst van de procedure qua inhoud.¹³⁶

Vermoedelijk is dat ook de voornaamste reden waarom de meeste rechters niet eens op deze optie ingaan. De rechter mag in normale zaken slechts compenseren bij gedeeld (on)gelijk en daardoor is kostencompensatie meer gerelateerd aan het inhoudelijk gelijk dan aan het procesgedrag. Kortom, de paar rechters die het wel af en toe als gedragsconsequentie gebruiken vormen duidelijk een minderheid.

Nodeloze kosten in normale zaken

Het voor rekening laten (of zelfs brengen) van de nodeloos gemaakte kosten bij de veroorzaker is een consequentie die bij veel rechters tot een uitgebreid antwoord met voorbeelden leidt. Vrijwel alle rechters zeggen dit instrument toe te passen, maar de frequentie loopt per rechter uiteen. ‘Dan moet het heel extreem zijn’¹³⁷, ‘als mensen het al te bont maken’¹³⁸, ‘je moet van goede huize komen om het toe te passen’¹³⁹, ‘het zijn allemaal uitzonderingen’¹⁴⁰ en ‘dat is heel zelden’¹⁴¹ zijn dominante antwoorden, maar ook andere geluiden komen voor: ‘dat doen we duidelijk wel’¹⁴², ‘wel eens’¹⁴³, ‘dat gebeurt echt ook’¹⁴⁴, ‘dat komt echt met enige regelmaat voor’¹⁴⁵, ‘dat doen we’¹⁴⁶ en ‘ja, dat komt dus heel regelmatig voor’¹⁴⁷.

¹³⁵ Hof Provincie, man.

¹³⁶ Ktr Provincie, man.

¹³⁷ Hof Randstad, vrouw.

¹³⁸ Hof Randstad, man.

¹³⁹ Hof Provincie, man.

¹⁴⁰ Rb Randstad, man.

¹⁴¹ Hof Provincie, man.

¹⁴² Ktr Provincie, man.

¹⁴³ Ktr Provincie, man.

¹⁴⁴ Ktr Randstad, man.

Als rechters de nodelozekostenregeling toepassen, dan doen zij dat volgens hun voorbeelden vooral bij het niet verschijnen ter zitting, bij overbodige of premature processen, bij summiere dagvaardingen die een extra ronde veroorzaken en bij onnodige aktes (waaronder aktes die nodig waren omdat een partij onnodig laat stukken inbracht).

‘Als er maar 2 getuigen komen van de 4, omdat er 2 niet opgeroepen zijn. Dan moet er een tweede verhoor gepland worden. Dan ken ik de kosten voor dat tweede verhoor in ieder geval toe aan degene die er niets aan kan doen.’¹⁴⁸

‘Heel duidelijk voorbeeld is bij kanton, waar dagvaardingen soms heel summier zijn, dat je dus pas bij antwoord begrijpt waar het om gaat. En dan krijg je bij repliek pas het hele verhaal van de eiser, of in de comparitie. En daar hebben wij nu gezegd als kantonrechters: in zo’n geval kan er reden zijn, ook al wint de eisende partij, om voor de dagvaarding geen punt toe te kennen. (..) En dat hebben we ook aangekondigd aan de deurwaarders, dat we dat doen. (..) En zij kiezen er voor om de dagvaarding summier te laten zijn bij kanton, want in een heel groot percentage van de zaken gaat de zaak voor verstek. (..) Dus het is voor hun een calculated risk. En wij zeggen nu: ‘Nou als je dat zo doet, dat is prima, maar daar krijg je geen vergoeding voor.’¹⁴⁹

‘De kosten van een nodeloos incident kunnen direct na de beslissing op het incident in rekening worden gebracht bij de indiener. Ja, kijk als het echt onnodig is, dan wordt dus die vordering in het incident afgewezen. En dan wordt ook de eiser in het incident in de kosten veroordeeld. Je mag het opsparen tot het eindarrest, maar doorgaans doen we dat meteen in het incidentele arrest. Dan wordt meteen dus de eiser in het incident in de kosten veroordeeld.’¹⁵⁰

De nodeloos gemaakte kosten worden altijd berekend op basis van tariefpunten; de daadwerkelijk veroorzaakte nodeloze kosten worden dus niet bepaald. Verder klinkt uit de meeste antwoorden door dat rechters de nodeloze kosten bij de veroorzaker *laten* (de winnende eiser krijgt een nodeloze handeling niet vergoed) en ze niet ook nog eens bij de veroorzaker *brenge*n (de winnende eiser krijgt een nodeloze handeling niet vergoed en bovendien worden de kosten die de verliezende gedaagde als gevolg heeft moeten maken ten laste van de eiser gebracht).

Kortom, de nodelozekostenregel wordt door vrijwel alle rechters gebruikt, maar de frequentie verschilt sterk per rechter. De nodeloze kosten worden berekend conform het liquidatietarief, door gewoon punten van nodeloze handelingen niet mee te tellen.

¹⁴⁵ Ktr Randstad, man.

¹⁴⁶ Rb Provincie, vrouw.

¹⁴⁷ Hof Provincie, man.

¹⁴⁸ Ktr Provincie, man.

¹⁴⁹ Rb Provincie, vrouw, praatte in dit geval over haar ervaring bij de kantonsector.

¹⁵⁰ Hof Provincie, man.

Deze hantering van de nodeloze kosten heeft overigens alleen gevolgen als de veroorzaker de procedure heeft gewonnen. Als de veroorzaker heeft verloren, dan moet die toch al alle punten dragen. Extra punten worden dan niet toegekend.

Consequenties binnen het liquidatietarief

Sommige rechters opperen spontaan dat binnen het liquidatietarief ook mogelijkheden bestaan om met procesgedrag rekening te houden.

Ten eerste bepaalt het tarief dat een akte met bijzondere inhoud een half punt waard is, terwijl een akte zonder bijzondere inhoud geen punten waard is. Aan nodeloze aktes worden op die manier al binnen het tarief consequenties verbonden. Vier rechters noemen deze mogelijkheid expliciet.

‘Je hebt natuurlijk ook de vrijheid om een akte zonder bijzondere inhoud op 0 te waarderen. Als je dan een iets langer verhaal hebt wat je op zichzelf wel met een half punt had kunnen honoreren, maar je denkt van: wat heeft dat nou voor nut gehad? Dan zeg je: dat is een akte zonder bijzondere inhoud, dus dat is 0 punten. Dan wordt het niet expliciet gemaakt.’¹⁵¹

Ten tweede is er soms ruimte bij een reconventionele vordering, zo merkte één rechter op:

‘En die [conventie en reconventie] overlappen elkaar deels, dan is de hoofdregel, dan doe je in reconventie een correctiefactor van een half. Maar het komt voor dat de comparitie bijvoorbeeld eigenlijk alleen maar over de reconventie ging of alleen maar over de conventie ging. (...) En het kan zijn dat de een in conventie gelijk krijgt maar de ander in reconventie. Dus door toerekenen van een conclusie, een akte, of de behandeling aan primair de conventie of primair de reconventie heb je ook wat ruimte.’¹⁵²

Ten slotte noemen veel respondenten de vrijheid die het liquidatietarief aan de rechter laat bij de keuze of het tarief bepaald moet worden aan de hand van wat toegewezen is of aan de hand van wat gevorderd is, indien de eiser (deels) wint. Deze mogelijkheid komt met name van pas bij overdreven hoge vorderingen. Ook van het teveel betaalde griffierecht ziet de winnende eiser dan vaak maar een kleiner deel terug in de kostenveroordeling.

‘Als de eisende partij die de vordering heeft opgeklopt helemaal ongelijk krijgt, dan krijgt die hem ook uitgemeten tegen het tarief waarmee die begonnen is. Maar als die zeg maar 1000 vordert en er wordt 100 toegewezen en de andere partij zou dan in principe in de kosten veroordeeld moeten worden, hoewel je ook zou kunnen compenseren, dan gaat dat volgens het lage tarief.’¹⁵³

¹⁵¹ Rb Provincie, man.

¹⁵² Rb Provincie, vrouw.

¹⁵³ Ktr Provincie, man.

Overigens zeggen de meeste rechters standaard uit te gaan van het toegewezen bedrag en sommigen lijken niet eens te weten dat collega's elders soms nog van het gevorderde bedrag uitgaan. Ook zijn er verschillen wat betreft het overgaan tot gehele compensatie bij een te hoge vordering en ook wat betreft de consequenties voor de over te hevelen griffierechten.

'Dan kan dat consequenties hebben ten aanzien van het griffierecht. Er zijn mensen die vinden dat je dan de proceskostenveroordeling ten gunste van degene aan wie dat lage bedrag is toegewezen moet bepalen aan de hand van het lagere bedrag, wat tot consequentie heeft dat die een deel van het vooruitbetaalde griffierecht helemaal niet terugkrijgt. En dat lijkt mij op zichzelf een hele logische benadering. Maar dat is dus gewoon een kwestie van de techniek van het toepassen van de bestaande regels, zij het dat je daardoor wel een soort van indirecte sanctie hebt op het instellen van enorm hoge vorderingen waarvan maar een klein deel wordt toegewezen.'¹⁵⁴

Kortom, binnen het tarief kunnen ook consequenties aan procesgedrag worden verbonden en dat lijkt ook regelmatig te gebeuren, meestal door het gedrag gewoon impliciet mee te wegen, waardoor je deze gevallen ook niet in het vonnis zult herkennen. Het zou dus goed kunnen zijn dat in de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 4 een groot aantal van dit soort gevallen, waarin gedrag impliciet heeft meegewogen in de kostenveroordeling, niet is gevonden.

Kostenveroordeling in familiezaken

De rechter kán de kosten compenseren in zaken waarin partijen een familiale band hebben, maar feitelijk doet die dat ook vrijwel altijd. Dit beeld komt naar voren uit de jurisprudentie en wordt ook door alle 13 rechters die in de interviews hierover iets zeggen bevestigd.¹⁵⁵ Compensatie is de norm.

Juist wanneer van die norm wordt afgeweken en er dus wel een kostenveroordeling wordt uitgesproken, gebeurt dit soms wegens verstorend procesgedrag, zo blijkt uit de antwoorden.¹⁵⁶ Men doet dit echter zelden tot nooit.

'Ja, als het evident pesten is, dan liquideer ik wel. Dan zet ik het er ook bij hoor. Maar dan moet er wel heel wat gebeurd zijn, voor je dat doet.'¹⁵⁷

¹⁵⁴ Hof Randstad, man.

¹⁵⁵ De overige 5 rechters hadden te weinig zaken tussen familieleden om hier iets over te kunnen zeggen.

¹⁵⁶ Kostenveroordelingen worden niet alleen maar vanwege het gedrag uitgesproken, maar soms ook vanwege de aard van de zaak. Volgens <Hof Provincie, man> vinden wel eens puur zakelijke processen tussen familieleden plaats en dan wordt ook een kostenveroordeling uitgesproken.

¹⁵⁷ Ktr Provincie, man.

Andere rechters spreken over ‘evident verzieken’¹⁵⁸, ‘het zo bont heeft gemaakt’¹⁵⁹ en ‘dan moet het echt de spuigaten uitlopen.’¹⁶⁰ Voorbeelden daarvan zijn mensen die niet willen meewerken aan een eerder vonnis of convenant, waardoor een nieuwe procedure nodig is, en mensen die steeds nieuwe onzinnige procedures beginnen en beslagen leggen. Ook zegt een kantonrechter (Randstad, vrouw) wel eens naar de kostenveroordeling te grijpen als mensen totaal schikkingsonbereid zijn omdat het voor hen een ‘principekwesitie’ is.

Sommige rechters geven de voorkeur aan andere manieren dan de proceskostenveroordeling om hier mee om te gaan.

‘Je probeert juist het een beetje op te lossen en ook de uitkomst geaccepteerd te krijgen in de familiekring. (...) Ik denk dat eerder de houding zal zijn om wat vergoelijkend naar alle partijen toe te redeneren, dan om echt met vingers te wijzen en verwijten neer te leggen. Ik denk dat in dat kader de proceskostenveroordeling een verkeerd middel is. Ik geloof niet dat we dat gebruiken.’¹⁶¹

‘Toen ik een jonge rechter was met veel minder ervaring, toen was ik er veel meer toe geneigd om niet te compenseren, van ‘die partij heeft toch gelijk of ongelijk’. Maar bij het ouder worden heb ik het meer leren te relativiseren. Een juridisch steekspel tussen een broer en zus bijvoorbeeld is een deel van een heel complex conflict. En het kan waar zijn dat misschien de positie in de procedure wat aan de kansloze kant was voor één partij, maar ja, ik weet niet hoe sterk de andere partij misschien constant het bloed onder de nagels vandaan zit te halen hè. Dus ja, ik compenseer nu tegenwoordig bijna altijd. Ik denk dat het al jaren geleden is dat ik het niet gedaan heb.’¹⁶²

Alleen wanneer het verstorend gedrag echt evident is, wil men wel eens een kostenveroordeling toepassen. In andere gevallen lijkt de angst te bestaan dat een kostenveroordeling het conflict tussen familieleden nog meer op scherp zal zetten.¹⁶³

Afwijken in IE-zaken

9 van de 18 geïnterviewde rechters zijn ingegaan op kostenconsequenties in IE-zaken. De andere rechters behandelden deze zaken zelden tot nooit. Van de 9 rechters die wel ingingen op de vraag zijn er bovendien 3 kantonrechters die vooral incassozaken hebben waarbij Buma/Stemra¹⁶⁴ haar tarief probeert te verhalen op wanbetalers. Dat

¹⁵⁸ Ktr Randstad, man.

¹⁵⁹ Ktr Randstad, vrouw.

¹⁶⁰ Rb Randstad, vrouw.

¹⁶¹ Ktr Provincie, man.

¹⁶² Hof Provincie, man.

¹⁶³ Dat ik kritisch tegenover deze redenering sta, blijkt uit Van der Aa & Sluiter 2009, maar dit artikel is pas vlak na de interviews gepubliceerd en ik heb er ook niet over gesproken, dus er heeft geen beïnvloeding plaatsgevonden.

¹⁶⁴ Auteursrechtenorganisatie die namens muzikanten vergoedingen incasseert en verdeelt.

zijn feitelijk geen IE-zaken waarin het afwijkende proceskostenregime van toepassing is, omdat het conflict geen IE-recht maar een ‘gewone’ niet-nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom betreft. Wat de echte IE-zaken betreft, gaat het dus om de antwoorden van 6 rechters: 3 van de rechtbanken en 3 van de hoven. Het juridische beeld van de kostenveroordeling in IE-zaken is al complex en die complexiteit komt ook naar voren in de antwoorden, met name in die van de hoven.

Men heeft in IE-zaken recht op een veroordeling in de redelijke en evenredige proceskosten, die doorgaans veel hoger zijn dan het liquidatietarief.¹⁶⁵ Bij de rechtbanken heeft men voor deze kosten vervolgens indicatietarieven vastgesteld van € 6.000,- in eenvoudige kort gedingen en € 15.000,- in complexe kort gedingen.¹⁶⁶ Die bedragen zijn niet bindend, maar een indicatie voor het maximumbedrag dat nog redelijk en evenredig kan zijn. Partijen hebben een verzwaarde motiveringsplicht als zij een hogere kostenveroordeling willen. Eén rechter vertelt dat de vraag of een zaak eenvoudig of complex is, ook wel ruimte geeft om impliciet rekening te houden met gedrag.¹⁶⁷

De hoven doen echter *niet* mee met de indicatietarieven. Twee raadsheren vertellen dat daar tijdens landelijk overleg wel gesprekken over zijn geweest en dat men daar nog niet over uitvergaderd is, maar ten tijde van de interviews gebruiken de hoven de tarieven officieel niet en gelden bij het bepalen van de redelijke en evenredige proceskosten de gewone regels van het stellen en betwisten van de kostenstaten.

‘Nou, bij de hoven zijn er nog helemaal geen indicatietarieven. *PS: Maar u sluit ook niet aan bij die van de lagere instanties?* X: Niet echt. Maar je oriënteert je er wel een beetje op. Ik vind het nog best een probleem, want ik heb zelf wel eens gedacht: als je in eerste aanleg de zaak helemaal goed uitgespit hebt en enorme kosten hebt gemaakt. Dan hoef je in hoger beroep niet meer zoveel moeite te doen. Maar de neiging is toch altijd om in hoger beroep hoger te gaan zitten dan in eerste aanleg. Je kijkt gewoon naar die kostenstaten en gaat toch een beetje beknibben. Ik heb de neiging als er bijvoorbeeld een deskundigentarief of een specialistentarief wordt gehanteerd, om dan als er allerlei overleg heeft plaatsgevonden met kantoorgenoten en er ook nog externe deskundigen zijn geraadpleegd, om dat dan weg te schrappen. Als je dan specialist bent, dan heb je dat niet nodig. We kijken wel redelijk kritisch als het bestreden wordt. Maar je hebt ook vaak zaken waar er gewoon niks over gezegd wordt.’¹⁶⁸

¹⁶⁵ Zie uitgebreider hoofdstuk 4.

¹⁶⁶ € 8.000,- en € 20.000,- in bodemzaken. Zie de Indicatietarieven in IE-zaken onder de landelijke regelingen van de sector civiel op <http://www.rechtspraak.nl>.

¹⁶⁷ Rb Provincie, vrouw.

¹⁶⁸ Hof Randstad, vrouw.

De hogere proceskosten, en het feit dat het normaliter vastgebeitelde liquidatietarief niet geldt, geven rechters meer ruimte en behoefte om naar het procesgedrag te kijken, zo vertellen meerdere rechters.

‘Daar speelt het meer. Omdat het gaat om de redelijke en evenredige proceskosten. Dus daar zit de redelijkheid als het ware al in de maatstaf. Niet zelden is het verweer van ‘Ja maar ik verlies de procedure wel, maar het is eigenlijk niet redelijk want er zijn te veel uren aan deze zaak besteed door de wederpartij of er wordt met drie man aan gewerkt, dat is ook niet nodig.’ Dus we zijn in die context meer bezig met de vraag van in hoeverre is dit procesgedrag nu eigenlijk redelijk te noemen? Omdat de wet dit met zoveel woorden voorschrijft.’¹⁶⁹

Opvallend, maar tevens logisch, is dat de term ‘onnodig procesgedrag’ ineens meer bevat dan de gedragingen op de lijst. Normaal gesproken is door het liquidatietarief inefficiëntie aan de kant van een partij niet relevant voor de andere partij, zolang het geen vertraging of extra proceshandelingen oplevert. Of een partij nu met één of twee advocaten aan een dossier heeft gewerkt ziet de wederpartij niet terug. Met de werkelijke proceskosten in IE-zaken kan die inefficiëntie wél ineens op het bord van de wederpartij komen. De wederpartij en de rechters bekijken in IE-zaken daarom kritischer of het bestede aantal manuren en de (hoge) honoraria per uur wel nodig waren.

‘In de tijd dat het tarief er nog niet was en we die volledige proceskostenveroordeling kregen, toen hebben we zelf wel heel vaak gematigd. Dat zit toch met name in dat je denkt: hoe is het nou mogelijk dat er zoveel tijd aan is besteed? Dus niet zozeer in echte proceshandelingen waar wij een etiket opplakten van ‘onnodig’, maar meer van: voor het instrueren van zo’n zaak is dit exorbitant.’¹⁷⁰

Al met al levert het systeem van proceskosten in IE-zaken een volledig ander en complexer geheel op dan in normale zaken. Rechters hebben in deze zaken meer mogelijkheden qua kostenconsequenties, maar er is tegelijk ook meer gedrag waar ze op moeten letten, nu de werkelijk gemaakte kosten beoordeeld moeten worden.

5.4.2 *Frequentie toepassing proceskostenconsequenties*

In de voorgaande subparagraaf is per soort consequentie de achtergrond, de wijze van toepassing en de frequentie besproken. Daarin zaten veel verschillen. De werkelijke proceskosten in normale zaken worden nooit toegepast door de respondenten. Kostenveroordelingen in familiezaken en compensatie in normale zaken als consequentie voor gedrag komen maar zelden voor. De nodelozekostenregeling wordt iets vaker toegepast, met name door sommige rechters, waarbij dan de nodeloos

¹⁶⁹ Rb Randstad, man.

¹⁷⁰ Hof Provincie, man.

gemaakte kosten worden berekend volgens de (liquidatie)tariefpunten. Van impliciete mogelijkheden binnen het liquidatietarief om met gedrag rekening te houden lijkt men nog het meest gebruik te maken, maar die lijken dan ook de minste impact per keer te hebben. Ten slotte is er nog het volledig afwijkende systeem van proceskosten in IE-zaken, waarin rechters veel ruimte hebben om met gedrag rekening te houden, maar vanwege de berekening van werkelijke kosten ook op meer soorten gedrag moeten letten.

Nadat de rechters per soort consequentie hebben aangegeven of en hoe zij daar in de praktijk gebruik van maken, is aan hen meer in het algemeen gevraagd of zij zich herkennen in het beeld dat uit mijn jurisprudentieonderzoek en de literatuur naar voren komt: terughoudendheid met kostenconsequenties.

Een meerderheid van de rechters antwoordt hier volmondig ‘ja’ op. Sommige rechters die hier genuanceerder in zijn, zeggen dat ze van de nodelozekostenregeling en/of compensatie toch wel regelmatig gebruik maken. Sommige anderen zeggen dat ze in principe niet terughoudend zijn met het toepassen van de consequenties, maar dat ze gewoon niet veel gedrag zien waarop zo’n consequentie moet worden toegepast. En ten slotte zeggen twee rechters zich wel te herkennen in de terughoudendheid, maar niet bij IE-zaken.

Geconcludeerd kan worden dat het beeld uit de literatuur en jurisprudentie klopt. De meeste rechters zijn inderdaad terughoudend en zelfs de rechters die zeggen dat niet te zijn, passen slechts bepaalde soorten consequenties vaker toe. Wat betreft de zwaarste consequentie, werkelijke kosten in normale zaken, klopt het beeld zelfs volledig, aangezien geen enkele respondent die gebruikt.

5.4.3 Redenen voor terughoudendheid

Uiteraard is niet alleen interessant of rechters terughoudend zijn, maar vooral ook waarom zij dat zijn (in hun eigen perceptie). Aan de respondenten is daarom de open vraag voorgelegd of zij goede redenen zien voor de terughoudendheid met kostenconsequenties ten aanzien van gedrag en zo ja, wat die redenen zijn. De antwoorden worden gecategoriseerd en besproken in § 5.4.3.1. Na het antwoord op die open vraag is een aantal factoren voorgelegd, waarvan is gevraagd of die meespelen bij de terughoudendheid. Die factoren zijn gebaseerd op de mogelijke verklaringen voor de terughoudendheid die in hoofdstuk 4 zijn opgeworpen op basis van logica en literatuur. De antwoorden op die meer gesloten vraag volgen in § 5.4.3.2. Een overzicht van de genoemde redenen en factoren staat ten slotte in § 5.4.3.3.

5.4.3.1 Spontaan genoemde redenen

Rechtszekerheid & afspraak is afspraak (9x)

De helft van de rechters noemt rechtszekerheid als argument om terughoudend te zijn met kostenconsequenties. Dit argument wordt wel op twee wezenlijk verschillende wijzen gebruikt.

De eerste en meest genoemde wijze ziet vooral op het feit dat het liquidatietarief nu eenmaal zo afgesproken is. Het is dan onwenselijk als individuele rechters plotseling consequenties aan gedrag gaan verbinden, terwijl collega's dat bij soortgelijk gedrag niet doen. Het gevolg is rechtsonzekerheid, maar dit nadeel zou gerepareerd kunnen worden als de rechters landelijk afspraken maken en aankondigen om vaker kostenconsequenties te gaan hanteren.

‘We hebben het met zijn allen afgesproken en dat is ook iets waar partijen op kunnen rekenen, dat je het op die manier doet. Dus je scheidt ook een bepaalde verwachting. Ik denk dat als je van plan bent daarbij af te wijken, ook bij evident gedrag, en je ziet het van tevoren aankomen. Dan is het misschien wel goed als je partijen van tevoren maar even vertelt van: ‘Jongens. Dit staat te gebeuren als jullie zo doorgaan’.¹⁷¹

Enkele rechters zijn echter van mening dat het verbinden van kostenconsequenties aan procesgedrag an sich leidt tot willekeur en daardoor tot minder rechtszekerheid. Dus ook als het in landelijke regelingen wordt vastgelegd.

‘Rechtszekerheid. Men weet dat als je gaat procederen, dan loop je bepaalde risico's. En als je in het gelijk wordt gesteld, dan wordt de wederpartij in de kosten veroordeeld, en andersom. Het wordt erg willekeurig als een rechter denkt te zien wat er precies aan de hand is. En misschien er dan nog naast zitten ook.’¹⁷²

Voor veel rechters is de rechtszekerheid dus een argument om gezien de huidige rechtersregelingen niet te snel kostenconsequenties aan gedrag te verbinden. Volgens een deel van hen is dit overkomelijk, wanneer de regelingen zouden worden aangepast, voor anderen is rechtsonzekerheid inherent aan kostenconsequenties op procesgedrag.

Geschil binnen het geschil (*satellite litigation*) (7x)

Ook een veel genoemd argument is dat het verbinden van kostenconsequenties aan gedrag ook weer tijd en geld kost, doordat de rechter er over moet oordelen en vaak partijen zich er ook over zullen uitlaten.

¹⁷¹ Ktr Provincie, man.

¹⁷² Hof Randstad, vrouw.

‘En wat we per se niet willen, is dat we een nieuw geschil, maar dan over de proceskosten en de vraag of de bepaalde proceshandelingen nodeloos zijn verricht, bij krijgen. Want dat gevaar dreigt hè. Als je denkt: ik kan het zo niet beoordelen, maar ik zal er achter moeten zien te komen, dan heb je er in wezen een nieuw geschil bij. Alleen maar over de vraag of een deel van de proceskosten misschien voor rekening van de ander gebracht moet worden. En dan moet je bedenken dat in de meeste gevallen het helemaal niet om zo’n hoge bedragen gaat aan proceskosten. Maar je krijgt wel een beetje een droste-effect op die manier. Alleen over dat kleine stukje nasleep van de procedure ga je een nieuw geschil beginnen. Dat willen we echt voorkomen.’¹⁷³

Opvallend is dat dit argument vaak wordt genoemd, maar door geen van de kantonrechters. Dit valt gezien de andere opmerkingen van kantonrechters tijdens de interviews wellicht te verklaren door het feit dat die zaken procedureel het minst complex zijn en men daarom niet bang is dat deze *satellite litigation* de stroomlijning van het proces verstoort.

Weinig verstorend gedrag / hoge drempel (12x)

Het meest genoemde argument is gezien de uitkomsten van het eerste deel van het interview niet verbazingwekkend: er komt weinig gedrag voor dat als evident onnodig vertragend en/of kostenverhogend wordt ervaren, waarbij met name de ‘voorzienbaarheid’ een hoge drempel vormt. Dus voor zover er al verstorend gedrag voorkomt, zijn de rechters ook nog terughoudend met de vaststelling daarvan.

‘Ik vind dat wel lastig, omdat het natuurlijk altijd wat subjectief is hè. Het is natuurlijk altijd makkelijk om achteraf te zeggen of iets nodeloos was of niet. Afgezien van de zaken die natuurlijk evident zijn. Maar er zijn er een heleboel die een beetje op die rand lopen. En om dat nu al te hard te gaan afstraffen. Je moet het mensen altijd mogelijk maken om hun geschil in volledigheid voor te leggen aan de rechter.’¹⁷⁴

Meerdere rechters koppelen dit argument ook aan het voorgaande argument van *satellite litigation*. Doordat de grens tussen nodig en onnodig gedrag vaag is, kost het extra tijd om vast te stellen of de drempel van verstorend procesgedrag gehaald is.

‘Dus het kost je ook nog extra tijd. Je moet er dan ook echt een punt van maken. Dan zit je meteen ook, als je dat moet motiveren, een beetje bij de grens van: wat is nou nog gewoon een beetje onwenselijk maar misschien wel gebruik maken van de mogelijkheden die de wet biedt, en wanneer ga je nou over de schreef? Ik heb het gevoel toch al een beetje dat je in de sfeer van iets onrechtmatigs moet komen en dat zie je gewoon niet vaak in procedures. Dat je zover zit dat aan die maatstaf wordt voldaan. (..) Als je het echt als een sturend instrument zou willen gebruiken, dan denk ik dat ten eerste de prikkel niet groot

¹⁷³ Rb Provincie, man.

¹⁷⁴ Ktr Provincie, man.

genoeg is door de omvang en ten tweede de behoefte om daar nog een aparte motivering aan te moeten wijden, dan krijg je een geschil over de kosten, terwijl je net klaar was met het geschil te beslissen.¹⁷⁵

Het liquidatietarief is laag / kosten spelen een te kleine rol (3x)

Een argument dat vooral opgaat voor terughoudendheid met de nodelozekostenregeling, is dat het daarbij slechts om kleine bedragen gaat die de werkelijke kosten toch niet dekken.

‘(..) omdat het vaak op het geheel van de procedure kruimels zijn. Zeker als je een half puntje meer of minder gaat doen.’¹⁷⁶

Volgens deze redenering zijn de kostenprikkel dus te klein om gedrag te sturen.

De zaak niet op scherp willen zetten (familiezaken) (1x)

Eén kantonrechter is van mening dat in familiezaken een kostenveroordeling wegens procesgedrag de zaak nog meer op scherp zet, terwijl een vergoelijkende opstelling beter kan werken.¹⁷⁷

Kostensancties zijn achteraf, dus ineffectief (4x)

Een viertal respondenten is van mening dat een kostensanctie niet goed prikkelt, omdat die pas aan het eind van het vonnis wordt gegeven, wanneer het versturende gedrag al voorbij is.

‘Als er nodeloze rondjes zijn gemaakt, dan vind je dat terug in het vonnis. Maar het proces is voorbij. Dus alleen maar bij spelers die terugkomen, kun je gedrag beïnvloeden, maar bij incidentele spelers zal dat niet gebeuren.’¹⁷⁸

Eén van deze rechters denkt dat dit probleem door goede informatieverstrekking wel kan worden verminderd.

‘Ik kan me wel voorstellen dat daar per zaak niet zoveel mee gedaan wordt, omdat je denkt: het is nou toch al gebeurd. Dus wil je het daarnaast gaan gebruiken als middel om partijen te sturen op de manier van procederen, dan moet je wel landelijk heel erg duidelijk gaan maken: wij gaan landelijk met zijn allen streng kijken naar de wijze van procederen. En ook daar veel meer consequenties aan verbinden in de zin van proceskosten.’

¹⁷⁵ Hof Provincie, man.

¹⁷⁶ Hof Provincie, man.

¹⁷⁷ Ktr Provincie, man.

¹⁷⁸ Ktr Provincie, man.

Partijen niet willen straffen voor advocatengedrag (1x)

Eén rechter is van mening dat een kostenveroordeling als processuele sanctie te veel de partij zelf straft, in plaats van diens advocaat.

‘Het is ook dat je vaak een partij ook straft, niet advocaten. Dat is het vaak. Als het een groot bedrijf is, dan zou ik er minder problemen mee hebben. Maar je straft de partij ook. Daar loop je natuurlijk wel vaak tegen aan, dat je vindt dat een advocaat ten nadele van zijn partij of niet ten voordele van zijn partij allerlei dingen doet.’¹⁷⁹

Wederpartij verdient extraatje niet (1x)

Ook één keer genoemd is de stelling dat de wederpartij het voordeel van een kostenconsequentie soms niet verdient.

‘Partijen doen het allebei dus vaak, als het gaat om kansloze stellingen en verweren, dat hoort in onze cultuur erbij. De advocaat denkt: ‘Dit argument is niet zo sterk, maar dan hoor ik het wel, het doet verder geen kwaad.’ Dat werkt vertragend en ook wel kostenverhogend, maar het wordt niet afgestraft. Dit gebeurt aan beide kanten. (..) Tweede is wat ik ook genoemd heb. Dat de andere partij ook vaak in een andere zin boter op het hoofd heeft. Als het gaat om een stuk dat laat wordt overgelegd, wat die vaak zelf ook kent, maar dat hem helemaal niet uitkwam. Moet ik dan die partij een voordeel gunnen ten laste van de andere partij? Nu komt de waarheid naar boven, althans een stukje van de waarheid. Er komt in ieder geval iets meer duidelijkheid.’

Eigen vertraging rechterlijke organisatie (niet als expliciet/spontaan antwoord gegeven)

Dit argument is een wat vreemde eend in de bijt en behoeft nadere toelichting. Nadat 6 van de 18 interviews waren afgenomen, stond op maandagavond 21 september 2009 de uitzending van het consumentenprogramma Radar in het teken van de lange doorlooptijden bij de rechter.¹⁸⁰ Daarin kwam ook één van de promotoren, prof. Maurits Barendrecht, kritisch aan het woord over de rechterlijke organisatie. De 12 rechters die ik in de weken daarna interviewde, maakten daar soms nog voorafgaand aan het interview of juist naderhand een opmerking over (overigens niet altijd even serieus). Soms was men kritisch over de Radar-uitzending zelf, maar bij enkele rechters had het ook de strekking van: ‘Jouw onderzoek gaat over vertragend partijgedrag, maar de boel vertragen doen we zelf nog erger.’

Uiteindelijk wordt de uitzending slechts vier keer *on the record* door de respondenten of mijzelf aangehaald in de interviews, waarbij één rechter zegt terughoudender te zijn met streng zijn ten opzichte van partijgedrag, wanneer de eigen werkvoorraad al voor vertraging zorgt. Echter, ook uit bovengenoemde zijdelings gemaakte opmerkingen komt dit beeld van ‘we willen niet de pot zijn die de ketel iets

¹⁷⁹ Ktr Provincie, man.

¹⁸⁰ De uitzending is terug te bekijken op <http://www.trosradar.nl> en het thema komt aan bod vanaf de 9^e minuut.

verwijt' of 'partijvertraging laat onze eigen vertraging minder opvallen' soms naar boven.

'Ik weet niet of jij ook meegenomen hebt, dat staat er een beetje los van hè, maar ik kan me voorstellen dat als verklaring voor het wel toestaan van vertraging en het niet zo erg vinden van vertraging, dat een oorzaak daarvan is dat het hier gewoon hartstikke druk is. Niet zo erg, want we hebben toch werk genoeg. (..) Dan weet je dus: ik heb genoeg werk en ik moet hard werken om dat voor elkaar te krijgen, en als er dan eens een zaak wat vertraging oploopt in de loop van de procedure, dan denk je: nou, dat is niet zo'n punt.'¹⁸¹

'Vertragend vind ik al helemaal moeilijk. De meeste vertraging komt van de rechtbank zelf, niet van partijen zou ik zeggen. Die procederen in het algemeen, voor zover ik dat kan overzien, wel redelijk snel. Voor zover er vertraging optreedt, komt dat door ons omdat we geen capaciteit hebben om de zaak weg te werken.'¹⁸²

Al met al is dit argument nauwelijks expliciet genoemd, maar lijkt het op de achtergrond soms wel mee te spelen, hoewel daarover verder geen harde conclusies getrokken kunnen worden.

5.4.3.2 Voorgelegde factoren

Aan de respondenten is een aantal factoren ter reactie voorgelegd, die mede voortvloeien uit de mogelijke verklaringen voor terughoudendheid die in hoofdstuk 4 zijn geformuleerd. Als een dergelijke factor al eerder tijdens het interview aan bod was geweest, werd er niet opnieuw op terugkomen. Zulke spontane opmerkingen zijn hieronder bij de verschillende factoren meegenomen.

Andere remedies zijn beschikbaar (15x als factor, waarvan 3x spontaan)

Rechters hebben meer instrumenten dan alleen de proceskostenveroordeling om aan verstorend procesgedrag consequenties te verbinden of het zelfs al bij voorbaat af te kappen. Vrijwel alle rechters geven aan dat bij de terughoudendheid met kostenconsequenties meespeelt dat er ook andere remedies beschikbaar zijn. Genoemd worden: stukken buiten beschouwing laten, het weigeren van een vermeerdering/verandering van eis, geen nieuwe zittingsdatum bepalen na niet verschijnen, nieuwe stellingen na een bindende eindbeslissing afkappen, verstorend gedrag meteen bespreken tijdens de zitting (eventueel op boze toon), rekening met gedrag houden bij de buitengerechtelijke kosten, een klacht bij de deken indienen over de advocaat en verstorend gedrag optekenen in het vonnis.

'Wat ik wel als andere oplossing gebruik, is dat je gewoon inhoudelijke consequenties verbindt aan gedrag. Je komt nu pas met jouw feitelijke toelichting, veel te laat, dus ik laat het maar

¹⁸¹ Ktr Provincie, man.

¹⁸² Rb Randstad, man.

buiten beschouwing. Dat zou een hele zware sanctie kunnen zijn. Er zijn wel zaken waarin ik dat wel eens gedaan heb.¹⁸³

‘Ik vind het dus veel zinvoller om als partijen procedureel dingen niet goed doen, dat dat een materiële consequentie heeft. Als je weet dat er bij een verzekeraar een rapport zit omdat ze zelf naar de toedracht onderzoek hebben gedaan en ze zijn niet bereid het rapport over te leggen, dan kun je zeggen: daaruit leid ik het vermoeden af dat het niet zo gegaan is als deze verzekeraar nu in deze procedure stelt dat het gegaan is. Dat is even een willekeurig voorbeeld. Dat vind ik dan een veel zinvollere manier, want dan betrek je wat je beschouwt als procedurele misstappen (die misstappen hebben ook betrekking op de inhoud)... De sanctie betrek je ook op de inhoud. En dat vind ik een veel zinvollere manier dan een apart debat over: als jij teveel vertraagt dan moet jouw proceskostenveroordeling maar wat hoger. Dan verwijdert het zich van de kern.’¹⁸⁴

Andere rechters geven weliswaar aan dat andere remedies beschikbaar zijn, waardoor ze minder naar kostenconsequenties grijpen, maar ze zijn soms evenmin enthousiast over die andere (materiële) remedies. Het weigeren en buiten beschouwing laten leidt bijvoorbeeld snel tot appellen, aldus die rechters, waarbij niemand – in termen van tijd, kosten en recht doen aan de materiële werkelijkheid – gebaat is.

‘Nou, dat zie ik eigenlijk niet zo. En ik denk dat we ook zeer terughoudend zijn om materiële sancties toe te passen. En dat is voor een deel ook omdat dat uiteraard de uitkomst van de procedure dan beïnvloedt. En je een grote kans loopt dat je partijen het appel in jaagt. Daar is de partij die in eerste instantie ongelijk krijgt niet bij gebaat, maar ook zijn wederpartij is er niet bij gebaat. Omdat die mee moet in dat appel om daar opnieuw te kosten te maken. Dat is een afweging waarom we toch heel vaak zeggen: ‘Het is eigenlijk vervelend, niet in de haak dat je het zo hebt gedaan. Maar goed, om erger te vermijden gaan we er toch maar zo mee verder.’¹⁸⁵

Bij een deel van de rechters is nog doorgevraagd of er gedragingen voorkomen waarop zij nu andere consequenties (moeten) toepassen, maar waarvoor zij liever een kostensanctie zouden gebruiken. Dus hebben zij liever dat ze het gedrag wel toestaan mét een kostenconsequentie, dan dat zij het bij voorbaat niet toestaan? Hierop volgen gemengde reacties, variërend van meestal ‘nee’, tot ‘soms’ en ‘zou nuttig kunnen zijn’.

‘Maar nee, in dat geval zou mijn voorkeur er zeker niet naar uitgaan om dan een nieuwe zitting te beleggen en dat dan voor rekening te laten voor degene die niet wilde komen, want dan spelen we hem in de kaart. Het zal vaak iemand zijn die inzet op vertraging.’¹⁸⁶

¹⁸³ Ktr Provincie, man.

¹⁸⁴ Hof Randstad, man.

¹⁸⁵ Rb Provincie, man.

¹⁸⁶ Rb Provincie, man.

‘Ja, daarmee werken en de kosten dan daar laten waar ze behoren te liggen, terwijl je dan het materiële geschil toch wel kunt oplossen zodanig dat partijen daar misschien ook vrede mee kunnen hebben. Want kijk, als je als rechter zou zeggen van: ‘Ik laat één deel van de stellingen helemaal buiten beschouwing, ik ga mijn oordeel baseren op maar de helft van de stellingen’, ja dat is per definitie natuurlijk onbevredigend. En de partij die dan in het ongelijk gesteld wordt, ja die zal, denk ik, in ieder geval moeite hebben om die beslissing te aanvaarden. Als het belang heel groot is, dan is de kans dat er een appel komt, natuurlijk heel groot.’¹⁸⁷

Kortom, verreweg de meeste respondenten zeggen dat een factor voor hun terughoudendheid met kostenconsequenties is dat er ook andere remedies beschikbaar zijn. Dat betekent echter niet dat elke rechter tevreden is met de werking van die andere remedies; daarover verschillen de meningen sterk.

Kostenconsequenties worden niet vaak gevorderd (8x als factor, waarvan 1x spontaan)

In deze factor zit feitelijk nog een voorvraag, waarop de meeste rechters ook ingaan: worden kostenconsequenties weinig gevorderd? De meerderheid zegt dat het inderdaad niet vaak of zelfs nooit voorkomt, en bevestigen daarmee het beeld uit de jurisprudentieanalyse, maar sommige rechters zien het wel vaker gebeuren. Dat zijn echter niet altijd de gevallen waarin ook (iets in de richting van) verstoring gedrag heeft plaatsgevonden.

‘Dat gebeurt wel eens. En dat, ook in zaken waarin ik het helemaal niet begrijp of waarin de partij zelfs ongelijk heeft, die dat doet. Dus het wordt meer als een krachtargument gebruikt (‘ik vind het ook echt een schande!’), dan dat het nou ergens op gebaseerd is. Het wordt ook niet echt uitgewerkt (...). Zeggen dat je Van der Wiel gelezen hebt <lacht>, weet ik veel wat. Maar het wordt meer gewoon geroepen van: ‘Het is zo schandalig, dus wilt u het niet integraal doen?’ Maar dit wordt nog vaker geroepen dan: ‘Zou u dit of dat met de punten moeten doen?’’¹⁸⁸

Op de vraag of het gegeven dat kostenconsequenties niet vaak worden gevorderd door partijen meespeelt bij de terughoudendheid om ze toe te passen, wordt erg divers geantwoord. Er is 8 keer sprake van een duidelijk bevestigend antwoord, maar andere rechters twijfelen hier bovendien over: veel antwoorden komen neer op ‘misschien’.

‘Nou misschien wel, want dan word je gedwongen om er in ieder geval even aandacht aan te besteden. Terwijl anders ben je het misschien ook wel vergeten. Kijk, zo’n procedure kent natuurlijk een verloop van tijd (...). En een ergernis die je daar over hebt bij de behandeling bijvoorbeeld ter zitting, die ben je misschien vergeten als je vier weken later het vonnis maakt. Terwijl als er een uitdrukkelijk verzoek in de stukken staat, van: ‘Hé houd daar rekening mee met de proceskostenveroordeling’, dan moet je er op beslissen.’¹⁸⁹

¹⁸⁷ Ktr Randstad, man.

¹⁸⁸ Hof Provincie, man.

¹⁸⁹ Rb Provincie, vrouw.

De respondenten die twijfelen of erkennen dat het partijstandpunt er toe doet, zien dat effect vooral ontstaan door de signaalfunctie. Als een partij vraagt om een kostensanctie, dan zullen zij er in elk geval naar kijken. Waarschijnlijk leidt dat dan ook tot meer toepassingen van consequenties, maar dat weet niet elke rechter zeker en volgens een aantal rechters gebeurt dat juist zeker niet.

‘Nee, beslissingen over proceskosten worden niet ingegeven door standpunten van partijen. Maar gewoon door wat de rechter in die zaak vindt. En omdat we dat op dit moment met zijn allen nu redelijk gestandaardiseerd hebben, doen we het gewoon zo.’¹⁹⁰

‘Ik zou er iets meer over nadenken, maar ik denk niet dat ik daar heel erg in mijn beslissing door zal wijken.’¹⁹¹

Twee rechters zien niet alleen een signaalfunctie, maar antwoorden dat zij vinden dat het afwijken van het liquidatietarief niet zo snel ambtshalve zou mogen.

‘Ja, je mag ook werkelijke kosten toewijzen. Maar als ze niet gevorderd worden, dan kun je dat denk ik niet ambtshalve doen, want dan treed je buiten het geschil tussen partijen.’¹⁹²

Kortom, als partijen vaker kostenconsequenties zouden gaan vorderen bij verstoring gedrag door de wederpartij, dan zouden zij rechters vaker op dat procesgedrag wijzen en hebben zij bij in elk geval een deel van de rechters meer kans om een voor hen gunstigere kostenbeslissing te krijgen.

Verschillende taken rolrechter en zaaksrechter (1x als factor, niet spontaan genoemd)

Aan de respondenten is het volgende voorgelegd. De rolrechter bewaakt de procedure en de zaaksrechter gaat vooral over de inhoud van de zaak. De rolrechter kan echter geen kostenveroordelingen uitspreken. De zaaksrechter kan en moet dat wel, maar in hoeverre kijkt die nog terug naar eerdere procedurele beslissingen? Aan de rechters is gevraagd of zij dit als een factor zien die meespeelt bij de terughoudendheid met kostenconsequenties.

Slechts één rechter antwoordt hier duidelijk ‘ja’ op, drie keer volgt een voorzichtige ‘misschien’, maar bij de overgrote meerderheid is het ‘nee’. Men kan zich er weinig bij voorstellen. Rolrechters nemen vooral binaire beslissingen: toelaten of weigeren. Daar zit verder weinig ruimte in voor een kostenbeslissing. Zaaksrechters kijken niet meer terug naar de juistheid van die beslissingen en krijgen daardoor iets

¹⁹⁰ Ktr Provincie, man,

¹⁹¹ Rb Randstad, vrouw.

¹⁹² Ktr Randstad, vrouw.

minder mee van de eventuele procedurele irritaties over en weer, maar dat leidt volgens de respondenten niet tot meer terughoudendheid met kostenconsequenties.

‘Nee, dat zijn gescheiden taken. Als rolraadsheer bewaak je wat er op de rol gebeurt en kijk je niet inhoudelijk naar de zaak. Behalve als er een akte wordt genomen, maar goed. En de zaaksrechter kijkt inhoudelijk naar de zaak. Nee, het zijn gescheiden dingen.’¹⁹³

Tussen de antwoorden van enerzijds respondenten die ook rolrechter zijn en de respondenten die dat niet zijn, valt overigens geen verschil te ontdekken.

Geautomatiseerd uitrekenen kosten liquidatietarief (3x als factor, niet spontaan genoemd)

Bij de rechtbank Breda, waar ik een onderzoeksstage liep, kon je met het computerprogramma JustWord eenvoudig een kostenberekening volgens het liquidatietarief in het vonnis plaatsen. Ook werden de berekeningen veelal door concipiërende secretarissen gemaakt (maar daarna uiteraard nog door de verantwoordelijke rechter bekeken). Uit de interviews blijkt dat JustWord of een vergelijkbaar computerprogramma bij de hoven en de sectoren kanton niet (overal) wordt gebruikt. Toch blijft de vraag staan: speelt bij de terughoudendheid met kostenconsequenties mee dat de standaardweg (normale toepassing van het liquidatietarief) het eenvoudigst is, waardoor afwijken onaantrekkelijk is voor de rechter?

Verreweg de meeste rechters zien niet dat dit meespeelt. De kostenveroordeling maakt volgens hen gewoon deel uit van het hele vonnis. Ook secretarissen zijn zich daar bewust van en bij meervoudige kamers komt het dictum inclusief kostenveroordeling altijd bij het gezamenlijk raadkameren aan bod. Bovendien zeggen sommigen dat het niet ingewikkelder is om punten buiten beschouwing te laten in de berekening.

‘Ik weet niet hoe iedereen het doet, maar volgens mij is het bij ons nog steeds zo dat die rechter gewoon zelf zit te kijken, weliswaar met gebruikmaking van de rekenmodule die in het computersysteem zit. Maar wel nog invoert van: ‘Nou ik heb dus een dagvaarding en ik heb een repliek en aktes’. Die toetst wel nog hoeveel proceshandelingen het zijn geweest. Dus dat is wel een moment waarop je je bewust bent van wat er wel of niet in aanmerking genomen moet worden.’¹⁹⁴

‘En er wordt bij dat raadkameren ook altijd een beslissing genomen over de proceskosten. Want uiteindelijk wordt (..) er ook altijd over nagedacht wat dan het dictum is. Dat dictum wordt uiteindelijk ook op een formulier gezet na het raadkameren. Dat kan eigenlijk niet gemist worden. Dus er wordt altijd over de proceskosten geraadkamerd. En daarbij, soms is dat

¹⁹³ Hof Randstad, vrouw.

¹⁹⁴ Rb Provincie, vrouw.

volkomen duidelijk. En daarbij wordt wel gesproken over de verdeling van de kosten, of er wel of geen aanleiding is om geheel of gedeeltelijk te compenseren, voor wie ze moeten blijven. Je hebt allerlei varianten, soms heb je nog een incidenteel appel of een principaal appel en daar slaagt maar één grief en daar slagen twee griefjes en hoe verhoudt zich dat uiteindelijk tot het materiële resultaat van de eerste aanleg? En wat betekent het voor de kosten in eerste aanleg als er bij het hoger beroep iets anders uitkomt? Over dat soort dingen wordt gesproken.¹⁹⁵

Staartje eindvonnis / nadruk op het materiële geschil (9x als factor, waarvan 4x spontaan genoemd)

Uit de meeste interviews blijkt wel dat rechters de kostenveroordeling niet het belangrijkste deel van hun vonnis vinden. Zij is het staartje van het eindvonnis en zij heeft weinig te maken met waar het geschil tussen partijen echt om draait. Aan de respondenten is gevraagd of dit een rol speelt bij hun terughoudendheid om bij de kostenveroordeling rekening te houden met het procesgedrag van partijen.

De helft van de respondenten vermoedt dat dit wel mee kan spelen, maar de een is daar stellig in dan de ander:

‘Absoluut. Zo zie ik het wel ja, het is een noodzakelijk kwaad, ja.’¹⁹⁶

‘Maar het is vervelend, want zeker als je gewoon net een enorm ei hebt gelegd, met zo’n vonnis, en je moet dan nog de kostenveroordeling doen, dan wil het wel eens voorkomen dat dat niet de aandacht krijgt die het behoeft.’¹⁹⁷

De rechters die het hier niet mee eens zijn, vinden het materiële geschil meestal wel belangrijker dan de kostenveroordeling, maar zij denken niet dat dit invloed heeft op de beslissingen over de kosten.

‘Maar rechters zijn gemiddeld genomen, niet gemiddeld genomen, maar bijna zonder uitzondering, heel integere mensen. Als ze zichzelf eens erop betrappen dat het is uit luiheid, dan spreken ze zichzelf over het algemeen streng toe, en gaan ze van ‘Foei, foei, foei!’ Dat is denk ik wel de psychologie van de rechters.’¹⁹⁸

5.4.3.3 Redenen en factoren terughoudendheid: overzicht en conclusie

De rechters hebben veel verschillende redenen aangevoerd voor terughoudendheid met het verbinden van proceskostenconsequenties aan partijgedrag. Ook van de tevoren bedachte factoren die aan hen zijn voorgelegd, is elke factor minstens één keer door

¹⁹⁵ Hof Randstad, man.

¹⁹⁶ Rb Randstad, vrouw.

¹⁹⁷ Rb Provincie, vrouw.

¹⁹⁸ Hof Provincie, man.

een rechter erkend als van invloed zijnde op de terughoudendheid.¹⁹⁹ Hoewel uiteraard van belang is welke redenen en factoren het meest worden genoemd, moet niet worden vergeten dat ook alle minder genoemde redenen samen toch een redelijke invloed kunnen hebben op de terughoudendheid. Met andere woorden, de terughoudendheid met kostenconsequenties is de uitkomst van de som van al deze redenen en factoren. Op de volgende pagina wordt het geheel schematisch weergegeven.

		Redenen										Factoren			
		Rechtszekerheid en afspraak=afpraak	Geschil binnen geschil (<i>satellite litigation</i>)	Weinig verstoring gedrag / hoge drempel	Liquidatietarief is laag / kosten spelen te kleine rol	De zaak niet op scherp willen zetten (familiezaken)	Kostenconsequenties zijn achteraf, dus ineffectief	Partij niet willen straffen voor gedrag advocaat	Wederpartij verdient het extraatje niet	Eigen vertraging rechterlijke organisatie	Andere remedies zijn beschikbaar	Kostenconsequenties worden niet vaak gevorderd	Verschillende taken rolrechter en zaaksrechter	Kosten volgens tarief berekenen is makkelijk/automatisch	Kostenveroordeling is staartje eindvonnis / nadruk materiële conflict
Ktr Provincie	man			1	1	1		1			1	F			
	man	1		1			1				F				
	man	1		1			1		1	F					
Ktr Randstad	man	1								F					
	man	1		1						F	F				
	vrouw			1						F	1		F	F	
Rb Provincie	vrouw			1						F	F				F
	man		1	1	1										
	man	1								F	F		1	1	
Rb Randstad	man			1						F					F
	vrouw	1	1				1			1					1
	vrouw	1		1											
Hof Provincie	man		1	1	1					F		F	F		1
	man		1					1		F	F				F
	man	1	1												
Hof Randstad	vrouw	1		1						F	F				
	man		1				1			1					1
	vrouw		1	1						F	F				F
Totaal		9	7	12	3	1	4	1	1	1	3	1	0	1	4

¹⁹⁹ Tussen de termen ‘redenen’ en ‘factoren’ zit eigenlijk geen conceptueel verschil, maar de twee termen zijn in praktische zin uit elkaar gehaald. De redenen kwamen bij de open vragen naar boven, terwijl daarna in gesloten vorm de tevoren bedachte factoren zijn voorgelegd.

De enen en de totaalscores geven aan hoe vaak een reden/factor spontaan genoemd is bij de open vraag. De F'jes geven aan of een respondent bij de gesloten vraag heeft erkend of een bepaalde factor van invloed is op terughoudendheid.

Tabel 5.4: Redenen en factoren die bijdragen aan terughoudendheid met kostenconsequenties

De rechtszekerheid, het willen voorkomen van een procedureel geschil binnen het eigenlijke geschil, de lage frequentie van evident verstorend procesgedrag en de beschikbaarheid van andere remedies dan kostenremedies steken boven de andere redenen en factoren uit. Ook het feit dat kostenconsequenties niet vaak door partijen worden gevorderd, wordt overigens door veel rechters genoemd, maar meestal wel met enige twijfel over de omvang van de invloed.

Duidelijke verschillen per instantie zijn er nauwelijks. Alleen bij *satellite litigation* valt op dat dit bij de rechtbanken en hoven regelmatig genoemd is, maar bij de kantonrechter nooit. Bovendien werd dit punt veel vaker genoemd door rechters met een advocatenverleden. De ex-advocaten noemen ook de factor 'staartje eindvonnis/nadruk op materiële conflict' vaker. Bij de andere redenen en factoren zijn er geen aanwijzingen dat een advocatenverleden een rol speelt.

Van alle genoemde redenen werden enkele soms in één adem met elkaar genoemd. Neem bijvoorbeeld de vage grens tussen nodig en onnodig gedrag, waarbij het voor de rechter soms moeilijk in één keer te zien is of er sprake is van voorzienbaar verstorende gedragingen. In zo'n geval kan de rechter kiezen om met nader feitenonderzoek te bekijken of er sprake is van verstorend gedrag en partijen toe te staan zich daarover uit te laten. Dat levert echter een geschil binnen een geschil op, dat niet gerechtvaardigd is, omdat de uiteindelijke prikkel in termen van tariefpunten niet groot is en bovendien achteraf pas wordt opgelegd. De rechter doet daarom niets en legt dus de drempel hoog voor het aannemen van verstorend gedrag. Hieruit blijkt dat de vier redenen (*satellite litigation*, de kleine omvang van de kostenveroordeling, het achteraf zijn van de kostenveroordeling en het aannemen van een hoge drempel voor verstorend gedrag) niet geheel los van elkaar staan.

Een dergelijke connectie kan ook worden gevonden tussen de rechtszekerheid en de invloed van het wel of niet door een partij gevorderd zijn van een kostenconsequenties. Ambtshalve van het liquidatietarief afwijken kan namelijk een verrassingsbeslissing opleveren, omdat dat tarief nu eenmaal zo afgesproken is.

Al met al zijn er veel redenen, die elkaar soms ook nog versterken, die er voor zorgen dat rechters terughoudend zijn met kostenconsequenties verbinden aan gedrag. Elke rechter heeft zich bij minimaal twee redenen en/of factoren aangesloten, dus iedereen heeft wel enig bezwaar tegen deze wijze van het gebruik van de proceskostenveroordeling. Toch valt hieruit ook niet op te maken dat alle rechters onder alle omstandigheden tegen het gebruik van proceskostenconsequenties zijn. De meeste rechters laten in hun antwoorden steeds doorklinken dat er uiteindelijk toch een grens is aan het procesgedrag dat zij tolereren. Dat blijkt ook uit § 5.4.1 en § 5.4.2: de

meeste rechters passen soms toch enige soorten kostenconsequenties toe op verstorend gedrag.²⁰⁰

5.4.4 *Het eigen beursje terug?*

De laatste vraag van het interview ging over het in 2002 afgeschafte ‘eigen beursje’. Voor zover rechters dat niet al precies wisten, is aan hen verteld dat de mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks en persoonlijk in de kosten te veroordelen niet meer geldt voor de gevallen waarin advocaten slecht procederen (‘hunne bedieningen te buiten gaan’ aldus artikel 58 (oud) Rv)²⁰¹, maar slechts nog als een niet bestaande of niet rechtsgeldig verschenen partij wordt vertegenwoordigd. Kortom, het eigen beursje als sanctie op verstorend gedrag is er momenteel niet. Aan rechters is gevraagd of zij dit in enige vorm terug zouden willen hebben in hun instrumentarium.

De meeste (11) respondenten willen het niet terug, tegenover 5 mensen die het wel weer ingevoerd zouden willen hebben en 2 mensen die twijfelen. Opvallend is dat van die 7 voorstanders/twijfelaars maar liefst 6 rechters een advocatenverleden hebben.

Interessanter dan deze score in cijfers is dat vrijwel alle rechters zowel voor- als nadelen zien. Sommige rechters die het niet terug willen, zeggen dat hun handen in sommige gevallen toch wel zouden jeuken om zo’n eigen beursje toe te passen, terwijl de voorstanders ook zorgen hebben over de procedurele waarborgen.

Een argument voor herinvoering is dat het een *incentive* voor advocaten is om wat beter hun best te doen²⁰², ofwel dat ze beter op hun tellen passen en zorgvuldiger zijn.²⁰³ Wat er ook voor pleit, is dat de eigen cliënt van zo’n falende advocaat anders een nieuwe procedure tegen zijn eigen advocaat moet beginnen, hetgeen een extra drempel vormt.

‘Want dat is dan toch ook een van de ultieme achterliggende belangen, denk ik. Heeft zo’n cliënt er iets aan dat zijn advocaat dan deels wordt veroordeeld in het eigen beursje? Nou, misschien wel, omdat hij anders een aparte procedure moet beginnen. Dat zou een argument kunnen zijn.’²⁰⁴

Er zijn echter ook een aantal knelpunten en tegenargumenten. Sommige rechters maken zich zorgen over de eerlijkheid van het proces, zoals het recht van de advocaat op hoor- en wederhoor en op hoger beroep, figuren die in het oude systeem problematisch waren. Daar is echter weer een ander probleem aan gerelateerd: er komt een nieuwe procedure binnen de procedure op gang.

²⁰⁰ De nodelozekostenregeling wordt bijvoorbeeld door vrijwel alle rechters toegepast, maar de frequentie verschilt sterk.

²⁰¹ Zie ook § 4.4.

²⁰² Hof Randstad, vrouw.

²⁰³ Rb Randstad, vrouw.

²⁰⁴ Rb Provincie, vrouw.

‘Als ik daar een niet-rationeel antwoord op zou mogen geven, dan zou ik zeggen: mijn handen kriebelen af en toe om dat te doen. Dan denk ik van, nou...! Maar toen dat nog wel kon heb ik het eigenlijk ook nooit gedaan. Dat is meer, omdat je, je kunt het vaak gewoon niet hard maken of iemand het kort gezegd nou verdient of niet. En daar komt bij: dat kan ook wel weer nieuwe geschillen uitlokken. En ik ben niet zo’n voorstander van dat instrument op rationele gronden. Maar ik zeg erbij: soms zou ik het graag doen.’²⁰⁵

Verder vindt een aantal respondenten dat andere wegen om wangedrag van de advocaat aan te pakken beter zijn, zoals via een (al dan niet formele) klacht bij de deken. Ten slotte is het meest genoemde bezwaar: de rechter moet zich dan met de relatie tussen advocaat en cliënt bemoeien, terwijl die daar veel te weinig informatie over heeft.

‘De andere kant is dat ik vind dat je als rechter eigenlijk niet in de positie bent om je te mengen in de relatie tussen advocaat en de cliënt. Ik weet het niet. Ik ben er niet bij geweest. Misschien heeft de advocaat wel gezegd: ‘U hebt geen zaak.’ En toch willen de mensen dat de rechter ernaar kijkt. En misschien zegt een advocaat die steviger in zijn schoenen staat: ‘Dat is prima, maar ik doe dat niet voor u, want ik vind dat u geen zaak heeft.’ Uiteindelijk is er altijd wel een advocaat die het wel doet. En misschien is het ook goed dat die advocaat er is. Misschien gaan die mensen, als ze geen advocaat vinden die hun zaak naar de rechter gaat brengen, dan wel de ruit ingooien bij het gemeentehuis of bij hun buurman.’²⁰⁶

5.4.5 *Overige opmerkingen*

Aan het eind van het interview konden rechters nog extra opmerkingen maken over het interview. Naast de succeswensen voor het verdere onderzoek en vragen daarover, werden soms nog inhoudelijke thema’s aangesneden. Een aantal rechters heeft bijvoorbeeld gevraagd of ik ook onderzoek doe naar de hoogte van de proceskosten in het algemeen. Onder andere is hierover opgemerkt dat de kostenveroordelingen bij hele kleine vorderingen relatief hoog zijn²⁰⁷, terwijl in de zaken met een hoger belang of hogere complexiteit het liquidatietarief de werkelijke kosten bij lange na niet dekt. Aan de effecten van de kostenveroordeling op basis van gelijk besteed ik in hoofdstuk 7 aandacht.

5.5 *Conclusies*

In deze paragraaf worden de onderzoeksvragen van de interviewstudie beantwoord aan de hand van de resultaten en de deelconclusies die soms al bij de resultaten zijn getrokken. In paragraaf 5.6 worden die conclusies in een breder perspectief geplaatst.

²⁰⁵ Rb Provincie, man.

²⁰⁶ Hof Randstad, man.

²⁰⁷ Ktr Randstad, vrouw.

5.5.1 *Verstorend procesgedrag*

Rechters vinden het moeilijk om te bepalen waar de grens tussen nodig en onnodig procesgedrag ligt. Dit komt vooral door een dubbele informatieasymmetrie. Zij weten dat advocaten niet in hun hoofden kunnen kijken om te zien wat zij de relevante punten in de zaak vinden. Van advocaten willen zij dan ook niet verwachten dat die daar altijd op anticiperen. En rechters zien zelf vaak niet waarom bepaald procesgedrag wordt vertoond, omdat zij de achterliggende belangen van partijen en de communicatie tussen advocaten en cliënten meestal niet kunnen zien. Ook is het achteraf moeilijk te bepalen wat men vooraf had moeten weten. Ten slotte speelt bij het bepalen van de grens de visie op het procesrecht een rol. Kan alleen opzettelijk onnodig gedrag partijen worden aangerekend of ook verwijtbaar gedrag? En in hoeverre kan partijen überhaupt iets worden verweten als zij zich aan de wet en het rolreglement houden? Toch zien de meeste rechters uiteindelijk wel een grens die overschreden kan worden en hebben veel van hen ook voorbeelden van gevallen waarin die grens met onnodigheid daadwerkelijk met de voeten werd getreden.

De werkdefinitie van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag (verstoring gedrag) wordt breed geaccepteerd. Die luidt: *wanneer de extra tijd en kosten voorzienbaar niet leiden tot een betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit of wanneer deze betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit kennelijk ook door een minder belastende gedraging bereikt had moeten worden*. De definitie lost echter het bovengenoemde probleem van de diffuse grens tussen nodig en onnodig gedrag in de praktijk niet op, nu de termen ‘voorzienbaar’, ‘kennelijk’ en het normatieve ‘had moeten worden’ lastig in te vullen blijven voor de rechter, met name vanwege de dubbele informatieasymmetrie.

De rechters zijn niet eensgezind over de frequentie van verstoring procesgedrag. Niemand wordt er door overstelpt, maar de antwoorden variëren van ‘niet of nauwelijks’ tot ‘met enige regelmaat’. Veel rechters relateren deze beperkte frequentie aan een strakke regie vooraf, waartoe de mogelijkheden sinds de hervormingen van het procesrecht en het landelijke rolreglement zijn versterkt. Verstoring procesgedrag wordt volgens de respondenten in hogere mate veroorzaakt door bepaalde *repeat players* in kantonzaken en door een bepaalde groep advocaten. Verschillen tussen rechtsgebieden, procedurevormen en rol- of zaaksrechter komen niet duidelijk naar voren. De respondenten vinden het moeilijk om te speculeren over de oorzaken en motieven achter verstoring procesgedrag, maar zij denken dat het vaker door verwijtbare slordigheid en/of onbekwaamheid komt dan door het opzettelijk willen verstoren. Ook is er nog een tussenfiguur in de vorm van ‘voorwaardelijk opzet’ of ‘bewuste schuld’: processystemen en/of tactieken die bewust worden gekozen en die vertraging en extra kosten niet als doel, maar wel als gevolg hebben. Het summier houden van de dagvaarding uit kostenbesparing, het liegen om

de zaak te winnen en het uit tactisch oogpunt de kaarten lang op de borst houden zijn vormen van deze tussenfiguur.

Uitgesplitst naar soorten gedragingen heeft men het meeste last van late stellingen en feiten en laat ingebrachte bewijsstukken, vooral bij kanton. Kansloze stellingen en verweren en overbodige processuele verrichtingen leveren ook relatief veel overlast op, maar dan vooral bij de hoven en in mindere mate bij de rechtbanken. Het onvoorbereid of niet verschijnen ter zitting werd over de hele linie vrij veel genoemd.

Liegen/bedriegen/simuleren, *fishing expeditions*, overbodige/premature processen, late veranderingen/vermeerderingen van eis en overdreven hoge vorderingen worden soms ook genoemd, maar leiden tot minder noteringen in de ‘overlast-top 3’ vanwege een lagere frequentie en/of een lagere impact per keer. Evident kansloze processen en weigeringen om stukken over te leggen lijken nauwelijks tot overlast te leiden.

In bovenstaande tekst wordt de eerste onderzoeksvraag (*Welke partijgedragingen ervaren rechters als onnodig vertragend en/of kostenverhogend en waarom juist die gedragingen?*) al grotendeels beantwoord, behalve het onderdeel ‘waarom’. Daarom wordt nu nader stilgestaan bij de achtergrond van sommige veelgenoemde gedragingen.

In de eerste plaats zijn er de bepaalde *repeat players* (incassobureaus, nutsbedrijven, etc.) die met name in kantonzaken summiere dagvaardingen opstellen en soms ook partijen dubbel dagvaarden of voor elke gemiste betalingstermijn opnieuw. Het eerste is in strijd met de substantiëringsplicht, waardoor het werkelijke debat pas bij repliek/dupliek of op de comparitie begint. Het tweede levert overbodige kosten op. Dit is voor die *repeat players* met hun automatische systemen en interne routineprocedures efficiënt, omdat zij dan niet nutteloos hoeven te investeren in de 90% van de zaken die toch in verstek eindigen. Echter, voor de wederpartij die wél verschijnt en de rechters in die overige 10% van de zaken levert dit extra kosten en vertraging op.

Verder is er het probleem van (met name een bepaalde groep) advocaten die met hagel schieten en/of een mist van verweren optrekken in onduidelijke stukken. Dit gedrag wordt in de praktijk eerder beloond dan afgestraft. Immers, als tussen de vele kansloze of vage verweren er toch eentje zit die scherp is en slaagt, dan wordt de procedure gewonnen. De cliënt is tevreden en zal niet klagen over de nutteloze uren die in die andere punten gestoken zijn. De advocaat is tevreden, want die krijgt ook die nutteloze uren betaald. De rechter en de wederpartij zijn niet tevreden, want die hebben op al die kansloze verweren moeten reageren (hoewel de advocaat van de wederpartij hier ook uren voor kan schrijven), maar zij kunnen dit niet afstraffen. Slechts als kansloze stellingen of verweren leiden tot een gedeeld (on)gelijk, kan de rechter

compenseren, maar dat is niet het geval als de vordering door een rake stelling of weer geheel wordt toe- of afgewezen.

Het gedrag waarvan door de rechters nog het meest wordt gezegd dat het waarschijnlijk opzettelijk is gericht op vertraging, dat zijn de overbodige processuele verrichtingen, met name in hoger beroep. Met nodeloze incidenten, aktes en pleidooien kan daar tijd worden gewonnen om niet te hoeven betalen of om de wederpartij dwars te zitten door wie men zich slecht behandeld voelt. Sta je peremptoir en moet je dus eigenlijk je grieven nemen? Waarom dan geen 843a-incident opwerpen om nog stukken op te vragen, dat scheelt weer tijd.

Tot slot zijn er nog de echte slordigheden, waarmee vooral het niet of onvoorbereid verschijnen ter zitting geassocieerd kan worden, maar ook het niet of verkeerd oproepen van getuigen. In deze categorie zijn veel losstaande voorbeelden gegeven, zoals het per ongeluk niet bijvoegen van producties. Hieronder vallen ook inhoudelijke slordigheden, zoals partijen die er pas na een (in beginsel) bindende eindbeslissing achterkomen dat ze nog iets essentieels moeten inbrengen en dus weer tegen die beslissing moeten ingaan.

Kortom, als antwoord op de eerste onderzoeksvraag: rechters zeggen niet erg veel (evident) verstorend procesgedrag tegen te komen en vinden het ook moeilijk om te bepalen wanneer gedrag onnodig is. Het evident onnodige gedrag dat ze tegenkomen is erg divers in soort en achtergrond. De vier vormen die er het meest uitspringen zijn hierboven omschreven.

5.5.2 *Kostenconsequenties*

De tweede onderzoeksvraag is: *waarom gebruiken rechters nauwelijks de kostenveroordeling als consequentie bij onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag?*

Daartoe is eerst gepeild welke mogelijke kostenconsequenties rechters wel en niet gebruiken. In normale zaken wordt door de geïnterviewden nooit een partij in de werkelijke proceskosten veroordeeld, ook al is men zich er van bewust dat dit juridisch wel mag. Ook kostencompensatie gebaseerd op procesgedrag komt haast niet voor. Iets frequenter maakt men gebruik van de nodelozekostenregeling, gerekend in tariefpunten. De mogelijkheden die het liquidatietarief zelf biedt, zoals het waarderen van aktes zonder bijzondere inhoud op 0 punten en het hanteren van de toegewezen vordering als maatstaf voor het tarief, worden wel vaker gebruikt, maar de impact daarvan is ook minder groot. In familiezaken wordt zelden van de gebruikelijke compensatie afgeweken: dat wil zeggen, er wordt niet vaak vanwege verstorend gedrag een kostenveroordeling uitgesproken. In IE-zaken zijn veroordelingen in de werkelijk gemaakte evenredige proceskosten (of een tarief dat die werkelijke kosten indiceert) de norm. Dit biedt de rechters in die zaken meer ruimte om met gedrag rekening te houden, maar omdat door dit systeem het voor de verliezende wederpartij ineens

relevant is hoe efficiënt de winnende partij heeft geprocedeerd, is er ook meer gedrag waarmee de rechter in het kader van de redelijkheid rekening *moet* houden.

Uit de frequentie per soort kostenconsequentie blijkt al terughoudendheid en de meeste rechters erkennen ook dat zij in het algemeen terughoudend zijn met het toesnijden van de proceskostenveroordeling op procesgedrag.

Om achter het ‘waarom’ van deze terughoudendheid te komen, is gevraagd naar de redenen van rechters achter de terughoudendheid en is een aantal factoren voorgelegd waarvan is gevraagd of die daarbij ook een rol spelen. Rechters noemden spontaan negen redenen en op de achtergrond sluimerde nog een tiende reden (de eigen organisatorische invloed op lange doorlooptijden). Drie redenen werden het meest genoemd.

Ten eerste de rechtszekerheid. Partijen rekenen erop dat het liquidatietarief wordt toegepast, omdat dat nu eenmaal zo is afgesproken. Een wijziging van dit uitgangspunt zou landelijk en met publiciteit doorgevoerd moeten worden, hoewel bij sommige rechters de vrees bestaat dat kostenprikkels ten opzichte van gedrag überhaupt tot rechtsonzekerheid leiden.

Ten tweede is er de *satellite litigation*, ofwel het procedurele geschil binnen het geschil. Men vindt het zonde om de kosten tot een nieuw geschilpunt te maken, hetgeen dan weer extra tijd en kosten op zichzelf oplevert. Dit punt werd door rechters met een advocatenverleden opvallend vaker genoemd.

Ten derde zegt men weinig evident verstorend gedrag tegen te komen. De drempel ligt daarbij hoog. Deze reden is direct gerelateerd aan de conclusies bij de eerste deelvraag omtrent de diffuse grens tussen nodig en onnodig gedrag.

De overige redenen werden minder vaak genoemd, maar dragen uiteraard wel bij aan de algehele terughoudendheid. Die redenen zijn besproken in § 5.4.3.

Van de aan de rechters voorgelegde factoren speelt vooral het feit dat er andere remedies dan kostenconsequenties beschikbaar zijn mee in de terughoudendheid. Ook het meer psychologische aspect dat de kostenveroordeling het staartje van het eindvonnis is en men soms meer geïnteresseerd is in het materiële geschil, kan volgens een deel van de rechters een factor van betekenis zijn. Toch is men met die constatering voorzichtig en zijn evenveel rechters het er zelfs ronduit mee oneens. Ten slotte speelt de factor of partijen zelf kostenconsequenties vorderen in een zaak ook mee, aldus een deel van de rechters. Ook hiermee zijn echter ook een aantal rechters het oneens.

Kortom: rechters weten dat zij kostenconsequenties aan gedrag mogen koppelen, maar zij gaan daar om een scala aan redenen terughoudend mee om. De rechtszekerheid, het willen voorkomen van *satellite litigation*, de diffuse grens tussen nodig en onnodig gedrag en alternatieve beschikbare remedies spelen hierin de grootste rol.

5.5.3 *Eigen beursje*

Ten slotte is er nog de kwestie van het afgeschafte eigen beursje, waarover de derde onderzoeksvraag gaat. *Hebben rechters behoefte aan de herinvoering van de mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks en persoonlijk in de kosten te veroordelen bij verstorend procesgedrag?*

De meeste respondenten zeggen van niet, gezien de 11 mensen tegen, 5 mensen vóór en 2 twijfelaars, maar vanwege de kleine, aselechte steekproef en de kwalitatieve aard van de interviews, zeggen die cijfers niet veel. Interessanter is de constatering dat vrijwel iedere rechter zowel voor- als tegenargumenten geeft. De handen jeuken soms om het toe te passen, zodat de cliënt niet een nieuwe procedure tegen de falende advocaat hoeft op te starten en advocaten worden geprikkeld om zorgvuldig op te treden. Maar men ziet problemen met de eerlijkheid van het proces (de advocaat wordt ineens zelf ‘partij’), *satellite litigation* en de moeilijk waar te nemen verhouding tussen cliënt en advocaat. Ook zien sommigen meer in andere remedies om de advocaat scherp te houden, zoals de klacht bij de deken.

5.6 *Discussie*

In de vorige paragraaf zijn de conclusies uit de resultaten getrokken en de onderzoeksvragen beantwoord. In deze discussieparagraaf worden enkele dwarsverbanden tussen de uitkomsten gelegd (§ 5.6.1), worden kanttekeningen geplaatst (§ 5.6.2), wordt de betekenis van de conclusies uiteengezet voor de zoektocht naar mogelijke nieuwe kostenprikkelers en de toetsing van effecten van kostenprikkelers in de navolgende paragrafen (§ 5.6.3) en worden suggesties voor vervolgonderzoek gedaan (§ 5.6.4).

5.6.1 *Dwarsverbanden*

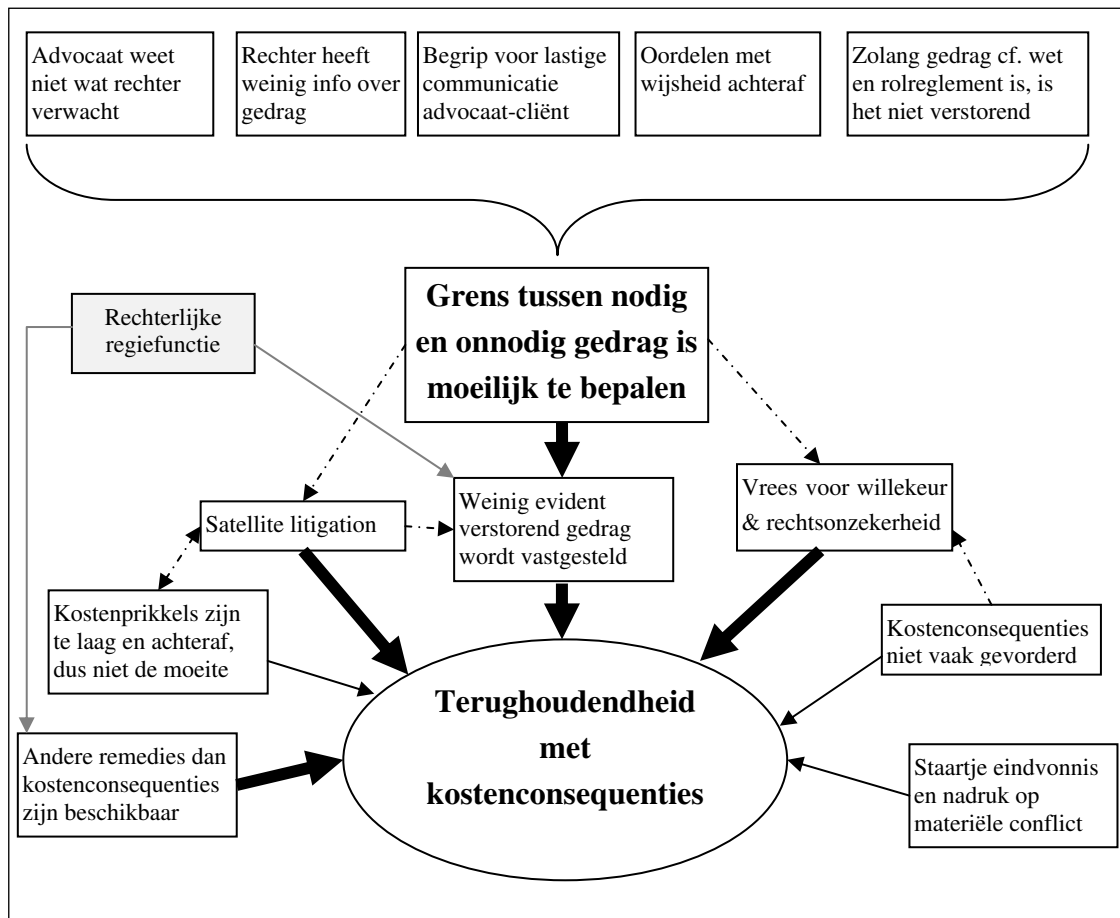
De rechterlijke ervaringen met onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag en de kostenbeslissingen daaromtrent staan niet los van elkaar. Twee dwarsverbanden komen duidelijk naar voren.

In de eerste plaats vormt de lastig te bepalen grens tussen nodig en onnodig gedrag op zichzelf een reden voor terughoudendheid met kostenconsequenties. Rechters gebruiken alleen kostenconsequenties als ze er vrij zeker van zijn dat de diffuse grens tussen nodig en onnodig gedrag is overschreden. Zij hebben bovendien geen zin in een geschil binnen een geschil om vast te stellen of die grens is overschreden.

In de tweede plaats vormen de strakkere regiemogelijkheden sinds 2002 een rode draad. Enerzijds voorkomen die een deel van het verstorend procesgedrag, wat terugkwam in de gerapporteerde frequentie van verstorend gedrag. Bovendien is een aantal rechters van mening dat als gedrag vooraf wordt toegelaten door de rechter, dat dit dan niet achteraf als verstorend kan worden aangemerkt. Anderzijds zorgen de

regiemogelijkheden er voor dat rechters ook andere remedies dan kostenconsequenties tot hun beschikking hebben om met verstorend gedrag om te gaan.

Deze verkennende studie leidt daarmee onder meer tot het volgende model, waarin overigens lang niet alle resultaten terugkomen, maar met name bovengenoemde dwarsverbanden.²⁰⁸ Bovenin staan de redenen waarom de grens tussen nodig en onnodig gedrag moeilijk te bepalen is. Onderin staan de belangrijkste redenen voor terughoudendheid met kostenconsequenties, die onderling ook weer met elkaar in verband staan.



Figuur 5.1: Model van redenen voor terughoudendheid met kostenconsequenties

5.6.2 Kanttekeningen

Uit de redenen die rechters noemen lijkt naar voren te komen dat zij het vermoeden hebben dat kostenprikkels meestal niet helpen om het proces voortvarender en efficiënter te maken. Het positieve effect van kostenconsequenties, het voorkomen van onnodige vertraging en kosten, schatten zij als laag in. Rechters vinden daarvoor de kostenveroordeling te laag en bovendien teveel achteraf, waardoor het instrument niet preventief zou werken. De negatieve neveneffecten schatten zij juist als hoog in.

²⁰⁸ De resultaten omtrent de lijst van gedragingen, de oorzaken en motieven van verstorend gedrag en het eigen beursje zijn belangrijke onderdelen die in dit model ontbreken.

Bovendien kunnen bij rechters psychologische factoren meespelen die deze negatieve kant versterken, zoals de gewenste nadruk op het materiële conflict en de eigen vertraging binnen de rechterlijke organisatie.²⁰⁹ Dat levert al met al geen positieve kosten-/batenanalyse op. Daar komt nog bij dat men inschat dat alternatieve remedies (vooral regie vooraf) beter scoren.

In hoeverre maken de rechters hier met hun impliciete, negatief uitvallende kosten-/batenanalyse en hun voorkeur voor alternatieve remedies een juiste inschatting? Dat is vooralsnog moeilijk vast te stellen. Rechters zien alleen hoe hun eigen zaken verlopen. Of een door hen uitgedeelde prikkel in een toekomstig proces bij een collega tot effect heeft dat bepaald verstorend gedrag niet vertoond wordt, dat kunnen zij niet zien. Evenmin zien zij in hun eigen processen wat het effect is van eerdere kostenconsequenties die door collega's zijn toegepast. Daarentegen zien zij bij het toepassen van regie vooraf of materiële consequenties wel direct effect binnen de eigen zaak. Het is mogelijk dat dit verschil tussen wat men wel en wat men niet ziet, uitmaakt voor de inschatting.²¹⁰

Soms wordt de inschatting ook anders gemaakt. Het Hof 's-Hertogenbosch sprak minstens tweemaal²¹¹ toch een volledige proceskostenveroordeling uit.²¹² Waren in die zaken de voordelen van een kostensanctie groter dan de nadelen? Ook in Engeland en de Verenigde Staten is in het procesrecht expliciet de mogelijkheid vastgelegd dat de rechter bij een kostenveroordeling rekening houdt met gedrag en in beide landen bestaat ook het eigen beursje nog.²¹³ In de Verenigde Staten waren federale rechters en advocaten volgens *surveys* in 1995 en 2005 vóór het in stand houden van die mogelijkheden.²¹⁴ Buitenlandse en rechtseconomische inzichten kunnen daarom wellicht helpen om de positieve en negatieve effecten van kostenconsequenties ten aanzien van procesgedrag beter in kaart te brengen.²¹⁵ Op de koppeling tussen de interviewresultaten en het vervolg van het onderzoek wordt in de volgende subparagraaf nader ingegaan.

5.6.3 *Betekenis voor het vervolg van dit onderzoek*

Met de antwoorden op de onderzoeksvragen van deze interviewstudie, kunnen ook de bredere deelvragen uit de hoofdstukken 3 en 4 worden beantwoord.

²⁰⁹ Zie ook de bespreking van de prikkels voor rechters en de *status quo bias* in hoofdstuk 8.

²¹⁰ Zie hierover ook § 8.3.2.

²¹¹ Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2010, *LJN* BL2339 en in HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234 (waarin de uitspraak van het hof wegens een gebrekkige motivering vernietigd werd).

²¹² En bijvoorbeeld ook recent Ktr. Haarlem 9 maart 2011, *LJN* BP7603.

²¹³ Zie hoofdstuk 6. Bij de VS wordt gedoeld op het federale procesrecht.

²¹⁴ Shapard e.a. 1995; Rauma & Willging 2005.

²¹⁵ De buitenlandse stelsels dienen daarbij als inspiratie voor nieuwe prikkels, terwijl de rechtseconomie wordt gebruikt om de effecten van kostenprikkels op de criteria van het toetsingskader te voorspellen.

De deelvraag uit hoofdstuk 3 was: ‘*Wat zijn de onnodig vertragende en kostenverhogende gedragingen waarop de prikkels in de kostenveroordeling zich zouden moeten richten?*’. Daarbij is een definitie van verstorend procesgedrag geformuleerd, waarop tijdens de interviews commentaar is gevraagd en waarmee de meeste rechters instemden (zie § 3.2 en § 5.3.2.1). Ook werd in hoofdstuk 3 aan de literatuur een lijst ontleend van mogelijke versturende gedragingen. Die lijst leek vrij compleet: aan alle geïnterviewde rechters is gevraagd of zij nog aanvullende gedragingen wilden noemen, maar dit gebeurde slechts drie keer, waarbij geen gedraging dubbel werd genoemd.²¹⁶

Uit de interviews is vervolgens gebleken dat verstorend procesgedrag over het algemeen niet tot veel overlast leidt, maar dat een aantal verstoringen frequenter voorkomt: *repeat players* die met name bij kantonzaken te summier en soms dubbel dagvaarden, partijen die met hagel schieten of een vage mist optrekken (kansloze stellingen en verweren), partijen die met overbodige processuele verrichtingen zand in de raderen strooien en partijen/advocaten die slordigheden begaan. Op die gedragingen zouden prikkels in de kostenveroordeling dus vooral kunnen worden afgestemd.

In het vervolg van dit onderzoek zullen niet specifiek per categorie van gedragingen verschillende kostenconsequenties worden onderzocht.²¹⁷ Dat zou de omvang van het onderzoek en de leesbaarheid niet ten goede komen. Wel zullen in met name hoofdstuk 7 en 8 vooral bovengenoemde meestvoorkomende gedragingen worden gebruikt als voorbeeld, wanneer de effecten van verschillende kostenprikkels worden voorspeld en geïllustreerd. In het concluderende hoofdstuk 9 wordt kort teruggekomen op de wijze waarop in de regelgeving rekening kan worden gehouden met de frequentie en overlast van bepaalde categorieën gedragingen.

Ten slotte zal de gemaakte scheiding tussen opzettelijke verstoringen en door slordigheid/onbekwaamheid veroorzaakte verstoringen nog terugkomen bij het alternatief ‘*indemnity basis*’ in de paragrafen 6.5 en 8.5.

Hoofdstuk 4 begon met de deelvraag ‘*In hoeverre wordt de veroordeling in de proceskosten in de huidige Nederlandse praktijk gebruikt om onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag te ontmoedigen en wat zijn de achterliggende motieven van rechters om dit wel of niet te doen?*’ Het antwoord daarop begon met een beschrijving van de ruimte die wet en jurisprudentie aan rechters bieden om met gedrag rekening te houden in de kostenveroordeling. Hoewel die ruimte groot is en op verschillende wijzen kan worden toegepast, bleek uit een systematische jurisprudentieanalyse dat die nauwelijks wordt benut. Met behulp van interviews werd

²¹⁶ De kans is dus klein dat niet-genoemde factoren in werkelijkheid een grote rol spelen.

²¹⁷ In § 6.7, waar het buitenlandse alternatief ‘scherpe normen’ wordt besproken, komen wel kostenconsequenties ten aanzien van specifiek beschreven gedragingen aan bod. § 8.3 en § 9.2.1 bouwen voort op dat alternatief en ook daarin wordt aandacht besteed aan de meest overlastgevende gedragingen.

onderzocht waar die terughoudendheid op gebaseerd is. Er bleken verschillende motieven te zijn, waarvan de rechtszekerheid, het willen voorkomen van *satellite litigation*, de diffuse grens tussen nodig en onnodig gedrag en de beschikbaarheid van alternatieve remedies de voornaamste zijn.

Welke betekenis kan aan deze (redenen voor) terughoudendheid worden toegekend voor het vervolg van het onderzoek? Feitelijk blijven er meerdere oplossingsrichtingen mogelijk in de zoektocht naar een kostenstelsel dat het beste scoort op de criteria van het toetsingskader. Een eerste richting zou het geheel afschaffen van kostenconsequenties op basis van gedrag zijn. Op die manier wordt tegemoet gekomen aan de redenen voor terughoudendheid zoals die in de interviews naar voren zijn gekomen.²¹⁸ Haaks op die eerste richting staat de mogelijkheid om rechters met scherpe, bindende normen te dwingen om hun terughoudendheid te laten varen.²¹⁹ Tussen deze twee mogelijkheden in staat de oplossingsrichting waarbij wordt gezocht naar alternatieve invullingen, die mogelijk de rechterlijke bezwaren tegen kostenconsequenties ten aanzien van gedrag wegnemen, waarna ze hun terughoudendheid (deels) laten varen. Ten slotte moet ook worden geëvalueerd of er met de huidige situatie van met terughoudendheid toegepaste kostenconsequenties iets mis is; misschien scoort geen enkel alternatief beter dan de status quo op de criteria tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure (§ 8.2).

In hoofdstuk 6 wordt eerst met een open blik gezocht naar nieuwe, door het buitenland geïnspireerde kostenprikkels, zonder dat reeds voor één richting wordt gekozen.²²⁰ Diversiteit is daarbij een van de selectiecriteria. In hoofdstuk 7 wordt dan met behulp van de rechtseconomie een theoretisch kader ontwikkeld waarmee de effecten van de diverse alternatieven kunnen worden voorspeld. Pas in hoofdstuk 8 komt de rechterlijke terughoudendheid weer terug, namelijk als belangrijke factor bij het voorspellen en evalueren van de mogelijke positieve en negatieve effecten van de verschillende alternatieven op het toetsingskader.

5.6.4 *Zelfstandige waarde van de interviewstudie en vervolgonderzoek*

De interviewresultaten hebben niet alleen een instrumentele waarde om tot beantwoording van de hoofdvraag van dit dissertatieonderzoek te komen, maar ze voegen ook op zichzelf reeds kennis toe, bijvoorbeeld aan de bestaande literatuur over procesgedrag. Waar Van der Wiel (2004) en Lindijer (2006) in hun dissertaties vooral aan de hand van de wet en casuïstiek lieten zien welk verstorend gedrag mogelijk is, is

²¹⁸ Zie § 6.6 en § 8.7.

²¹⁹ Zie § 6.7 en § 8.3, al wordt daar eveneens naar scherpe normen zonder dwingende kracht gekeken.

²²⁰ De vraag naar de wenselijkheid van herinvoering van het eigen beursje is door de meeste rechters negatief beantwoord, hetgeen relevant is voor de volgende hoofdstukken, omdat daarin het eigen beursje nader aan bod komt (zie § 6.8 en § 8.6.). Daar liep deze interviewvraag feitelijk op vooruit.

in dit onderzoek het oogpunt van de rechter toegevoegd en een beeld verkregen van de frequentie en overlast van de verschillende gedragingen.

Het beeld van terughoudendheid van rechters met kostenconsequenties past in een ruimer beeld van rechterlijke terughoudendheid in het sanctioneren van procespartijen.²²¹ Zo deed Jacobs recent een onderzoek naar handhaving van de substantiëringsplicht.²²² Daarin kwam naar voren dat de advocaten tegenover die plicht een positievere houding innemen als de rechterlijke macht strenger optreedt bij de handhaving van die plicht. Jacobs stelt dan ook dat ‘het gebrek aan sanctionering door de Nederlandse rechters een sterk negatieve invloed heeft op de in beginsel erg positieve houding van de advocatuur ten opzichte van de substantiëringsplicht’.²²³ Omdat de sancties niet zijn gespecificeerd, is onduidelijk in hoeverre de kostenveroordeling als sanctie wordt toegepast in vergelijking met andere remedies. Vast staat in ieder geval dat de terughoudendheid met kostensancties die uit deze interviewstudie blijkt, lijkt op de terughoudendheid met het handhaven van de substantiëringsplicht die in Jacobs’ onderzoek naar voren komt. De vraag rijst of de positieve relatie tussen de houding van de advocatuur en de mate van handhaving ook geldt voor ander verstorend procesgedrag dan de niet-nakoming van de substantiëringsplicht.

Uit de interviews komt naar voren dat rechters naast kostenconsequenties nog andere remedies hebben om verstorend procesgedrag te voorkomen, met name ook informele instrumenten vanuit hun regierol. Daarnaast is een vanuit de Raad voor de Rechtspraak geïnitieerd nader onderzoek verricht.²²⁴ Door observaties van zittingen en het gebruik van vragenlijsten voor rechters, advocaten en partijen is gepoogd een breder beeld te krijgen van de wijze waarop rechters instrumenten inzetten om partijgedrag in goede banen te leiden. Ook uit dat onderzoek blijkt dat rechters terughoudend zijn met formele sancties en vaak liever kiezen voor informele oplossingen, zoals een leespauze of een (non-)verbale terechtwijzing ter zitting.²²⁵ Wat in die studie verder opvalt, is dat observanten, partijen en advocaten meer

²²¹ In onderzoek van Langer & Doherty, over de terughoudendheid van rechters bij het Joegoslavië-tribunaal om hun case managementbevoegdheden aan te wenden, wordt mede als mogelijke verklaring gezien dat rechters vinden dat zij te weinig informatie hebben om efficiënt te kunnen ingrijpen. Rechterlijke interventies kunnen op zichzelf tot meer tijd en kosten leiden en kunnen vanwege het informatiegebrek leiden tot inaccuraat en/of oneerlijke beslissingen. Langer & Doherty 2011, p. 60-61. Zie nationaal ook Giesen 2006, p. 104-105; Barendrecht & Klijn (red.) 2004, p. 59-60.

²²² Jacobs 2010.

²²³ Jacobs 2010, p. 41.

²²⁴ ‘De goede procesorde in beeld’, waarbij ik mede-auteur was. Zie Barendrecht e.a. 2011.

²²⁵ Zie ook McMorro, Gardina & Ricciardone 2004. Op informele prikkels wordt in § 8.7.1.2 nog ingegaan.

‘procesversturende gedragingen’²²⁶ rapporteren dan de rechters in diezelfde zaken waarnemen.²²⁷ Dit kan er mogelijk op wijzen dat ook de in de onderhavige interviewstudie door rechters gerapporteerde frequentie van verstarend procesgedrag lager is dan wat door andere procesdeelnemers of neutrale waarnemers zou zijn gemeld.

Nader onderzoek naar de rol en visie van advocaten (en eventueel partijen) zou daarom ook interessant zijn. Enerzijds is er in dit onderzoek veel begrip voor de rol van de advocaat. De rechters beseffen dat de advocaat zit ingeklemd tussen de rechter en de cliënt. De advocaat kan volgens hen vaak niet weten welke kant de rechter met de zaak op wil. En van de cliënt weet de advocaat soms niet of die hem wel eerlijk heeft voorgelicht en alle relevante informatie heeft verstrekt. In die zin willen rechters niet te streng zijn. Anderzijds wordt er tamelijk veel kritiek geuit op ‘een bepaalde groep advocaten’ die slordig en inhoudelijk onbekwaam is en die vertragende procestactieken toepast. Wellicht heeft dit dubbele beeld ook te maken met de samenstelling van de groep geïnterviewden. Het gaat om elf ex-advocaten die uiteindelijk rechter zijn geworden en zichzelf waarschijnlijk niet tot die ‘bepaalde groep’ slechte advocaten rekenden. Het zou interessant zijn om ook de mening van advocaten (van allerlei niveaus) op dit punt te mogen horen. Ook zou het interessant zijn om te weten waarom advocaten niet vaak om kostenconsequenties jegens de wederpartij vragen; is dat omdat ze denken dat het zinloos is of speelt een professionele aardigheidscultuur een rol?²²⁸

²²⁶ Let op: in die studie is een andere definitie en operationalisering gehanteerd van verstarend gedrag, zie Barendrecht e.a. 2011, p. 18 e.v.

²²⁷ Barendrecht e.a. 2011, p. 104.

²²⁸ Zie hierover ook § 9.4.1.

Hoofdstuk 6: Potentiële nieuwe prikkels

6.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is een beeld ontstaan van een kostenveroordeling die de rechter weliswaar veel vrijheid geeft om rekening te houden met partijgedrag, maar waarbij in de praktijk rechters redenen zien om erg terughoudend te zijn met kostenconsequenties. Is dat de praktijk die het beste scoort op voortvarendheid, kostenefficiëntie en de kwaliteit van uitkomsten en procedure, of zijn er betere alternatieven? Uit hoofdstuk 5 volgt niet één oplossingsrichting. Daarom wordt in dit hoofdstuk gezocht naar diverse mogelijke nieuwe prikkels, die later in hoofdstuk 8 kunnen worden geëvalueerd en worden afgezet tegen de status quo: het huidige Nederlandse procesrecht. De derde deelvraag luidt daarom: *Welke nieuwe prikkels binnen het systeem van de kostenveroordeling kunnen vertragend en kostenverhogend procesgedrag mogelijk ontmoedigen?*

Inspiratie voor mogelijke alternatieven wordt gehaald uit buitenlandse kostenveroordelingstelsels, die een grote mate van diversiteit bieden.¹ Daarnaast wordt met een open blik gekeken. Een voorselectie van mogelijke nieuwe prikkels wordt in dit hoofdstuk gemaakt, met behulp van twee Engelse rapporten waarin gebruik is gemaakt van rechtsvergelijkend onderzoek en een verzameling landenrapporten ten behoeve van een Amerikaans congres. In hoofdstuk 8 worden de gevonden opties geëvalueerd.

De wijze waarop de voorselectie is gemaakt wordt verantwoord in paragraaf 6.2. Met behulp van de drie bestaande rechtsvergelijkende studies wordt deze selectie nader uitgewerkt in paragraaf 6.3, die wordt afgesloten met het lijstje van mogelijke alternatieve prikkels. In de daaropvolgende paragrafen 6.4 tot en met 6.8 worden de alternatieven onder de loep genomen en uiteindelijk zodanig geformuleerd dat ze kunnen worden getoetst op hun effecten bij eventuele inpassing in het Nederlandse stelsel. Aan elke prikkel wordt een paragraaf gewijd; de analyse is dus niet per land ingedeeld. De reden hiervoor is dat het doel van het bestuderen van buitenlandse rechtsstelsels het zoeken naar alternatieve prikkels is en niet zozeer het vergelijken van stelsels van proceskosten en procedurele sancties. In paragraaf 6.9 wordt de analyse van buitenlandse stelsels afgesloten met enkele algemene conclusies.

6.2 Selectie

Gedurende 2009 hebben er twee Engelse studies over de kosten van de civiele rechtspleging plaatsgevonden, waarvan er één puur rechtsvergelijkend is en de andere een belangrijke rechtsvergelijkende component heeft. Het gaat in de eerste plaats om het Oxfordse project ‘Costs and mechanisms of funding of litigation’ onder leiding van

¹ Zie Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009 en Reimann 2010.

Christopher Hodges en Stefan Vogenauer.² Zij hebben naar rapporteurs in 34 landen een questionnaire gestuurd met als onderwerp de nationale regels en praktijken omtrent de financiering en de kosten van het civiele rechtssysteem. Deze vragen dienden door een nationale praktijkjurist te worden beantwoord, waarna een academicus die informatie moest voorzien van achtergronden, nationale context en een kritische beschouwing.³ Medio 2010 is het boek⁴ uitgekomen, maar ik heb voor die tijd gebruik gemaakt van de verschillende landenrapporten⁵ en een artikel met eerste resultaten.⁶

De andere Engelse studie was in het kader van de grootschalige Review of Civil Litigation Costs, waarin Lord Justice Jackson de taak had om met voorstellen te komen om de toegang tot het recht van het Engelse rechtssysteem te verbeteren en de kosten naar een proportioneel niveau te brengen. De Woolf-reforms in de jaren '90 hadden namelijk wel de doorlooptijden van procedures weten te verkorten, maar de kosten zijn sinds die tijd alleen maar verder gestegen.⁷ Jackson heeft in een lijvig Preliminary Report de kostenstructuren van het Engelse systeem in kaart gebracht en ook enkele buitenlandse systemen laten onderzoeken.⁸ De daarin geformuleerde tijdelijke conclusies werden in de eerste helft van 2009 onderwerp van meerdere publieke debatten, seminars⁹ en publicaties. Jackson en zijn team hebben daarna het Final Report geschreven met tal van concrete aanbevelingen voor de Engelse praktijk.¹⁰ De aanbevelingen zijn zeer lezenswaardig, maar voor de zoektocht naar potentiële nieuwe prikkels is hier vooral het rechtsvergelijkende deel in Part 11 van het Preliminary Report van belang.

Medio 2010 vond er nog een derde rechtsvergelijkend project plaats. In het kader van een sessie over 'Cost and fee allocation rules' tijdens het XVIIIth International Congress of Comparative Law¹¹ verschenen van 35 landen rapporten

² Georganiseerd door het Centre for Socio-Legal Studies en het Institute of European and Comparative Law aan de University of Oxford. Zie http://www.csls.ox.ac.uk/european_civil_justice_systems.php, laatst geraadpleegd op 5 april 2011.

³ De vragenlijst staat in Appendix I van Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009.

⁴ Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010.

⁵ Te vinden op <http://www.csls.ox.ac.uk/COSTOFLITIGATIONDOCUMENTSANDREPORTS.php>; het betreft rapporten van 31 landen, laatst geraadpleegd op 5 april 2011. De namen van de rapporteurs (academic/practitioners) staan in Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010, p. xiii e.v.

⁶ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009.

⁷ Jackson 2009, p. 1-4.

⁸ Jackson 2009.

⁹ Zelf heb ik het publieke seminar op 27 juni 2009 in Birmingham bijgewoond.

¹⁰ Jackson 2010.

¹¹ Georganiseerd door de International Academy of Comparative Law en de American Society of Comparative met drie Washingtonse Law Schools als gastheren. Het congres vond plaats van 25 juli t/m 1 augustus 2010.

over de plaatselijke kostenregels.¹² Vermeldenswaard is het overkoepelende rapport van Reimann, met daarin een moedige poging om enige algemene lijnen te vinden in de verschillende systemen.¹³ Tot een overtuigende indeling komt hij niet, maar enige lijn in de kostenstelsels weet hij wel te vinden. De Centraal-Europese en Scandinavische landen vertonen onderling grote overeenkomsten, net zoals het enigszins plausibel is om te spreken van een Commonwealth-groep en een Iberische groep (Spanje, Portugal en Latijns-Amerikaanse landen).¹⁴ De klassieke verdeling tussen *common law* en *civil law* is vrijwel niet te maken op het gebied van proceskosten. Reimann ziet als enig verband dat de advocatenkosten in *common law*-landen hoger en onvoorspelbaarder zijn dan in *civil law*-landen, wat te verklaren valt door de hogere werklust die in het *common law* in de *pre-trial*-fase bij advocaten wordt neergelegd. In *civil law*-systemen is de rechter actiever in het proces en het sturen van de bewijsgaring, met als gevolg meestal lagere advocatenkosten.¹⁵

Er is voor gekozen om in dit onderzoek de zoektocht naar alternatieve prikkels te beperken tot de landen die in minstens één van bovengenoemde Engelse studies aan bod zijn gekomen; van het Amerikaanse project zijn slechts de rapporten gebruikt van landen die ook in minstens één van de Engelse studies aan bod zijn gekomen.¹⁶ Er zijn naast de drie genoemde studies nog andere rechtsvergelijkende onderzoeken geweest, maar die zijn te gedateerd of bevatten onvoldoende accurate informatie over kostenconsequenties.¹⁷

¹² De rapporten stonden tot en met augustus 2010 op de website <http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/welcome.en.cfm>. Deze zijn daarna verwijderd in verband met publicatierechten.

¹³ Reimann 2010, p. 64-65.

¹⁴ Reimann 2010, op. 64.

¹⁵ Reimann 2010, p. 64. Dit lijkt ook uit de Oxfordse cijfers te volgen, hoewel het sterk per zaakstype kan verschillen, zie Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 33 e.v en p. 69.

¹⁶ Dit in verband met het feit dat het hoofdstuk al grotendeels op basis van de Engelse rapporten was geschreven, op het moment dat de Amerikaanse conferentie plaatsvond. Van Australië, België, Bulgarije, Canada, China, Denemarken, Duitsland, Engeland & Wales, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hong Kong, Hongarije, Ierland, Italië, Japan, Letland, Nederland, Noorwegen, Polen, Portugal, Roemenië, Rusland, Schotland, Singapore, Taiwan, Tsjechië, Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland staan één of twee rapporten op de website van het Oxfordse project (<http://www.csls.ox.ac.uk/COSTOFLITIGATIONDOCUMENTSANDREPORTS.php>, laatst geraadpleegd op 5 april 2011). In Jackson 2009 worden in respectievelijk Chapters 54 t/m 62 behandeld: Schotland, Duitsland, Frankrijk, Nederland, Australië, Nieuw-Zeeland, Verenigde Staten, Canada en de Oost-Caraïben. Van de Washingtonse conferentie worden besproken: Australië, België, Canada, China, Duitsland, Engeland & Wales, Finland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Japan, Nederland, Noorwegen, Polen, Rusland, Schotland, Taiwan, Tsjechië, Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland. Onbesproken blijven Brazilië, IJsland, India, Israël, Macau, Mexico, Oostenrijk, Servië, Slovenië, Turkije, Venezuela, Zuid-Afrika en Zuid-Korea.

¹⁷ Taruffo (red.) 1999 is een mooie rechtsvergelijkende studie over processuele sancties maar is te gedateerd, terwijl een aantal Europese onderzoeken te weinig relevante informatie over het onderhavige

Hoewel in het Oxfordse onderzoek bij sommige landen de rapporten van ofwel de praktijkjurist ofwel de academicus ontbreken en de kwaliteit en begrijpelijkheid van de Oxfordse en Washingtonse rapporten soms gebrekkig zijn,¹⁸ kon over vrijwel alle landen relevante informatie worden verkregen. De delen uit de rapporten die gaan over het gebruik van de kostenveroordeling als prikkel tot wenselijk gedrag zijn verzameld en nader bekeken. Als daarbij relevante aanwijzingen werden gevonden, zijn de in de rapporten genoemde literatuur en wetgeving opgezocht en is aanvullende informatie (zoals jurisprudentie) verzameld.

Het selecteren van potentiële prikkels is gebeurd op basis van de criteria diversiteit, haalbaarheid en toegankelijkheid. Met diversiteit wordt bedoeld dat van meerdere prikkels die op elkaar lijken er slechts één is uitgekozen en beoordeeld. Uit hoofdstuk 5 volgde dat verschillende oplossingsrichtingen mogelijk zijn, namelijk zowel in de richting van een nóg kleinere rol voor kostenprikkels – dus toegeven aan de rechterlijke terughoudendheid – als in de richting van sterkere of andere kostenprikkels, waarmee juist wordt gepoogd om de rechterlijke terughoudendheid weg te nemen. Diversiteit tussen de alternatieven zorgt daardoor voor een zo breed mogelijke blik. Haalbaarheid betekent dat een potentiële prikkel wel in een westerse samenleving moet kunnen passen¹⁹ en dat die op het eerste gezicht wel enige potentie moet hebben om een verbetering te vormen in het Nederlandse systeem. De toegankelijkheid houdt in dat de voorkeur is uitgegaan naar prikkels uit landen waarvan (verwacht werd dat) bronnen beschikbaar²⁰ waren die details bevatten omtrent de werking van de betreffende prikkels.

6.3 *Bevindingen uit drie projecten: Oxford, Washington en Lord Jackson*

Verreweg de meeste onderzochte landen kennen de regel dat de partij met het ongelijk in beginsel wordt veroordeeld in de (al dan niet volledige) kosten van de winnaar. Alleen in de Verenigde Staten, China, Taiwan en Japan geldt feitelijk een *compensatiestelsel*²¹ en betaalt iedere partij de eigen kosten, uitgezonderd de (lage) gerechtskosten die wel voor verschuiving in aanmerking komen.²² In deze landen

onderwerp bevatten. Zie Reimann 2010, p. 8, voetnoot 8 voor een overzicht. Vermeldenswaard is Pfennigstorf 1984, die veel Europese systemen bespreekt en ook ingaat op de historische achtergronden van de kostenregels.

¹⁸ De Portugese en Griekse landenrapporten (Oxford) blonken bijvoorbeeld niet uit in helderheid op het gebied van kostensancties.

¹⁹ Bijvoorbeeld niet op het eerste oog direct in strijd met art. 6 EVRM.

²⁰ Met beschikbaarheid wordt ook bedoeld op de aanwezigheid van bronnen in de Engelse, Duitse of Franse taal.

²¹ Zie hoofdstuk 4 over de indeling in compensatiestelsels, indemnisiestelsels, arbitrum-iudicisstelsels en continentale stelsels.

²² Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009, p. 21. In Japan geldt formeel wel een kostenveroordelingsregel, maar in de praktijk komt het daar niet van. Zie voor Taiwan ook Huang 2009,

bestaan desalniettemin wettelijke uitzonderingen op die hoofdregel. Andersom worden in de landen waar in de regel wél een kostenveroordeling wordt uitgesproken bij sommige rechtsgebieden en zaaksoorten geen kostenveroordelingen gehanteerd.

Tussen de landen die wel een ‘loser pays’-regel kennen bestaat bovendien zeer veel verschil in de mate waarin de werkelijk gemaakte advocatenkosten worden gedekt door de proceskostenveroordeling. Ook hanteert een deel van de landen een forfaitair tarief zoals Nederland, wat overigens weinig zegt over de hoogte, omdat de tariefschalen soms zeer laag zijn en soms juist in de buurt van de werkelijk gemaakte kosten komen. Duitsland kent bijvoorbeeld relatief hoge forfaitaire tarieven en vrijwel geen vrijheid voor de rechter om daar van af te wijken.²³ Er zijn ook landen met een *arbitrium iudicis*-stelsel waarbij de rechter grote vrijheid heeft om wel of geen veroordeling uit te spreken, zoals Frankrijk en Letland.²⁴

Het bovenstaande gaat over de hoofdregel in zaken waarin één partij aan het langste eind trekt. De meeste landen kennen ook de regel dat bij gedeeld gelijk de kosten gedeeld worden door middel van kostencompensatie of door een proportionele verdeling van de kosten, evenredig aan de mate van het gelijk.²⁵

Voor dit onderzoek zijn echter vooral de kostenprikkel van belang die betrekking hebben op het procesgedrag. In de meeste landen geldt een regel dat alleen de kosten die ‘redelijk’, ‘niet manifest onredelijk’, ‘noodzakelijk’, ‘te goeder trouw’ en/of ‘proportioneel’ zijn voor vergoeding in aanmerking komen.²⁶ Die regel komt overeen met de Nederlandse regel in IE-zaken (art. 1019h Rv) en spreekt in feite voor zich: de winnende wederpartij heeft geen carte blanche, maar kan worden gevraagd om zijn kosten te verantwoorden. Hiervan gaat vooral de prikkel uit om zelf geen nodeloze en/of buitenproportionele kosten te maken, omdat die uiteindelijk bij winst van de procedure niet voor vergoeding in aanmerkingen zullen komen. Die prikkel is het sterkst waar de berekening op basis van werkelijk gemaakte kosten plaatsvindt en niet op basis van een forfaitair tarief, hoewel het ook bij hantering van een tarief mogelijk is om daarvan af te wijken bij onredelijk gemaakte kosten. Vergelijk de Nederlandse regel in normale zaken (art. 237 lid 1 Rv) dat nodeloze kosten voor rekening van de veroorzaker worden gelaten. Omdat Nederland ook al de compensatie bij gedeeld

p. 250 e.v. Zie verder de landenrapporten van deze vier landen, die zowel in het Oxfordse als in het Washingtonse project aan bod komen.

²³ Zie § 6.6, waarin het Duitse systeem nader besproken wordt.

²⁴ Zie de Oxfordse landenrapporten van beide landen (door Cadiet & Villedieu voor Frankrijk en door Torgans & Vaher voor Letland).

²⁵ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009, p. 20.

²⁶ Australië, Bulgarije, Canada, Engeland & Wales, Estland, Finland, Hong Kong, Hongarije, Ierland, Italië, Noorwegen, Polen, Roemenië, Rusland, Schotland, Singapore, Taiwan en Zweden. In Reimann 2010, p. 21, wordt zelfs gesteld dat ‘virtually everywhere, a party is liable for the costs caused by improper procedural moves, such as unnecessary, dilatory, or untimely acts. Jurisdictions vary greatly, however, in how forgiving (or draconian) they are in that regard’.

gelijk en een redelijkheidstoets kent, worden deze algemene opties niet als ‘mogelijke alternatieven’ beschouwd.

Een ander alternatief, de zogeheten *offer to settle* (of *payment into court*), wordt ook niet nader beschouwd. Dit kosteninstrument speelt onder andere in Engeland en Canada een grote rol en in mindere mate in de Verenigde Staten.²⁷ Het houdt in dat een partij een officieel ‘bod’ kan doen: de gedaagde biedt bijvoorbeeld € 10.000 aan eiser. Als eiser in de einduitspraak minder krijgt dan die € 10.000, zijn de gemaakte proceskosten in de periode na het bod voor zijn rekening. Deze regeling houdt enigszins verband met de in hoofdstuk 3 als versturende gedraging gedefinieerde ‘overdreven hoge vordering’, maar is mijns inziens voornamelijk een complexere manier om het gelijk in de procedure te bepalen. Het weigeren van een bod van de wederpartij zal immers veelal niet onder de definitie van versturend procesgedrag vallen, zelfs niet als de einduitspraak uiteindelijk ongunstiger uitvalt.²⁸ Een bespreking past in dit onderzoek dus niet goed thuis.²⁹

Dit zijn de opties die wel worden besproken en die, op basis van een globale scan van de genoemde rapporten, het beste voldoen aan de criteria van diversiteit, haalbaarheid en verwachte toegankelijkheid:

- *Minimum- en maximumbedragen*: In België betaalden partijen tot voor kort in beginsel de eigen advocatenkosten. In 2007 heeft de Belgische wetgever echter een wet aangenomen waarmee een vergoeding van de advocatenkosten werd ingevoerd: de rechtsplegingsvergoeding.³⁰ Daarvoor zijn forfaitaire tarieven bepaald, die zijn gekoppeld aan het zaaksbelang. Per categorie zijn echter naast een basisbedrag ook een minimum- en een maximumbedrag vastgesteld. Bij onder andere een ‘kennelijk onredelijke situatie’ mag de rechter naar boven of beneden afwijken, maar niet de grens van het minimum of maximum overschrijden. Dit levert een alternatief op dat voldoende afwijkt van de andere systemen om van diversiteit te kunnen spreken. De eventuele stap van het Nederlandse liquidatietarief naar een tarief met minima en maxima is bovendien haalbaar. Ten slotte is België goed toegankelijk vanwege dezelfde taal en de recente invoering van het systeem.

²⁷ Engeland: Part 36 CPR; Canada: § 419 e.v. Federal Courts Rules (en ook in deelstaatregeringen); Verenigde Staten: Part 68 FRCP.

²⁸ Dan zou immers ook het ‘gewone’ verlies van een procedure automatisch als versturend moeten worden aangemerkt en dat is weer in strijd met hetgeen waar in hoofdstuk 3 van is uitgegaan.

²⁹ Er is in de literatuur wel veel aandacht aan besteed. Zie o.a. De Mot & De Geest 2004, p. 55-57; Ward 2007; Peysner & Seneviratne 2005; Knutsen 2010; Katz 2000, p. 78 e.v.; Main & Park 2002.

³⁰ Op 1 januari 2008 trad de wet in werking. Zie het landenrapport van België (academic; door V. Sagaert & I. Samoy) van het Oxfordse project, nr. 18 e.v. Het Washingtonse rapport is door dezelfde auteurs geschreven.

- *Indemnity basis*: De meeste landen van het Britse Gemenebest kennen een onderscheid tussen de berekening van de kostenveroordeling conform de *standard basis* en de *indemnity basis*.³¹ Voor beide standaarden geldt dat de ontvangende partij een vergoeding krijgt voor redelijk gemaakte kosten, maar bij de *indemnity basis* worden die kosten ruimhartiger berekend in het voordeel van de ontvanger, waardoor een (veel) hogere vergoeding tot stand komt dan bij de *standard basis*.³² De *indemnity basis* wordt onder andere toegepast bij verschillende vormen van verstoring procesgedrag. Deze Engelstalige systemen zijn goed toegankelijk en een verhoogde kostenveroordeling bij verstoring gedrag zou niet onrealistisch zijn in het Nederlandse systeem, met name doordat de *indemnity basis* nog altijd de vergoeding van alle kosten als plafond heeft en er dus geen punitieve elementen (zoals dubbele kosten) inzitten waardoor de ontvanger er zelfs winst op zou kunnen maken. Hoewel enige parallellen te trekken zijn met de huidige Nederlandse mogelijkheid om via misbruik van recht en de onrechtmatige daad en/of afwijking van het liquidatietarief een hogere vergoeding te verkrijgen, is de *indemnity basis* qua vereisten en hantering toch afwijkend genoeg om aan de diversiteitseis te voldoen.
- *Geen prikkels*: Op grond van de rapporten leek er op het eerste gezicht in Duitsland geen discretionaire bevoegdheid voor de rechter te bestaan. Dit is in feite een ‘nuloptie’ waartegen alle andere prikkels kunnen worden afgezet. De Duitse wet schrijft vrij precies voor welke kosten van de winnaar door de verliezer vergoed moeten worden en de rechter heeft daarbij nauwelijks ruimte om anders te beslissen. Duitsland is als buurland met een verwante taal goed toegankelijk en volledige afschaffing van kostenprikkels op basis van gedrag voldoet ook aan het vereiste van diversiteit. Haalbaar lijkt de prikkel eveneens, nu de Nederlandse rechter toch al terughoudend is met de toepassing van kostenconsequenties in het huidige stelsel. Bij nader onderzoek bleek de Duitse rechter toch meer handvatten en beslissingsruimte ten aanzien van kostenconsequenties wegens verstoring procesgedrag te hebben dan op basis van de Engelse rapporten werd verwacht. Daarop wordt in paragraaf 6.6 nader ingegaan.
- *Scherpe wettelijke normen*: Zoals gezegd kennen vrijwel alle landen een algemene regel dat gemaakte kosten redelijk moeten zijn. Er zijn echter ook veel landen die concrete regels hebben waarin de kostenveroordeling aan specifiek procesgedrag wordt gekoppeld. Voor deze prikkel zijn niet één of twee landen bekeken, maar alle landenrapporten uit het Oxfordse (en aangevuld

³¹ In dit onderzoek: Australië, Canada, Engeland & Wales, Nieuw-Zeeland. In Canada spreekt men overigens over respectievelijk *partial indemnity* en *substantial indemnity*.

³² Jackson 2010, p. 28.

door het Washingtonse) onderzoek, waarbij een zo compleet mogelijke lijst met scherpe normen is opgesteld. Dit levert veel diversiteit op, zoals in paragraaf 6.7 in de tabellen te zien is. Haalbaar is waarschijnlijk niet elke gevonden scherpe norm, maar het gaat meer om de idee van scherpe normen an sich, dan om het overhevelen van concrete buitenlandse scherpe normen naar Nederland. De toegankelijkheid bleek soms problematischer wanneer achter de landenrapporten geen goed vertaalde regelingen zaten, maar met behulp van een zelf uitgevoerde vertaling bleek de strekking meestal voldoende te achterhalen.

- *Eigen beursje*: In hoofdstuk 4 is vermeld dat dit in Nederland is afgeschaft, maar in een aantal andere landen bestaat de mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks in de kosten te veroordelen nog steeds. Dit geldt volgens de Oxfordse landenrapporten voor Canada (Ontario), Denemarken, Engeland & Wales, Frankrijk, Hong Kong, de Verenigde Staten (federaal) en Zweden.³³ Herinvoering ligt in Nederland momenteel politiek gezien niet voor de hand, maar golfbewegingen zijn het Nederlandse systeem niet vreemd en de prikkel is haalbaar genoeg om te bespreken. Gekozen is om te kijken naar het eigen beursje in de twee meest toegankelijke landen³⁴, die verder veel van elkaar verschillen op proceskostengebied: Engeland & Wales en de Verenigde Staten (federaal).

In de volgende hoofdstukken worden deze prikkels met behulp van voornamelijk rechtseconomische inzichten geëvalueerd op hun verwachte effecten. Alvorens daartoe over te gaan, worden de prikkels eerst nader toegelicht in paragrafen 6.4 tot en met 6.8. Per prikkel wordt geschetst hoe en waar deze in de betreffende rechtsstelsels zijn vastgelegd en wordt ook kort de context beschreven van het (de) stelsel(s) waarin de prikkel haar werking heeft.³⁵ Voor zover mogelijk worden ook jurisprudentie en plaatselijke commentaren op de kostenprikkel beschouwd om enige duidelijkheid te krijgen over de wijze van toepassing. Vervolgens moet de prikkel worden geabstraheerd van het systeem van herkomst, omdat uiteindelijk de vraag is of het nuttig is om deze in Nederland te implementeren. Bovendien kunnen te uitgebreide prikkels met gedetailleerde toepassings- en uitzonderingsregels niet in volledigheid worden getoetst en moeten dus ook om die reden worden gesimplificeerd. Daarom wordt aan het eind van elke paragraaf de prikkel zodanig gedefinieerd, dat die niet

³³ Niet is uit te sluiten dat het in nog meer landen mogelijk is, want in de questionnaires werd niet expliciet naar deze mogelijkheid van het eigen beursje gevraagd, dus het is goed mogelijk dat sommige rapporteurs dit niet spontaan gemeld hebben.

³⁴ Qua taal, maar met name ook qua beschikbaarheid van literatuur en discussies over dit onderwerp.

³⁵ Behalve bij het overzicht van de wereldwijde scherpe normen in § 6.7, dan wordt slechts de wettekst zonder de verder context bekeken.

meer noodzakelijk gekoppeld is aan de context van het oorspronkelijke rechtsstelsel³⁶ en zodat die qua omvang toetsbaar wordt met betrekking tot de effecten op de tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure.

6.4 *Belgische minimum- en maximumbedragen*

6.4.1 *Nieuw systeem*

Per 1 januari 2008 geldt bij onze zuiderburen een nieuwe wettelijke regeling, op grond waarvan de winnaar van de procedure recht heeft op een forfaitaire tegemoetkoming in de ‘kosten en erelonen’³⁷ van zijn advocaat, ten laste van de verliezer. Voor 2008 gold in België feitelijk de ‘American rule’, waarbij in beginsel alleen de gerechtskosten exclusief de erelonen voor vergoeding in aanmerking kwamen.³⁸ Slechts bij een ‘tergend of roekeloos geding’, vergelijkbaar met het Nederlandse misbruik van procesrecht, kon de wederpartij een schadevergoeding krijgen waarin ook het ereloon van de advocaat werd meegenomen.³⁹

Dit systeem ging op de helling nadat het Hof van Cassatie in 2004 oordeelde dat de noodzakelijk gemaakte advocatenkosten een onderdeel kunnen zijn van de schadevergoeding die verschuldigd is op grond van niet-nakoming van een contract.⁴⁰ Daardoor zouden slechts de winnende eisers in aansprakelijkheidszaken hun advocatenkosten vergoed krijgen, terwijl de winnende gedaagden in die zaken en partijen in andersoortige zaken daar geen recht op zouden hebben.⁴¹ Volgens de literatuur was dit in strijd met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie en uiteindelijk oordeelde ook het Grondwettelijk Hof dat de wetgever deze situatie moest

³⁶ Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 92, over de moeilijkheid om een geheel kostenstelsel te transplanteren van het ene land naar het andere. Ik isoleer en abstraheer daarom steeds een klein onderdeel.

³⁷ Kosten zijn bijvoorbeeld de vaste kantoorkosten, telefoonkosten, reiskosten en kopieerkosten. Het ereloon betreft de gemaakte arbeidsuren.

³⁸ Slechts een verwaarloosbare ‘rechtsplegingsvergoeding’ voor bepaalde materiële handelingen kon op grond van art. 1022 (oud) Gerechtelijk Wetboek verhaald worden (zie bijbehorend K.B. van 30 november 1970 tot vaststelling van het tarief van de invorderbare kosten bedoeld in artikel 1022 van het gerechtelijk wetboek waarin bedragen werden genoemd verhaald worden. Zie Sagaert & Samoy 2007, p. 675; landenrapport (Oxford; academic; Sagaert & Samoy) België, p. 6; Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. 40.

³⁹ Sagaert & Samoy 2007, p. 1. In de eerste voetnoot staat een uitgebreid overzicht van literatuur over de aanleiding en totstandkoming van de nieuwe wet.

⁴⁰ Hof van Cassatie 2 september 2004, *RW* 2004-2005, 535. Twee jaar later werd hetzelfde geoordeeld over advocatenkosten van gelaedeerden bij buitencontractuele aansprakelijkheid (Hof van Cassatie 16 november 2006, *RW* 2006-2007, 1128).

⁴¹ Dit is een vergelijkbare situatie als de Nederlandse vergoeding van buitengerechtelijke kosten conform art. 6:96 lid 2 sub b en c BW.

repareren wegens strijd met de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet.⁴² De Belgische Senaat pikte dit snel op en er werden drie verschillende wetsvoorstellen opgesteld.⁴³ In de parlementaire discussie over het nieuw te ontwerpen systeem was vrijwel iedereen het er over eens dat de vergoeding van advocatenkosten in het procesrecht moest worden vastgelegd (dus niet in het materiële, burgerlijke recht). Meer onenigheid was er over aspecten als toegang tot het recht, de afweging tussen voorspelbaarheid en billijk maatwerk, het voorkomen van geschillen binnen het geschil en over de rol die het procesrechtsmisbruik en het tergende en roekeloze geding in het nieuwe systeem moesten gaan innemen.⁴⁴

Uiteindelijk is de basis voor de vernieuwde rechtsplegingsvergoeding opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek, tussen de bestaande kostenbepalingen. Dit artikel 1022 Ger.W. bepaalt dat de kosten van de advocaat conform een tariefschaal worden berekend. Het artikel noemt die tarieven zelf niet, maar bepaalt dat deze worden vastgesteld bij Koninklijk besluit, na overleg met de verschillende Ordes van Advocaten.⁴⁵ Dit levert een systeem op dat enigszins lijkt op het Nederlandse liquidatietarief.

Er zijn echter enkele relevante verschillen. Zo zijn de Belgische bedragen niet gekoppeld aan de soort en het aantal proceshandelingen (men kent dus geen tariefpunten), maar slechts aan de hoogte van de vordering.⁴⁶ Ook is er geen verschil tussen de tarieven in eerste aanleg en in hoger beroep. Het Belgische tarief kent verder per categorie niet alleen een basisbedrag, maar ook een minimumbedrag en een maximumbedrag. Het maximumbedrag is meestal ongeveer het dubbele van het basisbedrag.⁴⁷

In tabel 6.1 staan de bedragen zoals die volgen uit het besluit, na de indexatie op 1 maart 2011.

⁴² Grondwettelijk Hof 19 april 2006, *RW* 2005-2006, 1614, en Grondwettelijk Hof 14 juni 2006, *RW* 2006-2007, 38. Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze voorgeschiedenis Sagaert & Samoy 2007, p. 675-681.

⁴³ Uiteindelijk heeft men voortgebouwd op het Wetsvoorstel betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat (*Parl. St.* Senaat 2005-06, 3-1686), maar dit werd zo grondig geamendeerd dat van het oorspronkelijke voorstel weinig meer over is.

⁴⁴ Zie met name het uitgebreide Verslag van de Senaat (*Parl. St.* Senaat 2005-2006, 3-1686/5), waarin ook de adviezen van de Hoge Raad voor de Justitie en de Raad van State worden besproken.

⁴⁵ K.B. van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, *B.S.* 9 november 2007, p. 56837.

⁴⁶ Wel wordt rekening gehouden met verstek en met het direct inwilligen van een eis, zie artikel 1 en 6 van het Besluit.

⁴⁷ Uitzonderd de niet op geld waardeerbare vorderingen; daarbij liggen de bedragen verder uit elkaar.

Zaaksbelang in euro's	Basis	Minimum	Maximum
< 250,00	€ 165	€ 82,50	€ 330
250,01 - 750,00	€ 220	€ 137,50	€ 550
750,01 - 2.500,00	€ 440	€ 220	€ 1.100
2.500,01 - 5.000,00	€ 715	€ 412,50	€ 1.650
5.000,01 - 10.000,00	€ 990	€ 550	€ 2.200
10.000,01 - 20.000,00	€ 1.210	€ 687,50	€ 2.550
20.000,01 - 40.000,00	€ 2.200	€ 1.100	€ 4.400
40.000,01 - 60.000,00	€ 2.750	€ 1.100	€ 5.500
60.000,01 - 100.000,00	€ 3.300	€ 1.100	€ 6.600
100.000,01 - 250.000,00	€ 5.500	€ 1.100	€ 11.000
250.000,01 - 500.000,00	€ 7.700	€ 1.100	€ 15.400
500.000,01 - 1.000.000,00	€ 11.000	€ 1.100	€ 22.000
> 1.000.000,01	€ 16.500	€ 1.100	€ 33.000
Niet op geld waardeerbaar	€ 1.320	€ 82,50	€ 11.000

Tabel 6.1: Tarieven Belgische rechtsplegingsvergoeding conform art. 3-4 K.B.

Het is de bedoeling dat de rechter in beginsel het basisbedrag als rechtsplegingsvergoeding in rekening brengt aan de partij met het ongelijk⁴⁸, maar op grond van een viertal factoren die genoemd staan in artikel 1022 Ger.W. mag de rechter gemotiveerd naar beneden of boven afwijken, mits hij daarbij niet het vastgestelde minimum- of maximum overschrijdt.

Eén van die factoren is ‘het kennelijk onredelijk karakter van de situatie’.⁴⁹ Omdat deze norm tamelijk nieuw is, is deze nog niet helemaal uitgekristalliseerd in de rechtspraak, maar er is al wel een aantal keren een invulling aan gegeven. Zo wees het Vrederecht te Overijse-Zaventem het maximumtarief toe in een zaak waarin een reisorganisator had nagelaten om eisers op de hoogte te stellen van een vervroegde terugvlucht. Toen eisers daarvoor een vergoeding vroegen, heeft de reisorganisatie geweigerd om op brieven te antwoorden en onduidelijkheid veroorzaakt over de vraag of nu de Nederlandse of de Belgische vestiging contractspartij was. De ‘totaal klantvriendelijke houding’ gaf de rechter aanleiding om het maximumtarief toe te passen.⁵⁰

⁴⁸ Art. 1017 Ger.W. noemt overigens de uitzonderingen van de familiale band tussen partijen en het gedeelde ongelijk: net als in Nederland kan de rechter in die gevallen compenseren. In de overige gevallen wordt de partij met het ongelijk in beginsel in de kosten veroordeeld (al maakt het artikel een voorbehoud voor ‘bijzondere wetten die anders bepalen’.

⁴⁹ De andere factoren zijn de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak en de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij.

⁵⁰ Vrederecht Overijse-Zaventem 21 mei 2008, *RW* 2008-2009, 302.

In een andere zaak speelde een probleem dat ook in de interviews onder Nederlandse rechters soms naar voren kwam met betrekking tot de substantiëringsplicht. In de dagvaarding wordt gesteld dat de wederpartij niet heeft geprotesteerd tegen de factuur en niet heeft gereageerd op ingebrekestellingen. Tijdens de procedure blijkt echter dat wel degelijk is geprotesteerd. De rechtbank straft dit af met het maximumtarief, want dit is ‘kennelijk niet de houding van een normaal zorgvuldig eisende partij’.⁵¹

Na de inwerkingtreding was er op sommige punten nog onduidelijkheid. Een voorbeeld daarvan was de verhouding tussen de voormalige volledige vergoeding van advocatenkosten bij procesrechtsmisbruik (tergend en/of roekeloos geding) op grond van artikel 1382 Belgisch Burgerlijk Wetboek, het algemene artikel van de onrechtmatige daad, en de nieuwe rechtsplegingsvergoedingen met forfaitaire maxima. Sommige auteurs meenden dat slachtoffers van procesrechtsmisbruik bovenop het forfaitaire maximum op grond van artikel 1022 Ger.W. nog een aanvullende schadevergoeding konden eisen met artikel 1382 B.W. als grondslag, waarin ook de niet-vergoede advocatenkosten konden worden meegenomen.⁵² Andere auteurs meenden dat dit was uitgesloten.⁵³ Het Grondwettelijk Hof hakte deze en andere knopen door in een zaak waarin enkele vakbonden en -organisaties verzochten om de gehele nieuwe kostenwet te vernietigen wegens inbreuken op onder andere de toegang tot de rechter en het recht op juridische bijstand.⁵⁴ Met betrekking tot de samenloop van de forfaitaire rechtsplegingsvergoeding met schadevergoeding wegens procesrechtsmisbruik oordeelde het Hof dat het slachtoffer ‘de vergoeding [kan] verkrijgen van alle elementen van zijn schade, waarbij alleen het deel daarvan dat overeenstemt met de kosten en erelonen van zijn advocaat, op forfaitaire wijze ten laste moet worden genomen.’⁵⁵ Dit betekent dat een aanvullende vergoeding van advocatenkosten niet mogelijk is en het forfaitaire maximum dus het absolute plafond is.

De andere schade-elementen waar het Hof over spreekt zijn volgens de literatuur: het ereloon van de deskundige, tijdverlies, reis- en verplaatsingskosten, kopieer- en dossierkosten, immateriële schade (‘morele schade’) door de zorgen en aantasting van de goede naam die een proces meebrengen en de aantasting van de

⁵¹ Rechtbank van Koophandel Antwerpen 13 maart 2009, *RW* 2009-2010, 809.

⁵² O.a. Sagaert & Samoy 2007, p. 690-691.

⁵³ Zie Dirix 2008, p. 41-42.

⁵⁴ Dit verzoek werd overigens afgewezen, op sommigen punten op voorwaarde van een bepaalde wetsuitleg. Grondwettelijk Hof 18 december 2008, *RW* 2008-2009, 29. Nadien heeft de wetgever nog enkele andere onduidelijkheden willen verhelpen, zoals de tarieven in het geval van pluraliteit van vorderingen en/of procespartijen. Zie Voet 2011 en daarin opgenomen verwijzingen naar de Belgische parlementaire voorbereidingen.

⁵⁵ Zie overweging B.10.2.

kredietwaardigheid.⁵⁶ De betekenis van het procesrechtsmisbruik is dus niet helemaal verloren gegaan, maar het werkelijke ereloon van de advocaat was normaliter wel de grootste schadepost.⁵⁷ Het Hof oordeelt echter dat procesrechtsmisbruik voldoende afgeschrikt wordt door de andere schadeposten én door de mogelijkheid die de Belgische rechter heeft om een partij een geldboete van maximaal 2.500 euro op te leggen, wanneer ‘die de rechtspleging aanwendt voor kennelijk verdragende of onrechtmatige doeleinden.’⁵⁸

6.4.2 *De Belgische prikkel geabstraheerd*

Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten om alle aspecten van de Belgische kostenprikkel met betrekking tot procesgedrag gedetailleerd te toetsen. De hoofdelementen van het Belgische systeem zijn:

- Forfaitaire vergoedingen van advocatenkosten met een basisbedrag en de mogelijkheid voor de rechter om gemotiveerd af te wijken tot aan een wettelijk bepaald minimum- of maximumbedrag;
- De kennelijk onredelijke situatie als criterium om af te wijken;⁵⁹
- Het verbod om die minima of maxima te overschrijden, zelfs bij procesrechtsmisbruik.

In het volgende hoofdstuk zal dus worden bekeken hoe de verwachte effecten van deze punten scoren op het toetsingskader.⁶⁰

6.5 *Indemnity basis*

6.5.1 *Strafkosten in het Gemenebest*

De *indemnity basis* is een ruimhartigere berekeningswijze van proceskosten, die onder andere wordt toegepast op verstarend gedrag. Deze komt slechts voor in landen van het Britse Gemenebest met een *common law* systeem. Binnen die systemen bestaan echter ook weer grote verschillen, zowel in het algemeen als qua toepassing van de *indemnity basis*. De Engelse vorm wordt als eerste uitgewerkt, waarna van de andere landen wordt vermeld wat daar anders gaat. Omdat ook bij twee andere prikkels

⁵⁶ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 183-200.

⁵⁷ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 183. Zie ook Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. 41-42, over de niet-dekkende forfaitaire rechtsplegingsvergoeding en de toegang tot het recht.

⁵⁸ Conform art. 780*bis* Ger.W. Vóór 2007 was een dergelijke boete alleen in hoger beroep mogelijk, op grond van het geschrapte 1072*bis* Ger.W., waarover ook Wagner 2007, p. 532 e.v.

⁵⁹ De drie andere genoemde criteria zijn voor dit onderzoek verder niet relevant, omdat ze geen betrekking hebben op procesgedrag, maar op draagkracht, complexiteit en contractueel bepaalde vergoedingen.

⁶⁰ De mogelijkheid om een boete op te leggen bij kennelijk verdragende of onrechtmatige doeleinden komt ook nog terug, maar dan in het kader van de alternatieve remedies, die worden besproken in § 8.7.1.1.

(scherpe normen en eigen beursje) inspiratie wordt geput uit het Engelse systeem, zal die juridische infrastructuur nu iets gedetailleerder worden beschreven.

6.5.2 *Engeland & Wales: processuele infrastructuur*

Engeland en Wales⁶¹ zijn enerzijds een onmisbare bron van eventuele nieuwe prikkels. Conform de Civil Procedure Rules 1998 moet de rechter bij de berekening van de kostenveroordeling rekening houden met onredelijk gedrag en met de proceshouding van partijen. Hij kan dat op verschillende wijzen doen, waarbij de hier te bespreken *indemnity basis* slechts één variant is.⁶² Later in dit hoofdstuk komen andere varianten aan bod.⁶³ Ook kent Engeland een systeem waarin officiële schikkingsaanbiedingen (*offers to settle*) kunnen meewegen in de kostenveroordeling.⁶⁴ Bovendien is Engeland erg actief met ‘reviews’ van (delen van) het rechtssysteem, waardoor niet alleen veel informatie beschikbaar is over de inhoud van de rechtsregels, maar ook over de werking ervan in de praktijk en de kritieken daarop.⁶⁵

Anderzijds kent Engeland een geheel ander systeem van civiele rechtspraak dan Nederland en ook een andere procescultuur. Daarmee wordt niet alleen gedoeld op het verschil tussen *civil* en *common law*, op de taakverdeling tussen *solicitors* en *barristers*⁶⁶ en op de verschillen in rechterlijke organisatie, maar ook op de wijzen waarop de procespartijen en de rechterlijke macht doorgaans worden gefinancierd. Zo werkt Engeland met griffierechten die in beginsel kostendekkend zijn⁶⁷ en financieren partijen hun procedures veelal met *conditional fee agreements* (CFA) en *after the event insurances* (ATE).⁶⁸ Tamelijk uniek is het feit dat bij winst niet alleen een recht ontstaat op vergoeding van het tarief van de eigen advocaat, maar ook op vergoeding van de winstpremie op dat tarief én op de premie van de afgesloten ATE. Via dit systeem kunnen partijen soms al hun risico's afdekken. Deze vergoeding van winst- en ATE-premies gaat als het aan Jackson ligt overigens worden afgeschaft, omdat ze de systeemkosten opdrijven.⁶⁹

⁶¹ Voor de leesbaarheid zal hierna ‘Engeland’ worden aangehouden zonder toevoeging van Wales.

⁶² Verkijk 2010, p. 684, noemt kostensancties een van de voornaamste wapens van de Engelse rechter.

⁶³ Zie § 6.7 voor de scherpe normen en § 6.8.1 voor de *wasted costs orders* (eigen beursje).

⁶⁴ Opgenomen in Part 36 CPR. Zie § 6.3. over waarom deze niet nader worden onderzocht.

⁶⁵ In het kader van dit onderzoek zijn met name de rapporten van Jackson en de reacties in de literatuur daarop relevant.

⁶⁶ Zie Verkijk 2010, die in zijn hoofdstuk 2 de herkomst en praktijk van het verschil tussen *solicitors* en *barristers* bespreekt en ook vergelijkt met de Duitse en Nederlandse advocatuur.

⁶⁷ Zie Jackson 2010, p. 49-50. In de jaren 2005-2009 werd er zelfs méér betaald aan griffierechten dan dat de civiele rechtspraak kostte die daar tegenover stond!

⁶⁸ CFA's zijn een vorm van *no cure no pay*: bij verlies betaalt de cliënt niets, bij winst een premie. ATE's dekken de proceskostenrisico's bij verlies. Zie Van Boom 2009; Jackson 2009, p. 156.

⁶⁹ Jackson 2010, p. xiv.

Een ander element van het Engelse systeem is dat er normaal gesproken een hoge proceskostenveroordeling is, maar juist niet als de in het ongelijk gestelde partij met gesubsidieerde rechtsbijstand procedeert. Dan geldt *cost protection*, wat praktisch tot gevolg heeft dat de winnende wederpartij zijn kosten noch op de verliezer noch op het Legal Aid Fund kan verhalen.⁷⁰ Overigens wordt in Engeland erkend dat het door de hoge kosten nauwelijks voorkomt dat particuliere partijen uit eigen zak procederen, dus zonder Legal Aid en zonder constructies met CFA's en ATE's.⁷¹

Wat betreft de toets van procesgedrag speelt in Engeland ook nog mee dat partijen in veel soorten zaken verplicht zijn om zich voorafgaand aan het proces te houden aan zogeheten *pre-action protocols*, waarin regels staan over de communicatie en informatie-uitwisseling voorafgaand aan de officiële procedure.⁷² Overtreding daarvan kan tot sancties leiden, ook in de kostensfeer.⁷³

6.5.3 De CPR 1998 en de Engelse kostenregels

De Engelse kostenregels staan vooral in de Civil Procedure Rules 1998 (CPR), die zijn ingevoerd als onderdeel van de Woolf Reforms, naar aanleiding van de voorstellen die Lord Woolf deed om de klachten over de kosten, vertragingen en complexiteit van het oude systeem te verhelpen.⁷⁴

Vernieuwend in de CPR was het *overriding objective*: 'to deal with cases justly'. Dat houdt volgens Rule 1.1. CPR niet alleen in dat de partijen eerlijk worden behandeld, maar ook dat de rechter steeds de efficiëntie, snelheid en proportionaliteit in het oog moet houden. Bij het uitvoeren en interpreteren van alle regels in de CPR moet de rechter deze leidende doelstelling nastreven, met behulp van actief *case management*. De procespartijen moeten daar de rechter bovendien in steunen.⁷⁵

Wat betreft de kostenveroordeling is op grond van Rule 44.3 (2) het uitgangspunt dat de *unsuccessful party* de kosten moet vergoeden van de *successful party*.⁷⁶ De rechter heeft echter een discretionaire bevoegdheid met betrekking tot

⁷⁰ Behoudens enkele uitzonderingen, Jackson 2009, p. 149.

⁷¹ Jackson 2009, p. 146.

⁷² Jackson 2009, p. 294 en p. 422 e.v., zie de verschillende protocollen op:

http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm. Zie ook Verkijk 2010, p. 678-679.

⁷³ Rule 44.3 (5)(a) CPR.

⁷⁴ Zie Woolf 1996, wiens voorstellen grotendeels werden overgenomen door het parlement in de Civil Procedure Act 1997. Dit leidde o.a. tot oprichting van een Rule Committee die procedurele regels mocht opstellen. Zie Ingman 2004, p. 27; zie over de hervormingen ook Verkijk 2010, p. 478 e.v.

⁷⁵ Zie rules 1.2-1.4 CPR.

⁷⁶ Welke kosten daaronder vallen, hangt wel af van de soort *track* waarin de procedure valt. De CPR kent in het kader van case management drie tracks. De *small claims track* geldt voor zaken met een kleine financiële waarde, de *fast track* voor niet te complexe zaken met een beperkte financiële waarde die waarschijnlijk binnen een dag kunnen worden afgehandeld en de *multi-track* voor de overige zaken. Zie voor de precieze allocatiecriteria Rule 26.6 CPR. Bij *small claims* vallen de advocatenkosten bijvoorbeeld niet onder de kostenveroordeling (Rule 27.14).

kosten, op grond waarvan hij mag afwijken van die hoofdregel. Daarbij heeft hij de vrijheid om te bepalen wie, hoeveel en wanneer moet betalen aan de ander.⁷⁷ Bij het uitoefenen van die bevoegdheid moet de rechter volgens Rule 44.3(4) rekening houden met het gedrag van partijen tijdens de procesvoering (*conduct*), de mate waarin de verliezende partij op sommige punten wel succesvol was en met eventuele redelijke schikkingsaanbiedingen. Het *overriding objective* speelt hierin dus duidelijk mee. Onder *conduct* valt het gedrag voor en tijdens de procedure, de redelijkheid van claims en verweren, de wijze van procederen en het overdrijven van claims.⁷⁸ De rechter kan op grond daarvan dus een deel of zelfs alle kosten voor rekening van de winnaar laten of bepaalde kostenposten als onredelijk bestempelen.⁷⁹

Bij de wat ernstigere vormen van verstoring gedrag kan de Engelse rechter ook grijpen naar een ander kosteninstrument: de *indemnity basis*. Deze stamt al van voor de invoering van de CPR in 1998, namelijk uit 1986⁸⁰, en dat is de prikkel die in deze paragraaf nadere aandacht krijgt.

6.5.4 De Engelse indemnity basis

Voor 1986 waren rechters volledig vrij in hun kostenveroordelingen. Dat leidde wel eens tot weinig doordachte kostenbeslissingen, waarna de verliezer soms alles moest betalen, zelfs de onredelijkste kosten die de winnaar claimde.⁸¹ Daarop is besloten om de berekeningswijze te reguleren (in de RSC Ord 62, ingevoerd in 1986). De normale wijze werd de *standard basis*, waarbij de bewijslast van de redelijkheid van kostenposten bij de winnaar lag. Bij de *indemnity basis* moest de verliezer juist bewijzen dat bepaalde kostenposten *niet* redelijk waren. Beide bases zijn overgenomen in Rule 44.4 CPR 1998, maar daaraan is nog een verschil toegevoegd. Bij de *standard basis* moeten de kosten naast redelijk ook proportioneel zijn, gerelateerd aan het zaaksbelang, de complexiteit en de financiële positie van partijen. De *indemnity basis* kent wel de redelijkheidseis, maar niet de proportionaliteitseis, dus mogen de kosten disproportioneel hoog zijn, zolang de verschillende posten van werkelijk gemaakte kosten maar niet aantoonbaar onredelijk zijn.⁸²

⁷⁷ Rule 44.3 CPR.

⁷⁸ Rule 44.3 (5)(a) CPR.

⁷⁹ Zie voor talrijke voorbeelden Cook 2010, p. 125 e.v. Zie ook paragraaf 6.7, waarin de regels uit 44.3 (5)(a) zijn meegenomen in het overzicht van scherpe normen.

⁸⁰ Jackson 2010, p. 28.

⁸¹ Cook 2010, p. 149.

⁸² Cook 2010, p. 149-151. Jackson 2010, p. 37-38, meent echter dat het 'overriding objective' van proportionaliteit in Rule 1.1(2)(c) CPR ook nog enigszins doorwerkt in de *indemnity basis*, met name bij het berekenen van individuele kostenposten.

De *indemnity basis* wordt volgens Jackson vooral toegepast bij ‘an abuse of process or some other culpability or unreasonable conduct’.⁸³ Cook brengt hier bovendien categorieën in aan:⁸⁴

- Bedrog of achterbaksheid (*deceit or underhandedness*)
- Misbruik van het proces (*abuse of the courts procedure*)
- Niet met een open houding het proces ingaan (*not coming to court with open hands*)
- Vage/lichtvaardige claims (*tenuous claims*)
- Ongerechtvaardigde verweren (*unjustified defences*)
- Omvangrijk en onnodig bewijs (*voluminous and unnecessary evidence*)
- Verkeerde (bij)bedoelingen bij het proces (*extraneous motives for the litigation*)

In zijn omvangrijke kostengids heeft Cook een overzichtje opgenomen van zaken waarin de kosten volgens de *indemnity basis* zijn berekend (buiten de gevallen waarin die is toegepast wegens *offers to settle*).⁸⁵ De rechter past de *indemnity basis* bijvoorbeeld toe bij het constant wisselen van rechtsgronden⁸⁶ en het lichtvaardig beschuldigen van de wederpartij van fraude⁸⁷. Een overdreven hoge vordering op basis van ‘wishful thinking’ is overigens niet altijd zodanig onredelijk dat de *indemnity basis* wordt toegepast.⁸⁸

Interessant is de uitgebreide motivering die Justice Coulson geeft bij zijn beslissing om de *indemnity basis* toe te kennen in een smaadzaak.⁸⁹ Eiser en gedaagde waren respectievelijk vicevoorzitter en voorzitter van een door ruzie verdeelde vereniging. Gedaagde werd vlak na een telefonisch conflict met eiser een aantal malen hinderlijk gebeld, waarbij de beller soms stil bleef en soms bedreigende en seksuele uitingen deed. Gedaagde stuurde binnen de vereniging een brief rond waarin hij dit meldde, overigens zonder daarbij eiser direct te beschuldigen. Eiser vatte deze brief echter op als smaad en startte een *libel action* bij de High Court (Queen’s Bench). Uit getuigenverklaringen, bel-, en sms-gegevens die in de aanloop naar en tijdens het proces naar voren kwamen, bleek eiser echter wel degelijk achter de telefoontjes gezeten te hebben, al dan niet via een 16-jarige jongen die hij daartoe had aangezet. Op de derde zittingsdag trok eiser zijn claim in. De gedaagde vroeg om vergoeding van

⁸³ Jackson 2009, p. 26.

⁸⁴ Cook 2010, p. 155.

⁸⁵ Cook 2010, p. 155-160.

⁸⁶ *Amoco* [2002] BLR 135, QBD (Comm Ct).

⁸⁷ *National Westminster Bank plc v Rabobank* [2007] EWHC 1742 (Comm) QBD.

⁸⁸ *Balmorel Group Ltd v Borealis* [2006] EWHC 2531 (Comm).

⁸⁹ *Noorani v Calver* [2009] EWHC 592 (QB), [2009] WL 648828.

indemnity costs. De rechter wees deze (en een voorschot van £50.000 !) toe, omdat zowel het *pre-trial conduct* als de onderliggende claim niet deugden. In de voorfase had de eiser redelijke schikkingsaanbiedingen stellig geweigerd en wilde daar zelfs niet over praten. De onderliggende claim had volgens de rechter vooral als doel ‘to pursue the bizarre vendetta’s’ binnen de vereniging.⁹⁰ Bovendien was de claim op een leugen of op zijn minst op te grote onwaarschijnlijkheden gebaseerd:

‘(..) the claimant launched defamation proceedings either knowing that they were based on a lie or, giving him the greatest possible benefit of the doubt and assuming that he was not responsible for the calls, knowing that his case depended on a number of odd coincidences. He started the action in the knowledge that he had made the silent calls (albeit, on his case, with a convoluted explanation which he shared with no one until the second day of the trial); and in the knowledge either that he had also instructed the malicious calls, or knowing very soon after the proceedings started that the evidence pointed inexorably to that conclusion. And yet he maintained the claim until the third day of the trial, allowing him over a day in the witness box to make all sorts of unfounded and often risible suggestions about the defendant and a host of other people in the Association who were not even parties to the proceedings.’⁹¹

Deze zaak illustreert niet alleen hoe de rechter een leugenachtig en kansloos proces afstraft met *indemnity costs*, maar ook hoe uitgebreid de rechter aandacht aan het procesgedrag gerelateerd aan de kostenbeslissing besteedt: ruim zeven pagina’s lang. De rechter formuleert aan de hand van eerdere jurisprudentie als norm:

‘If indemnity costs are sought, the court must decide whether there is something in the conduct of the action, or the circumstances of the case in question, which takes it out of the norm in a way which justifies an order for indemnity costs (..)’⁹²

Deze norm vergt een uitgebreide bespreking en de rechter voldoet daar ruimschoots aan, maar het is de vraag of een dergelijke norm en motivering te handhaven zouden zijn in een systeem waarin de proceskosten lager zijn. Dat alleen het voorschot in de proceskosten in een smaadzaak aan één zijde al £50.000 bedraagt zou in Nederland of België bijvoorbeeld nauwelijks denkbaar zijn.

6.5.5 *De Canadese indemnity basis*

Canada is een federale staat, waarbij de bevoegdheden op civielrechtelijk gebied bij de verschillende provincies en territoria liggen.⁹³ Het rechtssysteem vertoont veel

⁹⁰ Zie r.o. 19.

⁹¹ Zie r.o. 32.

⁹² Zie r.o. 9.

⁹³ Er is daarnaast een parallel systeem van *federal courts*, maar de jurisdictie daarvan is beperkt. Deze behandelen o.a. zaken tegen de Canadese centrale overheid, IE-zaken en maritieme zaken. Zie http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc_cf_en/Jurisdiction (laatst geraadpleegd april 2011).

gelijkenis met de Engelse situatie, maar er zijn ook belangrijke verschillen, zoals het vervallen onderscheid tussen *solicitors* en *barristers*⁹⁴ en de toelaatbaarheid van *contingency fees*.⁹⁵ Daarnaast werken sommige provincies met vaste tariefschalen bij de kostenveroordeling.⁹⁶

Het landenrapport ten behoeve van het Oxfordse project heeft een grote nadruk op Ontario, met interessante details over de wijze waarop die provincie de proceskosten aan procesgedrag koppelt.⁹⁷ In Ontario heeft de rechter net als in Engeland een grote mate van vrijheid bij zijn kostenbeslissingen⁹⁸, met als hoofdregel dat de verliezer in de kosten wordt veroordeeld. In Ontario wordt echter nog sterker benadrukt dat de kostenveroordeling niet alleen functioneert als compensatie voor de winnaar, maar ook als belangrijk instrument om partijgedrag te beïnvloeden en procesmisbruik te voorkomen. De Court of Appeal for Ontario noemt als specifiekere doelen ‘to encourage settlement, to deter frivolous actions and defences, and to discourage unnecessary steps that unduly prolong the litigation.’⁹⁹

In de zaak *British Columbia v. Okanagan Indian Band* oordeelt ook het Canadese hooggerechtshof in deze zin en bevestigt daarmee de wijze waarop de kostenveroordeling in Ontario en andere provincies wordt toegepast:

‘As the *Fellowes* and *Skidmore* cases illustrate, modern costs rules accomplish various purposes in addition to the traditional objective of indemnification. (...) Costs can also be used to sanction behaviour that increases the duration and expense of litigation, or is otherwise unreasonable or vexatious. In short, it has become a routine matter for courts to employ the power to order costs as a tool in the furtherance of the efficient and orderly administration of justice.’¹⁰⁰

Eén van de instrumenten voor die specifiekere doelen is een systeem met verschillende gradaties in kostenberekeningswijzen, vergelijkbaar met de *standard basis* en de *indemnity basis* in Engeland. In Ontario (en ook in de andere Canadese staten) heeft men echter drie niveaus: *partial indemnity*, *substantial indemnity* en *full indemnity*.

⁹⁴ Zie het landenrapport (Oxford; academic; door E.S. Knutsen & J. Walker) Canada, p. 2.

⁹⁵ In Engeland is ‘no win no fee’ wel toegestaan in CFA’s (met een succespremie bij winst), maar niet de *contingency fees*, waarbij het honorarium een percentage is van de verkregen schadevergoeding. Zie Jackson 2009, p. 189-194 over de huidige reikwijdte van het verbod en de onderliggende regulering.

⁹⁶ Zie Manitoba Law Reform Commission 2005, p. 17-20, en het landenrapport (Washington; door Glenn) Canada, p. 5-6. Er zijn grote verschillen: zo is de kostenveroordeling in Quebec erg laag, mede veroorzaakt door de Franse achtergrond.

⁹⁷ Zie landenrapport (Oxford; academic; Knutsen & Walker) Canada, p. 10 e.v.

⁹⁸ Zie Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131 (1); nader uitgewerkt in Rule 57.01 van de onderliggende Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

⁹⁹ *1465778 Ontario Inc v 1122077 Ontario Ltd.* (2006) 82 OR (3d) 757 (CA), zoals aangehaald in landenrapport (Oxford; academic; Knutsen & Walker) Canada, p. 11.

¹⁰⁰ *British Columbia (Minister of Forest) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371.

Volgens Knutsen & Walker komen die neer op respectievelijk ongeveer 60%, 90% en 100% van de werkelijk gemaakte kosten.¹⁰¹ De werkelijk gemaakte kosten vormen het absolute plafond, maar deze *full indemnity* komt zelden voor. Grof gezegd kan de *partial indemnity* gelijkgeschakeld worden aan de Engelse *standard basis*, terwijl de *substantial indemnity* gelijkenis vertoont met de *indemnity basis*. In Ontario is in Rule 1.03 (1) van de Rules of Civil Procedure vastgelegd dat een vergoeding op basis van *substantial indemnity* anderhalf keer zoveel bedraagt als de vergoeding op basis van *partial indemnity*.¹⁰²

De *partial indemnity* wordt op haar beurt weer berekend aan de hand van de gedetailleerde kostenoverzichten die partijen moeten inbrengen aan het eind van de (deel)procedure.¹⁰³ Daarop moeten partijen informatie geven over hoeveel uren hun advocaten hebben gemaakt, wat hun tarief was, hoe ervaren de advocaten waren, het belang en de complexiteit van de zaak en ook drie punten over gedrag in de zaak:¹⁰⁴

- the conduct of any party that tended to shorten or lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;
- whether any step in the proceeding was improper, vexatious or unnecessary or taken through negligence, mistake or excessive caution;
- a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted.

Bij *partial indemnity* werd de kostenveroordeling in de periode 2002-2005 berekend aan de hand van vaste tarieven.¹⁰⁵ Die waren echter anders van aard dan het Nederlandse liquidatietarief (bedrag bepaald door proceshandelingen maal zaaksbelang) of de Belgische rechtsplegingsvergoeding (bedrag binnen bandbreedte bepaald door zaaksbelang), want in Ontario werd nog uitgegaan van werkelijk gemaakte uren. Alleen de bedragen per uur waren vastgelegd in Tariff A¹⁰⁶, waardoor de omvang van de totale kosten nog steeds niet echt voorspelbaar was.¹⁰⁷ Sinds 2005 bevat Tariff A slechts nog concrete tarieven over andere kostenposten en worden de advocatenkosten (en werkzaamheden van studenten en *law clerks*) door de rechter bepaald aan de hand van de ingediende kostenoverzichten en de criteria van Rule

¹⁰¹ Zie landenrapport (Oxford; academic; Knutsen & Walker) Canada, p. 13-14.

¹⁰² In de versie van 1 januari 2010, zie <http://www.canlii.org/en/on/laws/regu/rro-1990-reg-194/79006/>. De meest recente versie van de Rules is <http://www.canlii.org/en/on/laws/regu/rro-1990-reg-194/latest/>.

¹⁰³ Rule 57.01 (6), met behulp van een vast formulier (Form 57B), dat kan worden gedownload van <http://www.ontariocourtforms.on.ca/> (laatst geraadpleegd mei 2010).

¹⁰⁴ Dit zijn ook de criteria van Rule 57.01 (1).

¹⁰⁵ Zie Manitoba Law Reform Commission 2005, p. 12-17.

¹⁰⁶ Een bijlage bij de Rules of Civil Procedure.

¹⁰⁷ De onvoorspelbaarheid van de kosten is volgens Knutsen 2010 zelfs een groot probleem in heel Canada.

57.01 (1).¹⁰⁸ De tariefschalen zijn dus weer vervangen door rechterlijke beslissingsruimte.

Substantial indemnity wordt in Ontario in soortgelijke gevallen toegepast als de *indemnity basis* in Engeland. Net als in Engeland kan dit in de eerste plaats gebeuren bij het weigeren van officiële schikkingsaanbiedingen.¹⁰⁹ Daarnaast bepaalt Rule 20.06 dat de rechter *substantial indemnity* kan toepassen wanneer een partij onredelijk of te kwader trouw verzoekt om een *summary judgment*¹¹⁰ of onredelijk op zo'n verzoek van de wederpartij reageert. Ten slotte kunnen allerlei vormen van *misconduct* ook tot *substantial indemnity* leiden. De drie eerdergenoemde punten op het kostenoverzicht met betrekking tot gedrag spelen daarbij een rol.

Knutsen & Walker noemen enkele voorbeeldzaken waarin *substantial indemnity* is toegepast. Het gaat bijvoorbeeld om het ongefundeerd beschuldigen van de wederpartij van fraude, het ongefundeerd vragen om *punitive damages*¹¹¹ en het indienen van verdragende *motions*.¹¹² Die gevallen komen globaal overeen met het beeld dat Cook (2010) schetste van de Engelse situatie.

6.5.6 De Australische en Nieuw-Zeelandse *indemnity basis*

Ten slotte kennen ook Australië en Nieuw-Zeeland de *indemnity basis*. Op deze landen zal iets oppervlakkiger worden ingegaan, omdat deze zowel qua systeem als qua *indemnity basis* sterk lijken op Engeland en/of op Canada. Australië is net als Canada een federale staat, waarbij de deelstaten eigen bevoegdheden op civielrechtelijk terrein hebben.¹¹³ Men heeft geen *pre-action protocols* zoals Engeland die heeft¹¹⁴, maar vermeldenswaard zijn wel de mogelijkheden tot verplichte doorverwijzing naar mediation of andere vormen van alternatieve geschiloplossing.¹¹⁵

In Australië krijgt de winnaar bij de standaardberekening in de praktijk iets minder dan de helft van de kosten vergoed¹¹⁶, maar dat verschilt per deelstaat. Alleen

¹⁰⁸ O. Reg 42/05, van kracht sinds 1 juli 2005. Zie ook Olivo & Kelly 2006, p. 350, en Manitoba Law Reform Commission 2005, p. 14.

¹⁰⁹ Zie Rule 49, o.a. toegepast in *Meditel Inc. v. Baldhead Systems Inc.*, 2008 CanLII 68173 (ON S.C.).

¹¹⁰ Een *summary judgment* is een beslissing van de rechter waarin die de zaak zelf afdoet, zonder dat een (jury-) *trial* nodig is, omdat er geen feiten in geschil zijn die voor de beslissing van belang zijn.

¹¹¹ Zie landenrapport (Oxford; academic; Knutsen & Walker) Canada, p. 14, waarin wordt verwezen naar *DiBattista v Wawanesa Mutual Insurance Co* (2005) 78 OR (3d) 445 (CA) en *Lanty v Ontario* (2007) 61 RPR (4th) 161 (Ont HC).

¹¹² Zie *Venture Refractories Inc v Technical Strategies Inc* [2007] CarswellOnt 3392 (SCJ), zoals genoemd in landenrapport (Oxford; academic; Knutsen & Walker) Canada, p. 13.

¹¹³ Jackson 2009, p. 582, zie met name noot 140. Australië heeft zes Staten, twee Territoria op het vaste land en nog enkele overzeese Territoria, door mij alle aangeduid als 'deelstaten'.

¹¹⁴ Landenrapport (Oxford; academic; Cameron) Australië, p. 3.

¹¹⁵ Landenrapport (Oxford; academic; Cameron) Australië, p. 5-6.

¹¹⁶ Landenrapport (Oxford; academic; Cameron) Australië, p. 1-2, en landenrapport (Washington; Cameron], Australië, p. 1-2.

in New South Wales worden, zoals in Engeland, de redelijk gemaakte proceskosten berekend aan de hand van de werkelijke kosten. De andere deelstaten hebben tariefschalen.¹¹⁷

De Australische *indemnity basis* wordt ook in Australië ingezet bij onredelijk gedrag.¹¹⁸ Cameron schrijft echter dat deze weinig wordt toegepast. Naar de *indemnity basis* wordt volgens hem vooral gegrepen in zaken waarin de verliezende partij ‘significantly exacerbated the cost and duration of the case’.¹¹⁹ Wanneer deze berekeningswijze wordt gebruikt, krijgt de ontvangende partij in de praktijk bijna al haar werkelijke kosten vergoed.¹²⁰

Nieuw-Zeeland kent ook de regel dat de verliezer betaalt, maar de kostenvergoeding is gebaseerd op tariefschalen, waarin de complexiteit van de zaak meeweegt.¹²¹ De rechter bepaalt zo vroeg mogelijk in de procedure in welke van de drie complexiteitscategorieën de zaak valt. Elke categorie heeft een eigen dagtarief, dat wordt vermenigvuldigd met de redelijke tijd die per processuele stap vereist is. De redelijke tijd per processtap wordt aan de hand van een andere tabel bepaald.¹²² Al met al lijkt dit systeem sterk op het Nederlandse liquidatietarief, waarin de kosten aan de hand van het aantal processtappen en het zaaksbelang worden berekend.

Nieuw-Zeeland kent echter ook mogelijkheden met duidelijke criteria om van het tarief af te wijken, waaronder de mogelijkheid van *indemnity costs*. Deze zijn bepaald in Rule 14.6 van de High Court Rules. Lid 3 bepaalt de criteria voor ‘gewoon’ afwijken naar boven ten opzichte van de tariefschaal (*increased costs*), waarbij de volgende criteria betrekking hebben op gedrag:

‘(..) the party opposing costs has contributed unnecessarily to the time or expense of the proceeding or step in it by

(i) failing to comply with these rules or with a direction of the court; or

(ii) taking or pursuing an unnecessary step or an argument that lacks merit; or

(iii) failing, without reasonable justification, to admit facts, evidence, documents, or accept a legal argument; or

(iv) failing, without reasonable justification, to comply with an order for discovery, a notice for further particulars, a notice for interrogatories, or other similar requirement under these rules; or

(v) failing, without reasonable justification, to accept an offer of settlement whether in the form of an offer under rule 14.10 or some other offer to settle or dispose of the proceeding;’

¹¹⁷ Jackson 2009, p. 583-584, en landenrapport (Oxford; practitioners; Clark & Loveday) Australië, p. 9-10.

¹¹⁸ En net als in Engeland en Canada ook bij het weigeren van officiële, redelijke schikkingsaanboden. In Australië heten die *offers to compromise* in plaats van *offers to settle*. Zie landenrapport (Oxford; practitioners; Clark & Loveday) Australië, p. 18.

¹¹⁹ Landenrapport (Oxford; academic; Cameron) Australië, p. 2.

¹²⁰ Zie landenrapport (Oxford; academic; Cameron) Australië, p. 2; Jackson 2009, p. 582-583 en 588.

¹²¹ Jackson 2009, p. 595. Zie ook Economides & Taylor 2010.

¹²² Zie Venning 2006, p. 4-9. Dit wordt eveneens verkort weergegeven in Jackson 2009, p. 597-598.

Lid 4 bepaalt vervolgens dat *indemnity costs* van toepassing zijn in deze zwaardere gevallen van verstarend gedrag:

- ‘(a) the party has acted vexatiously, frivolously, improperly, or unnecessarily in commencing, continuing, or defending a proceeding or a step in a proceeding; or
- (b) the party has ignored or disobeyed an order or direction of the court or breached an undertaking given to the court or another party; (..)’

Jackson stelt dat de Nieuw-Zeelandse rechters terughoudend zijn met *increased* en *indemnity costs*. Als voorbeeld van een zaak waarin *indemnity costs* wel aan de orde waren noemt hij *Bradbury v Westpac*, waarin de eiser een schot hagel aan hopeloze claims loste, in de hoop zo een schikking te forceren.¹²³

6.5.7 *Indemnity basis: samengevat en geabstraheerd*

De *indemnity basis* komt in de hierboven besproken landen onder verschillende namen en ook met iets verschillende toepassingsvereisten en kostengevolgen voor. Niet alleen zijn er verschillen tussen Engeland, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland, maar ook binnen Canada en Australië hanteren deelstaten niet dezelfde regels. De gemene deler is dat er naast een normale, ‘zuinige’ kostenberekenningswijze ook een fors hogere standaard bestaat, die door de rechter gemotiveerd kan worden toegepast bij verschillende vormen van verstarend procesgedrag. Het zijn ook dan nog steeds alleen de redelijke kosten die voor vergoeding in aanmerking komen, maar die hoeven niet proportioneel te zijn ten opzichte van het zaaksbelang, de complexiteit en de financiële positief van partijen. Het punitieve element is beperkt, doordat de 100% dekking van de werkelijk gemaakte kosten niet overstegen wordt. Met het loslaten van forfaitaire tarieven (of het vermenigvuldigen met 1,5 in Ontario) en/of het laten vallen van proportionaliteitseisen en/of het omkeren van de bewijslast betreffende de redelijkheid van kostenposten wordt echter wel een flink verschil gemaakt tussen de *standard basis* en de *indemnity basis*.

Wat verder opvalt is dat in de jurisprudentie waarin de *indemnity basis* wordt toegepast, veelal sprake is van een uitgebreide motivering van die beslissing. Het lijkt er op dat de rechters de *indemnity basis* met voorzichtigheid toepassen, gezien de uitgebreide motivering, de zwaar aangezette vereisten in regels en jurisprudentie en de gevonden commentaren bij de verschillende landen.

Bij het abstraheren van een toetsbaar en simpel concept van de *indemnity basis* moeten keuzes worden gemaakt tussen de systemen. De wijze waarop Ontario de *standard basis* gewoonweg vermenigvuldigt met anderhalf is weliswaar aansprekend, maar heeft veel weg van het eerder besproken Belgische systeem, en wijkt af van de

¹²³ Zie Jackson 2009, p. 602, en *Bradbury v Westpac Banking Corporation* [2008] PRNZ 859.

andere systemen met een *indemnity basis*. Engeland wijkt juist af met haar omkering van de bewijslast betreffende de redelijkheid van kostenposten. Het systeem met een *indemnity basis* wordt daarom in de komende hoofdstukken in de volgende vorm getoetst:

- Er is een *standard basis* met forfaitaire tarieven en/of een proportionaliteitstoets (de kostenveroordeling mag niet te hoog zijn ten opzichte van het zaaksbelang), waardoor de kostenveroordeling normaliter niet kostendekkend is;
- Er is een *indemnity basis* die de rechter (uitgebreid) gemotiveerd toepast bij de zwaardere varianten van verstorend procesgedrag;
- Bij de *indemnity basis* worden de forfaitaire tarieven en/of proportionaliteitstoetsen van de *standard basis* losgelaten. De ontvanger krijgt daardoor een significant hogere kostenvergoeding dan normaal;
- De eis dat alleen de redelijk gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen blijft bij de *indemnity basis* overeind staan;
- De werkelijk gemaakte proceskosten worden nooit overstegen.

Er is enige gelijkenis met het concept van misbruik van recht en/of de gewone onrechtmatige daad dat in Nederland (en vergelijkbaar in veel andere civil law landen) bestaat en waarmee in uitzonderlijke gevallen ook hogere proceskostenvergoedingen verkregen kunnen worden.¹²⁴ Het verschil is dat die figuren vrijwel nooit voorkomen, omdat het materieelrechtelijke figuren zijn waartoe een nieuwe vordering moet worden ingesteld, met opnieuw een stelplicht en bewijsrisico voor de partij die de hogere vergoeding verlangt. De *indemnity basis* is daarentegen een procesrechtelijk instrument dat binnen de kostenregelingen is vastgelegd, die daardoor bij verstorend gedrag meer voor de hand ligt en door rechters in de praktijk ook frequenter gebruikt wordt dan de misbruikfiguur in Nederland en omliggende landen.

Een andere gelijkenis is er tussen de *indemnity basis* en de mogelijkheid voor de Nederlandse rechter om van het liquidatietarief af te wijken en een partij in de werkelijke proceskosten te veroordelen. Van die mogelijkheid is echter uit de interviews en het jurisprudentieonderzoek gebleken dat die niet of nauwelijks wordt toegepast en dat daar geen uitontwikkeld beoordelingskader voor bestaat. De wijze waarop de *indemnity basis* is vastgelegd in de wet en gemotiveerd wordt toegepast in de besproken landen, kan inspiratie bieden voor de omgang met de niet-bindendheid van het liquidatietarief in Nederland. Daarop wordt in de navolgende hoofdstukken verder ingegaan.

¹²⁴ Zie § 4.3.5 en Van der Wiel 2004, p. 288 e.v.

6.6 *Duitsland: geen rekening houden met gedrag?*

Uit het interimrapport van Jackson lijkt naar voren te komen dat Duitsland de ‘verliezer betaalt’-regel tot in het extreme heeft doorgetrokken.¹²⁵ De winnaar krijgt altijd zijn volledige kosten vergoed en de rechter heeft geen discretionaire ruimte om anders te beslissen. Voor het onderhavige onderzoek is een dergelijke ‘nulprikkel’ interessant om te beschouwen. In Nederland zijn rechters erg terughoudend met het toepassen van hun huidige arsenaal aan kostensancties, dus ligt het al snel voor de hand om alleen te kijken naar andere rechtssystemen waar rechters verschillende soorten sancties wellicht actiever toepassen. Toch zou dat een eenzijdig beeld opleveren, want ook het complete tegenbeeld is een reëel alternatief: gedrag *nooit* meewegen in de kostenveroordeling.

Het rapport voor het Washingtonse congres¹²⁶ en een nadere bestudering van de achterliggende wetgeving nuanceren echter het beeld dat kostenconsequenties in Duitsland geheel niet mogelijk zouden zijn, al is de ruimte inderdaad klein. Met name de partij die de zaak toch al heeft verloren en in de kosten wordt veroordeeld, die meestal fors zijn, kan daar bovenop geen verdere kostenconsequenties op grond van gedrag ondervinden.¹²⁷ Ook al vallen het Duitse systeem en de ‘nulprikkel’ bij nader inzien niet volledig samen, toch komt Duitsland wel het dichtst bij een systeem zonder kostenprikkels en bieden de rigide tariefschalen inspiratie om een scherper beeld te krijgen van hoe een systeem zonder kostenconsequenties ten aanzien van gedrag er uit zou kunnen zien. Daarom is er voor gekozen om de navolgende bespreking van het Duitse systeem te handhaven, maar uiteindelijk wel een echte ‘nuloptie’ als alternatief te gaan toetsen in hoofdstuk 8.¹²⁸

Eerst worden kort het algemene Duitse systeem en de griffierechten besproken. Daarna volgen de regels voor contracten tussen advocaat en eigen cliënt. Vervolgens komt de Duitse kostenveroordeling aan bod, met daarbij de mogelijkheden om kostenconsequenties met betrekking tot gedrag op te leggen. Ten slotte wordt geëvalueerd in hoeverre het Duitse systeem daadwerkelijk kan worden gezien als een ‘nulprikkel’.

6.6.1 *Kostenstelsel en griffierechten*

Onze oosterburen werken net als Nederland en België met tarieflijsten, maar de Duitse systematiek is meer rigide en gedetailleerd uitgewerkt.¹²⁹ De griffierechten, de

¹²⁵ Jackson 2009, p. 555-565. Zo ook landenrapport (Oxford; academic; Hess & Huebner) Duitsland, p. 3.

¹²⁶ Landenrapport (Washington) Duitsland, p. 5, eveneens geschreven door Hess & Huebner. Vreemd genoeg noemen zij de uitzonderingen niet in het Oxfordse rapport en wel in het Washingtonse rapport.

¹²⁷ Breyer 2006, p. 237.

¹²⁸ Zie ook § 6.6.5.

¹²⁹ Zie ook landenrapport (Oxford; academic; Hess & Huebner) Duitsland, p. 3.

minimale advocatenhonoraria en de kostenveroordeling hangen alle drie af van de zogenaamde *Streitwert* (of de daaraan gerelateerde *Gegenstandswert*), die vergelijkbaar is met het Nederlandse zaaksbelang. De griffierechtpunten (*Gebühren*) volgen uit een tabel in artikel 34 en bijbehorende Anlage 2 van het Gerichtskostengesetz (GKG), waarin de hoogte per punt afhangt van de *Streitwert*. Vervolgens geeft Anlage 1 een uitgebreid en complex overzicht van het aantal punten per soort proces en per handeling. Zo kost een normaal geschil op tegenspraak in eerste aanleg 3 punten.¹³⁰ De *Gebühren* bedragen in een geschil met een *Streitwert* van € 10.000 per punt € 196.¹³¹ In eerste aanleg moet dat in een geschil op tegenspraak met drie worden vermenigvuldigd, wat neerkomt op € 588.¹³² Overigens wordt dit totaalbedrag bij een schikking weer teruggebracht tot één punt (€ 196).¹³³ Het systeem komt er op neer dat de griffierechten in Duitsland lager zijn wanneer er verstek is of snel wordt geschikt, maar dat ze hoger oplopen als er tot het eindvonnis wordt doorgeprocedeerd.¹³⁴

Interessant is § 38 GKG, dat bepaalt dat de rechter ambtshalve een verhoging van één punt aan een partij kan opleggen, wanneer deze de zaak verwijtbaar vertraagd heeft door laat met stellingen, feiten of ander processuele verrichtingen naar voren te komen:

§ 38 Verzögerung des Rechtsstreits

Wird außer im Fall des § 335 der Zivilprozessordnung durch Verschulden des Klägers, des Beklagten oder eines Vertreters die Vertagung einer mündlichen Verhandlung oder die Anberaumung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung nötig oder ist die Erledigung des Rechtsstreits durch nachträgliches Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln, Beweismitteln oder Beweiseinreden, die früher vorgebracht werden konnten, verzögert worden, kann das Gericht dem Kläger oder dem Beklagten von Amts wegen eine besondere Gebühr mit einem Gebührensatz von 1,0 auferlegen. Die Gebühr kann bis auf einen Gebührensatz von 0,3 ermäßigt werden. Dem Kläger, dem Beklagten oder dem Vertreter stehen gleich der Nebenintervenient, der Beigeladene, der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht und der Vertreter des öffentlichen Interesses sowie ihre Vertreter.

Deze bepaling wordt echter zelden toegepast en de door de verhoging getroffen partij heeft het recht om tevoren hierover gehoord te worden.¹³⁵

¹³⁰ Zie Anlage 1 GKG, Teil 1, Hauptabschnitt 2, Abschnitt 1 (nr. 1210).

¹³¹ Ditzelfde voorbeeld wordt gebruikt in het landenrapport (Oxford; practitioners; Molitoris) Duitsland, p. 7.

¹³² Naast het gewone vast recht, de Gebühren, kunnen daar nog *Auslagen* bijkomen; dat zijn kosten voor onder andere getuigen, deskundigen, tolken, reizen en de verzending van producties en afschriften.

¹³³ Zie Anlage 1 (nr. 1211) GKG.

¹³⁴ Bij een geschil over € 10.000 bedragen de griffierechten in 2010 conform art. 2 WTBZ overigens € 313 per partij in Nederland. Zie voor een uitgebreidere bespreking en vergelijking van de Duitse en Nederlandse stelsels Faure & Moerland 2006.

¹³⁵ Zöller Zivilprozessordnung 2009, p. 439.

6.6.2 Contract tussen advocaat en eigen cliënt

Tussen de advocaat en de cliënt geldt in beginsel een vast tarief per zaak, dat aan de hand van de *Gegenstandswert*¹³⁶ wordt bepaald met een wettelijk vastgelegde tariefschaal, die te vinden is in de Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).¹³⁷ De tariefschaal kent tarieven voor drie afzonderlijke vergoedingen: een vergoeding voor het (schriftelijk) procederen, een vergoeding voor zittingen en een vergoeding voor een bereikte schikking.¹³⁸ Elke vergoeding is slechts één keer verschuldigd per instantie, onafhankelijk van hoeveel brieven een advocaat uiteindelijk voor dat bedrag schrijft of hoeveel zittingen die bijwoont. In een zaak in eerste aanleg met een *Gegenstandswert* van € 10.000, waarin schriftelijk en mondeling wordt geprocedeerd en uiteindelijk wordt geschikt, is elk punt € 486 waard conform Anlage 2 RVG. In Anlage 1 zijn vervolgens de aantallen punten per soort vergoeding vastgelegd. In totaal heeft de advocaat recht op een beloning van:

Schriftelijk (<i>Verfahrensgebühr</i>)	1,3 punten ¹³⁹ x € 486 =	€ 631,80
Zittingen (<i>Terminsgebühr</i>)	1,2 punten ¹⁴⁰ x € 486 =	€ 583,20
Schikking (<i>Einigungsgebühr</i>)	<u>1,5 punten¹⁴¹ x € 486 =</u>	<u>€ 729,00</u>
Totaal:	4 punten x € 486 =	€ 1944,00

Bij hoger beroep worden meer punten gerekend per soort vergoeding, terwijl bij verstekzaken en intrekkingen juist minder punten worden toegekend.¹⁴² Anlage 1 RVG telt nog tal van complicaties, bijvoorbeeld voor advocaten die meerdere cliënten vertegenwoordigen, maar die worden hier verder niet besproken.

Advocaat en cliënt mogen onderling wel een hoger tarief afspreken dan wat uit de RVG volgt, maar geen lager tarief.¹⁴³ Overigens wordt in 70% van de gevallen de

¹³⁶ De *Gegenstandswert* wordt in § 22 e.v. RVG bepaald aan de hand van het zaaksbelang, met daarin meegenomen het aantal procesdeelnemers per zijde. Deze lijkt sterk op de *Streitwert* waarop de griffierechten gebaseerd worden.

¹³⁷ Deze wet is van kracht sinds 2004. Voor die tijd gold de Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO). Genoemde hoofdregel is te vinden in § 2 RVG.

¹³⁸ Respectievelijk de *Verfahrensgebühr*, de *Terminsgebühr* en de *Einigungsgebühr*. Zie Landenrapport (Oxford; practitioners; Molitoris) Duitsland, p. 10-14.

¹³⁹ Anlage 1 RVG, nr. 3100,

¹⁴⁰ Anlage 1 RVG, nr. 3104.

¹⁴¹ Anlage 1 RVG, nr. 1000.

¹⁴² Zie landenrapport (Oxford; practitioners; Molitoris) Duitsland, p. 22-27.

¹⁴³ De achtergrond van die regel is tweeledig. In de eerste plaats wordt de advocaat in Duitsland niet alleen als private dienstverlener gezien die slechts in het belang van de cliënt handelt, maar ook als een rechtsstatelijk instituut dat moet staan voor kwaliteit. Voor die kwaliteit staat een minimumbedrag. In de tweede plaats wordt van advocaten verwacht dat zij met de grotere zaken winst maken, zodat ze de

tariefschaal gevolgd.¹⁴⁴ Vermoed wordt dat dit mede wordt veroorzaakt door het grote marktaandeel van rechtsbijstandverzekeraars, bij wie advocaten moeilijk een hoger honorarium kunnen bedingen.¹⁴⁵ *No cure no pay* is onder strikte voorwaarden ook toegestaan.¹⁴⁶

6.6.3 *Proceskostenveroordeling*

Conform artikel 91 lid 1 van de Zivilprozessordnung (ZPO) betaalt de verliezer de proceskosten van de winnaar, voor zo ver die kosten *notwendig* zijn.¹⁴⁷ Die noodzakelijkheidseis brengt dus toch enige discretionaire ruimte met zich mee, al is die beperkt, want lid 2 bepaalt dat de advocatenkosten conform de RVG altijd noodzakelijk zijn. De griffierechten en advocatenkosten binnen de kostenveroordeling worden bepaald door dezelfde tariefschalen (GKG en RVG) als hierboven genoemd. In de gevallen waarin één partij volledig in het gelijk is gesteld, is er in beginsel dus sprake van een volledige kostenveroordeling in de werkelijk gemaakte kosten, behalve daar waar advocaat en cliënt een hoger bedrag hebben afgesproken dan het bedrag dat uit de tariefschaal volgt. Die verhoging is niet voor vergoeding vatbaar, nu de kostenveroordeling strak aan de hand van de tariefschaal wordt bepaald. Het vereiste van *notwendigheid* geeft rechters dus nog steeds weinig ruimte, omdat de griffierechten en de advocatenkosten conform de tariefschalen altijd noodzakelijk zijn. Andersom zijn de kosten die boven die tariefschalen uitgaan en de kosten van extra advocaten per cliënt nooit noodzakelijk.¹⁴⁸ De Duitse rechter heeft qua advocatenkosten en griffierechten dus feitelijk geen beslissingsruimte, waardoor de noodzakelijkheidstoets vooral van belang is voor kleinere kostenposten, zoals de reiskosten.

De rechter bepaalt in zijn eindvonnis wie in de kosten veroordeeld wordt (art. 308 lid 2 ZPO), maar bij geschillen over de berekening van de kosten volgt een speciale procedure bij de *Rechtspfleger*, een functie die gerechten in Nederland niet kennen en die qua positie tussen de Nederlandse rechter en de griffier in zou staan.¹⁴⁹

kleinere zaken met verlies kunnen behandelen (kruissubsidiëring). Zie landenrapport (Oxford; academic; Hess & Huebner) Duitsland, p. 9.

¹⁴⁴ Jackson 2009, p. 562.

¹⁴⁵ Jackson 2009, p. 564, op basis van de Duitse ‘Soldan’-studie uit 2006. Andersom zou overigens juist de grote rol van rechtsbijstandsverzekeraars mede verklaard kunnen worden door de rigide, voorspelbare systematiek met kostenschalen. Voorspelbaarheid leidt immers tot betere verzekerbaarheid.

¹⁴⁶ § 4 e.v. RVG.

¹⁴⁷ Daarnaast zijn er soms nog materieelrechtelijke aanspraken op kostenvergoedingen mogelijk, maar die betreffen preprocesuele of buitengerechtelijke kosten. Het voert in dit kader te ver om daar nader op in te gaan. Zie Zöller Zivilprozessordnung, p. 365.

¹⁴⁸ Met uitzondering van een correspondentieadvocaat, mits die noodzakelijk is. Zie landenrapport (Oxford; practitioners; Molitoris) Duitsland, p. 30-31.

¹⁴⁹ Zie art. 103 e.v. ZPO. Jackson vergelijkt de *Rechtspfleger* met de Engelse *costs officer*, zie Jackson 2009, p. 559.

Bij gedeeld gelijk wordt er gecompenseerd of worden de kosten proportioneel aan de mate van gelijk tussen partijen gealloceerd.¹⁵⁰ In artikel 93 ZPO is bepaald dat de eiser in de kosten wordt veroordeeld als de gedaagde meteen de eis erkent en deze met diens gedrag geen aanleiding had gegeven tot de vordering.¹⁵¹ Dat is een uitzondering op de regel dat de verliezer betaalt, waarbij ook (pre-)processueel gedrag meeweegt.

Een andere belangrijke uitzondering waarbij gedrag toch meeweegt staat in artikel 95 ZPO:

‘Die Partei, die einen Termin oder eine Frist versäumt oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlasst, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.’

Vertragingen door het missen van termijnen of verwijtbare niet-verschijningen ter zitting leiden dus tot kostenconsequenties, al is de Duitse rechter daarbij terughoudend. De zorgvuldigheid die in een proces in acht genomen moet worden is de open norm die daarbij als maatstaf geldt.¹⁵²

Hetzelfde geldt voor nodeloze ‘Angriffs- oder Verteidigungsmittel’, die krachtens artikel 96 ZPO voor rekening komen van de partij die ze ingediend heeft, zelfs als die de hoofdzaak wint. Het begrip is vrij ruim, nu niet alleen gronden voor eis en verweer daaronder vallen, maar bijvoorbeeld ook bewijsmiddelen en (falende) incidenten zoals ter zekerheidstelling van proceskosten.¹⁵³

Artikel 97 lid 2 ZPO bepaalt dat de winnaar in hoger beroep geheel of deels in de kosten kan worden veroordeeld, wanneer hij wint op grond van nieuwe argumenten die ook in eerste instantie al naar voren gebracht hadden kunnen worden. Daarbij geldt volgens het commentaar in Zöllner ZPO dezelfde norm als in artikel 282 lid 1 ZPO, die zorgvuldigheid en voortvarendheid vereist:

§ 282 Rechtzeitigkeit des Vorbringens

(1) Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht.

Bij de beoordeling van de punten is er dus toch enige discretionaire ruimte (al is die klein) en, belangrijker nog, bestaan er kostenconsequenties voor een aantal verstorende

¹⁵⁰ Art. 92 ZPO.

¹⁵¹ Zie Zöllner Zivilprozessordnung 2009, p. 424-425, met betrekking tot wat onder ‘aanleiding geven tot’ en ‘meteen erkennen’ wordt verstaan.

¹⁵² Zöllner Zivilprozessordnung 2009, p. 439.

¹⁵³ Zöllner Zivilprozessordnung 2009, p. 439.

procesgedragingen: late stellingen in hoger beroep, het laten verlopen van termijnen, het niet verschijnen ter zitting en nodeloze processuele verrichtingen.

6.6.4 Conclusie

De rigide tariefschalen uit de GKG en de RVG laten in de meeste zaken weinig ruimte voor onzekerheid over de kostenbeslissing die zal volgen. De Duitse wetgever heeft echter wel degelijk geanticipeerd op een aantal vormen van verstoring gedrag en daarvoor kostenconsequenties mogelijk gemaakt, die overigens alleen de (gedeeltelijke) winnaar van de procedure kunnen treffen, omdat de (geheel) verliezende partij toch al in de volledige kosten wordt veroordeeld en daar bovenop geen extra kostenconsequenties kan ondervinden. De artikelen 93, 95, 96 en 97 lid 2 ZPO geven de rechter de ruimte om bij de kostenveroordeling rekening te houden met rauwelijks dagvaarden, met gemiste termijnen en zittingen, met nodeloze stellingen/verweren/verrichtingen en met laat ingediende stellingen, feiten en stukken. Een groot deel van de lijst met verstoring procesgedrag uit voorgaande hoofdstukken wordt dus door die artikelen gedekt. Bij de toepassing van die artikelen heeft de rechter bovendien wel degelijk enige discretionaire vrijheid – al is die kleiner dan in Nederland en Engeland – omdat het open zorgvuldigheidnormen zijn aan de hand waarvan de Duitse rechter moet beslissen of een vertraging of een andere verstoring aan een partij te verwijten is.

6.6.5 Abstraheren: de nulprikkels of het Duitse systeem?

De bevindingen leiden tot een lastige keuze wat betreft het te toetsen alternatief. Het Duitse systeem blijkt bij nadere bestudering wel kostenconsequenties met betrekking tot gedrag te kennen en valt dus niet samen met het alternatief ‘geen prikkels’. Wat aan Duitse bijzonderheden overblijft, is de rigide systematiek met aan het zaaksbelang gerelateerde vergoedingen voor drie soorten verrichtingen, waarbij de verliezer de volledige kosten conform de tarieven moet betalen, waarop slechts enkele scherp geformuleerde uitzonderingen bestaan. Het alternatief ‘scherpe normen’ zal echter in de volgende paragraaf al aan bod komen, waarbij naast Duitsland ook andere landen als inspiratie worden gebruikt.

Daarom wordt er voor gekozen om in hoofdstuk 8 niet het Duitse systeem, maar toch een echte ‘nulprikkels’ te gaan toetsen, waarbij procesgedrag geen enkele rol speelt bij de kostenbeslissing. Dat doet ook recht aan de vele redenen voor terughoudendheid met kostenconsequenties, die door de geïnterviewde Nederlandse rechters zijn opgeworpen. Getoetst wordt dus een systeem waarbij:

- De proceskosten volgen uit rigide tariefschalen, zonder beslissingsruimte voor de rechter;
- De verliezer van de procedure betaalt de kosten van de winnaar;

- Bij gedeeld gelijk worden de kosten gecompenseerd of proportioneel verdeeld aan de hand van de mate van gelijk;
- De rechter mag bij zijn kostenbeslissing geen rekening houden met gedrag voor of tijdens de procedure of met andere elementen die met de proceshouding te maken hebben.

6.7 *Scherpe normen*

6.7.1 *Open normen versus scherpe normen*

Vrijwel alle landen kennen een algemene regel dat gemaakte kosten redelijk moeten zijn, willen zij voor vergoeding in aanmerking komen. Dat is logisch, want de toegang tot het recht komt in het gedrang wanneer een partij riskeert om bij verlies de zakendiners, talloze juridische adviseurs en het limousinevervoer naar de rechtbank van de wederpartij te moeten betalen. Ook kennen veel landen met kostenschalen een regel dat in onredelijke situaties of bij misbruik van procesrecht de rechter kan afwijken van het standaardbedrag. Dat zijn open normen, nu de regelgever niet opsomt in welke gevallen een situatie onredelijk is. Nederland kent in de sfeer van verstorend procesgedrag en proceskosten een aantal van deze open normen, zoals de ‘buitengewone omstandigheden’¹⁵⁴, ‘misbruik van procesrecht’¹⁵⁵, ‘nodeloos gemaakte proceskosten’¹⁵⁶, ‘geraden gevolgtrekking’¹⁵⁷ en ‘redelijke en evenredige gerechtskosten (..) tenzij de billijkheid zich daartegen verzet’¹⁵⁸. Soms wordt de norm niet eens als zodanig geformuleerd, maar krijgt de rechter volledig de vrije hand, zoals in artikel 237 lid 1 Rv, waarin staat in welke gevallen de rechter de kosten ‘kan’ compenseren. De wettekst noemt daarbij geen criteria om dat ‘kunnen’ verder in te vullen en schept dus een impliciete open norm.

Ook Frankrijk en België gaan uit van dit soort open normen. In paragraaf 6.4 is al ingegaan op de Belgische begrippen ‘kennelijk onredelijke situatie’ en ‘tergend of roekeloos geding’. In Frankrijk geven de artikelen 696 en 700 CPC de rechter veel ruimte om de kostenbeslissing op basis van de billijkheid te nemen. De Oxfordse onderzoekers concluderen dat rechters in de meeste landen veel discretionaire ruime hebben bij het nemen van hun kostenbeslissingen.¹⁵⁹

¹⁵⁴ De eis van ‘buitengewone omstandigheden’ om af te mogen wijken van het liquidatietarief werd het eerst geformuleerd in Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130, en later herhaald in o.a. Hof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128. Zie ook Van der Wiel 2004, p. 329 e.v. In *MvT Inv. Boeken* 3, 5 en 6, *Wijziging Rv*, Deventer: Kluwer 1992, p. 36, haalt de wetgever deze eis instemmend aan. De Hoge Raad heeft deze eis overigens nooit gesteld.

¹⁵⁵ Als species van misbruik van bevoegdheid uit art. 3:13 BW.

¹⁵⁶ Zie art. 237 lid 1 Rv.

¹⁵⁷ Onder andere in 21 en 22 Rv, zie verder Van der Wiel 2004, p. 333.

¹⁵⁸ Zie art. 1019h Rv (proceskostenveroordeling in IE-zaken).

¹⁵⁹ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009, p. 21.

Er zijn echter ook landen die concrete regels hebben waarin de kostenveroordeling aan specifiek procesgedrag wordt gekoppeld. In de voorgaande paragraaf kwam Duitsland al aan bod, maar onze oosterburen staan daarin niet alleen. Gedetailleerde criteria kwamen ook in de andere landenrapporten naar boven of werden gevonden als naar aanleiding van een landenrapport een kostenregeling nader werd bestudeerd. De vraag of open normen andere effecten sorteren dan scherpe normen is in de juridische en rechtseconomische literatuur al veelvuldig onderwerp van debat geweest.¹⁶⁰ Het is daarom interessant om te bekijken welke landen scherpe normen hanteren en op welke specifieke verstorende gedragingen en andere situaties de meeste normen worden toegesneden. Dat gebeurt in deze paragraaf. De vraag of scherpe normen (soms) gewenst zijn, komt in hoofdstuk 8 aan bod.

6.7.2 *Aanpak en afbakening*

Bij de zoektocht naar scherpe normen is alleen gekeken naar normen die in geschreven (wettelijke of rechterlijke) regelingen zijn neergelegd. Normen die in de jurisprudentie zijn te vinden, of in juridische literatuur die normen aan de jurisprudentie ontleent, zijn buiten beschouwing gelaten. Ook bij open normen zullen immers in de jurisprudentie en literatuur vaak scherper geformuleerde gezichtspunten, gevalstypen en criteria ontstaan¹⁶¹, maar die vallen niet bij iedere regeling te achterhalen en het is bovendien voor discussie vatbaar of dergelijke invullingen direct aan te merken zijn als ‘scherpe normen’.

Een tweede punt van afbakening is de vraag hoe scherp een norm moet zijn om een ‘scherpe norm’ te zijn, aangezien de schaal tussen ‘open’ en ‘scherp’ een continuüm is, dus zonder duidelijk te definiëren grenzen en tussenstappen. Er is voor gekozen om alle normen die betrekking hebben op proceskosten in relatie tot procesgedrag en die concretere handvatten geven dan slechts ‘redelijkheid’, ‘billijkheid’, ‘noodzakelijkheid’ of ‘gezien de situatie/omstandigheden’ in het overzicht op te nemen.

Ten slotte bleken de landenrapporten in enkele gevallen onduidelijk of waren achterliggende (vertaalde) regelingen lastig te vinden. In het Griekse landenrapport staat bijvoorbeeld ‘Costs may even be ordered to be paid by the winning party where such a party breached the general principles of telling the truth and conducting litigation according to good morals and good faith’¹⁶², maar zonder verwijzing naar een relevante wetsbepaling. Een vertaling van het Griekse wetboek dat de civiele procedure regelt was evenmin voorhanden. In dergelijke gevallen is gezien de beperkte onderzoekstijd en het geringe belang bij een uitputtend overzicht niet verder gezocht.

¹⁶⁰ Zie § 8.3.

¹⁶¹ Denk aan de wijze waarop Lindijer 2006 het begrip ‘goede procesorde’ in kaart brengt.

¹⁶² Landenrapport (Oxford; practitioners; Emvalomenos) Griekenland, p. 3. Het Washingtonse rapport (door Makridou) verschaft hierover niet meer duidelijkheid.

Om diezelfde reden is in een aantal gevallen waarin geen officiële vertaling aanwezig was, gebruik gemaakt van de formulering in het betreffende landenrapport en/of werden regelingen in de lokale taal met behulp van een vertaalprogramma omgezet in het Engels. Die vertalingen zijn in de tabellen cursief gedrukt.

6.7.3 Categorieën van buitenlandse scherpe normen

Wat ten eerste opviel was de frequentie van de vrij specifieke norm dat de winnende eiser toch in de kosten wordt (of kan worden) veroordeeld bij een prematuur proces. Het ligt overigens voor de hand dat deze regels in de Oost-Europese landen dezelfde oorsprong hebben.¹⁶³

Prematuur proces		
Land	Regel	Vindplaats
Bulgarije	<i>If the respondent has not provided an occasion for institution of the case by his behaviour or if the respondent admits the demand, the costs shall be awarded against the plaintiff.</i>	art. 78 Civil Procedure Code ¹⁶⁴
Duitsland	Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.	§ 93 ZPO
Hongarije	<i>If a defendant did not give cause for the litigation and he admits the whole claim immediately at the first trial, the judge shall order the plaintiff to bear the costs of the defendant.</i>	§ 80 (1) Act 1952 - III on Civil Procedure ¹⁶⁵
Noorwegen	<i>A party may be awarded legal costs in whole or in part irrespective of the outcome of the case, if the action has been brought without good reason and the party accepts the claim at the earliest opportunity.</i>	art. 20-4 Act of 17 June 2005 no. 90 relating to mediation and procedure in civil disputes ¹⁶⁶
Polen	<i>The defendant is entitled to a reimbursement if he did not provide a reason for initiating the proceedings and admitted the other party's claim when undertaking its first action in the proceedings.</i>	art. 101 Code of Civil Procedure ¹⁶⁷
Portugal	<i>When the defendant has not given rise to the action and does not contest it, the costs are paid by the claimant.</i>	art. 449 Código de Processo Civil ¹⁶⁸

¹⁶³ Uit het General Report van Reimann in het kader van de Washingtonse rechtsvergelijking komt naar voren dat ook Oostenrijk, Finland, IJsland, Japan, Macau en Servië deze regel kennen.

¹⁶⁴ Landenrapport (Oxford; practitioners; Sirlestow) Bulgarije, p. 15.

¹⁶⁵ Landenrapport (Oxford; academic; Wopera & Nagy) Hongarije, p. 7.

¹⁶⁶ Landenrapport (Oxford; practitioners; Hellesylt) Noorwegen, p. 5-6.

¹⁶⁷ Landenrapport (Oxford; practitioners; Pietkiewicz) Polen, p. 13

¹⁶⁸ Landenrapport (Oxford; academic; Sousa) Portugal, p. 4

Taiwan	<i>When a defendant had forthwith admitted to a claim presented by a plaintiff and established that the litigation action was unnecessary, the plaintiff shall bear the litigation expenses.</i>	art. 80 CCP ¹⁶⁹
Tsjechië	<i>The losing party is entitled to the reimbursement of costs, if this party did not cause the necessity to file the petition.</i>	art. 143 Act 1963 - 99 on the Civil Procedure Code ¹⁷⁰
Zweden	<i>If the winning party is found to have initiated the action without the opposing party having given cause for it, (..), the winning party shall reimburse the opposing party for the latter's litigation costs, or, if the circumstances so justify, each party shall bear his own costs.</i>	art. 18-3 Code of Judicial Procedure ¹⁷¹

Tabel 6.2

Eveneens veelvuldig aangetroffen bepalingen zijn die waarin kostenconsequenties worden gekoppeld aan het overtreden van processuele voorschriften, protocollen of rechterlijke instructies. In die landen is dus niet gekozen voor een open geformuleerd instrument als de geraden gevolgtrekking in Nederland, maar is de mogelijkheid van kostenconsequenties expliciet vastgelegd.

Overtreding van processueel voorschrift of rechterlijke instructie		
Land	Regel	Vindplaats
Duitsland	Die Partei, die einen Termin oder eine Frist versäumt oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlasst, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.	§ 95 ZPO
Engeland & Wales	(1) (..) where – (a) a party or his legal representative, in connection with a summary or detailed assessment, fails to comply with a rule, practice direction or court order; (..) (2) Where paragraph (1) applies, the court may – (a) disallow all or part of the costs which are being assessed; or (b) order the party at fault or his legal representative to pay costs which he has caused any other party to incur.	Rule 44.14 CPR 1998
Engeland & Wales	In deciding what order (if any) to make about costs, the court must have regard to all the circumstances, including the conduct of all the parties. The conduct of the parties includes conduct before, as well as during, the proceedings and in particular the extent to which the parties followed the Practice Direction (Pre-Action Conduct) or any relevant pre-action protocol.	Rule 44.3 (4)(a) & (5)(a) CPR 1998

¹⁶⁹ Landenrapport (Oxford; Shen & Chen) Taiwan, p. 17

¹⁷⁰ Landenrapport (Oxford; practitioners; Matejovska & Rouckova) Tsjechië, p. 6

¹⁷¹ Landenrapport (Oxford; practitioners; Hammarskiöld & Englund) Zweden, bijlage: Translated legal source material.

Hongarije	<i>If a party fails to carry out orders of courts, (..), this party shall bear those costs regardless of his success.</i>	§ 80 (2) Act 1952 - III on Civil Procedure ¹⁷²
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay increased costs if the party opposing costs has contributed unnecessarily to the time or expense of the proceeding or step in it by failing to comply with these rules or with a direction of the court	Rule 14.6 (3)(b)(i) High Court Rules ¹⁷³
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay increased costs if the party opposing costs has contributed unnecessarily to the time or expense of the proceeding or step in it by failing, without reasonable justification, to comply with an order for discovery, a notice for further particulars, a notice for interrogatories, or other similar requirement under these rules	Rule 14.6 (3)(b)(iv) High Court Rules
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay indemnity costs if the party has ignored or disobeyed an order or direction of the court or breached an undertaking given to the court or another party	Rule 14.6 (4)(b) High Court Rules
Verenigde Staten (fed.)	Failure to Comply with a Court Order (..) Payment of Expenses. Instead of or in addition to the orders above, the court must order the disobedient party, the attorney advising that party, or both to pay the reasonable expenses, including attorney's fees, caused by the failure, unless the failure was substantially justified or other circumstances make an award of expenses unjust.	Rule 37 (b) FRCP ¹⁷⁴
Zweden	<i>If a party's failure to appear or to comply with a court order, (..) has occasioned adjournment of the case or has otherwise caused costs for the opposing party, he must reimburse the opposing party for such costs, regardless of how litigation costs in general are to be borne.</i>	art. 18-6 Code of Judicial Procedure ¹⁷⁵

Tabel 6.3

Ook overbodige processuele verrichtingen waren voor een aantal wetgevers het codificeren van een kostenconsequentie waard.

¹⁷² Landenrapport (Oxford; academic; Wopera & Nagy) Hongarije, p. 8.

¹⁷³ Bij de Nieuw-Zeelandse scherpe normen is in alle tabellen steeds gekozen voor de bepalingen die leiden tot verhoogde kostenveroordelingen. Dezelfde normen worden echter herhaald in Rule 14.7 High Court Rules, maar dan in het kader van verlaagde kostenveroordelingen als de winnaar zich aan de betreffende gedragingen heeft schuldig gemaakt.

¹⁷⁴ In Rule 16 FRCP staat een vergelijkbare regel, maar dan met betrekking op *pre-trial conferences* in plaats van op *discovery*.

¹⁷⁵ Landenrapport (Oxford; practitioners; Hammarskiöld & Englund) Zweden, bijlage: Translated legal source material.

Overbodige processuele verrichtingen		
Land	Regel	Vindplaats
Canada (Ontario)	The court may fix and order payment of the costs of a motion for summary judgment by a party on a substantial indemnity basis if, (a) the party acted unreasonably by making or responding to the motion; or (b) the party acted in bad faith for the purpose of delay.	Rule 20.06 Rules of Civil Procedure
Canada (Ontario)	In exercising its discretion (..) the court may consider: whether any step in the proceeding was: (i) improper, vexatious or unnecessary, or (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution.	Rule 57.01 (f) Rules of Civil Procedure
Duitsland	Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, die es geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.	§ 96 ZPO
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay increased costs if the party opposing costs has contributed unnecessarily to the time or expense of the proceeding or step in it by taking or pursuing an unnecessary step or an argument that lacks merit.	Rule 14.6 (3)(b)(ii) High Court Rules
Portugal	<i>The responsibility of the defeated party regarding costs does not cover superfluous acts and incidents. Acts and incidents which are unnecessary for the declaration or defence of the right shall be considered superfluous. The costs of these acts shall be borne by whosoever requested them.</i>	art. 448 Código de Processo Civil ¹⁷⁶
Taiwan	<i>The court may, in its discretion, order the prevailing party to bear the litigation expenses incurred in full or in part for the following: 1. An act performed by the prevailing party which is unnecessary for asserting or defending its rights; 2. An act performed by the defeated party which is necessary for asserting or defending its rights in accordance with the phase of the proceedings reached at the time.</i>	art. 81 CCP ¹⁷⁷

Tabel 6.4

Waar veel landen een bepaling hebben die overbodige processuele verrichtingen moet afschrikken, heeft alleen Canada (Ontario) twee bepalingen die zien op de proceseconomie bij de start van de procedure.

¹⁷⁶ Landenrapport (Oxford; academic; Sousa) Portugal, p. 4.

¹⁷⁷ Landenrapport (Oxford; Shen & Chen) Taiwan, p. 17.

Overbodig proces: proceseconomie		
Land	Regel	Vindplaats
Canada (Ontario)	In exercising its discretion (..) the court may consider: whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding	Rule 57.01 (h)(i) Rules of Civil Procedure
Canada (Ontario)	In exercising its discretion (..) the court may consider: whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different lawyer	Rule 57.01 (h)(ii) Rules of Civil Procedure

Tabel 6.5

De late stellingen, feiten en bewijsstukken kwamen in de interviews onder Nederlandse rechters als het meest verstorend naar boven. Hieraan gemeten is het opvallend dat er maar in weinig landen voor is gekozen om daar specifiek een kostenconsequentie tegen te richten.

Late stellingen, feiten en bewijsstukken		
Land	Regel	Vindplaats
China	<i>Where a party concerned fails to provide evidence within the time limit due to any reason attributable to himself, and provides new evidence during the second instance or the post-final retrial, thus causing the litigation costs to increase, the increased litigation costs shall be borne by the party concerned.</i>	art. 40 Measures for the Payment of Litigation Costs ¹⁷⁸
Duitsland	Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie in einem früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war.	§ 97 (2) ZPO
Taiwan	<i>Where a party has failed timely to present means of attack or defense, or to meet a specified date or period, or otherwise delayed the proceeding by reason of whatever cause imputable to such party, the court may order such party to bear the litigation expenses incurred from the delay, in full or in part, irrespective of his/her victory.</i>	art. 82 CCP ¹⁷⁹

Tabel 6.6

Een aantal landen verbindt kostenconsequenties aan de norm dat bepaalde vorderingen, stellingen of verweren in redelijkheid niet volgehouden mogen worden, omdat ze in strijd zijn met de waarheid of omdat ze evident geen enkele kans van slagen hebben. Het betreft hier dus bepalingen die vooral zien op de inhoud van wat partijen naar

¹⁷⁸ Landenrapport (Oxford; practitioners; Glueck) China, p. 6-7.

¹⁷⁹ Landenrapport (Oxford; Shen & Chen) Taiwan, p. 17.

voren brengen. De verstorende gedragingen ‘Liegen, bedriegen of simuleren’, ‘Evident kansloos proces’ en ‘Kansloze stellingen en verweren’ vallen hier onder.

Evident kansloos en/of onwaar (Liegen, bedriegen of simuleren / Evident kansloos proces / Kansloze stellingen en verweren)		
Land	Regel	Vindplaats
Canada (Ontario)	In exercising its discretion (..) the court may consider: a party’s denial of or refusal to admit anything that should have been admitted.	Rule 57.01 (g) Rules of Civil Procedure
Engeland & Wales (en vrijwel identiek: Hong Kong)	In deciding what order (if any) to make about costs, the court must have regard to all the circumstances, including the conduct of all the parties. The conduct of the parties includes whether it was reasonable for a party to raise, pursue or contest a particular allegation or issue.	Rule 44.3 (4)(a) & (5)(b) CPR 1998
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay increased costs if the party opposing costs has contributed unnecessarily to the time or expense of the proceeding or step in it by failing, without reasonable justification, to admit facts, evidence, documents, or accept a legal argument.	Rule 14.6 (3)(b)(iii) High Court Rules
Polen	<i>Regardless of the outcome of the case, the court may decide a party or intervener has to pay the costs, caused by negligent or improper conduct. The provision (..) concerns in particular the costs incurred as a result of avoiding to provide explanations, false explanations, concealment or delayed establishment of the evidence, and unjustified refusal to submit to mediation, to which the party previously consented.</i>	art. 103 Code of Civil Procedure ¹⁸⁰
Rusland	<i>Recovery of Compensation for Lost Time: The court may decide to collect in favour of the other party compensation for the actual loss of time from the party which has instituted in bad faith a groundless claim or groundless objections against claim,(..) The amount of compensation shall be determined by the court within reasonable limits and taking account of the particular circumstances.</i>	art. 99 Russian Civil Procedural Code ¹⁸¹
Verenigde Staten (fed.)	By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper — whether by signing, filing, submitting, or later advocating it — an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: (2) the claims, defenses, and other legal contentions are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for extending, modifying, or reversing existing law or for establishing new law; (3) the factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or	Rule 11 FRCP

¹⁸⁰ Landenrapport (Oxford; practitioners; Pietkiewicz) Polen, p. 13.

¹⁸¹ Landenrapport (Oxford; practitioners; Zubarev & Kantyrev) Rusland, p. 24.

	discovery; (4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on belief or a lack of information.<otherwise: sanctions possible, among which a costs sanction>.	
Verenigde Staten (fed.)	If a court of appeals determines that an appeal is frivolous, it may, after a separately filed motion or notice from the court and reasonable opportunity to respond, award just damages and single or double costs to the appellee.	Rule 38 FRAP
Zweden	<i>If a party's (..) presentation of a claim or defence that he knew or should have known to be without merit, (..) has occasioned adjournment of the case or has otherwise caused costs for the opposing party, he must reimburse the opposing party for such costs, regardless of how litigation costs in general are to be borne.</i>	art. 18-6 Code of Judicial Procedure ¹⁸²

Tabel 6.7

Engeland en Nieuw-Zeeland hebben, naast hun systeem van *offers to settle*¹⁸³, kostenbepalingen die partijen afstraffen die te hoog insteken of die weigeren in te gaan op een redelijk schikkingsaanbod.

Te hoog inzetten of doorgaan		
Land	Regel	Vindplaats
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay increased costs if the party opposing costs has contributed unnecessarily to the time or expense of the proceeding or step in it by failing, without reasonable justification, to accept an offer of settlement whether in the form of an offer under rule 14.10 or some other offer to settle or dispose of the proceeding.	Rule 14.6 (3)(b)(v) High Court Rules
Engeland & Wales (en vrijwel identiek: Hong Kong)	In deciding what order (if any) to make about costs, the court must have regard to all the circumstances, including the conduct of all the parties. The conduct of the parties includes whether a claimant who has succeeded in his claim, in whole or in part, exaggerated his claim.	Rule 44.3 (4)(a) & (5)(d) CPR 1998

Tabel 6.8

Tot slot kennen veel landen bepalingen die semi-open genoemd kunnen worden. Deze zijn weliswaar concreter geformuleerd dan eerdergenoemde Nederlandse, Franse en Belgische open normen, maar ze bevatten een lange opsomming van verschillende verstorende gedragingen of ze zijn feitelijk op veel verstorende gedragingen van

¹⁸² Landenrapport (Oxford; practitioners; Hammarskiöld & Englund) Zweden, bijlage: Translated legal source material.

¹⁸³ Zie § 6.3.

toepassing. Deze bepalingen straffen veelal onbehoorlijkheid ofodeloze verdragingen in algemene zin af.¹⁸⁴

Semi-open normen: algemeen onbehoorlijk en/of verdragend		
Land	Regel	Vindplaats
Canada (Ontario)	In exercising its discretion (..) the court may consider: the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding.	Rule 57.01 (e) Rules of Civil Procedure
Denemarken	<i>The party, who has irresponsibly brought about wasted meetings, unnecessary delays, futile production of evidence or other unnecessary procedural steps, also if the party wins the case, must compensate the counterparty for the costs in this respect.</i>	Art. 318 Administration of Justice Act ¹⁸⁵
Engeland & Wales (en vrijwel identiek: Hong Kong)	In deciding what order (if any) to make about costs, the court must have regard to all the circumstances, including the conduct of all the parties. The conduct of the parties includes the manner in which a party has pursued or defended his case or a particular allegation or issue.	Rule 44.3 (4)(a) & (5)(c) CPR 1998
Hongarije	<i>If a party (..), behaves unreasonably, (..), or otherwise causes unnecessary costs, this party shall bear those costs regardless of his success.</i>	§ 80 (2) Act 1952 - III on Civil Procedure ¹⁸⁶
Italië	<i>If it appears that the unsuccessful party has acted or resisted in court with bad faith or gross negligence, the court, upon application by the other party, can convict the other party, in addition to costs, to pay damages.</i>	Art. 96 Codice di procedure civile ¹⁸⁷
Nieuw-Zeeland	The court may order a party to pay indemnity costs if the party has acted vexatiously, frivolously, improperly, or unnecessarily in commencing, continuing, or defending a proceeding or a step in a proceeding.	Rule 14.6 (4)(a) High Court Rules
Polen	<i>Regardless of the outcome of the case, the court may decide a party or intervener has to pay the costs, caused by negligent or improper conduct. (..)</i>	art. 103 Code of Civil Procedure ¹⁸⁸
Rusland	<i>Recovery of Compensation for Lost Time: The court may decide to collect in favour of the other party compensation for the actual loss of time from the party (..) which has systematically impede the correct and timely consideration and resolution of the case. The amount of compensation shall be determined by the court</i>	art. 99 Russian Civil Procedural Code ¹⁸⁹

¹⁸⁴ Enkele bepalingen in deze algemene tabel kwamen al in de voorgaande tabellen aan bod en worden hier (deels) herhaald. Deze bevatten namelijk een aantal concrete versturende gedragingen als niet-limitatieve opsomming en vervolgens een restcategorie van overig onbehoorlijk of verdragend gedrag. Het Zweedse art. 18-6 Code of Judicial Procedure is daar een voorbeeld van.

¹⁸⁵ Landenrapport (Oxford; academic; Ørgaard) Denemarken, p. 2.

¹⁸⁶ Landenrapport (Oxford; academic; Wopera & Nagy) Hongarije, p. 8.

¹⁸⁷ Landenrapport (Oxford; practitioners; Opilio & Ghezzi) Italië, p. 4-5.

¹⁸⁸ Landenrapport (Oxford; practitioners; Pietkiewicz) Polen, p. 13.

¹⁸⁹ Landenrapport (Oxford; practitioners; Zubarev & Kantyrev) Rusland, p. 24.

	<i>within reasonable limits and taking account of the particular circumstances.</i>	
Verenigde Staten (fed.)	By presenting to the court a pleading, written motion, or other paper — whether by signing, filing, submitting, or later advocating it — an attorney or unrepresented party certifies that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances: (1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass, cause unnecessary delay, or needlessly increase the cost of litigation; <otherwise: sanctions possible, among which a costs sanction>.	Rule 11 FRCP
Zweden	<i>If a party's (..) carelessness or oversight in other respects has occasioned adjournment of the case or has otherwise caused costs for the opposing party, he must reimburse the opposing party for such costs, regardless of how litigation costs in general are to be borne.</i>	art. 18-6 Code of Judicial Procedure ¹⁹⁰

Tabel 6.9

Bovenstaande tabellen bevatten 49 items, maar sommige daarvan komen uit dezelfde bepaling. Van de 34 bekeken landen zijn uiteindelijk bij 17 landen scherpe normen gevonden die in de tabellen zijn opgenomen. De wereld lijkt op dit punt nogal verdeeld, waarbij het snijvlak allesbehalve overeenkomt met de grens tussen *common law* en *civil law*. Het enige wat op dat punt opvalt, is dat de *common law*-landen eerder consequenties verbinden aan onfatsoen: ‘improper conduct’, ‘harassing’, en ‘vexatious’. Op het Europese, door *civil law* gedomineerde, continent komen juist consequenties ten aanzien van premature processen meer voor, afgaande op de inhoud van de wetteksten.

Het bleek lastig om de normen precies in te delen in categorieën, omdat veel bepalingen meerdere gedragingen noemden en/of breed definieerden. Ook was het niet mogelijk om de tabellen precies in te delen volgens de lijst van verstorende gedragingen zoals die in hoofdstuk 3 en in de interviewstudie is gehanteerd, omdat bijvoorbeeld de ‘refusal to admit anything that should have been admitted’ zowel kan slaan op leugens als op een kansloos verweer.

Ook inhoudelijk is er weinig samenhang te ontdekken tussen de uitkomsten van de interviews betreffende de meest overlastgevende gedragingen enerzijds en de frequentie waarmee specifieke verstorende gedragingen door buitenlandse scherpe normen worden gereguleerd anderzijds. Zo zijn er niet veel normen die specifiek gaan over late stellingen, feiten en bewijsstukken, terwijl die gedragingen volgens de geïnterviewde Nederlandse rechters tot de meeste overlast leiden. Andersom kwam het premature proces niet als een groot probleem naar voren in de interviews, terwijl daar

¹⁹⁰ Landenrapport (Oxford; practitioners; Hammarskiöld & Englund) Zweden, bijlage: Translated legal source material.

in het buitenland wel gecodificeerde kostenconsequenties voor bestaan. Alleen de kansloze stellingen en verweren en de overbodige processuele verrichtingen hebben zowel een hoge positie in het lijstje van overlastgevend gedragingen in Nederland als een hoge frequentie in de tabellen met internationale scherpe normen.

6.7.4 *Scherpe normen: conclusie*

Uit het overzicht blijkt dat een groot deel van de onderzochte landen scherpe normen hanteert, waarin kostenconsequenties aan specifieke versturende gedragingen worden gekoppeld. Bij een even groot deel van de landen zijn dergelijke scherpe normen overigens *niet* gevonden. Idealiter zou in alle landen een meting naar de frequentie van verschillende vormen van versturend gedrag gehouden kunnen worden, waarbij wordt bekeken of gedragingen die vallen onder scherpe normen minder vaak voorkomen dan gedragingen waarop slechts open normen van toepassing zijn. Dat is gezien de omvang van een dergelijke studie en de lastige meetbaarheid en isoleerbaarheid van de effecten echter geen haalbare kaart.

In hoofdstuk 8 zullen de te verwachten effecten van open dan wel scherpe normen op de criteria tijd, kosten, kwaliteit van procedure en kwaliteit van uitkomsten daarom worden voorspeld met behulp van reeds bestaande (voornamelijk rechtseconomische) literatuur over dit onderwerp.

6.8 *Het eigen beursje*

In dit hoofdstuk met mogelijke *nieuwe* prikkels waarvoor inspiratie wordt geput uit het buitenland, is het eigen beursje een vreemde eend in de bijt. Zoals in hoofdstuk 4 reeds is beschreven, bestond de mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks en persoonlijk in de kosten te veroordelen tot 2002 ook in het Nederlandse burgerlijk procesrecht, waarna die praktisch werd afgeschaft.¹⁹¹ In het buitenland komt deze rechtsfiguur echter nog volop voor, waarbij de vereisten, consequenties en procedurele aspecten overigens variëren van land tot land.

Het eigen beursje bestaat in ieder geval in Canada¹⁹², Denemarken¹⁹³, Engeland & Wales¹⁹⁴, Frankrijk¹⁹⁵, Hong Kong¹⁹⁶, de Verenigde Staten (federaal)¹⁹⁷ en

¹⁹¹ Tegenwoordig slechts nog bij een niet-bestaande of niet-rechtsgeldig verschenen partij, zie art. 245 lid 1 Rv. Ook in Duitsland bestond de mogelijkheid vroeger, maar die is in 1964 al afgeschaft; zie Verkijk 2010, p. 758.

¹⁹² Zie voor Ontario Rule 57.07 Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194. Ook in de rest van Canada zijn 'Torquemada'-kosten mogelijk, zoals het eigen beursje in Canada genoemd wordt, zie Landenrapport (Washington; Glenn) Canada, p. 6.

¹⁹³ Art. 319 Administration of Justice Act (*Lov Om Rettens Pleje*).

¹⁹⁴ Rule 48.7 (en 44.14) Civil Procedure Rules 1998 (gebaseerd op § 51 (6)(7) Senior Courts Act 1981).

¹⁹⁵ Art. 697 Code de procédure civile.

¹⁹⁶ O. 62, r. 8 Rules of the High Court.

Zweden¹⁹⁸, maar deze lijst is niet uitputtend, nu er in de Oxfordse en Washingtonse projecten niet expliciet naar die mogelijkheid gevraagd is en het wel of niet bestaan van een eigen beursje daarom niet in elk landenrapport aan de orde kwam.¹⁹⁹

Twee van bovengenoemde stelsels met een eigen beursje zullen nader worden besproken: Engeland²⁰⁰ en de Verenigde Staten (federaal). Op basis van een voorstudie²⁰¹ was mij reeds bekend dat die twee landen goede toegang tot literatuur en regelgeving over proceskosten hebben en dat daar ook debat heeft plaatsgevonden over de kostenregels. Een bespreking van juist deze twee landen maakt het bovendien eenvoudiger om bij de toetsing van het concept ‘eigen beursje’ gebruik te maken van rechtseconomische en andere evaluerende rapporten uit die landen. Ten slotte is het interessant dat in de basissituatie (waarin de rechter géén eigen beursje uitspreekt) in Engeland de verliezer normaliter een stevige kostenveroordeling krijgt, terwijl in Amerika beide partijen in beginsel hun eigen kosten dragen. Met andere woorden: het eigen beursje levert in de twee stelsels twee verschillende soorten kostenverschuivingen op, omdat de uitgangssituatie anders is. Hieronder wordt ingegaan op hoe dit in de praktijk in beide landen uitwerkt.

6.8.1 Engeland: *wasted costs orders*

Engeland is bij de voorgaande besproken prikkels (*indemnity basis*, scherpe normen) al uitgebreid aan bod gekomen, dus hier zal verder niet op de algemene aspecten van het Engelse stelsel worden ingegaan. Van belang is dat in Engeland bij verstoring procesgedrag niet alleen de partij zelf kan worden gestraft, door middel van onder andere de *indemnity basis*, maar via een *wasted costs order* ook rechtstreeks de advocaat. Daarvoor moet echter wel aan een reeks materiële en procedurele voorwaarden zijn voldaan, die zijn te vinden in het algemene § 51 (6)(7) Senior Courts Act 1981, in de daarop gebaseerde Rule 48.7 CPR, in de daar weer bijbehorende *Practice Directions* (§ 53) en ten slotte in de jurisprudentie die rond deze regeling is ontstaan.²⁰²

¹⁹⁷ Rule 11 Federal Rules of Civil Procedure (en veel vergelijkbare bepalingen in de verschillende staten).

¹⁹⁸ § 18-7 Code of Civil Procedure (*Rättegångsbalken*).

¹⁹⁹ In de (Washingtonse) landenrapporten van het International Congress of Comparative Law evenmin.

²⁰⁰ ‘Engeland & Wales’ wordt verkort tot ‘Engeland’.

²⁰¹ Sluijter 2008.

²⁰² Overigens kent Engeland ook de regel dat als een advocaat geen bevoegdheid heeft om de partij te vertegenwoordigen, dat die dan persoonlijk in de kosten wordt veroordeeld. Dit volgt uit *Yonge v Toynbee* [1909] 1 KB 215, zie Reason & Fairhead 2010. Deze regel komt ongeveer overeen met het huidige eigen beursje in Nederland op grond van art. 245 lid 1 Rv.

Ingangsvoorwaarde is dat de *legal representative*²⁰³ (hierna: advocaat) slechts in de kosten kan worden veroordeeld als hij of zijn ondergeschikte *improperly, unreasonably* of *negligently* heeft gehandeld.²⁰⁴ Vervulling van die voorwaarde is echter op zichzelf niet voldoende voor een *wasted costs order*, want er zijn nog twee materiële vereisten. Het gedrag moet ook tot onnodige kosten bij een partij (niet per definitie de wederpartij!) hebben geleid: een causaliteitseis. Ten slotte moet de rechter bepalen of alle omstandigheden van het geval het rechtvaardigen dat de advocaat de benadeelde partij deels of geheel voor die kosten compenseert.²⁰⁵

De drie voorwaarden werpen in de praktijk hoge drempels op. Zo werd in *Ridehalgh v Horsefield*²⁰⁶ door de Court of Appeal geoordeeld dat voor *improper* gedrag een substantiële schending van de beroepsnormen nodig is, dat voor *unreasonable* gedrag geen enkele redelijke verklaring mogelijk mag zijn en dat voor *negligence* is vereist dat niet alleen de normale zorgplicht richting de eigen cliënt niet is nagekomen, maar ook dat de advocaat heeft gefaald om te handelen volgens de bekwaamheid zoals die redelijkerwijs van de gemiddelde advocaat zou mogen worden verwacht. Als een advocaat slechts een hopeloze zaak heeft gevoerd, is dat onvoldoende voor een *wasted costs order*, onder andere omdat de publieke taak van de advocatuur vereist dat ook juridische bijstand mogelijk moet zijn voor impopulaire en weinig kansrijke zaken.

Ook het causale verband tussen het verstorende gedrag en de onnodig gemaakte kosten moet worden aangetoond. Er dienen duidelijk te identificeren kostenposten te zijn, die er niet waren geweest of die kleiner waren geweest als het gedrag niet had plaatsgevonden.²⁰⁷

De derde voorwaarde zorgt bovendien voor onvoorspelbaarheid wat betreft de slagingskans van een verzoek. Alle omstandigheden dienen te worden meegewogen. Cook beschrijft een geval waarin de rechter een verzoek om een *wasted costs order* afwees, ook al was aan de eerste twee voorwaarden voldaan, omdat de sanctie mogelijk het faillissement van de advocaat tot gevolg zou hebben.²⁰⁸

Bovenop deze drie materiële vereisten geldt een aantal procedurele vereisten, die te vinden zijn in Rule 48.7 CPR en § 53 PD. Een *wasted costs order* kan worden verzocht en uitgesproken in elk stadium van de procedure, met overigens de voorkeur

²⁰³ Meestal is dat de *solicitor*, maar ook de *barrister* kan door een *wasted costs order* worden getroffen, zie Cook 2010, p. 513.

²⁰⁴ § 51 (7) Senior Courts Act 1981 en § 53.4 Practice Direction (supplementing CPR Rule 48.7; hierna: PD).

²⁰⁵ § 53.4 (1)(2)(3) PD.

²⁰⁶ *Ridehalgh v Horsefield* [1994] Ch 205, CA, eveneens besproken in Cook 2010, p. 507-508. Ook Verkijk 2010, p. 740 e.v., gaat uitgebreid in op deze zaak en bespreekt bovendien grondig de voorgeschiedenis van de *wasted costs orders*.

²⁰⁷ Zie Cook 2010, p. 508 en 513.

²⁰⁸ *R v Staffordshire County Council* [2007] EWHC 241, zoals beschreven in Cook 2010, p. 504.

om dit pas na de *trial* te doen.²⁰⁹ Ook kan een *wasted costs order* zowel ambtshalve als op initiatief van een partij worden uitgesproken. De rechter die denkt aan een ambtshalve *wasted costs order* moet als eerste stap nagaan of er voldoende bewijs is voor een dergelijke beslissing en of de procedure rond een *wasted costs order* wel gerechtvaardigd is gezien de kosten die dat weer met zich meebrengt (§ 53.6). De rechter moet dus rekening houden met *satellite litigation* en daarbij een kosten-batenanalyse maken. Als tweede stap moet de rechter de betreffende advocaat gelegenheid geven tot verweer en daarna bekijken of een *wasted costs order* gepast is. Cook adviseert rechters om terughoudend te zijn met de ambtshalve optie, omdat de rechter op dat moment ‘will be both the prosecutor and the adjudicator’.²¹⁰ Het kan de rechter in verlegenheid brengen wanneer uiteindelijk geen *wasted costs order* volgt en de betreffende partij wel kosten heeft moeten maken om zich tegen een dergelijk order te verweren.

Bij een partijverzoek geldt bovengenoemde eerste stap niet; de rechter hoeft geen kosten-batenafweging te maken over het nut van de procedure rond een *wasted costs order*. Wel moet de rechter zorgen voor een redelijke mogelijkheid voor verweer. De verzoeker moet in zijn verzoek aantonen wat de betreffende advocaat verkeerd gedaan heeft en welke onnodige kosten daardoor zijn veroorzaakt.²¹¹ De bewijslast rust dus in zoverre op de verzoeker.²¹²

Wanneer aan alle materiële en procedurele vereisten is voldaan, kan de rechter verschillende soorten *wasted costs orders* uitspreken.²¹³ Zo kan worden bevolen dat de advocaat zijn eigen cliënt vrijwaart bij een kostenveroordeling in diens nadeel, maar ook dat de advocaat een andere partij vrijwaart of dat de advocaat geen recht heeft op betaling van zijn honorarium door zijn eigen cliënt.²¹⁴ Tegen een *wasted costs order* kan in beroep worden gegaan, maar de appelrechters zijn terughoudend met het terugdraaien of alsnog toekennen, omdat de rechter in eerste aanleg het betreffende gedrag het beste heeft kunnen waarnemen.²¹⁵

Al met al komt een *wasted costs order* niet zomaar tot stand en nopen de regels tot een terughoudende toepassing, met name om complexe en verspillende *satellite litigation* te voorkomen. ‘In future, anyone considering applying for a *wasted costs order* should think twice’, aldus Cook.²¹⁶ *Satellite litigation* ligt voor de hand, gezien

²⁰⁹ Cook 2010, p. 510.

²¹⁰ Cook 2010, p. 510.

²¹¹ § 53.7 PD.

²¹² Cook 2010, p. 511.

²¹³ Of de beslissing doorverwijzen naar een *costs judge* of *district judge*, zie Rule 48.7 (6)(7) CPR.

²¹⁴ Cook 2010, p. 505.

²¹⁵ Cook 2010, p. 518, hoewel het Court of Appeal soms ook vernietigend kan zijn ten aanzien van *wasted costs orders* die al te lichtvaardig door de lagere instantie zijn uitgesproken, zie bijvoorbeeld *Equity Solicitors v Javid* [2009] EWCA Civ 535.

²¹⁶ Cook 2010, p. 507.

de gedetailleerde regeling met meerdere ankers waarvoor kan worden gelegen.²¹⁷ Bovendien kan de mogelijkheid van *wasted costs orders* een aanzuigende werking hebben op partijen die procederen tegen een wederpartij die door *Legal Aid* gefinancierd wordt. Omdat bij de wederpartij zelf weinig tot niets te halen zal zijn,²¹⁸ wordt geprobeerd om de kosten op de advocaat te verhalen, omdat die *deeper pockets* heeft.²¹⁹ Een concreet en recent voorbeeld is te vinden in *Patel v Air India Ltd & Anor*, waarin de Court of Appeal een *wasted costs orders* afwees:²²⁰

‘Once again, what was intended to be a summary procedure in plain and obvious cases has not proved at all summary. The judge herself commented that the application had generated five loose-leaf files of documents and five hours of arguments spreading over two separate and disconnected days. The dangers of the wasted costs procedures forming satellite litigation are once again obvious. (...) There is no doubt that defendants are put in great difficulty when legally assisted claimants bring their cases but there are options available such as applications to strike out and correspondence with the Legal Services Commission to highlight any doubts about a claimant's case. Air India availed themselves of neither of those options in this case but have only sought to bring a wasted costs application after the event. The judge may have subconsciously felt tempted to compensate for her inability to award the costs case to Air India unless she could make an order for wasted costs against the solicitors, but the inability of a defendant to recover costs from a legally aided claimant is perhaps, unfortunately, a fact of life and cannot be circumvented by *wasted costs orders* except in the clearest cases. This was certainly not such a clear case and I would allow this appeal.’

Cook geeft een overzicht van jurisprudentie, maar zijn lijst van toegekende *wasted costs orders* is veel korter dan de lijst met geweigerde *orders* en bevat veelal oudere *landmark cases*. Vermeldenswaard is *General Mediterranean Holdings SA v Patel*²²¹ waarin de gedaagde lang fraude ontkende, maar dit vlak voor de *trial* toch toegaf. De advocaat van de gedaagde bleek dit echter ook te weten, omdat de fraude in andere procedures al eerder toegegeven werd. De eisers vroegen daarom een *wasted costs order* tegen hem en kregen die toegewezen.

Voor recentere zaken is gezocht in de *BAILII-database*²²² op zaken uit 2009 en 2010. De 32 hits bevatten meer strafrechtelijke en administratieve gevallen dan civiele

²¹⁷ Verkijk 2010, p. 747, noemt bovendien het probleem van bewijsmateriaal dat onder het *legal privilege* valt, de Engelse variant van de geheimhoudingsplicht voor de advocaat.

²¹⁸ Omdat die partij weinig verhaal zal bieden, maar ook omdat de gesubsidieerde partij meestal in aanmerking komt voor ‘cost protection’, waardoor de kostenveroordeling gematigd wordt. Zie Cook 2010, Ch. 19, en de daarin besproken bepalingen van de Legal Aid Act 1988 en de Access to Justice Act 1999.

²¹⁹ Zie Cook, p. 508-509.

²²⁰ *Patel v Air India Ltd & Anor* [2010] EWCA Civ 443.

²²¹ *General Mediterranean Holdings SA v Patel* [1999] 3 All ER 673, QBD (Comm Ct), zoals besproken in Cook 2010, p. 514.

²²² British and Irish Legal Information Institute, <<http://www.bailii.org>>.

zaken en in de meeste gevallen werd een *wasted costs order* geweigerd of teruggedraaid. In *Williams v Telefonica O2 UK Ltd*²²³ werd een advocaat op verzoek van de wederpartij in de kosten veroordeeld, omdat die ondanks waarschuwingen vooraf een deskundige verkeerd geïnstrueerd had. Wat vooral opvalt is het grote aantal pagina's met overwegingen dat rechters besteden aan verzoeken om *wasted costs orders*.²²⁴ Net als de *indemnity basis* zorgen *wasted costs orders* in Engeland duidelijk voor een geschil binnen een geschil.

Daar tegenover staat dat *wasted costs orders* weinig lijken voor te komen of in ieder geval slechts een kleine rol spelen in het gehele civiele proces. Jackson heeft in zijn twee rapporten ruim 1000 pagina's aan de Review of Civil Litigation Costs besteed, maar de *wasted costs orders* kwamen in het stuk nauwelijks voor en speelden feitelijk geen enkele rol: niet als probleem en niet als mogelijke oplossing.²²⁵

6.8.2 Verenigde Staten: federale procedureregels

Het Amerikaanse civiele procesrecht is door de scheiding tussen *federal courts* en het parallelle systeem van *state courts* niet uniform geregeld.²²⁶ Elke staat kent eigen procedurele regels voor de *state courts*. Voor *federal courts* gelden echter wel overal dezelfde regels: de *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) in eerste aanleg en de *Federal Rules of Appellate Procedure* (FRAP) bij de *courts of appeal*. Veel staten gebruiken de FRCP overigens als model voor het procesrecht van hun eigen *state courts*.²²⁷ De FRCP worden niet door het Congres vastgesteld, maar door de federale rechterlijke macht. Het Congres heeft die bevoegdheid gedelegeerd in de Rules Enabling Act.²²⁸

²²³ *Williams v Telefonica O2 UK Ltd* [2009] EWHC 3299 (QB).

²²⁴ Zie bijvoorbeeld de hiervoor reeds aangehaalde zaak *Patel v Air India Ltd & Anor*.

²²⁵ Ook Verkijk 2010, p. 746-748, constateert een tendens van terughoudende toepassing in de laatste jaren, ingegeven door de processuele problemen en door de vrees dat drempels worden opgeworpen voor advocaten om hun cliënt goed te kunnen bijstaan. Het valt hem op dat de Engelse wetgever neigt naar het strenger aanpakken van advocaten die niet efficiënt procederen, terwijl de rechters terughoudend zijn met *wasted costs orders* teneinde de waarborgen voor advocaten te beschermen (p. 783).

²²⁶ De federale rechtbanken zijn met name bevoegd in zaken waarin federale materieelrechtelijke regels moeten worden toegepast en bij civiele conflicten tussen inwoners van verschillende staten of tussen een inwoner en de Amerikaanse federale overheid. Daarnaast behoren insolventies tot het federale takenpakket. Zie <http://www.uscourts.gov> onder 'Jurisdiction of the Federal Courts' (geraadpleegd op 11 augustus 2010). Het Congres bepaalt de indeling in *federal courts* (art. III § 1 US Constitution) en de jurisdictie volgt uit art. III § 2 US Constitution.

²²⁷ Zie <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/> (geraadpleegd op 11 augustus 2010).

²²⁸ 28 United States Code § 331. Via een transparant proces van burgerinspraak en suggesties van adviescommissies beslist de *Judicial Conference* over aanpassingen van de FRCP. Zie <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/JudicialConference.aspx> (geraadpleegd op 11 augustus 2010).

Een aantal aspecten van het Amerikaanse federale systeem komt overeen met de andere *common law*-landen, zoals de structuur van een uitgebreide *discovery* die het werk vooral bij de advocaten neerlegt, waarna een *trial* volgt voor de rechter (en/of jury). De advocatenkosten zijn daardoor (erg) hoog.²²⁹ In verreweg de meeste zaken wordt gedurende de *discovery* al geschikt en komt het niet tot een *trial*.²³⁰ In 2008 maakten de kosten van het *tort system* (buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht) maar liefst 1,79% van het gehele Amerikaanse bruto nationaal product uit.²³¹

Er is grote vrijheid wat betreft de betaling van de advocaat. *Contingency fees*, waarbij de advocaat bij winst of schikking een percentage opstrijkt van de verkregen geldsom, zijn in tegenstelling tot onder andere Nederland en Engeland niet verboden en worden veel gebruikt.²³² In combinatie met de mogelijkheden om *punitive damages* te krijgen, de ruimte om *class actions* te starten, de relatief lage griffierechten²³³ en de *American Rule* zorgt dit voor een systeem met lage drempels voor eisers om zonder forse risico's een procedure te starten. Ook met minder kansrijke zaken kan zo worden gepoogd om een gunstige schikking te krijgen.²³⁴

6.8.3 De American Rule en uitzonderingen

De *American Rule* houdt in dat iedere partij in beginsel de eigen advocatenkosten draagt.²³⁵ De griffierechten en enkele bijkomende kostenposten worden wel door de verliezer vergoed op grond van Rule 54 (d) FRCP, maar dat bedrag is verwaarloosbaar in vergelijking tot de advocatenhonoraria. Kostencompensatie is niet alleen de hoofdregel bij de *federal courts*, maar ook in alle staten, op Alaska na.²³⁶ Er zijn wel

²²⁹ Jackson 2009, p. 607-608, en het rapport ACTL & IAALS 2009, waarin de noodklok werd geluid over de uit de pan gerezen kosten van *discovery* in de VS.

²³⁰ In de Verenigde Staten, en volgens Jackson ook in Engeland (Jackson 2009, p. 627), bestaat het fenomeen van de 'vanishing trial'. Het aantal advocaten, het aantal aangebrachte zaken en de uitgaven van het rechtssysteem zijn de laatste decennia gestegen, maar het aantal trials is in absolute zin gedaald. Dit wordt mede verweten aan de gestegen kosten per zaak, met name bij de *discovery*. Zie Galanter 2004 en daarover ook Niemeijer & Klein Haarhuis 2009, p. 91-93.

²³¹ Dat blijkt uit de jaarlijkse studie van Towers Perrin, de *2009 Update on U.S. Tort Cost Trends*, te vinden op www.towersperrin.com (laatst geraadpleegd 11 augustus 2010). In de versie van 2005 (p. 4 en 12) is te zien dat dit percentage in de VS veel hoger ligt dan in Japan en een negental Europese landen (Nederland niet inbegrepen). Overigens is de door Towers Perrin gebruikte methodologie niet bepaald onomstreden, zo blijkt meteen uit de 'tegenrapporten' die Google oproept wanneer wordt gezocht naar het rapport.

²³² Zie Jackson 2009, p. 608-609 over de beperkte regulering van *contingency fees*.

²³³ \$350 voor alle zaken bij *federal courts*, zie landenrapport (Oxford; practitioners; Hausfeld) USA, p. 1.

²³⁴ Zie de omschrijving van *nuisance suits* in hoofdstuk 7.

²³⁵ Zie Maxeiner 2010, p. 4-6, die kort de redenen achter de *American Rule* uitlegt. Het betreft met name de toegang tot het recht voor minder vermogende partijen en de veelvoorkomende visie waarin de rechtszaken los worden gezien van de onderliggende materiële rechten en plichten.

²³⁶ Jackson 2009, p. 613.

veel uitzonderingen in *statutes* te vinden. Die betreffen met name *one-way fee shifting*, wat betekent dat een winnende eiser zijn advocatenkosten wel vergoed krijgt, maar een winnende gedaagde niet.²³⁷

Daarnaast zijn er enkele uitzonderingen die het gedrag in de procedure betreffen. Zo is er de algemene ‘bad faith’-exception die de rechter een inherente bevoegdheid geeft om een partij (of diens advocaat) bij kwader trouw in de kosten te veroordelen.²³⁸ In federale zaken zijn echter de uitzonderingen in de FRCP van groter belang. Rules 11, 16 en 37 FRCP geven de rechter de mogelijkheid om verschillende sancties toe te passen, waaronder kostensancties inclusief de advocatenkosten van de wederpartij. Rule 11 betreft de kansrijkheid en behoorlijkheid van claims en tussentijdse stukken, Rule 16 gaat over het naleven van gemaakte afspraken en rechterlijke bevelen in het kader van *case management* en Rule 37 handelt over sancties bij te weinig openheid van zaken en medewerking in het kader van de *discovery*.

Van belang in deze paragraaf is dat die drie regels de rechter ook de mogelijkheid geven om de advocaat persoonlijk deels of geheel in de kosten (inclusief advocatenhonorarium) van de wederpartij te veroordelen. Deze uitzonderingen op de American Rule worden dus rechtstreeks gekoppeld aan de mogelijkheden van een eigen beursje. In het navolgende zal Rule 11 nader worden besproken, aangezien die de meeste aandacht in de Amerikaanse literatuur heeft gehad. De reden daarvoor is onder meer dat met Rule 11 *frivolous cases* kunnen worden afgestraft, waardoor dit artikel de speciale aandacht heeft gekregen in het kader van de discussie over *tort reform*, die haar grond vindt in de ergernis van veel Amerikaanse burgers en media over de in hun ogen doorgeslagen procedeercultuur: de hoge kosten van het *tort system*, letselschadeadvocaten die ambulances achtervolgen, de hetekoffiezaak van McDonalds en absurd hoge schadeclaims in veel andere zaken.²³⁹ Kortom, de zaken waar Nederlanders soms ook (al dan niet terecht) bang voor zijn als ze over ‘Amerikaanse toestanden’ spreken.²⁴⁰ De gedachte is dat sancties tegen advocaten die

²³⁷ Zie het overzicht van uitzonderingen in Appendix 30 van Jackson 2009. Het betreft vooral zaakstypes waarin de eiser doorgaans de zwakkere partij is, zoals burgerrechtelijke zaken en klokkenluiderzaken. Ook wordt one-way fee shifting ingezet om publieke beleidsdoelen privaat te handhaven, zie Maxeiner 2010, p. 7-8.

²³⁸ Zie Jackson 2009, p. 619, met betrekking tot de beslissing van het *Supreme Court* in *Roadway Express Inc. v Piper*, 447 U.S. 752, 765 (1980). Zie ook uitgebreid Mallor 1983 over de kostenveroordeling en het eigen beursje van vóór Rule 11.

²³⁹ Owens 2010, p. 1-2, 5-6. En achter de *tort reformers* zitten vaak instituten die de belangen van ondernemingen willen beschermen tegen aansprakelijkheidszaken. Yablon 2004, p. 616, noemt o.a. het Manhattan Institute, het Cato Institute en de Washington Legal Foundation.

²⁴⁰ In zijn oratie waarschuwt J. Kortmann voor de mogelijke gevolgen van het importeren van de instrumentele kijk op het aansprakelijkheidsrecht vanuit de Verenigde Staten naar Nederland en illustreert daarbij mooi de Amerikaanse situatie in vergelijking met de Nederlandse (Kortmann 2009).

kansloze zaken aanspannen dit probleem kunnen verminderen. Daar tegenover staat de gedachte van met name burgerrechtactivisten dat sancties een *chilling effect* kunnen hebben doordat advocaten niet meer voor burgerrechten durven op te komen, uit angst voor een eigen beursje, ook in zaken die feitelijk wel kansrijk zijn.²⁴¹ Deze tegenstrijdige ideeën van *tort reform* enerzijds en *access to justice* met *discovery* als een soort grondrecht anderzijds hebben geleid tot een zigzagkoers van de regelgevers en veel literatuur: in 1983 werd een strenge Rule 11 geïntroduceerd, die in 1993 werd gewijzigd in de soepelere huidige versie, maar ondertussen bestaat nog steeds de roep van de *tort reformers* om terug te keren naar de versie van 1983 of een nóg strengere regel.²⁴² Hierna zal de huidige regeling van na 1993 worden besproken, waarbij ook de veranderingen ten opzichte van de oude regel worden genoemd.

6.8.4 Verenigde Staten (federaal): de huidige Rule 11 FRCP

Rule 11 FRCP gaat over het indienen van pleidooien, moties en andere stukken. Deze moeten aan een aantal kwalitatieve vereisten voldoen. Ze mogen niet met een onbetamelijk doel worden ingediend, ze moeten steunen op het recht of op een goed argument om het recht aan te passen en de aangedragen feiten moeten bij verder onderzoek bewijsbaar zijn. Ook het betwisten van aangedragen feiten moet op bewijsbare gronden gebeuren of de betwisting moet redelijkerwijs gebaseerd zijn op een gebrek aan informatie. Hieronder staat Rule 11(b) weergegeven:

(b) Representations to Court.

By presenting to the court (whether by signing, filing, submitting, or later advocating) a pleading, written motion, or other paper, an attorney or unrepresented party is certifying that to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances,

- (1) it is not being presented for any improper purpose, such as to harass or to cause unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation;
- (2) the claims, defenses, and other legal contentions therein are warranted by existing law or by a nonfrivolous argument for the extension, modification, or reversal of existing law or the establishment of new law;
- (3) the allegations and other factual contentions have evidentiary support or, if specifically so identified, are likely to have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery; and
- (4) the denials of factual contentions are warranted on the evidence or, if specifically so identified, are reasonably based on a lack of information or belief.

²⁴¹ Owens 2010, p. 1-3 en 7.

²⁴² De laatste poging was in 2004 met de Lawsuit Abuse Reduction Act, die uiteindelijk in het wetgevingsproces is gestrand, waarin voorstellen voor terugkeer naar de regels van 1993 en een *three-strikes-out rule* voor overtredende advocaten stonden. Zie Owens 2010, p. 11-15.

Wanneer een partij vindt dat de wederpartij een van bovenstaande regels overtreden heeft, kan hij op grond van Rule 11(c) een motie neerleggen bij de wederpartij. De wederpartij krijgt dan 21 dagen de kans om het betwiste stuk terug te trekken (*safe harbor*²⁴³). Als partij A bijvoorbeeld een stuk indient dat duidelijk alleen bedoeld is om onnodige vertraging te veroorzaken, dan kan partij B een motie neerleggen bij A, waarin hij aangeeft dat hij vindt dat A Rule 11(b) overtreden heeft. A heeft dan 21 dagen de tijd om zijn stuk terug te trekken. Zo niet, dan kan de motie door B worden ingediend bij de rechter. Oordeelt de rechter dat A inderdaad de regels uit 11(b) overtreden heeft, dan kunnen sancties volgen. De rechter mag op grond van Rule 11(c)(3) ook ambtshalve ingrijpen en een partij de gelegenheid geven te onderbouwen waarom die Rule 11(b) *niet* overtreden heeft, maar dit komt zelden voor.²⁴⁴

Rule 11(c)(1) en (4) bepalen wie gestraft kan worden en welke sancties mogelijk zijn:

‘(1) In General.

If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that Rule 11(b) has been violated, the court may impose an appropriate sanction on any attorney, law firm, or party that violated the rule or is responsible for the violation. Absent exceptional circumstances, a law firm must be held jointly responsible for a violation committed by its partner, associate, or employee.

(..)

(4) Nature of a Sanction.

A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by others similarly situated. The sanction may include nonmonetary directives; an order to pay a penalty into court; or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney's fees and other expenses directly resulting from the violation.’

Tot de mogelijkheden behoort dus ook de sanctie waarbij de advocaat (en/of zijn kantoor) de kosten moet betalen die de andere partij onnodig heeft moeten maken, inclusief de kosten van de advocaat.

Ten opzichte van de oude regel die tussen 1983 en 1993 gold, zijn dit de belangrijkste veranderingen: (1) het doel is slechts nog preventie van indiening van kansloze stukken (*deterrence*) en niet meer compensatie; (2) een termijn van 21 dagen om kansloze stukken terug te trekken; (3) opleggen van sancties is niet meer verplicht bij een normschending, maar de rechter heeft een discretionaire bevoegdheid daartoe; (4) voor ingediende feiten hoeft geen bewijs te zijn, maar slechts een waarschijnlijkheid dat bewijs gevonden zal worden en (5) discovery-gerelateerde

²⁴³ Hirt 1999, p. 1017-1018.

²⁴⁴ Hirt 1999, p. 1035-1037. Dunlop 2008 laat bovendien zien dat sommige *Circuits* de hogere eis van subjectieve kwade trouw hanteren als drempel voor ambtshalve sancties.

stukken vallen buiten de regeling.²⁴⁵ Er is vrij veel onderzoek gedaan naar het draagvlak voor die veranderingen²⁴⁶, naar de wijze van toepassing en naar de effecten²⁴⁷ van zowel de oude als de nieuwe regeling.

Zoals hierboven is weergegeven, kent Rule 11 vier gronden op basis waarvan een sanctie kan worden vastgesteld. Owens heeft in het Northern District van Californië een kwantitatief onderzoek gedaan en daaruit bleek dat de meeste sanctieverzoeken ongespecificeerd waren, dus niet duidelijk op één of meer van de gronden waren gebaseerd. De ongespecificeerde verzoeken leidden meestal niet tot een sanctie, terwijl de gespecificeerde verzoeken veel vaker succes hadden. Een verzoeker die duidelijk aangeeft wat er frivool is aan het stuk van de wederpartij, heeft dus meer kans op toewijzing.²⁴⁸

Ten eerste is er de *improper purpose*. Als voorbeelden noemt de regel het doel om te tergen, om nodeloos te vertragen en om nodeloos de kosten te verhogen, maar dit is geen limitatieve opsomming. Ook fishing expeditions en het procederen met een puur politiek doel zijn op deze grond bestraft.²⁴⁹ De term *improper purpose* wekt de indruk dat de subjectieve bedoeling van de overtreder moet worden vastgesteld, maar in feite gebruiken de rechters een objectieve standaard en letten zij op de omstandigheden die in samenhang met de context op onbehoorlijkheid duiden. Denk daarbij aan identieke claims die meerdere malen worden ingediend en aan het profijt hebben van vertraging.²⁵⁰ In Owens Noord-Californische studie werden sancties op grond van *improper purpose* het minst geclaimd, maar juist het vaakst toegewezen.²⁵¹

Ten tweede is er de categorie van claims en stukken die onvoldoende basis vinden in het recht of waarin geen goede argumenten worden aangedragen voor nieuwe interpretaties of aanpassingen van het geldende recht. Een voorbeeld is het aanbrenge van een zaak bij een evident onbevoegde rechterlijke instantie.²⁵²

Bij de derde en vierde grond is er een gebrek aan een feitelijke basis voor ofwel de claim ofwel de ontkenning daarvan. Er hoeft nog niet direct sluitend bewijs te zijn, maar er moet wel enige waarschijnlijkheid zijn dat dit bewijs na nader onderzoek

²⁴⁵ Shapard e.a. 1995, p. 1.

²⁴⁶ Waaronder twee surveys door het Federal Judicial Center in 1995 en 2005. In 1995 wilde 52% van de ondervraagde federale rechters huidige Rule 11 laten zoals die is. In 2005 was dat zelfs 81%. Zie Shapard e.a. 1995 en Rauma & Willging 2005.

²⁴⁷ Onderzoek naar de effecten van Rule 11 komt aan bod in § 7.6.1. (algemeen) en de effecten van het eigen beursje in het bijzonder worden in § 8.6 besproken.

²⁴⁸ Owens 2010, p. 25-28.

²⁴⁹ Solovy e.a. 2004, p. 728.

²⁵⁰ Solovy e.a. 2004, p. 729 e.v. Bij ambtshalve geïnitieerde sancties hanteren de meeste court of appeals echter wel een subjectieve standaard, zo blijkt uit Dunlop 2008.

²⁵¹ Owens 2010, p. 27, figuur 6.

²⁵² Hirt 1999, p. 1029, noemt *Ware v. Jolly Roger Rides, Inc.*, 857 F.Supp. 462, 464 (D.Md.1994).

verkregen kan worden.²⁵³ Een voorbeeld is de auteursrechtzaak, waarin de eiser claimde dat een Barbiepop inbreuk maakte op het auteursrecht van zijn ontwerp, maar waarbij al snel bleek dat Mattel al 6 jaar eerder was met haar Barbie-ontwerp. Het *district court* en later ook het *court of appeal* oordeelden dat eiser dit redelijkerwijs had kunnen en behoren te onderzoeken voordat hij de zaak startte. De advocaat werd persoonlijk in de kosten veroordeeld.²⁵⁴ Overigens hoeft niet de hele claim of een heel stuk op onjuistheden gebaseerd te zijn. Sancties zijn ook mogelijk wanneer één stelling niet deugt.²⁵⁵

Zelfs als aan een van bovengenoemde gronden is voldaan, heeft de rechter sinds 1993 de vrijheid om alsnog geen sanctie toe te passen. Die vrijheid wordt in Noord-Californië echter weinig gebruikt: slechts in 3,8% van de gevallen oordeelt de rechter dat wel van een grond sprake is, maar dat geen sanctie wordt toegepast.²⁵⁶ Het is echter de vraag of deze conclusie voor heel de Verenigde Staten kan worden geëxtrapoleerd, omdat uit andere onderzoeken blijkt dat de verschillende *courts of appeal* Rule 11 niet overal hetzelfde toepassen.²⁵⁷

Door de grotere hoeveelheid literatuur en discussies, en het aantal genoemde zaken in die literatuur, lijkt Rule 11 een grotere rol in het Amerikaanse procesrecht te spelen dan de *wasted costs orders* in het Engelse proces. Dit moet echter wel in zoverre genuanceerd worden, dat de *wasted costs orders* slechts over kostensancties tegen advocaten gaan, terwijl Rule 11 ook grondslag biedt aan andersoortige sancties en sancties gericht tegen partijen.

6.8.5 *Wasted costs orders en Rule 11 FRCP vergeleken*

Van de verschillende landen met een eigen beursje zijn de Engelse en de Amerikaanse (federale) variant bekeken. Hoewel het procesrecht en de procescultuur van beide landen wezenlijk verschilt, met name waar het de financiering en de kostenveroordeling betreft, vertonen de mogelijkheden om de advocaat rechtstreeks in

²⁵³ Vergelijk dit met het oordeel van de Hoge Raad dat de onbewijsbaarheid van aangevoerde feiten of ingenomen stellingen onvoldoende is om procesmisbruik aan te nemen: HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353, r.o. 4.6. Zie ook § 3.3.3.

²⁵⁴ *Christan v. Mattel, Inc.*, 286 F. 3d 1118, 1121 (9th Cir. 2002).

²⁵⁵ In *Jenkins v. Methodist Hospitals of Dallas Inc.*, 478 F. 3d 255 (5th Cir. 2007) werd een advocaat bestraft wegens het onjuist weergeven van de woorden van de wederpartij, waardoor die uitspraak discriminerend leek te zijn. Er volgde overigens geen eigen beursje, maar de rechter gaf een publieke reprimande, hetgeen op basis van Rule 11 ook mogelijk is.

²⁵⁶ Owens 2010, p. 25.

²⁵⁷ Zie o.a. Dunlop 2008 en Solovy e.a. 2004. Voor de aanpassingen in 1993 was dit niet beter, zie Schwarzer 1988.

de kosten te veroordelen op basis van verstoring procesgedrag veel overeenkomsten.²⁵⁸

Zowel voor *wasted costs orders* als voor toepassing van Rule 11 FRCP is geen opzettelijk wangedrag vereist, maar wel een stevige vorm van onbehoorlijkheid, onredelijkheid of nalatigheid. Uit de bekeken literatuur en jurisprudentie lijkt naar voren te komen dat de lat voor *wasted costs orders* nog iets hoger ligt dan voor sancties op basis van Rule 11, maar dit is geen harde conclusie, omdat het aantal bekeken zaken klein is en de gebruikte termen om het wangedrag aan te duiden wellicht niet volledig uitwisselbaar zijn.

Procedureel geldt voor beide systemen dat de rechter ambtshalve of op verzoek van partijen een eigen beursje mag uitspreken. In beide landen zijn de rechters terughoudend met ambtshalve optredens en volgen de meeste sancties op een verzoek van de wederpartij. Ook geldt zowel in de Verenigde Staten als in Engeland dat de te treffen advocaat recht heeft op verweer tegen een verzoek van de wederpartij of een rechterlijk voornemen om een kostensanctie toe te passen. Ook biedt het eigen beursje in beide landen een zelfstandige grond voor hoger beroep. De Verenigde Staten kennen bij een partijverzoek nog de extra waarborg van de *safe harbor*, waardoor het onbehoorlijke of kansloze stuk nog kan worden teruggetrokken alvorens het voor sancties in aanmerking komt.

In beide landen is de rechter niet verplicht om een sanctie toe te passen bij overtreding van de norm. In de Engelse regels wordt expliciet vermeld dat de rechter moet kijken naar alle omstandigheden van het geval en in Rule 11 FCRP blijkt de discretionaire bevoegdheid uit de term 'may impose (..)'. Bij de invulling daarvan moet de Amerikaanse rechter echter slechts het doel van *deterrence* (preventie van toekomstige overtredingen) voor ogen houden en niet het doel van compensatie.²⁵⁹ In het Engelse systeem gaat het juist ook om compensatie; niet alleen ten behoeve van de wederpartij, maar ook ten behoeve van de cliënt die anders voor het falen van de eigen advocaat had moeten opdraaien. Daaraan is gerelateerd dat in Engeland het causale verband tussen de normovertreding en de te vergoeden extra tijd en kosten een voorwaarde is. De Engelse regel lijkt daarmee meer op de oude Nederlandse regel,

²⁵⁸ Er is wel een regeltechnisch verschil. De VS kennen voor verschillende soorten verstoring gedragingen verschillende regels (Rules 11, 16 en 37), maar per toepasselijke Rule kan de rechter wel kiezen voor verschillende sancties, dus niet alleen voor het eigen beursje. In Engeland is de *wasted costs order* er voor alle soorten verstoring gedragingen, maar is het eigen beursje de enige mogelijke sanctie onder een dergelijk order. Andere sancties, zoals die van *contempt of court* of kostensancties tegen de wederpartij staan elders geregeld.

²⁵⁹ Zie over de theorie over *deterrence* ook § 7.4.

waarin het naast preventie in het kader van de goede procesorde ook draaide om compensatie van de wederpartij en de eigen cliënt.²⁶⁰

In de praktische toepassing lijkt de uitgangssituatie van de *American Rule* of de *English Rule* verschil uit te maken. Zo bestaat in Engeland de situatie dat vaak om *wasted costs orders* wordt verzocht wanneer de verzoekende partij vreest dat bij een gewone kostenveroordeling bij de wederpartij zelf niets te halen zal zijn en het daarom bij diens advocaat zoekt. In de Verenigde Staten zal dit niet gebeuren, want daar is het juist de hoofdregel dat de wederpartij de kosten niet hoeft te betalen en is een kostenveroordeling überhaupt een onverwacht voordeel.

6.8.6 *Het eigen beursje geabstraheerd*

Als toetsbare prikkel wordt gekozen voor een eigen beursje met de volgende eigenschappen, die deels aan het Engelse en deels aan het Amerikaanse systeem zijn ontleend:

- De advocaat kan rechtstreeks in de (gedeeltelijke of gehele) proceskosten van de wederpartij (en in die van de eigen cliënt) worden veroordeeld bij (ernstig) onbehoorlijk, onredelijk of nalatig gedrag;
- De rechter kan de sanctie ambtshalve of op partijverzoek toepassen, maar de te treffen advocaat moet wel gelegenheid hebben tot verweer;
- De getroffen advocaat moet in hoger beroep kunnen tegen de sanctie;
- Het eigen beursje dient (mede) ter preventie van verstarend procesgedrag (dus niet alleen ter compensatie van de getroffen eigen cliënt en/of de wederpartij).

De Amerikaanse *safe harbor* van 21 dagen om een kansloos of onbehoorlijk stuk terug te trekken staat in bovengenoemde rij met eigenschappen niet genoemd. Deze werkt namelijk niet in gevallen waarin het verstarend gedrag zich niet in de stukken uit, maar waarin termijnen zijn overschreden of waarin iemand niet of onvoldoende voorbereid ter zitting verschijnt.

6.9 *Conclusie potentiële nieuwe prikkels*

In dit hoofdstuk is gezocht naar buitenlandse alternatieve prikkels die eventueel in het Nederlandse systeem kunnen worden ingepast om verdragend en kostenverhogend gedrag te ontmoedigen. Als startpunt zijn de twee Engelse rechtsvergelijkende studies van Jackson en van Hodges & Vogenauer gebruikt, aangevuld met de landenrapporten van het XVIIIth International Congress of Comparative Law, waarin op basis van de criteria realisme, diversiteit en toegankelijkheid is gezocht naar mogelijke opties. Naar aanleiding van de daarin gevonden aanknopingspunten is een aantal landen uitgebreider aan bod gekomen: België, Duitsland, Verenigde Staten, Engeland &

²⁶⁰ Zie § 4.4. Vanaf het arrest HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347 m.nt. JBMV gold overigens dat het eigen beursje er slechts nog was in het belang van de eigen cliënt en niet in dat van de wederpartij en de goede procesorde.

Wales, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland. Voor de prikkel ‘scherpe normen’ zijn bovendien regelingen uit tal van andere landen opgezocht.

Eerst zijn de prikkels in hun buitenlandse context besproken, waarna ze aan het eind van iedere paragraaf zijn samengevat en abstract zijn geformuleerd, zodat ze te toetsen zijn op de verwachte effecten die een implementatie in het Nederlandse systeem zal hebben. Die toetsing vindt in hoofdstuk 8 plaats.

De gevonden alternatieven zijn: (1) minimum- en maximumbedragen, (2) de *indemnity basis*, (3) geen prikkels, (4) scherpe normen en (5) het eigen beursje. De abstract geformuleerde eigenschappen staan in onderstaande tabel opgenomen.

Prikkel	Eigenschappen	Land(en) van inspiratie
Minimum- en maximum bedragen	-Forfaitaire vergoedingen van advocatenkosten met een basisbedrag en de mogelijkheid voor de rechter om gemotiveerd af te wijken naar een wettelijk bepaald minimum- of maximumbedrag; -De kennelijk onredelijke situatie als criterium om af te wijken; -Het verbod om die minima of maxima te overschrijden, zelfs bij procesrechtsmisbruik.	België
Indemnity basis	-Er is een <i>standard basis</i> met forfaitaire tarieven en/of een proportionaliteitstoets (de kostenveroordeling mag niet te hoog zijn ten opzichte van het zaaksbelang), waardoor de kostenveroordeling normaliter niet kostendekkend is; -Er is een <i>indemnity basis</i> die de rechter (uitgebreid) gemotiveerd toepast bij de zwaardere varianten van verstoring procesgedrag; -Bij de <i>indemnity basis</i> worden de forfaitaire tarieven en/of proportionaliteitstoetsen van de <i>standard basis</i> losgelaten. De ontvanger krijgt daardoor een significant hogere kostenvergoeding dan normaal; -De eis dat alleen de redelijk gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen blijft bij de <i>indemnity basis</i> overeind staan; -De werkelijk gemaakte proceskosten worden nooit overstege.	Engeland & Wales, Canada, Australië, Nieuw-Zeeland
Geen prikkels	-De proceskosten volgen uit rigide tariefschalen, zonder beslissingsruimte voor de rechter; -De verliezer van de procedure betaalt de kosten van de winnaar; -Bij gedeeld gelijk worden de kosten gecompenseerd of proportioneel verdeeld aan de hand van de mate van gelijk; -De rechter mag bij zijn kostenbeslissing geen rekening houden met gedrag voor of tijdens de procedure of met andere elementen die met de proceshouding te maken hebben.	Enige inspiratie ontleend aan Duitsland (zie uitleg in § 6.6)
Scherpe normen	-Kostenconsequenties worden aan specifieke verstoring gedragingen gekoppeld.	17 landen
Eigen beursje	-De advocaat kan rechtstreeks in de (gedeeltelijke of gehele) proceskosten van de wederpartij (en in die van de eigen cliënt) worden veroordeeld bij (ernstig) onbehoorlijk, onredelijk of nalatig gedrag;	Meerdere landen, met name

	-De rechter kan de sanctie ambtshalve of op partijverzoek toepassen, maar de te treffen advocaat moet wel gelegenheid hebben tot verweer; -De getroffen advocaat moet in hoger beroep kunnen tegen de sanctie; -Het eigen beursje dient (mede) ter preventie van verstorend procesgedrag (dus niet alleen ter compensatie van de getroffen eigen cliënt en/of de wederpartij).	Engeland en Verenigde Staten (federaal)
--	--	---

Tabel 6.10: Samenvatting potentiële nieuwe prikkels

Bovenstaande tabel met potentiële nieuwe prikkels was het beoogde resultaat van dit hoofdstuk. De bestudering van buitenlandse systemen heeft echter ook andere vermeldenswaardige zaken duidelijk gemaakt.

Wat uit die rapporten en uit de landenbeschrijvingen in voorgaande paragrafen het meest naar voren komt, zijn de grote verschillen tussen de kostensystemen, op welk gebied ook geen convergerende ontwikkelingen zijn waar te nemen. Jackson heeft in het Preliminary Report bijvoorbeeld wel gekeken naar de buitenlandse systemen, maar de aanbevelingen in het Final Report voor Engelse hervormingen leiden niet tot imitatie van een heel buitenlands systeem, ondanks de duidelijke sympathie van Jackson voor de voorspelbaarheid en efficiëntie van de Duitse kostenpraktijk. Jackson doet uiteindelijk vooral aanbevelingen die hier en daar wat bijshaven en de drastische aanbeveling om *success fees* voor advocaten en *after the event insurance*-premies geen onderdeel meer uit te laten maken van de kostenveroordeling, gecombineerd met hogere schadevergoedingen en *one way fee shifting* in letselschadezaken.²⁶¹ Die veranderingen zijn echter slechts deels geïnspireerd door buitenlandse regelingen, dus het Engelse systeem blijft vooral erg Engels. Ook België en Portugal hebben recent hun kostensystemen aangepast; in die landen is eveneens gekozen voor geheel eigen invullingen, zonder aan te sluiten bij andere landen.²⁶²

Het staat dus vast dat het in ieder geval een stevige kluiif wordt voor Europese beleidsmakers, indien zij het gebied van de proceskostenveroordeling willen gaan harmoniseren.²⁶³ Welke keuze in dat geval ook wordt gemaakt; altijd zal dit een grote verandering betekenen voor een groot deel van de Lidstaten.

Bij het specifieke onderdeel waarover dit onderzoek gaat, de kostenconsequenties ten aanzien van verstorend procesgedrag, is het de vraag of de verschillen überhaupt overbrugbaar zijn. In het overzicht met scherpe normen in § 6.7

²⁶¹ Zie Jackson 2010, p. xvi-xvii.

²⁶² Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 5.

²⁶³ Het Europese civiel procesrecht staat überhaupt nog in de kinderschoenen, aldus Van der Grinten 2007, p. 65, die constateert dat er na Storme (red.) 1994 nauwelijks fundamenteel debat over heeft plaatsgevonden. Freudenthal 2007, p. 282-283, spreekt weliswaar over 'stormachtige ontwikkelingen', maar ziet ook problemen bij de harmonisatie, mede door de veelal incidentele Europese procesrechtelijke wetgeving en een gebrek aan een weloverwogen basisconcept.

is te zien dat er tussen de wetsbepalingen vaak wel overeenkomsten zijn, maar het is uiteindelijk vooral de vraag hoe snel en hoe streng rechters in de praktijk een dergelijke wetsbepaling toepassen. Ook kunnen er per land verschillen zijn in de aard en omvang van de problemen met verstorend procesgedrag. De Nederlandse rechters blijken terughoudend te zijn met kostensancties, maar geldt dat ook voor hun buitenlandse collega's en zo ja, in welke mate?²⁶⁴ Invoering van een Europese regeling met geharmoniseerde kostensanctie bepalingen zou de verschillen op papier dus overbruggen, maar in de praktijk zal het blijven afhangen van de lokale mate van terughoudendheid om de sancties toe te passen.

²⁶⁴ Zie ook § 9.2.5.

Hoofdstuk 7: Algemene theorie over effecten van kostenprikkels

7.1 Inleiding

7.1.1 Twee stappen

Het civiele proces(recht) kan worden vergeleken met een ingewikkelde machine met vele draaiknoppen en radertjes die op meer wijzen aan elkaar geschakeld zijn. Het voorspellen van effecten van wijzigingen in het procesrechtelijke systeem is daarom een moeilijke klus. De Mot & De Geest wijzen op verschillende leemtes in de bestaande kennis over de werking van de gehele machine en de effecten van het draaien aan bepaalde knoppen.¹

Met de vierde en laatste deelvraag wordt gepoogd om één van die leemtes nader op te vullen: *Wat zijn de effecten van de potentiële nieuwe kostenprikkels op de kwaliteitscriteria van het civiele proces?* De beantwoording daarvan verloopt in twee stappen.

Eerst worden in dit hoofdstuk de bestaande theoretische en empirische inzichten over het civiele procesrecht samengebracht, voor zover die relevant zijn voor de werking van kostenprikkels. Het heeft immers geen zin om te proberen om de werking en effecten van specifieke knoppen te bespreken, wanneer de werking van de gehele machine en haar belangrijke onderdelen nog onhelder is. Met behulp van algemene handboeken² is eerst een globaal beeld verkregen van de dynamiek van het civiele proces. Waarom procederen partijen überhaupt in plaats van dat ze schikken en waarom is het verstorend als ze informatie achterhouden? Dit algemene beeld maakt ook duidelijk welke elementen relevant zijn voor het doen van uitspraken over de effecten van kostenprikkels ten aanzien van gedrag.³ Het gaat om de rol van de advocaat, de functie van (verplichte) informatie-uitwisseling, afschrikking (*deterrence*) van verstorend procesgedrag, de kostenveroordeling ten aanzien van gelijk en, ten slotte, kostenconsequenties ten aanzien van gedrag. Soms worden daarbij voorbeelden en studies uit het Nederlandse procesrecht en concrete buitenlandse stelsels⁴

¹ De Mot & De Geest 2004, p. 111. Denk aan de effecten van twee hervormingen die tegelijk worden doorgevoerd (bijvoorbeeld de substantiëringsplicht tegelijkertijd met het nieuwe regime met een centrale rol van de comparitie) en die op elkaar kunnen inwerken. De combinatie van beide kan tot andere effecten leiden dan de effecten die worden voorspeld als beide hervormingen volledig los van elkaar worden onderzocht.

² Zoals Shavell 2004; Cooter & Ulen 2008 en de verschillende 'lemma's' van de Encyclopedia of Law and Economics (Bouckaert & De Geest 2000). Ook De Mot & De Geest 2004 bood veel aanknopingspunten.

³ De hiervoor genoemde handboeken boden ook een basis voor de 'sneeuwbalmethode' om zo specifiekere artikelen te zoeken en om met trefwoorden databases als SSRN en HeinOnline te doorzoeken.

⁴ Onder andere de Verenigde Staten, Engeland en Taiwan.

gehanteerd, met als doel om de rechtseconomische en empirische inzichten te illustreren.⁵

De tweede stap volgt in hoofdstuk 8. De in de vorige stap gelegde theoretische basis wordt dan eerst gebruikt om de effecten van het huidige Nederlandse kostenveroordelingsstelsel te evalueren aan de hand van de criteria van het toetsingskader: tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure. Daarna wordt voorspeld wat voor effecten de verschillende potentiële nieuwe prikkels uit hoofdstuk 6 hebben op diezelfde toetsingscriteria, wanneer deze prikkels aan het Nederlandse stelsel worden toegevoegd.

7.1.2 Plan van behandeling

In de volgende paragraaf (§ 7.2) zal eerst worden verantwoord waarom het rechtseconomische rationelekeuzemodel als uitgangsbepaling is gekozen bij de beschrijving van de werking van het civiele proces en waarom daarnaast gedragseconomische en empirische inzichten zijn gebruikt. Daarna wordt ingegaan op het economische basismodel over schikken en procederen (§ 7.3), waarbij twee complicaties specifiek worden besproken: de advocaat-cliëntrelatie en de verplichte informatie-uitwisseling. De relatie tussen deze twee complicaties en (het ontmoedigen van) onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag zal daarbij ook aan bod komen.

Vervolgens wordt in paragraaf 7.4 ingezoomd op het afschrikken van verstorend procesgedrag (*deterrence*). Op basis van een vergelijking met de rechtseconomische literatuur over de onrechtmatige daad wordt geconcludeerd dat het ontmoedigen van verstorend procesgedrag het best kan plaatsvinden door *pricing*: het zo volledig mogelijk doorberekenen van de onnodige vertraging en kosten aan de veroorzaker op basis van risicoaansprakelijkheid.

In paragraaf 7.5 wordt onderzocht of de merites van de huidige proceskostenveroordeling op basis van het gelijk niet in de weg staan aan het gebruik van de kostenveroordeling voor een ander doel. Daarbij wordt de bestaande literatuur over de *American rule* versus de *English rule* geanalyseerd. De conclusie van die analyse is dat de positieve en negatieve effecten van beide regels tegen elkaar in werken, zodat daar geen argument uit voortvloeit om de kostenveroordeling niet in te zetten tegen verstorend procesgedrag.

Daarna wordt ingegaan op de functies van de kostenveroordeling als instrument ter gedragsbeïnvloeding (§ 7.6). De hoofdfunctie is preventie van verstorend procesgedrag, maar tegelijkertijd gaat er zowel een positief compensatie-effect van uit, als dat het een gevaar voor de voorspelbaarheid inhoudt. Ook wordt stilgestaan bij de

⁵ Het doel daarvan is dus niet rechtsvergelijking en/of het aanvullen van de alternatieve opties uit hoofdstuk 6.

effecten van verzekeringen, gesubsidieerde rechtsbijstand en insolventie op de preventiefunctie.

Ten slotte worden in de concluderende paragraaf 7.7 de verkregen inzichten samengevat, waarop in hoofdstuk 8 wordt voortgebouwd.

7.2 *Rechtseconomie met gedragseconomische en empirische correcties*

Studies naar de effecten van kostenprikkelers kunnen in beginsel zowel met een (rechts)economische als met een andere sociaalwetenschappelijke inslag worden uitgevoerd.⁶ De wetenschappelijke realiteit is echter dat met name in Amerika de beweging van *law and economics* tot veel meer studies en resultaten heeft geleid dan de rechtssociologische, empirische bewegingen.⁷ Voor zover er wel empirische resultaten zijn, zijn die vaak tot stand gekomen binnen het kader van rechtseconomisch onderzoek: een op een economisch model gebaseerde hypothese wordt empirisch getoetst met data uit de praktijk.⁸ Daarbij komt dat juist de civiele rechtspleging, en daarbinnen de kostenveroordeling in het bijzonder⁹, veel aandacht heeft gekregen binnen *law and economics*.¹⁰

De economische benadering van het recht kan zowel descriptieve als normatieve vragen beantwoorden.¹¹ De economische wetenschap biedt in het kader van *welfare economics* een toetsingskader in de vorm van maximalisatie van sociale welvaart. Daaraan kunnen rechtsregels op normatieve wijze worden getoetst en in veel rechtseconomische onderzoeken gebeurt dit ook.¹² In dit onderzoek is echter reeds een toetsingskader gekozen en verantwoord in hoofdstuk 2.¹³ De rechtseconomische inzichten worden dus slechts descriptief en instrumenteel gebruikt om de effecten van

⁶ Zie Klein Haarhuis 2008, waarin wordt gepoogd om geschilgedrag te verklaren met een overkoepelend raamwerk van rechtseconomie, -sociologie en -psychologie.

⁷ Macneil 2000, p. 713-715, noemt daarvoor 3 factoren: (1) het Amerikaanse politieke klimaat van deregulering in de afgelopen decennia, (2) het feit dat theoretisch economisch onderzoek sneller en eenvoudiger kan worden uitgevoerd dan sociaalwetenschappelijk empirisch veldwerk en daarmee tot meer publicaties leidt en (3) de gulle financiering vanuit de politieke rechtervleugel.

⁸ Voorbeelden zijn de nader te bespreken studies van Huang 2009 en Snyder & Hughes 1990.

⁹ Zie het overzicht van Katz 2000, p. 65. In de tien jaar daarna lijkt de aandacht iets te zijn verminderd: Katz 2010.

¹⁰ Kobayashi & Parker 2000, p. 1.

¹¹ Shavell 2004, p. 1-4. Dit geldt overigens in het algemeen voor de economische wetenschap. In de standaardhandboeken wordt het onderscheid tussen positieven/descriptieve en normatieve analyses veelal al in de eerste hoofdstukken uitgelegd. Zie bijvoorbeeld Mankiw 2001, p. 28-29. Zie voor discussie hierover Kerkmeester 2000, p. 390-391.

¹² Een duidelijk voorbeeld is Van Bijnen 2005, een dissertatie over aanvullend contractenrecht.

¹³ Ik wil bijvoorbeeld effecten op procedurele kwaliteit en op kwaliteit van uitkomsten op zichzelf beschouwen en niet uitdrukken in 'x euro aan foutkosten' (zie ook § 2.2.4). Alleen bij de bespreking van schuld- versus risicoaansprakelijkheid zal voor de helderheid kort worden aangesloten bij welvaartsmaximalisatie, om daarna weer aan te sluiten bij het eigen toetsingskader.

bepaalde kostenprikkels op de criteria tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit te voorspellen.¹⁴

Rechtseconomen proberen meestal de werkelijkheid te simplificeren tot theoretische modellen waarmee zij kunnen rekenen. Een basissimplificatie is de rationaliteitsveronderstelling (*rational choice*). Individuen handelen rationeel, wat wil zeggen dat zij bij hun keuzes hun eigen belang nastreven ('hun nut maximaliseren') en dat zij ook perfect kunnen calculeren welke keuzes tot het optimale resultaat leiden. Dit houdt niet in dat economen daadwerkelijk denken dat mensen altijd rationele keuzes maken. De assumptie is er voornamelijk om eenvoudig met de modellen te kunnen rekenen, met als doel regelmatigheiden in gedrag bloot te leggen en die te verklaren met *incentives*.¹⁵ Dit bepaalt ook de wijze waarop economen het recht zien: als een systeem dat de *incentives* van burgers en instituties beïnvloedt.¹⁶

In modellen waarin de rationaliteitsveronderstelling wordt gehanteerd kunnen complicaties worden aangebracht, bijvoorbeeld door aan te nemen dat mensen geen volledige informatie hebben (en sommige actoren private informatie hebben) en dat het verkrijgen of uitwisselen van informatie transactiekosten meebrengt.¹⁷ Ook kan worden aangenomen dat één of meerdere actoren niet risiconutraal, maar risicoavers zijn.¹⁸ Voornoemde complicaties komen nog in (neo)klassiek (rechts)economisch onderzoek voor¹⁹, maar zodra de rationaliteitsveronderstelling wordt losgelaten door bijvoorbeeld cognitieve *biases* uit de psychologie in de modellen op te nemen, komt men op het relatief nieuwe terrein van de *behavioural (law and) economics*. Die stroming gaat uit van beperkte rationaliteit, beperkt eigenbelang en beperkte wilskracht, met als centrale idee dat dergelijke modellen tot nauwkeurigere voorspellingen kunnen leiden.²⁰ Gedragseconomische²¹ inzichten zijn interessant voor

¹⁴ Zie over dit instrumentele gebruik ook Van Velthoven 2008.

¹⁵ Zie o.a. Veljanovski 2006, p. 49-53. Van Velthoven 2008, p. 32-33, Shavell 2004, p. 661-663, Kerkmeester 2010, p. 383-386, Faure 2009, p. 13-14, Visscher 2006, p. 2-3, en De Mot & De Geest 2004, p. 6. Korobkin & Ulen 2000, p. 1060-1075, geven een nadere uitwerking van *rational choice theory*, uitgesplitst in een aantal versies.

¹⁶ Veljanovski 2006, p. 44.

¹⁷ Goede voorbeelden zijn de modellen van het civiele proces met informatieasymmetrie, die door o.a. Bebchuk 1984 en Spier 1992 worden gebruikt.

¹⁸ Risicoaversiteit past bij de afnemende meerwaarde van geld bij nutsmaximalisatie, zie Rachlinski 1996, p. 117 en noot 13.

¹⁹ In de meeste rechtseconomische modellen van het civiele proces wordt uitgegaan van onvolledig geïnformeerde partijen en vaak ook van informatieasymmetrie. Die assumpties passen dus nog binnen de (neo)klassieke economische traditie. Zie Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1475.

²⁰ Zie Jolls, Sunstein & Thaler 1998; Sunstein (red.) 2000. Overigens worden *behavioural law and economics*-theorieën niet alleen gebruikt als voorspeller van effecten, maar ook als verklaring voor bestaande wetgeving (Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1508 e.v.; De Coninck 2009) of als fundament voor normatieve theorie (zoals het *libertarian paternalism*, verdedigd door Sunstein & Thaler 2008).

het privaatrecht, en het procesrecht in het bijzonder, omdat een aantal belangrijke verschijnselen moeilijk met de klassieke economische modellen te verklaren zijn.²²

Op een aantal onderdelen zijn ook empirische gegevens beschikbaar. Die worden uiteraard besproken, ook al zijn ze beperkt in aantal en omvang. De resultaten uit de interviewstudie van hoofdstuk 5 horen daar ook bij; regelmatig keren die terug in zowel dit hoofdstuk als in hoofdstuk 8.

7.3 Algemene inzichten in de dynamiek van het civiele proces

7.3.1 Basismodel

Volgens het gangbare *expected utility model* begint een risiconeutrale eiser een rechtszaak wanneer die denkt dat de baten hoger zullen zijn dan de kosten.²³ De verwachte baten bestaan uit het bedrag dat op het spel staat maal de kans dat dat bedrag wordt verkregen door middel van een schikking of rechterlijke uitspraak.²⁴ De kosten zijn de verwachte totale proceskosten die hij zal moeten dragen. In de iets ingewikkeldere modellen kan ook de risicohouding nog een rol spelen: een risicoaverse eiser zal minder snel procederen, omdat de onzekerheid van de winstkans voor hem negatief meeweegt in de baten van het proces.²⁵ Ook zullen de hoogte en voorspelbaarheid van de kosten(veroordeling) voor de risicoaverse partij zwaarder wegen.

Het is niet zo dat elk geschil waarin de eiser een verwachte positieve proceswaarde heeft uiteindelijk tot een proces komt. Als de wederpartij eveneens verwacht dat de eiser een claim met grote kans van slagen heeft, ligt het voor de hand dat men na onderhandelingen tot een schikking komt.²⁶ Beide partijen kunnen op die manier voorkomen dat zij proceskosten moeten maken. Het feit dat een schikking proceskosten bespaart, heeft in de rechtseconomie zelfs de fundamentele vraag opgeworpen waarom er überhaupt zaken uitgeprocedeerd worden. Twee rationele partijen met volledige informatie zouden toch altijd schikken?

²¹ *'Behavioural economics'* wordt in het Nederlands vertaald met 'gedragseconomie', maar de term 'gedragsrechtseconomie' levert op Google nog geen resultaten op (september 2010).

²² Ook Van Boom, Giesen & Verheij (red.) 2008 besteden daarom in het inleidende hoofdstuk van hun bundel over gedrag en privaatrecht ruim aandacht aan de *behavioural law and economics*. Op deze stroming bestaat echter ook kritiek: zo zou het geen coherente theorie zijn, maar slechts een ongeorganiseerde 'grabbeldoos' van biases waarmee empirische bevindingen verklaard worden, zie Hayden & Ellis 2007, p. 630 e.v. Zie ook Faure 2009, p. 28 e.v., die in zijn oratie uitgebreid de kritieken (van met name R. Posner) op *behavioural economics* bespreekt; en Visscher 2006, p. 6-7.

²³ Zie o.a. Shavell 2004, p. 390; Huang 2009 en veel van de hierna genoemde bronnen. In de praktijk blijken Nederlandse partijen globaal gezien inderdaad een kosten-batenafweging te maken en daarin de financiële aspecten mee te wegen, zie Klein Haarhuis 2008.

²⁴ Voor de eenvoud wordt steeds uitgegaan van vorderingen die op geld waardeerbaar zijn.

²⁵ Shavell 2004, p. 390.

²⁶ Shavell 2004, p. 402.

De Mot & De Geest²⁷ noemen vijf (rationele) verklaringen voor het feit dat conflicten soms tot een vonnis leiden in plaats van tot een schikking. Het eerste is relatief optimisme, wat betekent dat de eiser in sommige gevallen (toevallig²⁸) de eigen winstkansen hoger inschat dan dat de gedaagde die van de eiser inschat. Als dit verschil groter is dan de geschatte proceskosten, wordt er niet geschikt.²⁹ De tweede verklaring ligt in informatieasymmetrie; eisers zullen vaak beter weten hoeveel schade ze hebben geleden en gedaagden of ze zorgvuldig hebben gehandeld.³⁰ Dit kan tot processen leiden.³¹ Ten derde is er het strategische onderhandelingsmodel: partijen erkennen dat er ruimte is voor een schikking, maar willen te veel van die ruimte voor zichzelf binnen halen.³² Ten vierde kan het weliswaar in het belang van de cliënten zijn om te schikken, maar hebben advocaten soms hun eigen belang om toch te procederen.³³ Ten vijfde heeft een partij soms een breder belang dat het belang van de concrete zaak overstijgt. Denk aan bescherming van de reputatie of aan het creëren van een precedent tegenover derden.³⁴

Processen vallen dus door het rationele keuzemodel te verklaren, maar een ieder die wel eens een procedure of zelfs een aflevering van de Rijdende Rechter heeft bekeken, kan wel aanvoelen dat ook irrationeel gedrag een rol speelt in het ontstaan van procedures. De *behavioural law and economics* bieden daarvoor nadere inzichten. Een veelvoorkomende bias is de *self-serving bias*, die inhoudt dat mensen naar zich toe redeneren en hun redelijkheidspereceptie onbewust invullen met hun eigen belangen.³⁵ Daardoor dicht men zichzelf in het proces grotere winstkansen toe, dan dat de

²⁷ De Mot & De Geest 2004, p. 27-29.

²⁸ Het rationele model gaat er van uit dat het optimisme ontstaat doordat er altijd een *random* foutmarge aan inschattingen verbonden is (Priest & Klein 1984). Pessimisme komt volgens dat model even vaak voor, maar in die gevallen wordt er dus wel geschikt. Hierna wordt ook nog ingegaan op het *behavioural* (niet-rationele) inzicht dat optimisme niet ontstaat door een toevallig bepaalde foute inschatting, maar door de systematische *self-serving bias*.

²⁹ Tenzij partijen risico-avers zijn. Zie ook Shavell 2004, p. 406-407. Het optimismemodell, ook wel *divergent expectations theory* genoemd, is geconstrueerd door Priest & Klein 1984. In de literatuur ontstond zelfs een strijd over welk rationeel model de *litigation puzzle* het best verklaart: *divergent expectations* of het hierna te noemen model van informatieasymmetrie; zie o.a. Waldfogel 1998.

³⁰ Uitgaande van een zaak over onrechtmatige daad, maar ook in andere geschillen zijn voorstellingen te maken van informatieasymmetrie.

³¹ De Mot & De Geest 2004, p. 34, werken uit hoe informatieasymmetrie precies tot processen kan leiden. Zie ook Shavell 2004, p. 407-409, Bebchuk 1984 en Spier 1992. In een experimentele setting is dit getest door Inglis e.a. 2005.

³² De Mot & De Geest 2004, p. 35; Kobayashi & Parker 2000, p. 12-13.

³³ Kobayashi & Parker 2000, p. 13. Hierop wordt nader ingegaan in § 7.3.2.1 en § 8.6.

³⁴ De Mot & De Geest 2004, p. 35-36.

³⁵ Babcock, Loewenstein & Issacharoff 1997; en Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1501 e.v. Volgens Loewenstein e.a. 1993, p. 141 is de precieze oorzaak van deze *bias* onbekend. Mogelijk willen mensen zich beter voelen over zichzelf en projecteren zij dat op de werkelijkheid.

wederpartij die kansen inschat. Doen eiser en gedaagde dit allebei, dan kan de schikkingsruimte zo klein worden dat niet wordt geschikt.

Ook *loss aversion* kan een rol spelen. Die bias houdt in dat mensen meer risico zullen nemen en zullen investeren om verliezen te voorkomen, dan om winsten te behalen.³⁶ In de onderhandelingen en in het proces kan dit inhouden dat gedaagden, die immers iets te verliezen hebben, risicozoekend zullen zijn.³⁷ Dat verlaagt de kans dat partijen er uit komen.³⁸

Ten slotte is er nog het verschijnsel dat mensen soms eigen middelen willen opofferen als ze daarmee aardige anderen kunnen helpen of juist onaardige anderen kunnen afstraffen. In een civiel conflict is helaas meestal het laatste het geval: een partij is dan bereid om zelf kosten te maken, als daarmee aan de onaardige wederpartij groot nadeel kan worden toegebracht. Er wordt dan positieve waarde gehecht aan het nadeel bij de ander.³⁹ Als beide partijen elkaar niet mogen, dan is dit effect natuurlijk dodelijk voor het onderhandelingsklimaat en de schikkingsruimte. Er kunnen daardoor processen ontstaan die door de traditionele modellen met de rationaliteitsveronderstelling niet kunnen worden verklaard. Dit verschijnsel kan overigens ook ten grondslag liggen aan sommige vormen van verstoring procesgedrag, met name de gevallen waarin de wederpartij opzettelijk getergd wordt.

Kortom, alle individuele keuzes van eisers en gedaagden tezamen leiden tot een X aantal (pre-)procedures, een Y aantal schikkingen en een Z aantal uitgeprocedeerde rechtszaken.⁴⁰ X wordt bepaald door het aantal eisers met een vordering met een positieve verwachte waarde. Vervolgens wordt er meestal geschikt (Y), zowel in de theoretische modellen als in de Nederlandse realiteit.⁴¹ Soms wordt er echter toch doorgeprocedeed. Om dat verschijnsel Z te verklaren, voorzien zowel rationele modellen als gedragseconomische modellen in mogelijke oorzaken.

³⁶ Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1484.

³⁷ Risicozoekend gedrag houdt in dat iemand een hoger nut toekent aan optie A, met 50% kans op € 2.000,- verlies en 50% kans op € 0,- verlies, dan aan optie B, waarin 100% kans op € 1.000,- verlies bestaat. Een risiconutraal persoon zou beide opties even hoog waarderen, terwijl een risicoavers persoon voor optie B zou kiezen. Risicozoekend gedrag is een vreemd fenomeen, dat in de klassieke economische modellen niet echt wordt behandeld, zie Rachlinski 1996, p. 122. Alleen bij deelname aan bijvoorbeeld loterijen wordt het verondersteld.

³⁸ Zie Rachlinski 1996. Hayden & Ellis 2007, p. 638-640, stellen zelfs dat ook de eiser in bijvoorbeeld een letselschadezaak zijn claim niet zozeer als 'winst' ziet, maar eerder als een manier om het verlies te beperken. Afhankelijk van hoe de eiser dit 'framet' kan ook hij risicozoekend zijn.

³⁹ Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1493-1495 en p. 1498.

⁴⁰ Er zou nog een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen schikkingen voorafgaand en tijdens het proces, met als extra complicatie de keuze voor buitengerechtelijke geschiloplossing. Dat laat ik hier buiten beschouwing; zie Klein Haarhuis 2008, p. 30-34, voor een literatuuroverzicht over de keuze voor alternatieve geschilbeslechting.

⁴¹ Zie in de Geschilbeslechtingsdelta (Van Velthoven & Klein Haarhuis 2009), p. 140-149, dat de meeste geschillen worden geschikt, een deel daarvan als de officiële procedure al loopt.

7.3.2 Complicaties

De verhouding tussen X, Y en Z wordt mede bepaald door de verdere vormgeving van de civiele procedure. Veel rechtseconomen hebben daarom een of meerdere complicaties aangebracht in de hierboven beschreven simpele basis, zoals de mogelijkheid van appel, verplichte informatie-uitwisseling (*discovery*) en griffierechten (*filing costs*).⁴² Ook door aanpassingen aan en het laten vallen van assumpties kunnen modellen gecompliceerder worden. Zijn de uitgaven van partijen exogeen of endogeen bepaald?⁴³ Verhogen hogere uitgaven van een partij de winstkansen van die partij?⁴⁴ En de kans op een betere kwaliteit van de uitkomst? Zijn rechters neutraal of hebben zij ook belangen bij bepaalde beslissingen?⁴⁵

De bespreking van complicaties en assumpties beperk ik tot gevallen die relevant zijn voor het effect van kostenconsequenties ten aanzien van verstorend procesgedrag. Dat geldt in ieder geval voor de theorieën over afschrikking van verstorend procesgedrag (§ 7.4) en over de kostenveroordeling ten aanzien van gelijk (§ 7.5). Op twee andere relevante complicaties wordt nu eerst ingegaan: de rol van de advocaat en de verplichte uitwisseling van informatie.

7.3.2.1 De verhouding cliënt-advocaat als principaal-agentprobleem

De rol die advocaten of andere rechtshulpverleners spelen is in meerdere opzichten een complicerende factor. Advocaten kunnen door hun kennis en ervaring onterecht optimisme en informatieasymmetrie wegnemen bij de eigen cliënt. De effecten van eerdergenoemde *biases* en eventuele andere irrationaliteiten worden dan bij beide partijen gemitigeerd, hetgeen meer ruimte biedt voor een schikking.⁴⁶ Jolls, Sunstein & Thaler hebben hier echter wel kritische kanttekeningen bij. Zij halen onderzoek aan waaruit blijkt dat advocaten soms ook zelf beïnvloed worden door de *self-serving bias*. Bovendien kunnen advocaten hun eigen belang hebben bij het wel of niet schikken van het conflict.⁴⁷

⁴² De Mot & De Geest 2004 bespreken in hoofdstuk 3 maar liefst 15 complicaties.

⁴³ Endogeen wil zeggen dat de keuzes van partijen omtrent de procesuitgaven onderdeel zijn van het model. In een exogeen model zijn de uitgaven als extern bepaald 'gegeven'. Zie De Mot & De Geest 2004, p. 27.

⁴⁴ De Mot & De Geest 2004, p. 7.

⁴⁵ Op de eventuele (eigen)belangen van rechters wordt ingegaan in hoofdstuk 8.

⁴⁶ Zie Rachlinski 1996, p. 120. Babcock, Loewenstein & Issacharoff 1997 gaan in op een techniek voor *debiasing* van de *self-serving bias*.

⁴⁷ Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1504. Zie ook Malsch 1989, die empirisch vaststelde dat advocaten hun kansen in de door hen gevoerde procedures sterk overschatten. Een uitgebreider overzicht over overoptimistische advocaten geeft Faure 2009, p. 44-45.

Dat de belangen van advocaten soms niet stroken met die van de cliënt is een probleem dat in de rechtseconomie veel pennen in beweging heeft gekregen.⁴⁸ Dat komt mede doordat dit probleem past binnen de bestaande, uitgebreide principaal-agenttheorie (*agency theory*), die een belangrijke rol heeft in de economische wetenschap.⁴⁹ Daarin gaat het om een principaal die een bepaalde taak wil uitbesteden en daarvoor een agent inhuurt, die de taak zoveel mogelijk in het belang van de principaal moet uitvoeren. De relatie werkgever-werknemer valt hieronder, maar ook de aandeelhoudersvergadering die bestuurders wil benoemen en de cliënt die een makelaar, notaris of advocaat inschakelt. De vraag is met welke beloningssystemen en toezicht- en handhavingvormen de relatie zo kan worden vastgelegd dat tegen zo weinig mogelijk kosten de agent datgene doet dat in het belang is van de principaal.⁵⁰ Een per uur betaalde advocaat heeft een prikkel om meer uren te maken of langer door te procederen dan gunstig is voor de cliënt, terwijl een advocaat die op grond van *contingency fees* (of een andere vorm van *no cure no pay*) of een vast bedrag per zaak werkt, soms een prikkel heeft om sneller te schikken dan in het belang is van de cliënt.⁵¹

Het principaal-agentprobleem kan enigszins worden beperkt door bijvoorbeeld gedragsregels die de advocaat verplichten in het belang van de cliënt te werken. In hoeverre een regel als Regel 5 van de Gedragsregels 1992⁵² werkelijk de belangen stroomlijnt is een vraag die nog open ligt.⁵³ Naleving daarvan is voor de cliënt moeilijk controleerbaar, vanwege zijn informatieachterstand en lagere deskundigheid. Een ander aspect dat nog niet goed is onderzocht, is de ‘professionele aardigheidscultuur’ onder advocaten die soms in de literatuur wordt gesuggereerd. Advocaten zijn professionals die elkaar in meerdere zaken tegen kunnen komen, die lid zijn van

⁴⁸ Zie o.a. het overzicht van Kobayashi & Parker 2000, p. 13, hoewel dat verre van uitputtend is. Overigens wordt dit probleem niet alleen door rechtseconomen behandeld, maar ook door klassieke juristen. Zie de recente dissertatie van Verkijk 2010, waarin de tegengestelde belangen en posities van cliënt en advocaat ook aan bod komen. Bij de bespreking van het eigen beursje ga ik daar nader op in.

⁴⁹ Zie algemeen economisch Laffont & Martimort 2002. Zie voor het belang in de rechtseconomie Cooter & Ulen 2008, p. 431-434.

⁵⁰ Dat gebeurt niet automatisch: de principaal-agenttheorie gaat uit van conflicterende doelen en gedecentraliseerde informatie. Zie Laffont & Martimort 2002, p. 2.

⁵¹ Kritzer 2002, p. 1966 e.v.; Cooter & Ulen 2008, p. 432-433. Om de financiële prikkels van de advocaat precies op één lijn te krijgen met die van de cliënt, is er eigenlijk slechts één theoretische oplossing: de cliënt moet zijn vordering volledig verkopen aan de advocaat. Maar dan ontstaat weer het probleem dat de cliënt geen belang heeft om mee te werken aan het proces door alle feiten en stukken boven water te brengen en bijvoorbeeld ter comparitie verklaringen af te leggen. Zie Cooter & Ulen 2008, p. 433 onder noot 14.

⁵² ‘Het belang van de cliënt, niet enig eigen belang van de advocaat, is bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen.’

⁵³ Ook in Amerika bestaat geen hard empirisch bewijs van onethisch advocatengedrag dat samenhangt met de beloningstructuur, zie Kritzer 2002, p. 1979.

dezelfde Orde en bovendien een collegiaal gevoel kunnen hebben. Dat kan enerzijds leiden tot soepelere onderhandelingen en meer schikkingen⁵⁴, maar anderzijds ook tot terughoudendheid met het vragen van processuele sancties jegens de wederpartij en diens advocaat.

Al met al kan over de precieze grootte en richting van de effecten van de inzet van advocaten weinig worden gezegd.⁵⁵ Het punt van de uiteenlopende belangen en informatieasymmetrie tussen advocaat en cliënt is echter ook van betekenis voor de effecten van processuele sancties, met name wanneer daarmee de advocaat rechtstreeks wordt aangepakt, zoals bij het eigen beursje.⁵⁶ Bij de bespreking van dat alternatief in § 8.6 komt daarom het principaal-agentprobleem ook weer aan bod.

Het is in ieder geval van belang om de positie van de advocaat niet te vereenzelvigen met die van de cliënt, nu dat niet alleen uit bovengenoemde theoretische modellen blijkt, maar ook uit hoofdstuk 5: de geïnterviewde rechters gingen veelvuldig in op de door hen ervaren ingewikkelde verhouding tussen advocaat en cliënt.

7.3.2.2 *Vrijwillige en verplichte informatie-uitwisseling*

Een andere complicatie bestaat in de (verplichte) informatie-uitwisseling. Omdat veel vormen van verstorend procesgedrag hiermee verband houden – late stellingen, feiten en bewijsstukken werden in de interviews zelfs het meest genoemd in de top 3 – is een bespreking van de effecten van informatie-uitwisseling en de mate waarin die wordt afgedwongen relevant.

Het eenvoudige economische model gaat uit van informatieasymmetrie tussen partijen die tot het einde van het proces blijft bestaan, maar dat is niet reëel.⁵⁷ In de praktijk zijn partijen bereid om een deel van hun informatie vrijwillig te delen en zijn er daarnaast vaak regels waarmee partijen verplicht kunnen worden om informatie te delen. In de Verenigde Staten (*discovery*) en Engeland (*disclosure*) bestaan er vergaande verplichtingen om alle relevante informatie in de preprocesuele fase te delen met de wederpartij.⁵⁸ In Nederland gaat dit minder ver en zijn er enkele

⁵⁴ Zie ook het Amerikaanse empirische onderzoek dat dit bevestigt: Johnston & Waldfoegel 2002. Zie verder § 9.4.1 over de aardigheidscultuur.

⁵⁵ De Mot & De Geest 2004, p. 67-71, constateren dat uit bestaand empirisch onderzoek slechts blijkt dat advocaten onder *contingency fees* minder uren besteden aan kleinere zaken en zwakkere zaken eerder stopzetten. Verkijk 2010, p. 215-217, noemt een aantal empirische onderzoeken, waaronder één (van Felstiner uit 2001) waaruit naar voren komt dat advocaten soms hun eigen belang boven dat van de cliënt stellen.

⁵⁶ Op het effect van rechtsbijstandverzekeringen wordt ook later dit hoofdstuk nog ingegaan, in § 7.6.2.

⁵⁷ Er vindt bovendien niet alleen uitwisseling van feitelijke informatie plaats, maar gedurende een procedure komen partijen ook meer te weten over elkaars strategie, inzet van middelen en over de visie van de rechter (Boyd & Hoffman 2010, p. 6-7).

⁵⁸ Respectievelijk Rules 26-37 FRCP en Part 31 CPR.

algemene verplichtingen, zoals de waarheid- en volledigheidsplicht uit artikel 21 Rv en de substantiëringsplicht uit artikel 111 lid 3 Rv, met daarnaast nog specifieke mogelijkheden voor rechter en wederpartij om stukken op te eisen in de artikelen 22, 162 en 843a Rv.⁵⁹ Ook zijn er manieren om mondelinge informatie boven te krijgen, door inlichtingen te vragen tijdens een comparitie en door (voorlopige) getuigenverhoren.

Er bestaan economische modellen die het effect van informatie-uitwisseling meenemen, hoewel die vooral op het Amerikaanse systeem gericht zijn.⁶⁰ Partijen hebben een eigen belang om informatie die voor de wederpartij nadelig is mee te delen, maar kunnen er soms strategisch voor kiezen om daarmee tot het laatst te wachten.⁶¹ Verplichte uitwisseling is dus vooral bedoeld om partijen te dwingen om ook de voor zichzelf nadelige informatie boven water te brengen en om alle informatie zo vroeg mogelijk vrij te geven. Dit zou als voordeel moeten hebben dat de informatieasymmetrie tussen partijen wordt opgeheven en ze daarom sneller schikken.⁶² Aan de andere kant kan informatie die voordelig is voor de wederpartij juist diens relatieve optimisme versterken, hetgeen schikkingen in de weg staat.⁶³ Het optimisme wordt met name versterkt als de informatie multi-interpretabel is, omdat partijen die onder invloed van de *self-serving bias* in hun eigen voordeel zullen uitleggen.⁶⁴ Over het effect op de schikkingsfrequentie bestaat dus discussie, maar het theoretisch voorspelde netto-effect lijkt positief. Ook leidt *discovery* in theorie tot betere rechterlijke uitspraken en komen schikkingsbedragen dichter bij het correcte bedrag te liggen, dus dat duidt op een verbeterde kwaliteit van uitkomsten.⁶⁵

Een belangrijk nadeel is dat verplichte uitwisseling tot veel extra kosten kan leiden, vooral in de beginfase van het proces, zonder dat dit zichzelf terugbetaalt door een snellere en/of goedkopere schikking. Deze *front-loading of costs* is een veelgenoemd probleem in Engeland, sinds de Woolf-reforms daar hebben gezorgd voor een vroegere, dwingendere en meer gereguleerde informatie-uitwisseling, met

⁵⁹ Zie § 3.3.11-3.3.12 over het opvragen van bescheiden en *fishing expeditions*.

⁶⁰ Zie o.a. Cooter & Rubinfeld 1994; Farmer & Pecorino 2003; Hay 1994.

⁶¹ Cooter & Ulen 2008, p. 434-439; De Mot & De Geest 2004, p. 74. Huang 2009, p. 248-249, stelt dat partijen soms willen wachten met het delen van voordelige informatie, om zo voor een verrassingseffect te zorgen tijdens de procedure (*surprise value* versus *settlement surplus*). Zie ook Hay 1994, p. 488.

⁶² Zie Huang 2009, p. 241-251, die een overzicht geeft van eerdere rechtseconomische literatuur waarin dit voordeel verondersteld wordt.

⁶³ De Mot & De Geest 2004, p. 74, en Cooter & Rubinfeld 1994, p. 436-437. Hay 1994, p. 499, stelt dat het effect van *discovery* mede afhangt van of de uitgewisselde informatie door beide partijen als van dezelfde invloed op de uitkomst wordt ingeschat.

⁶⁴ Loewenstein & Moore 2004 hebben experimenteel aangetoond dat als informatie multi-interpretabel is, de *self-serving bias* opspeelt. Uitwisseling van die informatie leidt dan juist tot meer relatief optimisme en een kleinere schikkingskans. In Loewenstein e.a. 1993, p. 145 en 159, wordt gesuggereerd dat *debiasing* door mediationstechnieken als 'rolverwisseling' misschien effectiever is dan *discovery*.

⁶⁵ Zie De Mot & De Geest 2004, p. 75, Cooter & Rubinfeld 1994, p. 437, en Hay 1994, p. 497.

name via de *pre-action protocols*.⁶⁶ Ook in Nederland zou bijvoorbeeld de substantiëringsplicht daartoe kunnen leiden. Uit de interviews bleek dat *repeat players* in incassozaken die plicht regelmatig schenden. Maar stel dat ze die plicht tot in de puntjes zouden naleven: zou dat uit kosten oogpunt de zaak niet verergeren? In 90% van die zaken verschijnt de wederpartij immers niet in het geding en zijn alle woorden die meer inhouden dan het neerzetten van een vordering die de rechter niet onrechtmatig voorkomt verspilling van schrijf- en leestijd. Strakke handhaving van de substantiëringsplicht zou daarbij dus tot *front-loading* leiden.

Een interessant empirisch onderzoek is de Taiwanese studie van Huang (2009). Taiwan behoort tot de familie van *civil law* en het procesrecht is voornamelijk geïnspireerd door het Duitse systeem, met vroege zittingen, geen formele scheiding tussen *pre-trial* en *trial* en tot voor kort nauwelijks gronden voor verplichte informatie-uitwisseling. Dit leidde tot het tegen de borst houden van de kaarten en ander strategisch gedrag, met vertragen als gevolg. Om die reden is in 2000 een strakker regime ingevoerd, waarin enige parallellen met de Nederlandse hervormingen in diezelfde tijd te vinden zijn. Partijen werden verplicht hun stellingen en feiten in de eerste procesfase naar voren te brengen, op straffe van uitsluiting van nieuw materiaal in de volgende fase (vergelijkbaar met onze substantiëringsplicht, al is die minder strikt qua sancties). Daarnaast werd een met artikel 843a Rv vergelijkbare mogelijkheid om stukken bij de wederpartij op te vragen geïntroduceerd.⁶⁷

In Taiwan worden sinds 1996 de belangrijkste gegevens van alle civiele zaken in een database opgenomen. Met die data kon Huang het schikkingpercentage vaststellen van voor en na de hervormingen. Tussen 1996 en 2000 was er een dalende trend, maar in 2000 keerde dit om; tussen 2000 en 2006 steeg het schikkingpercentage ieder jaar licht. Huang concludeert daaruit dat de verplichte informatie-uitwisseling een positief effect heeft op het schikkingpercentage; voldoende om de oorzaak van de negatieve trend te overstemmen en om te zetten naar een positieve trend.⁶⁸ Dit effect zou overigens ook (deels) verklaard kunnen worden door de hogere (en vroegere) proceskosten die de nieuwe regels met zich meebrachten. Hoe hoger de proceskosten, hoe groter de schikkingsruimte, zo volgt immers uit het basismodel.⁶⁹ Toch denkt Huang dat het effect van de weggenomen informatieasymmetrie groter is dan het kosteneffect, omdat de nieuwe regels vooral de kosten van later naar vroeger in de procedure verplaatsen, in plaats van dat ze in absolute zin toenemen.⁷⁰

⁶⁶ Peysner & Seneviratne 2005, p. 56-60.

⁶⁷ Huang 2009, p. 251-254.

⁶⁸ Helaas kon hij niet vaststellen waarom het schikkingspercentage tussen 1996 en 2000 daalde. Dat ondermijnt de hardheid van de conclusies enigszins, omdat er blijkbaar ook onbekende factoren spelen.

⁶⁹ Zie ook Shavell 2004, p. 406.

⁷⁰ Huang 2009, p. 273-275.

In de Verenigde Staten is er veel literatuur over misbruik van *discovery* en de (te) hoge kosten die met *discovery* gepaard gaan⁷¹, maar dat lijkt vooral daar te spelen, vanwege de grote omvang, de weinige restricties⁷² en het feit dat de kosten daar voor rekening komen van de partij die de informatie moet verstrekken.⁷³ In Nederland zijn de mogelijkheden beperkter en komen de kosten in beginsel voor rekening van de partij die om de informatie vraagt, al kunnen die kosten met de kostenveroordeling nog worden verschoven.⁷⁴ Uit de interviews van hoofdstuk 5 bleek in ieder geval dat de *fishing expedition* (de belangrijkste vorm van *discovery*-misbruik) in Nederland niet als een groot probleem wordt ervaren.

Kortom, verplichtingen en prikkels tot informatie-uitwisseling hebben een positief effect op het aantal schikkingen en waarschijnlijk ook op de correctheid van uitkomsten. Dit kan echter wel leiden tot veel hogere kosten, veroorzaakt door *front-loading* en bij een systeem als in de Verenigde Staten ook door misbruik. Deze conclusie plaatst een aantal gedragingen van de lijst met versturend procesgedrag in perspectief. Het liegen, bedriegen of simuleren vergroot bijvoorbeeld de informatieasymmetrie, omdat bij de wederpartij en de rechter een valse voorstelling van zaken wordt gegeven. Late feiten en bewijsstukken, evenals het onterecht weigeren om stukken over te leggen, laten informatieasymmetrie langer bestaan dan nodig is. Onvoorbereid of niet ter zitting verschijnen verstoort de informatie-uitwisseling ten overstaan van de rechter en de mogelijkheden om ter comparitie al te schikken. Zo bezien is het sanctioneren van dergelijk gedrag een vorm van handhaving van verplichte informatie-uitwisseling⁷⁵, met snellere schikkingen en betere uitkomsten als doel. Die handhaving moet dan echter zo worden vormgegeven dat het enerzijds niet leidt tot (te veel) *front-loading* van kosten en anderzijds mag het ook geen misbruik van informatie-uitwisseling faciliteren, zoals de *fishing expedition*, die eveneens op de lijst met versturend procesgedrag staat.

De twee voornoemde complicaties, de principaal-agentproblemen bij de verhouding cliënt-advocaat en de effecten van informatie-uitwisseling, komen bij elkaar in de empirische studie van Shepherd (1999). Shepherd voorspelde dat een per uur betaalde advocaat voor excessieve *discovery* zou kiezen, omdat hem dat meer werkuren oplevert en juist minder kans op beroepsaansprakelijkheid vanwege het over het hoofd zien van belangrijke informatie. Een op basis van *contingency fees* werkende advocaat draagt in beginsel zelf de kosten van *discovery* en heeft die prikkel tot

⁷¹ Zie ACTL & IAALS 2009.

⁷² Al heeft de rechter via Rule 26 (b)(2) FRCP wel meer bevoegdheden gekregen om de *discovery* in te perken, maar lijken die niet altijd effectief te worden gebruikt, zie Jackson 2009, p. 607-608 en 627-628.

⁷³ Shavell 2004, p. 428; Cooter & Rubinfeld 1994.

⁷⁴ Zie art. 843a en 237 lid 1 Rv.

⁷⁵ Hay 1994, p. 493-494, gaat ook in op de vraag in hoeverre sancties op, bijvoorbeeld, liegen gezien moeten worden als feitelijke vormen van verplichte informatie-uitwisseling.

excessieve *discovery* niet.⁷⁶ Een analyse van oude empirische data bevestigde deze hypothese.⁷⁷ Het zou interessant zijn om te weten of ook in Nederland een advocaat die op basis van een toevoeging (of anderszins op basis van een vast bedrag per zaak) werkt, gemiddeld minder snel om getuigenverhoren of deskundigenberichten vraagt en/of die minder uitgebreid aanpakt. Een dergelijk onderzoek is hier echter nog niet uitgevoerd en ligt waarschijnlijk ook gevoelig.

7.4 *Het afschrikken van verstorend procesgedrag*

Inzichten in de effecten van het verbinden van (financiële) consequenties aan verstorend procesgedrag⁷⁸ kunnen worden afgeleid uit bredere theorieën over *deterrence* (afschrikking), zoals die ten grondslag liggen aan de rechtseconomische analyses van aansprakelijkheid voor onzorgvuldig handelen en strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁷⁹ Of afschrikking van verstorend gedrag effectief is, hangt af van factoren als de pakkans, de kosten van handhaving, de hoogte van de sanctie en de mate waarin het de rechter lukt om hierbij geen fouten te maken.⁸⁰

Als procesmisbruik en andere verstorende gedragingen volledig worden toegestaan, dan bestaat de prikkel voor partijen om bij de keuze voor processuele gedragingen slechts de eigen belangen na te streven en geen enkele rekening te houden met de belangen van de wederpartij en de rechter. Er is dan sprake van wat economen een *negatief extern effect* noemen.⁸¹ Dit betekent dat een activiteit wordt ontplooid die bij een ander schade veroorzaakt dan bij de veroorzaker. Bij toegestaan onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag is dat het geval: de extra tijd en kosten als gevolg van de gedraging van partij A worden immers volledig bij partij B en/of de

⁷⁶ Shepherd 1999, p. 253-254.

⁷⁷ Het betrof wel erg oude data uit 1962 en 1963, maar het effect bleek groot. Shepherd 1999, p. 258-259.

⁷⁸ In de literatuur richt men zich meestal op de specifieke zware vorm (althans de zwaardere term): procesmisbruik. De meeste rechtssystemen kennen deze term (*abuse of procedural rights*) of een equivalent daarvan. Zie de rechtsvergelijkende studie van Taruffo (red.) 1999. De Mot & De Geest 2004 wijden een paragraaf (3.10) aan de effecten van bestraffing van misbruik.

⁷⁹ Procesmisbruik wordt vaak ook in die sferen bestraft. In Nederland kan misbruik van procesrecht via de materieelrechtelijke weg van art. 3:13 en 6:162 BW worden aangepakt en zijn sommige vormen tevens tuchtrechtelijk verwijtbaar (zie respectievelijk Van der Wiel 2004, p. 288 e.v. en Verkijk 2010, p. 768). Dit geldt voor meer Europese landen, waaronder België (via art. 1382 BBW). De weg van het strafrecht wordt (soms) gevolgd bij het Angelsaksische *contempt of court*; in Scheir 2009 worden de achtergronden daarvan afgezet tegen de Belgische mogelijkheden tot bestraffing van processuele wanordelijkheden.

⁸⁰ Bij *false positives* of 'type I-fouten' wordt procesgedrag ten onrechte bestraft, terwijl bij *false negatives* of 'type II-fouten' verstorend procesgedrag onbestraft blijft. Zie o.a. Kaplow & Shavell 1994, p. 1-2. Wanneer rekening wordt gehouden met de principaal-agentproblemen tussen cliënt en advocaat, hangt de effectiviteit ook af van de vraag in hoeverre degene die het onjuiste gedrag bepaalt ook degene is die door de consequenties geraakt wordt; zie daarvoor hoofdstuk 8.

⁸¹ Zie Visscher 2006, p. 19-21

rechter neergelegd, zonder dat A daar zelf negatieve consequenties van ondervindt.⁸² Dit kan zelfs zo uitwerken dat de wederpartij moet opgeven, doordat de financiële (of emotionele) middelen van B kunnen worden uitgeput door het gedrag van A, met een slechtere kwaliteit van uitkomsten als gevolg. Versturend procesgedrag kan dus tot meer tijd, meer kosten en minder kwaliteit leiden.⁸³

De aanpak van dit gedrag heeft als doel om de negatieve consequenties bij de veroorzakende partij zelf neer te leggen, zodat die negatieve externe effecten bij de keuze voor bepaald procesgedrag worden geïnternaliseerd. Deze doorberekening van de extra tijd en kosten heeft idealiter tot gevolg dat het gedrag stopt of daalt tot een acceptabel niveau waarbij de wederpartij wordt gecompenseerd, met in totaal minder kosten, minder vertraging en een betere kwaliteit van uitkomsten als gevolg.⁸⁴ Dit idee van een optimale aanpak gaat echter uit van kosteloze handhaving, een pakkans van 100%, een sanctie die hoog genoeg is en een rechter die geen fouten maakt. Uit de redenen voor terughoudend met kostensancties die rechters tijdens de interviews formuleerden blijkt dat de ideale situatie niet de werkelijkheid is. Daarin kwam naar voren dat rechters de grens tussen nodig en onnodig gedrag moeilijk te bepalen vinden, mede doordat zij over te weinig informatie beschikken. Het vaststellen van de feiten kost tijd en geld en kan nieuwe geschillen opleveren (*satellite litigation*), dus de handhaving is niet kosteloos en de pakkans is niet 100%.

Afschrikking van procesmisbruik en ander versturend procesgedrag in de civiele procedure bevat veel elementen van civiele aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De vergelijking is het sterkst wanneer daadwerkelijk de weg van de onrechtmatige daad wordt gevolgd naar aanleiding van misbruik⁸⁵, maar ook bij proceskostenconsequenties en materiële consequenties, zoals het uitsluiten van stukken, komen relevante elementen terug. De parallel ligt in het feit dat de wederpartij van de versturende partij het gedrag kan detecteren en aan de rechter kan voorleggen, met daarbij een verzoek om een consequentie aan het gedrag te verbinden, waarbij de verzoekende partij bovendien hoopt op financiële compensatie of ander (materieel) voordeel. Ook civiele aansprakelijkheid is feitelijk een systeem dat er voor zorgt dat negatieve externe effecten jegens anderen door de aansprakelijke partij worden geïnternaliseerd, waarbij het aansprakelijkheidsrecht de condities bepaalt waaronder een vergoedingsplicht ontstaat.

⁸² De Mot & De Geest 2004, p. 89.

⁸³ En waarschijnlijk ook tot minder procedurele kwaliteit, zie § 7.6.3.

⁸⁴ De kwaliteit van uitkomsten stijgt niet alleen doordat de kosten van procesmisbruik worden weggenomen en zo de drempel om te procederen wordt verlaagd. De Mot & De Geest 2004, p. 90, stellen dat het bestraffen van leugens leidt tot accuratere rechterlijke uitspraken, dat het bestraffen van tijdrekken voorkomt dat de waarde van bewijsmateriaal afneemt en dat het bestraffen van andere chicanes kan voorkomen dat de rechter verdwaalt in een mist van vage stellingen en verweren.

⁸⁵ Art. 3:13 jo. 6:162 BW.

Nu er een sterke gelijkenis is tussen buitencontractuele aansprakelijkheid en proceskostenconsequenties ten aanzien van gedrag, maar er over het eerste meer rechtseconomische literatuur en uitgedachte modellen bestaan, zal in de komende subparagrafen een ‘omweg’ worden gemaakt. Daarbij wordt de theorie over onder andere schuld- versus risicoaansprakelijkheid besproken en wordt ingegaan op de optimale hoogte van de vergoeding (§ 7.4.1-7.4.6). Tussendoor wordt steeds met voorbeelden geïllustreerd hoe de theorie over buitencontractuele aansprakelijkheid analoog op afschrikking van verstorend procesgedrag kan worden toegepast.

Ook gedragseconomische en empirische studies over de werking van het buitencontractuele aansprakelijkheid komen aan bod (§ 7.4.8), waarbij eveneens aandacht wordt besteed aan de vraag in hoeverre de resultaten van die studies te extrapoleren zijn naar de preventie van verstorend procesgedrag. In paragraaf 7.4.9 wordt samengevat welke lessen uit de theorie en empirie van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden getrokken ten aanzien van de *deterrence* van verstorend procesgedrag met financiële prikkels. Die inzichten worden in hoofdstuk 8 gebruikt bij de toetsing van de alternatieve opties aan het toetsingskader.

7.4.1 *Parallellen met buitencontractuele aansprakelijkheid*

Wordt de vergelijking getrokken met het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, dan is eerst van belang dat er meerdere soorten aansprakelijkheidsregels zijn. De hoofdvormen zijn schuldaansprakelijkheid (*negligence rule*)⁸⁶ en risicoaansprakelijkheid (*strict liability rule*), die beide kunnen worden afgezet tegen elkaar en tegen geen aansprakelijkheid (*no liability rule*). Volgens de definitie van rechtseconomen is bij schuldaansprakelijkheid de dader slechts verplicht tot het betalen van schadevergoeding als de door hem betrachte voorzorg (*precaution*) lager is dan de zorgvuldigheidsstandaard (*standard of care*) die in het recht is vastgelegd.⁸⁷ Bij risicoaansprakelijkheid is de dader verantwoordelijk voor elke schade die zijn gedrag veroorzaakt, onafhankelijk van de door hem genomen voorzorgsmaatregelen.⁸⁸

Er zijn uitgebreide theorieën over welke regels in welke soort situaties efficiënt zijn, maar die gaan wel uit van het rechtseconomische normatieve toetsingskader van de optimale sociale welvaart. Om de bespreking niet te complex te maken wordt eerst aangesloten bij het efficiëntiebeprijp dat de rechtseconomen in dit toetsingskader hanteren en wordt daarna de vertaalslag gemaakt naar het eigen toetsingskader van tijd,

⁸⁶ Door Visscher 2006, p. 118-129, ook wel aangeduid als ‘foutaansprakelijkheid’, omdat *negligence* niet alleen ziet op ‘schuld’, maar ook op de onrechtmatigheid van de gedraging zelf.

⁸⁷ Ook wel: *due care* of *reasonable care*. Zie Shavell 2004, p. 180-181; Winters 2001, p. 180; Schäfer & Müller-Langer 2009, p. 6.

⁸⁸ Winters 2001, p. 175. Visscher 2006, p. 128, gaat uitgebreider in op de definities van risicoaansprakelijkheid. Ik volg zijn definitie van ‘aansprakelijkheid ongeacht onrechtmatigheid en/of toerekenbaarheid’, al moet er wel sprake zijn van een gedraging die aan de door mij gehanteerde definitie van verstorend procesgedrag voldoet. Zie daarover § 7.4.4.

kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit. Met efficiëntie wordt door rechtseconomen op de sociaal optimale situatie gedoeld waarin de totale maatschappelijke kosten het laagst zijn, welke in de eenvoudigste modellen bestaan uit de kosten van voorzorg enerzijds en de kosten van verwachte schade (= kans op schade maal grootte van de schade) anderzijds.⁸⁹ Die totale kosten zijn het laagst als een potentiële dader de mate van voorzorg kiest waarin de marginale kosten van voorzorg even hoog zijn als de marginale kosten van de verwachte schade. Vanaf dat punt is een extra euro aan voorzorg niet meer efficiënt, omdat die minder dan een euro aan verwachte schade bespaart.⁹⁰

Voordat de vraag kan worden beantwoord welke aansprakelijkheidsregel een procespartij dusdanig stimuleert dat die het optimale niveau van voorzorgsmaatregelen om verstoringend procesgedrag te voorkomen kiest, moet eerst worden bepaald in welke categorie gevallen verstoringend procesgedrag valt. De rechtseconomische theorie over het aansprakelijkheidsrecht neemt vooral ongevallen (gevaarzetting) als voorbeeld, en deelt deze situaties op basis van twee eigenschappen in: (1) unilateraal of bilateraal, en (2) wel/geen variabel aantal activiteiten (*level of activity*).⁹¹

7.4.2 Unilateraal/bilateraal en het aantal activiteiten

In unilaterale gevallen heeft alleen de potentiële dader met zijn (gebrek aan) voorzorgsmaatregelen invloed op de kans op een ongeval, terwijl bij bilaterale gevallen ook het potentiële slachtoffer invloed kan hebben op die kans door eigen (on)voorzichtigheid.⁹² Iemand die schade lijdt doordat een vrachtwagen zijn huis in rijdt, kan daar feitelijk geen voorzorgsmaatregelen tegen nemen (= unilateraal), terwijl het slachtoffer in het Kelderluik-arrest ook met eigen oplettendheid de val had kunnen voorkomen (= bilateraal).⁹³ Bij onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag liggen unilaterale situaties het meest voor de hand. Als een partij een stuk te laat indient, liegt of niet ter zitting verschijnt, is het moeilijk voor te stellen dat de wederpartij of rechter de vertraging en/of extra kosten door eigen

⁸⁹ In de complexere modellen worden ook de administratieve kosten, rechterlijke nauwkeurigheid, bilaterale gevallen, het aantal activiteiten, causaliteit en de risicohouding meegenomen (Schäfer & Müller-Langer 2009, p. 4-5). Op de administratieve kosten en het aantal activiteiten wordt verderop nog ingegaan.

⁹⁰ Schäfer & Müller-Langer 2009, p. 5-6; Shavell 2004, p. 178-180.

⁹¹ Winters 2001, p. 176-177; Shavell 2004, p. 178-206.

⁹² Shavell 2004, p. 199 e.v.; Winters 2001, p. 176-177 en 187-191.

⁹³ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136. Het slachtoffer had recht op slechts 50% vergoeding van zijn schade, nu hij ook eigen schuld had aan zijn val.

voorzorgsmaatregelen had kunnen voorkomen. In het vervolg zal de theorie met betrekking tot bilaterale situaties dus buiten beschouwing worden gelaten.⁹⁴

Een variabel aantal activiteiten houdt in dat een potentiële schadeveroorzaker niet alleen invloed heeft op zijn mate van voorzichtigheid, maar ook op de frequentie waarin hij überhaupt deelneemt aan de activiteit waarbij eventuele schade kan worden veroorzaakt.⁹⁵ In het geval van verkeersdeelnemers is dit makkelijk voor te stellen: als vervoersbedrijven flinke schadevergoedingen moeten betalen voor vrachtwagenongelukken, dan kunnen ze zorgen voor een grotere mate van voorzorg⁹⁶, maar de totale last van voorzorgsmaatregelen en/of schadevergoedingsverplichtingen drijft ook de kosten en daarmee de prijs op, waardoor het gebruik dat wordt gemaakt van vrachtwagenvervoer zal dalen.⁹⁷ In dat geval hebben aansprakelijkheidsregels dus niet alleen invloed op de voorzichtigheid, maar ook op de frequentie waarin een activiteit wordt uitgevoerd. De *level of activity* bestaat bij verstorend procesgedrag uit de keuze om überhaupt te procederen, maar ook uit de keuzes voor extra processtappen. Het is dus niet alleen de vraag of financiële consequenties ten aanzien van verstorend gedrag leiden tot voorzichtiger(e) (voorbereidingen van) procesgedrag, maar ook of ze leiden tot minder procedures en minder vervolgstappen per procedure. Een complicerende factor daarbij is dat de ene partij de ander onvrijwillig in een procedure of in een volgende processtap kan betrekken.⁹⁸ Nu zal het bestraffen van leugens of het niet verschijnen ter zitting niet snel leiden tot terughoudendheid met procederen, tenzij de aansprakelijkheden tot draconisch hoge vergoedingsplichten leiden.⁹⁹ Er zijn gedragingen waarbij het aantal activiteiten een grotere rol kan spelen, zoals bij de repeat players die hun bedrijfsvoering afstemmen op het incasseren van vele vorderingen per maand. Het afstraffen van het niet voldoen aan de substantiëringsplicht zal afhankelijk van de zwaarte van de sanctie niet alleen leiden tot beter uitgewerkte dagvaardingen met producties, maar ook tot hogere kosten per incassoprocedure, die weer leiden tot hogere prijzen en daarmee normaliter tot minder van dit soort procedures.

⁹⁴ Om die reden wordt niet ingegaan op de verschillende varianten van risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid waarin 'eigen schuld' is meegenomen, zie voor een analyse daarvan Brown 1973.

⁹⁵ Shavell 2004, p. 193-199; Winters 2001, p. 176.

⁹⁶ Denk aan cursussen aan de chauffeurs, verplichte rusttijden en dodehoekspiegels (even gedacht vanuit de assumptie dat er slechts private aansprakelijkheidsregulering is en geen aanvullende overheidsregels).

⁹⁷ Dat kan door gebruik van alternatieven, zoals vervoer per spoor of per boot, maar ook doordat er minder vervoer plaatsvindt (de fabriek wordt verplaatst).

⁹⁸ 'Onvrijwillig' is hier wel relatief, nu een partij hier aan kan ontkomen door aan de eisen of verweren van de wederpartij tegemoet te komen.

⁹⁹ Waarbij nog buiten het feit wordt gerekend dat bij draconische aansprakelijkheden ook een voordeel ontstaat: een hogere eigen opbrengst als de wederpartij in de fout gaat.

Op verstorend procesgedrag moeten dus duidelijk de unilaterale modellen worden toegepast, maar de vraag in hoeverre ook met de *level of activity* rekening moet worden gehouden hangt af van de categorie verstorende gedragingen.

7.4.3 *Risico- versus schuldaansprakelijkheid: basismodel*

In unilaterale situaties met een vast aantal activiteiten is de *no liability rule* inefficiënt, wat inhoudt dat in situaties zonder aansprakelijkheid de potentiële dader niet geprikkeld wordt om de verwachte schade aan anderen te verdisconteren in zijn beslissing. Onder de rationaliteitsveronderstelling kiest hij voor minder voorzorg dan conform het sociaal optimale niveau, want die voorzorgskosten leveren hem zelf niets op.¹⁰⁰ Risicoaansprakelijkheid is daarentegen wel efficiënt, omdat de dader aansprakelijk is voor alle schade en een rationele actor deze zal verdisconteren in zijn keuzes. Potentiële daders zullen dus zelf het optimale niveau van voorzorg kiezen, omdat ze daarmee het totaal van kosten die ze aan voorzorg en aan verwachte schade kwijt zijn minimaliseren.¹⁰¹ Schuldaansprakelijkheid kan ook efficiënt zijn, namelijk wanneer het recht de zorgvuldigheidsstandaard precies op het optimale niveau van zorg vaststelt.¹⁰² Dat klinkt ingewikkeld, maar het is wel ongeveer wat de Amerikaanse *Learned Hand-rule*¹⁰³ en de Nederlandse Kelderluikcriteria proberen te bewerkstelligen: in die regels wordt immers de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen afgewogen tegen de kans op schade en de ernst ervan.¹⁰⁴

In unilaterale situaties met een variabel aantal activiteiten blijft *no liability* inefficiënt, doordat de potentiële dader minder voorzorg betracht en meer activiteiten ontplooit dan wat optimaal is, omdat de schade aan anderen niet wordt verdisconteerd in de eigen bedrijfsvoering. Risicoaansprakelijkheid is ook in deze gevallen efficiënt, want de extra (potentiële) schade die ontstaat wanneer meer activiteiten worden ontplooid komt voor rekening van de veroorzaker.¹⁰⁵ Die zal die kosten meewegen in de eigen bedrijfsvoering en zo ook bij de keuze voor het aantal activiteiten de juiste balans kiezen tussen kosten en baten van iedere extra activiteit. Schuldaansprakelijkheid geeft die efficiënte prikkels niet, zelfs niet als het recht de

¹⁰⁰ Shavell 2004, p. 179; Winters 2001, p. 179.

¹⁰¹ Zie Shavell 2004, p. 179-180; Winters 2001, p. 180, en Visscher 2006, p. 137-139. Al deze auteurs werken dit met een cijfervoorbeeld uit.

¹⁰² Of wanneer de standaard zo hoog wordt gezet dat deze risicoaansprakelijkheid benadert; zie het model met cijfers en grafieken van Winters 2001, p. 185.

¹⁰³ Zie Schäfer & Müller-Langer 2009, p. 6, en de uitgebreide besprekingen door Cooter & Ulen 2008, p. 349-353, en Visscher 2006, p. 66-69.

¹⁰⁴ Zie Kerkmeester & Holzhauser 1999, p. 51-58, die in hun rechtseconomische annotatie bij het Kelderluikarrest de vergelijking met en de werking van de *Learned Hand-rule* uitwerken.

¹⁰⁵ Winters 2001, p. 188-189.

zorgvuldigheidsstandaard op het hierboven genoemde optimale niveau plaatst.¹⁰⁶ Weliswaar zal de veroorzaker bij elke activiteit de zorgvuldigheidstandaard willen nakomen waarbij de marginale kosten van voorzorg even hoog zijn als de marginale verwachte schade¹⁰⁷, maar voor het aantal activiteiten dwingt schuldaansprakelijkheid niet tot een juiste afweging. Met name bij inherent gevaarlijke activiteiten waarin de kosten van voorzorg hoog zijn, leidt dit tot een te hoog aantal activiteiten.¹⁰⁸ Er is *underdeterrence*, doordat de negatieve kosten van de activiteit niet volledig worden geïnternaliseerd, omdat de aansprakelijkheidsregel wel invloed heeft op de optimale voorzorg per geval, maar niet op de keuze voor het aantal vrachten dat per vrachtwagen wordt vervoerd of op de keuze voor het aantal processen en processtappen dat wordt gestart.

Uit bovenstaande basisanalyse zou de voorlopige conclusie kunnen worden getrokken dat voor al het verstorend procesgedrag een risicoaansprakelijkheid zou moeten worden ingesteld. In de praktijk zou dit betekenen dat bijvoorbeeld bij het te laat aanleveren van stukken de kosten voor de wederpartij worden doorberekend aan de dader, ongeacht of die daar schuld aan heeft. Voor een deel van de gevallen is immers zowel *strict liability* als de *negligence rule* optimaal en voor het andere deel is *strict liability* de enige goede optie. Toch is een dergelijke conclusie voorbarig. Ten eerste moet duidelijk zijn hoe schuldaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid ten aanzien van verstorend procesgedrag moeten worden begrepen. Ten tweede spelen enkele andere factoren (met name administratieve kosten en fouten) een rol die in de basisanalyse niet zijn meegenomen. Op deze punten wordt in de navolgende subparagrafen nader ingegaan.

7.4.4 Risico- versus schuldaansprakelijkheid toegepast op verstorend procesgedrag

De definitie van verstorend procesgedrag die ik hanteer (*wanneer de extra tijd en kosten voorzienbaar niet leiden tot een betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit of wanneer deze betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit kennelijk ook door een minder belastende gedraging bereikt had moeten worden*) kan de indruk wekken dat er

¹⁰⁶ Visscher 2006, p. 144. Schuldaansprakelijkheid is overigens wel weer efficiënt als de standaard zo hoog wordt gezet dat daarmee risicoaansprakelijkheid wordt benaderd (Winters 2001, p. 185) of als een standaard wordt berekend waarin ook het aantal activiteiten wordt verdisconteerd (Winters 2001, p. 191 en Shavell 2004, p. 198-199.)

¹⁰⁷ Onder de rationaliteitsveronderstelling wordt uitgegaan van voorzienbare schade. ‘Verwachte schade’ is de kans op schade (bijv. 30%) maal de hoogte van de schade (bijv. € 10.000; verwachte schade is dan € 3.000). De *marginale* kosten van extra voorzorg zijn even hoog als de *marginale* verwachte schade op het punt waar één euro extra voorzorg precies ook de verwachte schade met één euro verlaagt.

¹⁰⁸ Shavell 2004, p. 197-198. Het is daarmee geen toeval dat juist voor het werken met gevaarlijke stoffen en voor gevaarlijke activiteiten als mijnbouw risicoaansprakelijkheden gelden: dit zijn inherent gevaarlijke activiteiten (art. 6:175-177 BW), zie ook Visscher 2006, p. 166-168.

door de termen ‘voorzienbaar’, ‘kennelijk’ en ‘had moeten worden’ al een soort zorgvuldigheidstandaard aanwezig is, en daarmee impliciet ook schuldaansprakelijkheid. Echter, deze termen zien niet zozeer op voorzorg, maar meer op de vraag of van bepaald gedrag (op het tijdstip van het gedrag, *ex tunc*) redelijkerwijs mag worden verwacht dat het positief en op de minst belastende wijze bijdraagt aan het proces. De definitie, inclusief deze termen, is beoogd als norm die de grens tussen onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag en nodig gedrag weergeeft, niet als (zorgvuldigheds)standaard die gaat over de achterliggende voorzorgsmaatregelen die partijen dienen te nemen om dergelijk gedrag te voorkomen.

Een voorbeeld kan dit punt wellicht verhelderen. Een partij verschijnt niet ter zitting, terwijl de wederpartij wel verschenen is, waardoor die laatste schade leidt. De wederpartij is immers voor niets met zijn advocaat gekomen en die is ook voor niets voorbereid op de zitting, hetgeen ook geldt voor de rechter. De rechter bepaalt een nieuwe zitting over 6 weken. De eerste vraag is of dit onder de definitie valt: ja, want er zijn extra tijd en kosten bij de wederpartij en rechter veroorzaakt, zonder dat dit heeft bijgedragen aan enige kwaliteit van uitkomst of procedure, hetgeen ook voorzienbaar was voor de niet-verschijnende partij. Pas dan komt de tweede vraag: doet het er toe dat de niet-verschienen partij en haar advocaat twee uur in de file hebben gestaan, waarop maar een kleine kans was, terwijl het duur zou zijn om uit voorzorg twee uur eerder te vertrekken? Onder risicoaansprakelijkheid zou dat er niet toe doen: de niet-verschienen partij is aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. Onder schuldaansprakelijkheid met optimale zorgvuldighedsstandaard zou de rechter uitspraak moeten doen over de vraag: was eerder vertrekken als voorzorgsmaatregel duurder geweest dan de kans op veel te laat komen maal de schade door het veel te laat komen?

Dit voorbeeld illustreert niet alleen de verhouding tussen de definitie enerzijds en schuld- of risicoaansprakelijkheid anderzijds, maar het vestigt ook de aandacht op twee factoren die in de basisanalyse niet waren meegenomen: de hogere administratieve kosten bij de rechterlijke macht die schuldaansprakelijkheid per geval met zich kan meebrengen en de grotere kans op fouten (afwijkingen van de optimale voorzorgnorm) in rechterlijke uitspraken.¹⁰⁹ Onder risicoaansprakelijkheid hoeft de rechter immers geen onderzoek te doen naar de afweging waar de veroorzaker *ex tunc* voor stond, terwijl de rechter bij schuldaansprakelijkheid onder meer zou moeten bekijken hoe groot de kans op een lange file op de A58 van Tilburg naar Breda was en hoeveel kosten de cliënt aan extra uren advocatenhonorarium en gemiste eigen tijd zou hebben gedragen als hij uit voorzorg eerder was vertrokken. Een dergelijk onderzoek kost tijd en geld, terwijl er uiteindelijk alsnog zaken moeten worden geschat, met foute

¹⁰⁹ Zie hierover onder meer Shavell 2004, p. 224 e.v.; Cooter & Ulen 2008, p. 353 e.v.; Schäfer & Müller-Langer 2009, p. 7 en 12-13, en Visscher 2006, p. 139.

beslissingen en onzekerheid tot gevolg.¹¹⁰ Ook de schade zou moeten worden berekend om de aansprakelijkheidsvraag te beantwoorden, maar die moet bij risicoaansprakelijkheid eveneens worden berekend, namelijk om de hoogte van de vergoeding te bepalen.¹¹¹

Juist bij verstorend procesgedrag zijn de kosten om uit te zoeken of aan een zorgvuldigheidstandaard is voldaan hoog en zijn er risico's op foute vaststellingen. Er is immers al een lopend materieel geschil, dat nog meer vertraging kan oplopen als eerst moet worden uitgezocht of bij de voorgaande processuele handeling zorgvuldig is gehandeld.¹¹² Ook bleek reeds uit de interviews dat rechters het moeilijk vinden om vast te stellen wat er schuilgaat achter gedrag, omdat bij geschillen vaak nog achterliggende belangen en emoties spelen en omdat de ingewikkelde verhouding en dynamiek tussen advocaat en cliënt niet eenvoudig te doorgronden is. Bij dat laatste speelt uiteraard ook de geheimhoudingsplicht van advocaten mee. De wederpartij en/of de rechter kunnen niet zomaar uitzoeken of een partij die een omvangrijk bewijsstuk pas ter comparitie inbrengt, daarbij een goede of een verkeerde afweging heeft gemaakt tussen eigen voorzorgkosten en de veroorzaakte schade. Daarvoor zouden ook vragen van belang zijn als: hoe grondig moest de advocaat doorvragen naar het stuk in kwestie voordat de cliënt moest beseffen dat het bewijsstuk van belang was voor de procedure?¹¹³ Om die te kunnen beantwoorden moeten geheimhoudingsplichten wijken en moeten hoe dan ook nieuwe kosten en tijd worden besteed om een en ander uit te zoeken: de *satellite litigation* die de geïnterviewde rechters zo sterk vrezden. Zelfs als rechters besluiten om die extra tijd en kosten wel te besteden, blijft de kans op foute inschattingen hoog, omdat complete informatievergaring meestal onhaalbaar is en schattingen onderhevig zijn aan psychologische *biases*.¹¹⁴

Kortom, de eerdere aanwijzingen dat risicoaansprakelijkheid in unilaterale situaties beter functioneert dan schuldaansprakelijkheid worden versterkt wanneer de hoogte van administratieve kosten en de kans op fouten worden meegenomen.¹¹⁵

¹¹⁰ Shavell 2004, p. 228, onderscheidt drie bronnen van onzekerheid bij schuldaansprakelijkheid: (1) rechterlijke fouten bij het vaststellen van de daadwerkelijk in acht genomen zorgvuldigheid, (2) de onmogelijkheid voor partijen om een constant niveau van juiste zorgvuldigheid aan te houden en (3) rechterlijke fouten bij het vaststellen van de optimale zorgvuldigheidstandaard. Bij (1) en (3) kan bovendien de *hindsight bias* een rol spelen: zie § 7.4.8.1.

¹¹¹ Uitgaande van een concrete schadeberekening; op forfaitaire berekeningen wordt later ingegaan.

¹¹² Tenzij de schadevergoeding wegens verstorend procesgedrag in een andere, parallelle procedure wordt afgehandeld; zie bijvoorbeeld het idee van de sanctierechter in Giesen 2006.

¹¹³ Een lastige vraag: het is ondoenlijk als advocaten over elke beslissing in de procedure eerst een discussie met de cliënt moeten aangaan. Goed doorvragen is belangrijk, maar er ligt ook een grens waarin het paternalisme inefficiënt wordt. Zie over paternalisme en beslissingsmacht van de cliënt Verkijk 2010, p. 220-227.

¹¹⁴ Zie ook § 7.4.8.

¹¹⁵ Zie ook de conclusie van Schäfer & Müller-Langer 2009, p. 10-11. Shavell 2004, p. 282-283, en Cooter & Ulen 2008, p. 360-361, wijzen wel op het feit dat onder risicoaansprakelijkheid de kosten per

7.4.5 Administratieve kosten, pakkans, fouten en waarborgen

7.4.5.1 Factoren die aan optimale deterrence in de weg staan

Hiervoor werd reeds uiteengezet dat administratieve kosten en de kans op fouten bij schuldaansprakelijkheid hoger zijn dan bij risicoaansprakelijkheid. Dat wil echter niet zeggen dat deze problemen bij risicoaansprakelijkheid en overheidssancties niet aanwezig zijn.¹¹⁶ Er moet namelijk worden bepaald of de norm is geschonden en vervolgens moet de schade worden berekend en opgelegd. Ook daarmee gaan kosten en fouten gepaard, waarvan de omvang bovendien niet goed te voorspellen is voor betrokkenen.

Uit de eerste open vraag in de interviewstudie bleek dat rechters de grens tussen nodig en onnodig gedrag moeilijk te bepalen vinden, onder meer door een ‘dubbele informatieasymmetrie’¹¹⁷ en doordat achteraf moeilijk te bepalen is of een partij vooraf de nodeloosheid had kunnen voorzien. Vervolgens werd aan rechters de definitie van verstorend procesgedrag voorgelegd, waar zij voor het grootste deel mee instemden, maar die de diffuse grens niet scherper maakte, vanwege de termen ‘voorzienbaar’, ‘kennelijk’ en ‘had moeten worden’. Dit werkte door in sommige, veelgenoemde redenen voor terughoudendheid met kostensancties. Ten eerste de angst voor willekeur en fouten, zoals een rechter uitdrukte: ‘Het wordt erg willekeurig als een rechter denkt te zien wat er precies aan de hand is. En misschien er dan nog naast zit ook.’¹¹⁸ Ten tweede de angst voor nieuwe tijd en kosten die aan het vaststellen van verstorend gedrag moeten worden besteed, waarbij de tegenzin om die extra middelen te besteden ook leidt tot weinig vaststellingen van evident verstorend procesgedrag.

Uit dat laatste argument volgt ook wat in de rechtseconomische literatuur wordt erkend: hoe hoger de nagestreefde pakkans en accuratesse, hoe meer tijd en geld daarin moet worden gestoken. Kaplow & Shavell laten in hun model zien dat de effecten van investeringen in een hogere pakkans en investeringen in meer nauwkeurigheid ongeveer hetzelfde zijn.¹¹⁹ Beide vergroten de mate van *deterrence*.¹²⁰ Bij meer nauwkeurigheid is dat het geval doordat de kans om onterecht voor nodig gedrag

claim weliswaar lager zijn, maar het aantal claims waarschijnlijk hoger, waardoor het eindresultaat ambigu is. Visscher 2006, p. 142, denkt dat de systeemkosten bij risicoaansprakelijkheid per saldo lager zullen zijn dan bij schuldaansprakelijkheid (door Visscher aangeduid als foutaansprakelijkheid).

¹¹⁶ Feitelijk zijn ze slechts bij *no liability* afwezig.

¹¹⁷ § 5.3.1.1.

¹¹⁸ Hof Randstad, vrouw.

¹¹⁹ Kaplow & Shavell 1994. Zij hanteren overigens wel een model waarin de straf hoger kan zijn dan de schade, maar hun punt dat pakkans en accuratesse ‘substituten’ zijn die beide de mate van *deterrence* vergroten is breder te trekken, zie p. 12.

¹²⁰ Zie ook Cooter & Ulen 2008, p. 354.

bestraft te worden¹²¹, of dat onnodig gedrag juist als nodig wordt beoordeeld, kleiner wordt. Uiteindelijk moet het juiste evenwicht tussen extra kosten en extra afschrikking worden gevonden, waarin de investering van een extra euro (of minuut) niet meer de extra accuratesse of extra pakkans waard is.

Bij sommige consequenties ten aanzien van verstoring van procesgedrag zijn procedurele waarborgen ingebouwd, zoals de mogelijkheid voor een partij om tegen sommige consequenties (tussentijds) in hoger beroep of cassatie te gaan. In Nederland is er bijvoorbeeld discussie over de vraag of de proceskostenveroordeling op zichzelf voldoende belang zou moeten opleveren voor een appelprocedure.¹²² Internationale voorbeelden zijn het recht van de advocaat in de Engelse procedure om verweer te voeren tegen een voorgenomen *wasted costs order*¹²³ en de Amerikaanse *safe harbor* van 21 dagen bij toepassing van Rule 11 FRCP. Ten slotte behoeft de kostenveroordeling in Nederland normaliter geen motivering, maar lijkt de Hoge Raad dit wel te eisen als van het liquidatietarief wordt afgeweken als sanctie.¹²⁴

In rechtseconomische literatuur worden procedurele waarborgen vooral gezien als investeringen in accuratesse, maar die visie miskent de zelfstandige, niet eenvoudig in geld uit te drukken waarde die deze waarborgen hebben. Hoor- en wederhoor, motivering van vonnissen en de mogelijkheid van hoger beroep zijn er niet alleen ter preventie of correctie van rechterlijke dwalingen, maar dragen ook bij aan een eerlijke procedure en procedurele rechtvaardigheid. Motiveringen van beslissingen dragen bij aan *informational justice*, terwijl hoor- en wederhoor en hoger beroep bijdragen aan *procedural justice* (controle over het proces en corrigeerbaarheid van fouten). Een keuze voor sancties tegen verstoring van procesgedrag zonder enige waarborgen is dus niet altijd wenselijk, laat staan mogelijk, gezien de (minimum)eisen die artikel 6 EVRM stelt.¹²⁵ Maar ook wanneer wel wordt gekozen voor waarborgen, is er nog keuze in hoe zwaar die worden aangezet. Deze waarborgen kunnen de administratieve kosten van sancties ten aanzien van verstoring van procesgedrag doen oplopen en kunnen soms ook tot extra drempels leiden voor rechters om tot de vaststelling te komen dat een bepaalde partijgedraging onnodig vertragend en/of kostenverhogend is.

¹²¹ Zo kunnen partijen bepaalde handelingen die wel bijdragen aan een betere uitkomst achterwege laten, wanneer er enige schijn van misbruik aan kan kleven en ze bang zijn dat de rechter het (onterecht) zal afstraffen.

¹²² Naar geldend recht heeft een rechtsmiddel dat zich richt tegen de kostenveroordeling in eerste aanleg in beginsel voldoende belang (o.a. HR 22 september 2006, *NJ* 2007, 188). Wesseling-van Gent pleitte op de NVvP-najaarsvergadering 2010 voor afschaffing van die mogelijkheid, waarop verdeelde reacties kwamen, vooral ten aanzien van de zeer hoge kostenveroordelingen in IE-zaken.

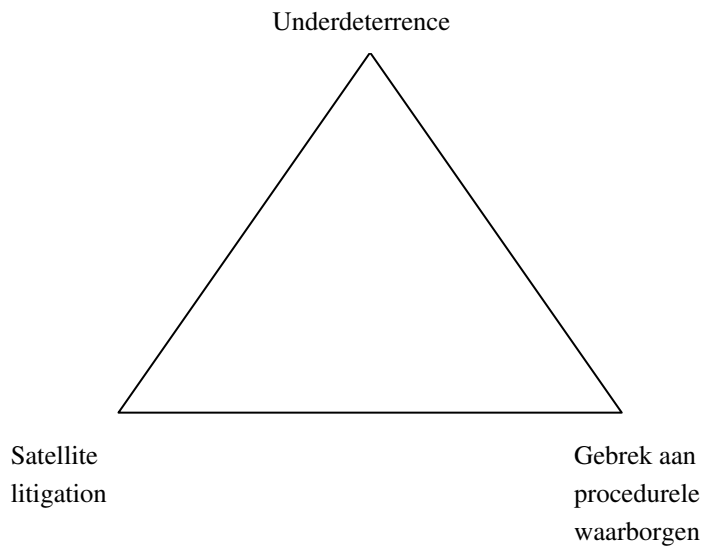
¹²³ Vgl. de Nederlandse procedure toen het eigen beursje nog bestond.

¹²⁴ Zie HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234, zoals besproken in hoofdstuk 4.

¹²⁵ Al zijn die eisen ten aanzien van kostenconsequenties niet erg streng, zoals in § 4.8 bleek.

7.4.5.2 Een driehoekig spanningsveld

De hierboven besproken factoren resulteren in het volgende spanningsveld¹²⁶ tussen drie ‘problemen’ die geen van drieën tegelijkertijd op te lossen zijn:



Satellite litigation zorgt voor extra tijd en kosten. Voor *underdeterrence* geldt dat eveneens, doordat de gevolgen van verstorend gedrag niet (voldoende) aan de veroorzaker worden doorberekend. En ten slotte zorgt ook het voldoen aan procedurele waarborgen voor extra tijd en kosten, ten gunste van meer procedurele kwaliteit.

Wil men koste wat kost *satellite litigation* voorkomen, dan kan er voor worden gekozen om verstorend gedrag niet te bestraffen, met *underdeterrence* tot gevolg. Wil men geen *underdeterrence*, dan zal verstorend gedrag bestraft moeten worden. Dat kan met lage besliskosten, door bijvoorbeeld hoger beroep uit te sluiten en te bepalen dat processuele sancties niet nader gemotiveerd behoeven te worden. Die keuze voor lagere *satellite litigation* doet dan echter afbreuk aan de procedurele waarborgen. Worden die waarborgen bij processuele sancties volledig gehandhaafd, dan zullen de kosten van procedurele geschillen binnen het hoofdgeschil hoger zijn.

Dit geconstateerde spanningsveld laat zien dat het totaalplaatje complex is en dat eendimensionale bezwaren en oplossingsrichtingen de discussie niet vooruit

¹²⁶ Driehoeken zijn niet ongebruikelijk om tegenstellingen mee te visualiseren. Bekend zijn de *project triangle* met spanning tussen tijd, kosten en kwaliteit (http://en.wikipedia.org/wiki/Project_triangle) en de drie antinomieën binnen de *Rechtsidee* van Radbruch: rechtszekerheid versus rechtvaardigheid versus doelmatigheid (Radbruch 1932, p. 164-165).

helpen.¹²⁷ Tussen de drie probleempunten van de spanningsdriehoek moet een geschikt evenwicht worden gevonden dat het beste scoort op de criteria van het toetsingskader.

In § 7.6.4 wordt nog ingegaan op een vierde factor die steeds terugkomt en van belang is voor de criteria van het toetsingskader: de voorspelbaarheid. Deze factor hangt sterk samen met de angst van de geïnterviewde rechters voor willekeur. De reden dat die niet in deze figuur is opgenomen, is dat voorspelbaarheid feitelijk niet in tegenstelling is met de drie factoren. Voorspelbaarheid draagt bij aan de kracht van *deterrence*, versterkt waarborgen en vermindert *satellite litigation*.

7.4.6 *Bepalen van schade en consequenties*

Alle voorgaande conclusies over optimale aansprakelijkheidsregels nemen als uitgangspunt dat bij vastgestelde aansprakelijkheid de veroorzaker de daadwerkelijk toegebrachte schade dient te vergoeden. Is de schadevergoeding lager dan de werkelijke schade, dan is er *underdeterrence* en wordt tot te weinig voorzorg geprikkeld, terwijl bij te hoge schadevergoedingen het gevaar van *overprecaution* dreigt.¹²⁸

Bij verstoring procesgedrag bestaan de consequenties in de praktijk zelden uit financiële, concrete schadevergoedingen, maar zal de rechter eerder grijpen naar materiële consequenties als het uitsluiten van stukken of het weigeren van een eisvermeerdering (die feitelijk de veroorzaker wel kosten toebrengen en voor baten voor het slachtoffer zorgen) en soms naar kostensancties op basis van forfaitaire niet-dekkende tarieven. Forfaitaire tarieven hoeven overigens niet inefficiënt te zijn. Shavell stelt dat de administratieve kosten van een precieze schadeberekening bij aansprakelijkheid te hoog kunnen zijn, waardoor het wenselijk kan zijn als de rechter onzekere componenten via standaarden afdoet en nadere discussies over de schadehoogte uitsluit.¹²⁹ Vaste materiële sancties en forfaitaire tarieven zijn hier een uitdrukking van, maar die moeten voor optimale *deterrence* dan wel de vergoeding van werkelijke schade benaderen en niet structureel niet-dekkend zijn zoals het liquidatietarief.

Het feit dat een pakkans van 100% onmogelijk is dan wel te hoge investeringen vergt, kan eventueel door de hoogte van de consequentie worden gecompenseerd. Hierin ligt een parallel met de publiekrechtelijke *deterrence*.¹³⁰ Ook daarbij is de

¹²⁷ Voorbeelden van eendimensionale redeneringen zijn: ‘Wat we te allen tijde moeten voorkomen is dat we een geschil binnen een geschil krijgen.’ en ‘De kosten van verstoorders moeten altijd volledig aan hen worden doorberekend.’

¹²⁸ Shavell 2004, p. 236-237. Als de pakkans lager is dan 100%, leidt een hogere schadevergoeding overigens niet altijd tot *overprecaution*; zie de nadere analyse in deze paragraaf.

¹²⁹ Shavell 2004, p. 240-241. Zie ook Visscher 2006, p. 217 e.v., die de wenselijkheid van abstracte versus concrete schadevergoedingen per soort schadepost bespreekt.

¹³⁰ In de rechtseconomie wordt overigens ook de vraag behandeld waarom bepaald gedrag niet (alleen) civielrechtelijk wordt aangepakt, maar bestuursrechtelijk of strafrechtelijk. Zie Cooter & Ulen 2008, p.

optimale financiële sanctie bij een pakkans van 100% gelijk aan de schade die met het gedrag wordt veroorzaakt.¹³¹ Is de pakkans lager, dan kan het optimale niveau van *deterrence* in theorie toch worden bereikt door de strafmaat te verhogen. Is de pakkans bijvoorbeeld 50%, dan moet de sanctie op 200% van de schade worden gezet.¹³²

Op dat punt wordt voortgeborduurd wanneer wordt aangenomen dat het opleggen van een hogere financiële sanctie de overheid niet meer kost, terwijl handhaving (dus het hoog houden van de pakkans) de overheid wel meer kost. Becker (1968) kwam op de idee om in het strafrecht voor elk delict de maximale strafhoogte toe te passen, omdat het efficiënter is om te besparen op de pakkans en de daarmee gepaard gaande handhavingskosten. Aan die stelling zitten nogal wat haken en ogen¹³³, maar de notie dat een lage pakkans met hoge handhavingskosten (deels) kan worden gecompenseerd door hogere financiële sancties, is wel een inzicht dat ook bij de aanpak van misbruik van procesrecht van belang is.

Op basis van ditzelfde inzicht kent men in de Verenigde Staten *punitive damages* in het civiele aansprakelijkheidsrecht, die bovenop de werkelijke schade (*compensatory damages*) komen.¹³⁴ Ook die zijn met name bedoeld om bij de ernstigere categorieën van normoverschrijdingen waarbij de pakkans niet 100% is, toch te zorgen voor de optimale maatschappelijke *deterrence*, door de hoogte van de schadevergoeding te voorzien van een vermenigvuldigingsfactor die de gebrekkige pakkans compenseert.¹³⁵

Uit de landenrapporten die in hoofdstuk 6 werden gebruikt, bleek echter dat praktisch nergens punitieve kostenveroordelingen bestaan, in de zin dat bij vormen van verstorend procesgedrag meer dan de werkelijk gemaakte kosten van de wederpartij moet worden vergoed. Bij hantering van de *indemnity basis* kunnen de kostenveroordelingen weliswaar erg hoog oplopen, door omkering van de bewijslast qua redelijkheid van kosten en vervallen proportionaliteitstoetsen en tariefschalen, maar zelfs dan is 100% van de werkelijke kosten het absolute plafond.

491-494, en Van Velthoven 2001. Boetes en andere overheids sancties vallen echter buiten de reikwijdte van dit onderzoek, al komen ze zijdelings nog aan bod in hoofdstuk 8 bij de evaluatie van de *indemnity basis*.

¹³¹ Shavell 2004 p. 474-476.

¹³² Shavell 2004, p. 480-488.

¹³³ Zie Shavell 2004, p. 518-519, voor onder andere *marginal deterrence* (als je ernstige feiten niet zwaarder straft dan lichte feiten, leidt dat tot ernstigere feiten, zoals het doodschieten van getuigen na een lichte overtreding) en voor het feit dat insolvente overtreders niet gevoelig zijn voor hogere straffen. Daarnaast volgt uit Amerikaans (!) empirisch onderzoek dat burgers niet veel voelen voor het linken van de strafhoogte aan de pakkans: Sunstein, Schkade & Kahneman 2000.

¹³⁴ Cooter & Ulen 2008, p. 393-398, en Shavell 2004, p. 243-247.

¹³⁵ Zie Shavell 2004, p. 244-245, en Cooter & Ulen 2008, p. 397, voor rekenvoorbeelden en verwijzingen naar de Amerikaanse praktijk. Zie ook Visscher 2006, p. 190, die verder niet op *punitive damages* ingaat, omdat die vreemd zijn aan het Nederlandse recht.

Andere processuele sancties kunnen eventueel wel punitief uitpakken. De weigering van een te laat ingebracht bewijsstuk of de weigering om een nieuwe zittingsdatum te bepalen nadat een partij niet is verschenen, kan dusdanig uitwerken dat de veroorzakende partij de zaak verliest, terwijl zij die anders misschien had gewonnen. Veelal zullen het verlies voor de veroorzaker en de winst voor het slachtoffer dan hoger zijn dan de initiële schade die door de verstoring gedraging is veroorzaakt.

Een risico bij sancties die de werkelijke schade overstijgen, is dat een partij te veel gaat investeren in het overtuigen van de rechter dat de wederpartij een verstoringe gedraging heeft vertoond. Denk aan de moeite die wordt gestoken in het presenteren van de stellingen van de ander als leugens, wanneer bij het liegen in de procedure zeer hoge schadevergoedingen of materiële consequenties worden opgelegd. Dit kan dus *satellite litigation* in de hand werken.

7.4.7 *Andere behandeling van opzet en/of grove verstoringen?*

Rechtseconomen zijn het onderling niet eens over hoe met *illicit utility* moet worden omgegaan in hun toetsingskader van optimale maatschappelijke welvaart. Shavell noemt als voorbeeld het plezier dat iemand er aan ontleent om opzettelijk een ruit van de burens in te gooien versus het plezier dat iemand heeft bij het spelen van een balspel, waarbij per ongeluk een bal door de ruit van de burens vliegt.¹³⁶ Moet bij het bepalen van de maatschappelijk welvaart al het individuele nut worden opgeteld of alleen gerechtvaardigd of maatschappelijk geaccepteerd nut? In dat laatste geval wordt *illicit utility* niet meegerekend.¹³⁷ Het antwoord hierop bepaalt mede of aan de dader van het opzettelijk breken van een ruit een andere sanctie moet worden opgelegd dan aan degene die bij een acceptabele activiteit per ongeluk een ruit breekt.

Dezelfde overwegingen spelen hierbij een rol als bij de vraag of een handeling alleen tot civiele of (ook) tot strafrechtelijke aansprakelijkheid moet leiden, of zoals Cooter & Ulen het uitdrukken: 'Rather than pricing crime, the goal of punishment is to deter it'.¹³⁸ Aansprakelijkheid voor werkelijke schade zorgt slechts voor het internaliseren van kosten, waarna de (potentiële) dader alsnog kan beslissen om die kosten voor lief te nemen, omdat de verwachte opbrengst van de gedraging hoger is. Er is dan sprake van *pricing*. Voor een groot deel van de verstoringe gedragingen is dat prima. Uit de interviews bleek dat de meeste rechters denken dat de meeste

¹³⁶ Shavell 2004, p. 245.

¹³⁷ Shavell vindt zelf dat het wel meegeteld moet worden, maar ziet J.S. Mill en anderen tegenover zich staan. Zie Shavell 2004, p. 245, onder noot 25. Zie ook Visscher 2006, p. 54-57, die de kritiek van Friedman op het niet meerekenen van *illicit utility* bespreekt en in navolging van Posner opzettelijke onrechtmatige daden definieert als daden met 'negatieve voorzorgskosten', dus daden waarvoor de dader juist zal investeren om ze plaats te laten vinden, in plaats van om ze te voorkomen.

¹³⁸ Cooter & Ulen 2008, p. 492.

verstorende gedragingen voortkomen uit slordigheid, onbekwaamheid bij advocaten en slechte communicatie tussen advocaat en cliënt.¹³⁹ Te hoge sancties kunnen dan leiden tot te grote voorzichtigheid om die slordigheden te voorkomen en overinvesteringen in opleidingen, het aantal advocaten dat aan een zaak werkt en het op papier zetten van afspraken. Die maatregelen kosten dan in totaal meer dan wat ze opleveren aan fouten die worden voorkomen (*overprecaution*).

Bij sommige gedragingen dachten de geïnterviewde rechters echter ook aan opzet. Het wens van wraak richting de wederpartij, de wederpartij financieel en emotioneel proberen uit te putten en de wens tot uitstel van betaling werden daarbij genoemd, met hogere kosten en vertraging als oogmerk. Ook het liegen, bedriegen of simuleren gebeurt in de regel opzettelijk.¹⁴⁰ Of het nut dat partijen aan wraak en leugens ontlene in positieve zin moet worden meegerekend, leidt onder economen die de maatschappelijke welvaart als toetsingskader gebruiken tot discussie. In dit onderzoek kan echter worden aangesloten bij het eigen toetsingskader uit hoofdstuk 3, waaruit vanzelf volgt dat alleen positieve effecten op de vier criteria als positief worden beschouwd. Bovengenoemde opzettelijk verstorende gedragingen scoren op geen van de criteria tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure positief.

Het verstorend procesgedrag moet dus feitelijk in twee categorieën¹⁴¹ worden ingedeeld. Ten eerste is er gedrag dat ernstig verwijtbaar is of zelfs opzettelijk is, waarbij de verstorende partij in de zin van het toetsingskader geen acceptabel en beschermwaardig belang heeft. Dit gedrag moet hoe dan ook worden voorkomen en daar passen dus stevige sancties bij. *Deterrence* is het hoofddoel.

Ten tweede is er gedrag dat wel verstorend is voor de andere partij en/of de rechter, maar waar aan de eigen zijde wel efficiëntieredenen voor kunnen zijn. In dat geval is er meer sprake van *pricing*. Dit gedrag hoeft niet in absolute zin te worden ontmoedigd, maar de negatieve effecten moeten worden geïnternaliseerd door een regel in de sfeer van risicoaansprakelijkheid: de wederpartij wordt gecompenseerd (financieel of in materiële voordelen), terwijl de verstorende partij haar mate van voorzorg en aantal procesactiviteiten zal afstemmen op het feit dat zij voor haar verstoringen zelf de consequenties zal dragen.

Een dergelijke tweedeling is niet onrealistisch: kijk bijvoorbeeld naar Nieuw-Zeeland, dat een lijstje gedragingen kent waar de rechter de lichtere consequentie *increased costs* aan verbindt en een lijstje met zwaardere gevallen waar de rechter

¹³⁹ Zie § 5.3.3.

¹⁴⁰ Al kan iemand soms in de eigen leugen gaan geloven.

¹⁴¹ Uit de interviews in hoofdstuk 5 kwam nog een ‘tussencategorie’ van gedragingen naar boven, die als ‘voorwaardelijk opzet’ of ‘bewuste schuld’ kunnen worden geclassificeerd. In hoofdstuk 8 wordt op deze tussencategorie nader ingegaan bij de bespreking van de *indemnity basis*.

indemnity costs op mag toepassen.¹⁴² Bij de bespreking van het alternatief *indemnity basis* in hoofdstuk 8 wordt hier nader op ingegaan, waarin zal blijken dat het in de praktijk lastig zal zijn om onderscheid te maken tussen *pricing* en *deterrence* met alleen proceskostenconsequenties.

7.4.8 Afschrikking: gedragseconomische en empirische inzichten

Bij de bespreking van het afschrikken van verstorend procesgedrag en de daarbij getrokken parallel met het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is tot nu toe de klassieke rechtseconomische theorie behandeld, dus uitgaande van rationeel gedrag. Daarbij is steeds de assumptie gehanteerd dat partijen hun verwachte baten van gedrag goed kunnen en zullen afwegen tegen de verwachte kosten van financiële sancties en dat zij daarna de processtrategie kiezen die het beste hun eigenbelang dient. Ook is de assumptie gehanteerd dat rechters rationeel en correct beslissen.¹⁴³

Nu zullen enkele inzichten uit de *behavioural law and economics* worden behandeld om na te gaan welke systematische afwijkingen van de rationelekeuzetheorie relevant kunnen zijn voor de afschrikkende werking van (financiële) prikkels. Daaruit zal volgen dat die prikkels inderdaad niet zo rationeel worden meegewogen als de klassieke theorie veronderstelt, maar dat met gedragseconomische inzichten evenmin goed voorspeld kan worden hoe en in welke richting de prikkels dan wel werken. Dat wordt veroorzaakt doordat de gedragseconomie geen coherente theorie biedt, maar eerder een vergaarbak is van verschillende *heuristics* en *biases*, waarbij per situatie (of rechtsregel) moeilijk vooraf is in te schatten of, en zo ja: in welke mate, één of meer van die *heuristics* en *biases* leiden tot een voorspelling van effecten die afwijkt van de klassieke rechtseconomische voorspelling.¹⁴⁴

Ook wordt kort stilgestaan bij empirische onderzoeken over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht – die niet in het kader van (gedrags)economisch onderzoek zijn uitgevoerd – en de toepasselijkheid daarvan op beslissingen en gedrag binnen de civiele procedure.

7.4.8.1 Systematische inschattingsfouten (*bounded rationality*)

¹⁴² Rule 14.6 van de High Court Rules.

¹⁴³ Daarbij is overigens wel reeds uitgegaan van beperkte informatie: ook in de klassieke modellen geldt meestal dat rechters een informatieachterstand hebben, waarbij het vergaren en verwerken van informatie administratiekosten met zich meebrengt en discussie over de informatie leidt tot *satellite litigation*.

¹⁴⁴ Korobkin & Ulen 2000, p. 1057; Hayden & Ellis 2007, p. 647, spreken over de *grab bag of empirical findings*. Zie ook Vandenbergh, Carrico & Bressman 2011, p. 734, die stellen dat de rationelekeuzetheorie een duidelijk startpunt blijft, terwijl de genuanceerdere psychologische en sociologische theorieën meestal ad hoc worden toegepast en geen simpel, omvattend model voor een bredere context kennen.

De gedragseconomie laat zien dat rechters en partijen systematische fouten maken bij het bepalen van de optimale mate van zorgvuldigheid, met name wanneer die ná het ongeval moet worden ingeschat in het kader van de zorgvuldigheidsstandaard bij schuldaansprakelijkheid. In dat geval is er snel sprake van de *hindsight bias*: als een ongeluk heeft plaatsgevonden wordt ex post te makkelijk geoordeeld dat er onzorgvuldig is gehandeld, terwijl dat vanuit een objectieve blik ex ante niet het geval was.¹⁴⁵ Faure noemt daarnaast nog het toekennen van teveel gewicht aan gebeurtenissen met een kleine kans, de *availability heuristic* (te veel gewicht toekennen aan gebeurtenissen die (media-)aandacht hebben gekregen) en de *representative heuristic* (te veel voorspellende waarde hechten aan één gebeurtenis).¹⁴⁶ Bij de bespreking van de keuze tussen risico- en schuldaansprakelijkheid is reeds aandacht besteed aan de kans op foute inschattingen van het juiste voorzorgniveau wegens informatieverschillen: correcte inschattingen zijn voor rechters meestal lastiger ex post te maken dan voor partijen zelf ex ante. Dat verschil leidde mede tot een voorkeur voor risicoaansprakelijkheid. De gedragseconomie voegt hier aan toe dat foute inschattingen niet alleen op basis van informatieachterstand, maar ook systematisch vanwege beperkte rationaliteit worden gemaakt.

Bij risicoaansprakelijkheid voor verstorend procesgedrag kunnen bovengenoemde *biases* er eveneens toe leiden dat partijen en/of hun advocaten soms te veel en soms te weinig voorzorg nemen om verstorend gedrag te voorkomen. Ze kunnen bijvoorbeeld na één keer bijna te laat komen bij een zitting de volgende keer overdreven vroeg vertrekken. Of er kan juist te weinig aandacht worden besteed aan het doorvragen bij de cliënt naar relevante stukken, tot er bij één collega in een zaak een consequentie volgt wegens een laat ingediend stuk, waarna de rest van het kantoor de periode daarna overdreven veel voorzorg op dit gebied betracht.¹⁴⁷

Eerder in dit hoofdstuk kwam reeds de *self-serving bias* aan bod. De *self-serving bias* kan er toe leiden dat een partij een gedraging van zichzelf minder snel als onnodig vertragend en/of kostenverhogend ziet, terwijl die een gedraging van de wederpartij juist sneller als verstorend percipieert. Een effect van deze *bias* kan zijn dat partijen daardoor zelf te onvoorzichtig handelen om verstorend gedrag te voorkomen, maar juist te snel de discussie openen over het gedrag van de ander. Dit effect is waarschijnlijk groter bij schuldaansprakelijkheid en bij open normen dan bij risicoaansprakelijkheid en scherpe, objectief geformuleerde normen, omdat die laatste minder ruimte bieden voor discussie.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Zie Faure 2009, p. 38-43, voor nadere verwijzingen; Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1523 e.v.

¹⁴⁶ Faure 2009, p. 38-43; Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1477.

¹⁴⁷ In die zin zijn de *availability* en de *representative heuristic* reeds lang een volkswijsheid: 'als het kalf verdronken is, dempt men de put'.

¹⁴⁸ Zie over open versus scherpe normen § 8.3.

De richting van het effect van de eerder besproken *loss aversion* – meer risico nemen om een verlies te voorkomen dan om een winst te behalen¹⁴⁹ – is nauwelijks in te schatten. De mogelijkheid van een financiële kostenconsequentie zal door beide partijen worden gezien als een verlies. Maar of de investeringen in voorzorg ter voorkoming van slordigheden worden gezien als ‘investeren in een winstkans’ of ‘voorkomen van verlies’ zal per geval verschillen, mede afhankelijk van of het een procesbeslissing van eiser of van gedaagde betreft. Hetzelfde geldt voor het opzettelijk vertragen ter uitstel van betaling: beschouwt de verstorende partij het daarmee verkregen eigen voordeel als winst- of als het voorkomen van een verlies? En in hoeverre kan de advocaat deze *bias* inperken?¹⁵⁰

Doordat al deze systematische inschattingfouten de ene keer leiden tot overdreven voorzorg en de andere keer tot te weinig voorzorg, kan in het algemeen worden gesteld dat financiële prikkels veelal niet precies leiden tot het gedrag dat de klassieke theorie voorspelt, maar een algemene conclusie over de richting van de afwijking is niet mogelijk. Wel lijkt het erop dat met name de *hindsight bias* en de *self-serving bias* tot substantieel meer foute inschattingen leiden bij schuldaansprakelijkheid dan bij risicoaansprakelijkheid.

7.4.8.2 De onaardige ander (*bounded self-interest*)

Een ander *behavioural* inzicht is dat mensen niet zo sterk uit eigenbelang handelen als de klassieke economische theorie veronderstelt. Men heeft er geld voor over om aardige, eerlijke anderen te belonen en om onaardige, oneerlijke anderen af te straffen, zelfs als evident is dat die investering zich niet op andere wijze zal terugverdienen.¹⁵¹ Hoe dit algemene inzicht doorwerkt in de effectiviteit van prikkels in het civiele proces is koffiedik kijken. Opzettelijk verstorend gedrag kan voor een partij aantrekkelijk zijn als de in haar ogen oneerlijke wederpartij daardoor extra op kosten wordt gejaagd, waardoor die partij misschien voor lief zal nemen dat er een risico is om tegen een financiële sanctie aan te lopen. De mate waarin er tussen partijen ook een persoonlijk, emotioneel conflict bestaat naast het zakelijke geschil speelt hierbij een rol en dat zal per zaak verschillen. Nog gecompliceerder is het als partijen elkaars oneerlijkheid willen afstraffen, maar daar tussenin twee advocaten staan die elkaar wel aardig vinden en/of op zijn minst zakelijk willen blijven. Grootte en richting van het effect van dit beperkte eigenbelang zijn moeilijk te voorspellen, maar ze zorgen wel voor een vertroebeling van het beeld van de financiële prikkel die rechtstreeks en rationeel wordt meegewogen in de keuzes voor bepaald procesgedrag.

¹⁴⁹ Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1484; Rachlinski 1996, p. 121-122.

¹⁵⁰ Hayden & Ells 2007, p. 640.

¹⁵¹ Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1493-1495 en p. 1498. Ook de Coninck 2009, p. 11-12 en 16-18, besteedt hier aandacht aan en haalt experimenten aan waaruit blijkt dat dit effect ook nog per cultuur kan verschillen.

7.4.8.3 *Crowding out*

Financiële incentives kunnen soms morele normen verdringen (*crowding out*¹⁵²), met een averechts effect als gevolg, dat door de klassieke rechtseconomie niet zou worden voorspeld. Het bekendste voorbeeld is ‘A Fine is a Price’, een empirische studie door Gneezy & Rustichini onder een aantal Israëliëse crèches.¹⁵³ Per crèche haalden gemiddeld ongeveer tien ouders per week hun kind te laat op. In het experiment werd bij een aantal crèches een (lage) boete aangekondigd voor ouders die meer dan tien minuten te laat kwamen. In de loop der weken verdubbelde (!) bij die crèches het aantal laatkomers. Vervolgens werden de boetes weer afgeschaft, maar het aantal laatkomers bleef onverminderd hoog, dus hoger dan vóór de boete en ook hoger dan bij de controlegroep van crèches waar nooit een boete was geïntroduceerd. Dit effect kon worden verklaard doordat ouders voorheen de morele norm voelden om de crècheleiders niet op ze te laten wachten, maar dat de boete in de gedachten van ouders een marktprijs vormde waarmee ze die wachttijd konden afkopen. Na afschaffing van de boete keerde de morele norm niet (binnen de periode van het experiment) terug, maar werd laat komen meer gezien als een ‘gratis’ product.¹⁵⁴

Deze studie staat niet op zichzelf. Bowles laat in een beknopt overzichtsartikel in *Science* zien dat op eigenbelang gerichte prikkels morele normen kunnen ondermijnen en weerlegt de *assumption of separability*.¹⁵⁵ Die door economen gehanteerde assumptie hield in dat het bestaan van sociale normen wel erkend werd, maar de invloed van op economisch eigenbelang gerichte beleidsprikkels op die sociale normen werd ontkend. Bowles noemt verschillende studies en bijbehorende verklaringen die de *assumption of separability* weerleggen. Zo kunnen altruïstische daden als het doneren van bloed worden ontmoedigd door een financiële vergoeding, omdat die het gevoel van een goede daad wegnemen.¹⁵⁶ Verder kunnen expliciete financiële prikkels het gevoel van autonomie aantasten (*control aversion*) en het gevoel aanwakkeren dat degene die de prikkels introduceert geen vertrouwen heeft en/of probeert te profiteren op kosten van degenen die aan de prikkels onderworpen zijn. Experimenten laten zien dat mensen in een dergelijk raamwerk van expliciete

¹⁵² Wilkinson-Ryan 2009, p. 20.

¹⁵³ Gneezy & Rustichini 2000.

¹⁵⁴ ‘When help is offered for no compensation in a moment of need, accept it with restraint. When a service is offered for a price, buy as much as you find convenient’, ‘A fine is a price’ en ‘Once a commodity, always a commodity’ zijn de drie sociale normen die het gedrag van de ouders kunnen verklaren, aldus Gneezy & Rustichini 2000, p. 14.

¹⁵⁵ Bowles 2008, p. 1607.

¹⁵⁶ Bowles 2008, p. 1609.

financiële prikkels soms juist slechter gaan presteren, omdat hun intrinsieke motivatie wordt weggenomen.¹⁵⁷

Nu betekent de eventuele verdringing van sociale normen niet direct dat er iets mis is met *pricing*, zoals dat eerder (§ 7.4.7) als instrument is geformuleerd voor de onopzettelijke verstorende gedragingen. Die kans bestaat slechts als de consequenties te licht zijn.¹⁵⁸ Een verstorende gedraging die eerst niet wordt bestraft, maar die vanwege de beroepseer van de advocaat en/of moreel besef bij de cliënt ook niet vaak wordt vertoond, kan frequenter voorkomen wanneer die morele norm wordt verdrongen door de introductie van te laag vastgestelde materiële of financiële consequenties. Het is overigens wel de vraag welke morele normen precies verdrongen kunnen worden in de context van een civiele procedure. Bij de cliënten zal er van intrinsieke motivatie om goed te doen richting de wederpartij vermoedelijk niet vaak sprake zijn, maar misschien wil men zich wel ‘ruiterlijk’ voordoen bij de rechter.¹⁵⁹ Bij advocaten is lastig in te schatten in welke mate zij intrinsiek een goede taakvervulling nastreven en welke verantwoordelijkheden jegens de rechtspleging, de (advocaat van) de wederpartij en (de reputatie van) het eigen kantoor daar in hun eigen ogen onder vallen. Wel is duidelijk dat advocaten zich in een spanningsveld van stevig gereguleerd procesrecht én gedragsrecht bevinden¹⁶⁰, met veel expliciete prikkels, dus het is de vraag in hoeverre nieuwe financiële prikkels nog morele normen kunnen verdringen. Dat een maatregel als het eigen beursje tot *control aversion* en daarmee juist tot slechter procesgedrag zal leiden, lijkt daarmee onwaarschijnlijk, maar is ook niet uit te sluiten.

Al met al zouden lage financiële consequenties een averechts effect kunnen hebben door *crowding out*, maar het is sterk de vraag of verdringing van morele normen niet al maximaal heeft plaatsgevonden door bestaande proces- en gedragsrechtelijke regulering.

7.4.8.4 Preventieve werking in aansprakelijkheidsrecht: toepasbaar op procesgedrag?
Visscher (2006) geeft een overzicht van empirische onderzoeken naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. De resultaten daarvan zijn verschillend per ongevalcategorie en spreken elkaar zelfs op hetzelfde gebied soms tegen.¹⁶¹ Bij

¹⁵⁷ Bowles 2008, p. 1608. Wilkinson-Ryan 2009, p. 2-3, geeft als voorbeeld de Bostonse brandweermannen, onder wie het aantal ziekmeldingen verdubbelde nadat de leiding een maximum van 15 ziektedagen had vastgesteld, waar voorheen geen maximum voor gold.

¹⁵⁸ Bij de crèches uit het experiment zou een kostendekkende boete (salaris plus vaste kosten voor langer openblijven) voor laatkomers wellicht ook een ander effect hebben gehad dan de zeer lage boete die werd gehanteerd., zo speculeren ook de onderzoekers zelf: Gneezy & Rustichini 2000, p. 15.

¹⁵⁹ Ondernemingen en met name repeat players zullen binnen het proces veelal ook belang blijven hechten aan hun reputatie.

¹⁶⁰ Zie Verkijk 2010 en ook § 8.6.

¹⁶¹ Visscher 2006, p. 296.

verkeersongevallen lijken studies naar aansprakelijkheid versus *no fault compensation schemes* er op te wijzen dat bij de laatste vorm meer (dodelijke) ongevallen plaatsvinden door de preventieve werking die aansprakelijkheid wel biedt en *no fault* niet.¹⁶² Bij product-, milieu-, werkgevers-, en medische aansprakelijkheid zijn positieve preventieve effecten empirisch niet hard gemaakt.¹⁶³ Visscher waarschuwt echter dat het gebrek aan hard empirisch bewijs voor de preventieve werking niet moet worden gezien als bewijs voor het tegendeel: geen preventieve werking.¹⁶⁴ Gebrek aan cijfermateriaal en de moeilijkheid van het isoleren van effecten van aansprakelijkheid (waarbij wordt gecorrigeerd voor effecten van strafrecht, bestuursrecht, reputatie en andere moeilijk meetbare factoren) zorgen dat empirisch bewijs lastig te leveren is.

Daarenboven ligt de vertaalslag van ongevallen naar verstarend procesgedrag minder voor de hand. De keuze voor een bepaalde rijstijl of voor een manier om een medische handeling te verrichten, is anders van aard dan de keuze voor een bepaalde processuele gedraging. Het emotionele belang om bij een ander geen letsel toe te brengen speelt in een civiele procedure niet mee; sterker nog, vaak is men ook emotioneel in conflict met de wederpartij en kan schade bij de ander juist als positief worden ervaren.¹⁶⁵

Bovendien worden beslissingen in het verkeer en bij de operatietafel vaak in een *split-second* of routinematig genomen, terwijl over tactische procesbeslissingen meestal eerst wordt nagedacht of zelfs gedelibereerd.

Misschien wel het belangrijkste verschil is dat op de werkvloer en in het verkeer minder zal worden nagedacht over civielrechtelijke consequenties, mede doordat de civiele rechter en schadevergoeding ver weg (buiten het gezichtsveld) liggen, terwijl bij gedrag in een reeds aangevangen civiele procedure de juridische context al aanwezig is. Sterker nog, proceskosten spelen vaak bij aanvang van de procedure al een cruciale rol bij de te kiezen processtrategie. Dat proceskosten gedrag beïnvloeden blijkt ook uit de onderzoeken van Hughes & Snyder (1995) over de Amerikaanse versus de Engelse regel en dat van Marshall, Kritzer & Zemans (1992) over Rule 11 FRCP, die nader worden besproken in respectievelijk § 7.5 en § 7.6.1.¹⁶⁶

Het generaliseren van resultaten van *empirische*¹⁶⁷ studies met betrekking tot aansprakelijkheid bij ongevallen naar de context van de aanpak van procesgedrag is

¹⁶² Visscher 2006, p. 289-292.

¹⁶³ Visscher 2006, p. 292-296.

¹⁶⁴ Visscher 2006, p. 303.

¹⁶⁵ Zie hierboven; zie ook Jolls, Sunstein & Thaler 1998, p. 1493-1495 en p. 1498.

¹⁶⁶ Daarbij moet bewijs voor de conclusie dat kosten partijgedrag in enige mate beïnvloeden niet worden verward met bewijs voor de hypothese dat partijen zich precies in die mate laten beïnvloeden als de rationelekeuzetheorie voorspelt.

¹⁶⁷ De eerder besproken theoretische (rechtseconomische) parallel tussen buitencontractuele aansprakelijkheid en afschrikking van verstarend procesgedrag houdt daarentegen wel stand.

daarom weinig vruchtbaar. Het heeft meer zin om naar empirisch onderzoek te kijken dat rechtstreeks op de effecten van kosten(consequenties) in het civiele proces ziet.

7.4.8.5 *Slotsom gedragseconomie en empirie over afschrikking*

De *biases* en *heuristics* uit de gedragseconomie, het effect van *crowding out* en de niet-eenduidige empirie over de preventieve werking van aansprakelijkheid geven aanleiding om te twijfelen aan de precisie waarmee met de klassieke rechtseconomische theorie de gedragseffecten van prikkels tegen verstorend procesgedrag kunnen worden voorspeld.

Helaas bieden de *behavioural law and economics* en de bestaande empirie evenmin een nieuwe coherente theorie waarmee de effecten accurater kunnen worden voorspeld. Zij geven slechts systematische correcties op bepaalde punten, maar bieden weinig houvast voor de mate (en soms ook de richting) waarin in de concrete context van de voorspelling van de klassieke rechtseconomie moet worden afgeweken.

De *hindsight bias* en de *self-serving bias* lijken in het voordeel van risicoaansprakelijkheid te wijzen. Van de *availability heuristic*, *representative heuristic*, *loss aversion* en *bounded self-interest* kan in het algemeen niet gezegd worden in welke richting ze netto wijzen, maar ze vertroebelen wel het beeld van de rationele overweging die partijen volgens de klassieke modellen tussen kosten en baten maken. *Crowding out* kan zorgen voor averechtse effecten bij lage formele prikkels, omdat dan morele normen worden verdrongen, maar het is sterk de vraag of dit effect daadwerkelijk speelt in de procesrechtelijke context. Ten slotte kent de empirie betreffende de preventieve werking van aansprakelijkheid weinig harde resultaten en is die bovendien niet één op één over te hevelen naar de procesrechtelijke sfeer.

Hoewel de klassieke modellen dus duidelijk niet feilloos zijn en het soms de vraag is of (de dreiging van) financiële prikkels überhaupt wel worden meegenomen in de proceskeuzes, bieden de gedragseconomie en de empirie ook geen alternatieve coherente modellen. Bovendien worden in de context van het civiele proces veel beslissingen na een bewuste afweging en/of overleg genomen, waardoor iets meer rationaliteit verwacht kan worden dan in de settings waarin empirici de werking van aansprakelijkheid hebben onderzocht. In het vervolg van dit hoofdstuk en in hoofdstuk 8 zal ik steeds de klassieke rechtseconomie als startpunt blijven hanteren¹⁶⁸, met soms een gedragseconomische of empirische correctie indien beschikbaar, maar daarbij moeten de evidente beperkingen van deze methode dus in het achterhoofd worden gehouden. Bij die beperkingen zal ook in de conclusie in hoofdstuk 9 nog nader worden stilgestaan.

7.4.9 *Conclusie afschrikken verstorend procesgedrag*

¹⁶⁸ Zie ook Vandenbergh, Carrico & Bressman 2011, p. 734.

Met het verbinden van consequenties aan verstorend procesgedrag kunnen de negatieve effecten van dergelijk gedrag aan de veroorzakers worden doorberekend, waardoor zij idealiter, conform de rationelekeuzetheorie, de potentiële schade aan anderen in hun eigen beslissing meenemen. Deze doorberekening moet onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag ontmoedigen. Het is niet helder of de preventieve werking van consequenties in werkelijkheid zo sterk is als de klassieke rechtseconomische benadering voorspelt, maar de gedragseconomie en empirisch onderzoek naar de effecten van aansprakelijkheid leveren op dit punt niet meer duidelijkheid op. Omdat veel beslissingen in het civiele proces na bewuste afwegingen van risico's en kansen plaatsvinden en er studies zijn die laten zien dat proceskosten wel impact hebben op gedrag van de procesdeelnemers, wordt verondersteld dat partijen en advocaten bij hun beslissingen inderdaad rekening houden met de dreiging van consequenties.

Uit de theoretische vergelijking met het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht volgt dat risicoaansprakelijkheid, in gevallen waarin gedrag aan de definitie van verstorend procesgedrag beantwoordt, vermoedelijk tot betere resultaten leidt dan schuldaansprakelijkheid.¹⁶⁹ Maar ook bij risicoaansprakelijkheid zorgen administratieve kosten, een lage pakkans, rechterlijke fouten en de behoefte aan procedurele waarborgen ervoor dat het optimale niveau van *deterrence* niet realistisch is. Er is een onvermijdelijk spanningsveld tussen drie factoren die negatief scoren op het toetsingskader: *underdeterrence*, *satellite litigation* en een gebrek aan procedurele waarborgen. Binnen dat spanningsveld – en rekening houdende met de hierna nog te bespreken voorspelbaarheid – moet een evenwicht worden gevonden, dus bij de evaluatie van het huidige Nederlandse systeem en de vijf mogelijke nieuwe prikkels zal daaraan nadere aandacht worden besteed.

Voor de hoogte van de te bepalen consequentie is van belang dat bij doorberekeningen die lager zijn dan de veroorzaakte schade aan onnodige kosten en vertraging, er sprake is van *underdeterrence*. Het precies bepalen van de schade om de consequentie te berekenen kan tot te veel administratieve kosten leiden, waardoor het soms beter is om standaarden en forfaitaire tarieven te hanteren, mits die hoog genoeg zijn ten opzichte van de schade.

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen ernstigere verstorende gedragingen in de sfeer van opzet enerzijds en gedragingen in de sfeer van slordigheden en onbekwaamheden anderzijds. De eerste categorie kan in absolute zin worden ontmoedigd met zwaardere consequenties, terwijl te zware consequenties in de tweede categorie tot *overprecaution* kunnen leiden en het beter is als slechts de negatieve effecten worden geprijsd en daarmee geïnternaliseerd. Bij *pricing* moet de consequentie echter ook niet te soft zijn, want de daardoor ontstaande *underdeterrence*

¹⁶⁹ Op grond van rechtseconomische argumenten. Aan de wetsystematische argumenten wordt in hoofdstuk 9 nog aandacht besteed.

kan zelfs volledig averechts uitwerken als deze formele consequentie een informele, morele norm verdringt.

Met de uit deze paragraaf verkregen algemene inzichten over *deterrence* zal rekening worden gehouden bij het evalueren van concrete opties om kostenconsequenties te verbinden aan procesgedrag. Eerst moet echter worden bekeken of de inzet van de kostenveroordeling op procesgedrag niet botst met eventuele bestaande positieve effecten van het gangbaardere doel van kostenveroordelingen: de winnaar door de verliezer laten compenseren voor de gemaakte kosten.

7.5 *De kostenveroordeling: American versus English Rule?*

De proceskostenveroordeling lijkt onder rechtseconomen één van de meest geliefde complicaties te zijn om aan het basismodel van schikken en procederen toe te voegen. Het feit dat twee westerse landen met een *common law*-achtergrond qua kostenallocatie tussen partijen een totaal andere keuze hebben gemaakt, heeft veel onderzoeksinspiratie opgeleverd. Ter simplificatie worden de twee regels in de meeste modellen nog eens extremer geformuleerd. Bij de Amerikaanse regel draagt iedere partij alle eigen kosten en wordt niet stilgestaan bij het feit dat in werkelijkheid de gerechtskosten wel worden verschoven.¹⁷⁰ Bij de Engelse regel worden alle kosten vergoed, wat niet strookt met de toetsen van redelijkheid en proportionaliteit die in Engeland worden gehanteerd bij berekening op grond van de *standard basis*.¹⁷¹

De vele theoretische onderzoeken en enkele empirische studies ten spijt, is er geen eenduidige conclusie te trekken over welke regel tot meer of minder procedures, schikkingen en uitgeprocedeerde zaken leidt, laat staan over welke regel 'beter' is.¹⁷² De effecten zijn steeds ambigu en hangen ook van andere assumpties en complicaties af.¹⁷³ Over een aantal aspecten lijkt echter wel enige duidelijkheid te zijn.

Hoewel dit onderzoek over het afschrikken van verstorend gedrag gaat, kan een bespreking van de effecten van de kostenveroordeling op basis van gelijk niet ontbreken. De werking van kostenprikkels ten aanzien van gedrag kan namelijk interfereren met de uitgangssituatie van een Amerikaanse, Engelse of tussenregel.¹⁷⁴ Zodra een deel van de proceskosten wordt gebruikt ten aanzien van gedrag, kan dat deel niet meer worden gerelateerd aan het gelijk, hetgeen (positieve of negatieve) neveneffecten op het toetsingskader zou kunnen hebben. Daarenboven geeft deze

¹⁷⁰ En ook niet bij het feit dat staten, federale statutaire regelingen en o.a. Rule 11 FRCP uitzonderingen bieden op de regel dat advocatenkosten niet in de proceskostenveroordeling worden meegenomen. Zie § 6.8.2.

¹⁷¹ Zie Part 44 CPR en ook § 6.5.2-6.5.3.

¹⁷² Met 'beter' wordt meestal bedoeld op het alternatief met de laagste maatschappelijke kosten.

¹⁷³ Katz 2000, p. 64 en 89.

¹⁷⁴ In § 4.3.6 werd bijvoorbeeld al besproken dat *nuisance suits* reeds door de kostenveroordeling op basis van gelijk worden afgeschrikt, terwijl die in Amerika vaker als probleem genoemd worden.

bespreking van indemnatiestelsel versus compensatiestelsel inzicht in de context van proceskostenprijkkels en komt een empirische studie aan bod waaruit blijkt dat kostenveroordelingsregels gedragseffecten kunnen hebben.

7.5.1 Theorie

De Engelse regel stimuleert dat eisers sterke zaken sneller aanbrengen en zwakke zaken minder snel aanbrengen.¹⁷⁵ Vooral voor kleine en/of kostbare zaken vergroot dit de toegang tot het recht. Een eiser die voor 100% zeker is dat hij een zaak om € 1.000 gaat winnen, kan niet geloofwaardig met een rechtszaak dreigen als hem dat € 1.500 gaat kosten en hij die onder de Amerikaanse regel zelf moet dragen. Zonder geloofwaardige dreiging zal de gedaagde ook niet snel schikken. Onder de Engelse regel kan de eiser die € 1.500 via de proceskostenveroordeling op de gedaagde verhalen en kan hij wel geloofwaardig dreigen met een proces om er een schikking uit te halen.¹⁷⁶ Zwakke zaken worden juist ontmoedigd. In Amerika heeft men soms last van *nuisance suits*. Dat zijn zaken met weinig kans van slagen, waarvan de eiser weet dat de gedaagde ter verdediging veel kosten zal moeten maken. De gedaagde zal dan soms toch schikken, ook al staat het recht aan zijn kant.¹⁷⁷ Onder de Engelse regel worden *nuisance suits* en andere evident kansloze zaken ontmoedigd, wat één van de redenen was achter de roep van *tort reformers* om de Engelse regel in te voeren in de Verenigde Staten.¹⁷⁸ Dat is niet vreemd, want op dit punt scoort de Engelse regel beter qua kwaliteit van uitkomsten, nu die aan mensen met lage, kansrijke claims toegang biedt om hun recht te halen, terwijl oneerlijke claims worden ontmoedigd.

Er kleven echter ook theoretische nadelen aan de Engelse regel: effecten die de tijd, kosten en kwaliteit van uitkomsten negatief beïnvloeden. Het meest directe effect is het feit dat rechters tijd moeten besteden aan kostenbeslissingen. Zij moeten zich buigen over de vraag welke kostenposten voor welk bedrag voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁷⁹ Bij meningsverschillen over die kosten ontstaat de *satellite litigation* die ook in de interviews naar voren kwam als een door Nederlandse rechters ongewenst vooruitzicht.

Een ander nadeel ligt in de prikkels van het basismodel van schikken versus procederen. In paragraaf 7.3.1 werd uiteengezet dat in zaken die worden uitgedeedeerd vaak sprake is van relatief optimisme, dat rationeel kan worden veroorzaakt door informatieasymmetrie, maar ook irrationeel door de *self-serving bias*.

¹⁷⁵ Shavell 2004, p. 429; De Mot & De Geest 2004, p. 51.

¹⁷⁶ Sluijter 2008, p. 30-31; Rachlinski 1996, p. 167.

¹⁷⁷ Cooter & Ulen 2008, p. 446-448.

¹⁷⁸ Rachlinski 1996, p. 168 en noot 200.

¹⁷⁹ Die taak wordt door rechters in Engeland en Duitsland zelfs doorverwezen naar een andere rechterlijke ambtenaar: respectievelijk de *court officer* die de *detailed assessment* doet (Part 47 CPR) en de *Rechtspfleger* (zie hoofdstuk 6 over beide landen).

De Engelse regel versterkt de effecten van dit relatief optimisme. Als beide partijen zichzelf 60% kans toedichten om gelijk te krijgen, dan zouden ze onder de Amerikaanse regel nog wel eens schikken, omdat beide kanten in een proces hoe dan ook kosten moeten maken die voor eigen rekening blijven. Onder de Engelse regel verwachten de partijen echter ook dat de kans 60% is dat de ánder alle kosten zal dragen. Kortom, in zaken met relatief optimisme verkleint de Engelse regel de schikkingsruimte en zal er vaker tot het vonnis doorgeprocedeerd worden.¹⁸⁰

Wanneer wordt gewerkt met de proceskosten als endogene variabele, wat betekent dat partijen zelf invloed hebben op de proceskosten die ze maken en waarbij wordt aangenomen dat (de perceptie bestaat dat) hogere uitgaven de winstkansen vergroten, zorgt de Engelse regel ook voor hogere uitgaven per procedure.¹⁸¹ Onder de Amerikaanse regel moet elke uitgegeven dollar immers uit eigen zak komen, terwijl onder de Engelse regel een extra pond wellicht voor rekening van de wederpartij komt. Als die extra pond bovendien de eigen winstkansen vergroot – en dus ook de kans om die extra pond weer terug te krijgen – dan is die het uitgeven zeker waard.¹⁸²

Uitgaande van bovenstaande effecten leidt de Engelse regel in zaken met relatief optimisme tot minder schikkingen, meer procedures en meer uitgaven per zaak. Dit kan anders liggen als één of beide partijen risicoavers zijn. De Engelse regel leidt immers tot meer onzekerheid over de achteraf te betalen kosten en tot hogere uitgaven per proces, dus wordt ook het risico groter. Risicoaverse partijen zullen dan juist eerder afhaken of schikken dan onder de Amerikaanse regel.¹⁸³ Dit is het effect dat door Nederlandse auteurs werd verondersteld die bij de invoering van volledige kostenveroordelingen in IE-zaken vreesden voor de toegang tot de rechter, omdat veel partijen het kostenrisico niet aan zouden durven.¹⁸⁴ Het lijkt erop dat het aantal IE-zaken inderdaad is afgenomen, al is het gevaarlijk om daar harde causale conclusies aan te verbinden.¹⁸⁵

Het netto-effect van de Engelse regel ten aanzien van relatief optimisme dat leidt tot minder schikkingen en hogere procesuitgaven enerzijds, en ten aanzien van risicoaversiteit die leidt tot méér schikkingen anderzijds, is theoretisch niet te voorspellen. Daar komt nog de bias van *endowment effect/loss aversion* als onzekere

¹⁸⁰ Shavell 2004, p. 430-431.

¹⁸¹ Plott 1987; Shavell 2004, p. 431-432.

¹⁸² Katz 2000, p. 67-70, werkt dit principe uit in een wiskundig model. Zie ook Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8.

¹⁸³ Katz 2000, p. 75; Rachlinski 1996, p. 161.

¹⁸⁴ Een veronderstelling die met name reëel lijkt voor kleine ondernemingen en particulieren die een groot bedrijf met dure advocaten als wederpartij hebben. Zie Wijnbergen 2007.

¹⁸⁵ Zie Van der Grinten 2010, p. 424. Zie ook *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 576, nr. 6, p. 10, waarin de VVD-fractie vraagt om volledige kostenveroordelingen in cassatiezaken om de instroom te beperken, waarop de minister antwoordt dat dit het procesrisico te groot maakt, hetgeen de toegang tot het recht doet verslechteren en de cassatierechtspraak zal doen verschrompelen.

factor bij. Vooral gedaagden zullen soms risicozoekend zijn om verliezen te voorkomen en zullen daarom sneller doorprocederen, tenzij de advocaat of een andere factor deze vorm van irrationaliteit matigt. Rachlinski concludeert dat, rekening houdende met verliesaversie, de Engelse regel zorgt voor verspillende procedures door risicozoekende gedaagden.¹⁸⁶

De Engelse regel wordt door sommige rechtseconomen wel een positief effect op de correctheid van uitkomsten toegeschreven, met name op het vlak van naleving van materiële rechtsnormen.¹⁸⁷ De proceskosten kunnen worden gezien als schade die het gevolg is van overtreding van een private norm, dus als die kosten voor rekening van de overtreder komen, dan geeft dat prikkels voor optimale naleving. Dit effect spreekt in het voordeel van ons huidige systeem van buitengerechtelijke kosten.¹⁸⁸ Het effect dat meer sterke zaken worden aangebracht en zwakke zaken in een vroeg stadium worden gefilterd is ook voordelig voor de kwaliteit van uitkomsten. Ten slotte suggereren De Mot & De Geest dat partijen onder de Engelse regel niet alleen met hogere procesuitgaven bijdragen aan de kwaliteit van de uitkomst, maar ook extra geprikkeld worden om de eigen rechtspositie vooraf grondiger te onderzoeken alvorens een procedure te beginnen.¹⁸⁹

7.5.2 Empirie

Het rationele basismodel levert op dit punt dus een ambigu beeld op voor zowel de tijd, de kosten als de kwaliteit van uitkomsten.¹⁹⁰ De gedragseconomische theorie lijkt van de Engelse regel zelfs een negatiever beeld te geven. Maar wat blijkt uit de empirische gegevens? Helaas is het aantal bruikbare empirische studies klein en leveren maar enkele empirische onderzoeken vermeldenswaardige conclusies op.¹⁹¹

Snyder & Hughes onderzochten data uit de periode dat in Florida werd geëxperimenteerd met de Engelse regel in medische aansprakelijkheidszaken.¹⁹² De

¹⁸⁶ Rachlinski 1996, p. 168. Zie ook Klein Haarhuis 2008, p. 54-55.

¹⁸⁷ De Mot & De Geest 2004, p. 53, en de daarin aangehaalde onderzoeken. Katz & Sanchirico 2010, p. 17-20, plaatsen echter kanttekeningen bij deze conclusie.

¹⁸⁸ Zie hoofdstuk 4. Dit argument gaat wel alleen op voor zaken als gevolg van normovertredingen. Bijvoorbeeld bij conflicten over de verdeling van een nalatenschap, uitleg van een contractsbepaling of een belangenafweging als in art. 7:724 lid 1 sub f BW tussen huurder en verhuurder, kan niet zo zeer van een 'overtreder' gesproken worden.

¹⁸⁹ De Mot & De Geest 2004, p. 54.

¹⁹⁰ Katz & Sanchirico 2010 halen in hun overzichtsartikel nog uitgebreidere theoretische modellen aan, zoals *multi-phase models* waarin het proces bestaat uit verschillende onderhandelingsstappen, maar die leiden eerder tot nog meer ambiguïteit dan tot eenduidigheid.

¹⁹¹ Zie het overzicht van Kritzer 2002, die nog aandacht besteedt aan een aantal experimenten in een laboratoriumsetting. Die leverden echter voor dit onderzoek geen relevante (aanvullende) resultaten op.

¹⁹² De regel werd in juni 1980 ingevoerd en in 1985 weer afgeschaft. Zie Hughes & Snyder 1995 en Snyder & Hughes 1990. Diezelfde data zijn vervolgens nog door andere auteurs gebruikt, zoals Rachlinski 1996.

belangrijkste bevinding was dat de uitgaven per proces toenamen, zoals door de theorie was voorspeld. Het aantal eisers dat gedurende het proces de claim liet vallen (zonder schikking) nam ook toe.¹⁹³ Omdat die eisers gemiddeld zwakkere claims hadden, steeg de kansrijkheid van de resterende zaken, die geschikt of uitgeprocedeerd werden: het aantal vonnissen in het voordeel van eisers nam toe, evenals de gemiddelde toegekende schadevergoedingen en de gemiddelde schikkingsbedragen. Volgens Hughes & Snyder leiden de hogere procesuitgaven onder de Engelse regel tot een hogere drempel om te procederen, waardoor minder kansrijke en minder hoge claims worden afgeschrikt.¹⁹⁴

Op basis van dezelfde data heeft Rachlinski (1996) gekeken naar het gedrag van gedaagden. Die bleken onder de Engelse regel meer risico te nemen en meer te spenderen aan procedures, terwijl hun baten daarbij juist afnamen. Rachlinski concludeert dat dit te wijten is aan de bias van *loss aversion*, die gedaagden risicozoekend maakt.¹⁹⁵ De Florida Medical Association, die in eerste instantie had aangedrongen op invoering van de Engelse regel om de stroom aan (in hun ogen) kansloze zaken te stoppen, zag vervolgens dat deze verandering nadelig uitpakte voor de gedaagde artsen en verzekeraars en lobbyde mee voor de afschaffing.¹⁹⁶

De Mot & De Geest wijzen op een beperking van deze empirische studies: er is alleen gekeken naar samenstelling en resultaat van de eenmaal aangebrachte zaken en niet naar het effect op het aantal aangebrachte zaken zelf.¹⁹⁷ De situatie in Florida zorgde voor een natuurlijke experimentele setting, wat als voordeel had dat gedrag in echte zaken gemeten kon worden, in plaats van gedrag van studenten in een laboratoriumsetting.¹⁹⁸ Een nadeel was de erg specifieke situatie: in medische aansprakelijkheidszaken is de gedaagde vrijwel altijd een verzekeraar (*repeat player*), in Florida wonnen gedaagden het gros van de uitgeprocedeerde zaken¹⁹⁹ en er bestond voor gedaagden steeds het risico dat zij op insolvente eisers een eventuele kostenveroordeling niet konden verhalen.²⁰⁰ De resultaten kunnen dus niet zonder meer gegeneraliseerd worden tot algemene uitspraken over de effecten van de Amerikaanse versus de Engelse regel.

¹⁹³ Snyder & Hughes 1990.

¹⁹⁴ Hughes & Snyder 1995, p. 248.

¹⁹⁵ Rachlinski 1996, p. 164-170.

¹⁹⁶ Snyder & Hughes 1990, p. 356; Rachlinski 1996, p. 163.

¹⁹⁷ De Mot & De Geest 2004, p. 54.

¹⁹⁸ Wat dat betreft is het zonde dat in Nederland de volledige kostenveroordeling in IE-zaken plotseling opdoemde door een richtlijnconforme interpretatie en er dus geen onderzoekers de gelegenheid hebben gehad om de relevante data van alle IE-zaken in de paar jaar voor en de paar jaar na de wijziging te verzamelen en te analyseren.

¹⁹⁹ Hughes & Snyder 1995, p. 238.

²⁰⁰ Snyder & Hughes 1990, p. 356. Het probleem van mogelijke insolventie, door rechtseconomen een vorm van *judgment-proofness* genoemd, kwam ook in de andere door Kritzer genoemde empirische studies naar boven: Kritzer 2002, p. 1952 en 1959-1960.

Een empirisch onderzoek van Eisenberg & Miller heeft een volledig andere insteek: het laat zien dat ook de markt niet beter weet dan de wetenschap welke regel optimaal is.²⁰¹ In de Verenigde Staten geldt in beginsel de Amerikaanse regel, maar die kunnen partijen in principe contractueel opzijzetten en vervangen door een geschilbeslechtingsstelsel waarin de Engelse regel geldt. Uit hun dataset van 2.350 commerciële contracten blijkt echter evenmin een vaste voorkeur bij de betrokken ondernemingen: in ongeveer tweevijfde van de gevallen koos men voor de *English rule*, ongeveer een zelfde aantal koos voor de *American rule* en de resterende eenvijfde koos voor een tussenvorm.²⁰²

7.5.3 Conclusie Amerikaanse versus Engelse regel

Al met al zijn er over de twee pure regels drie conclusies uit de theoretische en empirische literatuur te trekken die ‘hard’ te noemen zijn:

- De Engelse regel leidt tot hogere uitgaven per procedure voor zowel eiser als gedaagde;
- De Engelse regel ontmoedigt zwakke zaken, waaronder de *nuisance suits* die onder de Amerikaanse regel wel kunnen lonen, en stimuleert de sterkere zaken;
- De Engelse regel leidt tot meer directe kosten bij de rechterlijke macht.

Voor het overige zijn de effecten ambigu en/of zijn er slechts indicaties over de richting van de netto-effecten, zoals een vermoedelijk betere kwaliteit van uitkomsten onder de Engelse regel.²⁰³ Die hangen dan bovendien af van andere omstandigheden, zoals de wijze waarop de relatie advocaat-cliënt gefinancierd wordt.²⁰⁴

7.5.4 Tussenvormen en het Nederlandse systeem

Nu de grote hoeveelheid aan rechtseconomische literatuur over de ‘pure’ Amerikaanse en Engelse regels al weinig richting geeft, is er nog minder te zeggen over onderbelichte tussenvormen, zoals de continentale systemen met forfaitaire tarieven (al

²⁰¹ Eisenberg & Miller 2010.

²⁰² Eisenberg & Miller 2010, p. 5.

²⁰³ Katz & Sanchirico 2010, p. 34-35, concluderen op grond van het gebrek aan robuuste conclusies na zoveel wetenschappelijke aandacht dat de keuze voor een van beide regels niet zozeer op efficiëntieargumenten moet worden genomen, maar op basis van de politieke keuze tussen laagdrempelige toegang tot het recht enerzijds en volledige schadeloosstelling van de winnaar van een procedure anderzijds.

²⁰⁴ Zie Kritzer 2002 die ingaat op de samenhang tussen effecten van kostenveroordelingsystemen en wijzen van procesfinanciering. Visscher & Schepens 2010, die in hun analyse tot dezelfde ambigue conclusies komen over de Amerikaanse versus de Engelse regel, gaan eveneens in op de relatie met *fee arrangements* en rechtsbijstandsverzekeringen.

dan niet kostendekkend).²⁰⁵ Deze effecten zijn echter wel van belang, omdat dit onderzoek uiteindelijk vooral op het Nederlandse systeem met het liquidatietarief is gericht.

Shepherd (2006) gaat in op de ‘Europese regel’²⁰⁶, die wordt gedefinieerd als de Engelse regel met twee complicaties: wie de zaak ‘wint’ hangt mede af van de hoogte van het toegewezen bedrag ten opzichte van het gevorderde²⁰⁷ en het aantal claims van de eiser dat wel/niet toegewezen is. Volgens Shepherd verhelpt deze regel twee problemen die zowel de Amerikaanse als de Engelse regel veroorzaken: het verpakken van een sterke vordering in allerlei zwakke nevenvorderingen en het instellen van overdreven hoge vorderingen.²⁰⁸ Onder de Amerikaanse regel zijn die zwakke nevenvorderingen immers tegen weinig extra kosten toe te voegen aan de sterke vordering, maar zullen ze wel hoge kosten voor verweer opleveren, die de gedaagde zelf moet dragen. Onder de pure Engelse regel krijgt de winnende eiser alles vergoed, dus ook de gemaakte kosten voor de nevenvorderingen die niet slaagden. De Europese regel ontmoedigt deze extra procesuitgaven en neemt dus een belangrijk nadeel van de twee extreme regels weg.²⁰⁹

Deze Europese regel valt echter niet precies samen met de Nederlandse situatie (en ook niet met die van andere Europese landen).²¹⁰ Weliswaar kan de rechter bij gedeeld ongelijk compenseren en volgt er meestal een gematigde kostenveroordeling bij een toegewezen bedrag dat lager ligt dan het gevorderde, maar dat zijn genuanceerdere consequenties dan die van de Europese regel. Daarbij moet de eiser bij gedeeltelijke toewijzing en te veel afgewezen punten zelfs aan gedaagde betalen. Toch zullen de Nederlandse nuances wel enig effect hebben in de richting zoals Shepherd die voorspelt.

Verder valt te verwachten dat de effecten van het Nederlandse systeem met een niet-dekkende en gestandaardiseerde kostenveroordeling steeds tussen die van de Amerikaanse en de Engelse regel in liggen. *Nuisance suits* worden net als onder de

²⁰⁵ In overzichtspublicaties als De Mot & De Geest 2004 en Katz 2000, p. 66, wordt het bestaan van tussenvormen wel aangestipt, maar worden deze niet van analyses voorzien.

²⁰⁶ Hyde & Williams 2002 gaan in op een andere modificatie, namelijk de Engelse regel met uitsluiting van onnodige kosten. Deze limiet zorgt onder voorwaarden voor lagere procesuitgaven. Het model is echter erg ingewikkeld vormgegeven, terwijl juist de kosten van satellite litigation bij de *costs assessment* niet zijn meegenomen.

²⁰⁷ Als € 100.000 wordt gevorderd en € 25.000 wordt toegewezen, dan moet volgens Shepherd’s ‘Europese regel’ de gedaagde $\frac{1}{4}$ van de kosten van eiser betalen en eiser moet $\frac{3}{4}$ van de kosten van gedaagde betalen. Zie Shepherd 2006, p. 383.

²⁰⁸ Vergelijk de onnodig verdragende en kostenverhogende gedragingen ‘kansloze stellingen en verweren’ en ‘overdreven hoge vorderingen’.

²⁰⁹ Shepherd 2006, p. 385.

²¹⁰ Voor zover van die andere landen de landenrapporten (projecten Oxford/Washington) zijn bekeken in het kader van hoofdstuk 6. Hoe Shepherd op de idee kwam dat er een Europese regel is die precies werkt zoals hij beschrijft is niet duidelijk.

Engelse regel ontmoedigd, wat ook uit de interviews bleek, want evident kansloze processen werden niet als een probleem gezien.²¹¹ Kleine/kostbare zaken voor eisers met 100% winstkans worden minder sterk ontmoedigd door de kostendrempel dan onder de Amerikaanse regel, maar doordat niet alle kosten vergoed worden, blijft er wel een hogere drempel dan onder de Engelse regel.

De directe kosten voor de rechterlijke macht zijn hoger dan onder de Amerikaanse regel, omdat rechters toch enige tijd aan de kostenberekening moeten besteden, maar ze zijn veel lager dan onder de Engelse regel (of in de daadwerkelijke Engelse praktijk), omdat door het duidelijke tariefsysteem geen uitgebreide *costs assessment* nodig is. De ambigue effecten van risicoaversie enerzijds en relatief optimisme en verliesaversie anderzijds spelen in de Nederlandse situatie waarschijnlijk een even grote rol als onder de extreme regels. Het belangrijkste en best aangetoonde nadeel van de Engelse regel, de prikkel om tijdens het proces meer uit te geven, is onder de Nederlandse situatie waarschijnlijk veel minder aanwezig. De vergoeding hangt volgens het liquidatietarief immers niet af van de daadwerkelijke inspanningen of tarieven van de advocaten, maar van het aantal proceshandelingen en het zaaksbelang. Hoogstens in de gevallen waarbij de partijen het aantal handelingen mede kunnen bepalen, zoals bij het aanbieden van bewijs of het aanvragen van pleidooi, kan de gedachte dat de wederpartij de kosten daarvan deels zal dragen meespelen bij de beslissing om zo'n extra handeling te verrichten. Dat effect zal vermoedelijk echter veel kleiner zijn dan onder de pure Amerikaanse regel. Dat signaal lijkt ook wel uit de Nederlandse IE-praktijk te komen, waarin de kostenveroordelingen de pan uit rezen sinds de introductie van volledige vergoedingen, en waarbij het de vraag is of de kostenposten in de door partijen opgevoerde kostenstaten voorheen ook al zo hoog waren.

Geconcludeerd kan worden dat met het Nederlandse liquidatietarief de scherpe kantjes van de Engelse regel zijn afgehaald, waardoor een aantal negatieve effecten van die regel op de totale kostendruk zijn weggenomen of gemitigeerd. Anderzijds vallen daardoor ook wat positieve effecten van de Engelse regel weg, zoals de verlaagde drempel voor kleine/kostbare zaken en de veronderstelde positieve werking op de kwaliteit van uitkomsten.²¹²

7.6 *De kostenveroordeling als instrument*

Nu een kostenveroordeling op basis van gelijk niet onverdeeld positief of negatief uitwerkt op de criteria van het toetsingskader, kan de kostenallocatie in principe op

²¹¹ Dat wil overigens niet zeggen dat *nuisance suits* nooit voorkomen, want ze kunnen ook stranden voordat ze daadwerkelijk bij de rechter komen. Voor te stellen valt dat grote bedrijven soms toch kansloze claims tegemoet komen door voor een bepaald bedrag te schikken, omdat een rechtszaak de reputatie kan schaden. Tegen dergelijke reputatieschade bieden kostenregels geen bescherming.

²¹² Zie over het liquidatietarief verder § 8.2.1.

andere wijze worden ingezet. In deze paragraaf wordt bekeken of de kostenveroordeling positief kan functioneren als instrument om onnodige vertraging en kosten door te berekenen aan de veroorzaker.

Eerst zal worden ingegaan op de effecten van de kostenveroordeling als preventiemiddel, waarbij wordt bekeken hoe de Amerikanen zijn omgegaan met het spanningsveld tussen *underdeterrence*, *satellite litigation* en procedurele waarborgen. Paragraaf 7.6.2 wordt daarna gewijd aan mogelijk mitigerende factoren: verzekering, toevoeging en onverhaalbaarheid. Vervolgens worden de effecten besproken die uitgaan van de compensatie die de wederpartij krijgt voor de onnodig veroorzaakte tijd en kosten. Ten slotte wordt naar het totaalplaatje van de proceskosten gekeken: in hoeverre is voor partijen de totale kostenlast in een procedure nog voorspelbaar als die van veel factoren afhangt?²¹³ Voorspelbaarheid van kosten komt naar voren als een factor die grote invloed heeft op de tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure.

7.6.1 Als preventiemiddel

Eerder is aandacht besteed aan theoretisch en empirisch onderzoek over de preventieve werking van aansprakelijkheid in het algemeen.²¹⁴ Daar kwam een diffuus beeld uit naar voren. Nu wordt specifiek ingegaan op de preventieve functie en werking van kostenconsequenties ten aanzien van procesgedrag. De schaarse publicaties hierover komen vooral uit de Verenigde Staten en zien met name op het begrip *margin-based fee shifting* en de concrete uitwerking daarvan in Rule 11 FRCP.²¹⁵ Het gaat daarbij om kostenveroordelingsregels die niet zo zeer zien op wie er wint, maar op de grootte van de overwinning. Een partij met een *meritorious suit* wordt niet in de kosten veroordeeld, maar iemand met een *frivolous suit* wel. Bij de eerstgenoemde categorie mocht de partij nog redelijkerwijs denken dat die gelijk zou kunnen krijgen, maar bij een *frivolous suit* heeft de partij tegen beter weten in geprocedeerd.²¹⁶ Kortom, het betreft hier maar een deel van de mogelijke versturende gedragingen, namelijk de evident kansloze vorderingen en ook wel de kansloze stellingen en verweren en vorderingen waaraan een leugen ten grondslag blijkt te liggen. Ook heeft het systeem als uitgangspunt de Amerikaanse regel, waardoor er vooral een parallel is met het Nederlandse systeem in familiezaken en niet zozeer met normale of IE-zaken.

7.6.1.1 Margin-based fee shifting

²¹³ Zie Knutsen 2010, p. 18-23, die stelt dat de Canadese kostenveroordeling van teveel onvoorspelbare factoren afhangt, waardoor onzekerheid ontstaat en de alledaagse risicoaverse burger uit het rechtssysteem wordt geweerd.

²¹⁴ In § 7.4 (de empirische elementen in § 7.4.8).

²¹⁵ Bebchuk & Chang 1996; Katz 2000, p. 81-83; Katz & Sanchirico 2010, p. 23-25.

²¹⁶ Bebchuk & Chang 1996, p. 372.

In het economische model van Bebchuk & Chang komt *margin-based fee shifting* als positiever uit de analyse dan zowel de Amerikaanse als de Engelse regel.²¹⁷ Ook Katz ziet er brood in, maar hij blijft voorzichtig:

‘In sum, however, the case for at least some margin-based fee shifting appears stronger than the case for indemnification generally, on grounds of both fairness and efficiency. Parties who lose lawsuits decisively are probably more deserving of sanction than those who lose barely. The social value of litigation is probably higher in close cases, whether measured by the public benefits of legal precedent or by more libertarian considerations. And margin-based fee shifting (..) has lower costs in terms of incentives for increased expenditure at trial. In light of the relatively limited theoretical and empirical work on this particular topic, however, these conclusions must be regarded as tentative.’²¹⁸

Net als de Engelse regel ontmoedigt *margin-based fee shifting* de zwakkere zaken, maar bij *margin-based fee shifting* bestaat minder risico dat ook partijen die te goeder trouw procederen worden afgeschrikt door het vooruitzicht misschien alle kosten te moeten betalen. Ook bevat deze regel minder prikkels om de kosten gedurende het proces te laten oplopen dan de Engelse regel, omdat in kansloze zaken extra procesuitgaven de uitkomst niet zullen beïnvloeden en in *meritorious suits* ieder de eigen kosten zal dragen.²¹⁹

Het probleem is dat het zeer positieve beeld uit bovengenoemde publicaties moet worden bijgesteld wanneer rekening wordt gehouden met *satellite litigation*, en procedurele waarborgen. Deze factoren, die bij de theorie over het afschrikken van verstorend gedrag al naar voren kwamen, blijken in de Amerikaanse praktijk te spelen.

7.6.1.2 De effecten van Rule 11 FRCP

In het vorige hoofdstuk is reeds Rule 11 FRCP besproken²²⁰, waarvan in 1983 een ‘strengere’ versie werd ingevoerd, die in 1993 weer iets werd versoepeld. De strenge regel uit 1983 werd ingevoerd om de (gepercipieerde) procedeere explosie in te dammen door kansloze zaken te bestraffen. Dit leidde echter tot een nieuwe procedeere explosie, maar dan over de toepassing en procedurele aspecten van Rule 11 zelf (*satellite litigation*):²²¹

²¹⁷ Bebchuk & Chang 1996. Hun model gaat uit van onzekerheid over de uitkomst van de procedure bij beide partijen, die ontstaat doordat rechters fouten maken.

²¹⁸ Katz 2000, p. 82-83. Vrijwel integraal herhaald in Katz & Sanchirico 2010, p. 23-25, hetgeen illustreert dat er op dit onderdeel weinig onderzoek is verricht in de afgelopen tien jaar.

²¹⁹ Vgl. Katz 2000, p. 82.

²²⁰ In het kader van het eigen beursje (§ 6.8), maar Rule 11 biedt zowel grond voor het veroordelen van de advocaat als van de partij in de kosten, met daarnaast nog mogelijkheden voor andere sancties.

²²¹ Kobayashi & Parker 1993, p. 99-102, citaat op p. 101.

‘However, there is no question that the thousands of reported cases under Rule 11, plus their unreported counterparts, represent a substantial expenditure of resources on litigation extraneous to the merits of the underlying legal disputes, and are therefore potentially wasteful. Criticism of that expenditure, plus questions about its efficacy as a deterrent to baseless claims, were important factors provoking the 1993 Amendment.’

Volgens Kobayashi & Parker ontstond dit probleem niet door het hanteren van kostensancties an sich, maar door de plicht voor rechters om een sanctie op te leggen, door het belangenconflict dat tussen advocaat en eigen cliënt ontstond doordat sancties aan beiden konden worden opgelegd – meestal (!) aan de advocaat – en doordat de wederpartij te veel prikkels had om de fouten bij de ander bloot te leggen. Over de wijzigingen in 1993 waren Kobayashi & Parker nog negatiever: met behulp van een economisch model van de *safe harbor* (de mogelijkheid om een mogelijk *frivolous* stuk binnen 21 dagen terug te trekken om een sanctie te voorkomen) voorspelden zij meer kansloze zaken en nog meer en kostbaardere *satellite litigation*.²²²

In de praktijk is dit echter niet de perceptie van rechters. Uit twee surveys van het Federal Judicial Center in 1995 en 2005 blijkt dat zij de problemen met *groundless litigation* niet hebben zien toenemen na 1993.²²³ Ook zegt slechts ongeveer 6% van de deelnemende rechters dat zij de Rule 11-activiteiten zagen toenemen na 1993, tegenover een overgrote meerderheid van rechters die een gelijkblijvend niveau of zelfs een afname zag.²²⁴ Ten slotte blijkt uit beide studies dat de meerderheid van de rechters noch Rule 11 wil afschaffen noch terug wil naar de strengere Rule 11 uit de periode 1983-1993.²²⁵

Ook onder advocaten is onderzoek uitgevoerd. Marshall, Kritzer & Zemans (1992) verspreidden een vragenlijst onder 4.494 advocaten over de impact van Rule 11 FRCP (versie 1983) op hun procesvoering. De onderzoekers concludeerden daaruit dat de regel een ‘pervasive impact’ had op de praktijk.²²⁶ Niet alleen in zaken waarin de regel formeel werd toegepast of officieel door een partij werd verzocht, maar ook in zaken waarin een partij informeel dreigde met Rule 11 was er impact. Bijna een kwart van de ondervraagde advocaten zei meer feitelijk onderzoek te doen als gevolg van de regel.²²⁷ Ook gaf een significant aantal advocaten aan dat zij in het jaar voorafgaand

²²² Kobayashi & Parker 1993, p. 127.

²²³ Shapard e.a. 1995 en Rauma & Willging 2005.

²²⁴ Rauma & Willging 2005, p. 6-7. Het onderzoek werd gehouden onder een nationale steekproef van federale rechters bij *district courts*.

²²⁵ Shapard e.a. 1995 en Rauma & Willging 2005.

²²⁶ Waarbij ook weer als kanttekening geldt dat Rule 11 FRCP vaker als ‘eigen beursje’ wordt toegepast dan als kostenconsequentie tegen de partij en dat ook andere sancties mogelijk zijn. Uit de *survey* volgt dat 95% van de sancties financieel is, waarbij slechts in 37,1% van de gevallen de cliënt (ook) bestraft werd. In verreweg de meeste zaken kreeg de advocaat dus persoonlijk een financiële sanctie opgelegd (Marshall, Kritzer & Zemans 1992, p. 956-957).

²²⁷ Marshall, Kritzer & Zemans 1992, p. 960.

aan de vragenlijst zaken hebben geweigerd, cliënten hebben ontmoedigd, bepaalde stellingen niet hebben ingenomen en bepaalde stukken niet hebben ingebracht of die nog eens extra hebben herzien.²²⁸ In het algemeen is dit te beschouwen als een positief effect, maar een aantal advocaten gaf ook aan acties te hebben nagelaten die zij zelf wel enige kans gaven, maar onder de dreiging van Rule 11 niet durfden uit te voeren (*chilling effect*).²²⁹ Negatief is ook de *satellite litigation*: de mediaan van de gespenderde tijd per formeel Rule 11-incident is vier uur per advocaat.

Uit de theoretische discussie rond *margin-based fee shifting* en de daaruit voortgevloeide praktijkdiscussie rond Rule 11 FRCP blijkt dat aan kostenconsequenties conform de eenvoudigste modellen een positieve preventieve werking wordt toegeschreven, maar dat het in de praktijk gecompliceerder ligt vanwege onder andere het eerdergenoemde spanningsveld – geïllustreerd met de driehoek – tussen *deterrence*, *satellite litigation* en procedurele waarborgen. De Amerikaanse amendementen van 1983 en 1993, en de discussie daarover in de literatuur, laten het moeilijke proces zien waarin de concrete regels rond kostenconsequenties worden fijngestemd om tot een optimale positie binnen het spanningsveld te komen, waarin de preventiefunctie van kostenconsequenties tegen zo laag mogelijke tijd en kosten van *satellite litigation* en voldoende procedurele kwaliteit wordt uitgeoefend.

7.6.2 Rechtsbijstandverzekeringen, gesubsidieerde rechtsbijstand en insolventie

De preventieve werking van financiële prikkels kan soms worden gemitigeerd door andere factoren, zoals verzekeringen en insolventie. Als de consequenties van bepaald gedrag door de veroorzaker kunnen worden doorgeschoven naar zijn verzekeraar of als de veroorzaker weet dat de consequenties toch niet op hem verhaald kunnen worden, dan biedt de kostenprikkel geen of nauwelijks *deterrence*.

In hoeverre dit bij rechtsbijstandverzekeraars het geval is, is niet eenduidig te zeggen en hangt af van de inhoud van de polis en van de aard van het verstorende gedrag. In Nederland hebben veel mensen en bedrijven een ‘before the event’-verzekering²³⁰, wat wil zeggen dat zij een polis voor een vast bedrag per periode

²²⁸ Marshall, Kritzer & Zemans 1992, p. 960-961. Over de periode van een jaar voorafgaand aan de vragenlijst zegt van de advocaten 19% een of meerdere zaken te hebben geweigerd als gevolg van Rule 11; 28,8% heeft aan de cliënt een bepaalde actie ontraden; 24,5% heeft aan de cliënt de gehele zaak ontraden; 12,2% heeft bepaalde *papers* niet ingebracht; 36,7% controleerde de stukken nog een keer voor indiening en 19,3 % onthield zich van een bepaalde eis of weer. In totaal zei 60,6% van de ondervraagden minstens één actie te hebben ondernomen wegens dreiging van Rule 11; binnen die groep van 60,6% ondernam men gemiddeld 2,8 acties.

²²⁹ Marshall, Kritzer & Zemans 1992, p. 961. Dit werkt negatief uit op de kwaliteit van uitkomsten en ook op de controle over de procedure (*voice*).

²³⁰ *After the event legal expenses insurance* is in Engeland gebruikelijk, maar speelt op de Nederlandse markt geen rol, dus ik laat de effecten daarvan buiten beschouwing. Zie Van Boom 2009.

afsluiten en vervolgens verzekerd zijn voor rechtsbijstand bij conflicten die in die periode ontstaan, mits die conflicten onder de dekking vallen.²³¹ Een blik op een aantal vergelijkingssites en polissen van de grotere rechtsbijstandverzekeraars leert dat de ‘externe kosten van rechtsbijstand’, waaronder een veroordeling in de kosten van de wederpartij valt, standaard door de verzekeraars worden gedekt, maar meestal wel tegen een maximumbedrag.²³²

Als een interne jurist van de verzekeraar als gemachtigde de procedure voert voor de verzekerde, komen kostenconsequenties in principe goed terecht voor *deterrence*: de gemachtigde kiest de processtrategie en diens werkgever (de verzekeraar) betaalt de kostenconsequenties. De verzekerde zal de gemachtigde normaliter niet kunnen dwingen om verstorend procesgedrag te vertonen.²³³ Middels de polisvoorwaarden lijken de kostenprikkelers dus wel goed terecht te komen bij degene die de regie voert over het procesgedrag.²³⁴ Dit kan anders zijn wanneer het maximumbedrag wordt overschreden en/of wanneer de verzekerde een externe advocaat heeft gekregen of heeft mogen kiezen, die door de verzekeraar wordt betaald. In het eerste geval betaalt de verzekerde (deels) voor de kostenconsequenties die zijn ontstaan door het gedrag van de gemachtigde²³⁵ en in het tweede geval betaalt de verzekeraar de kostenconsequenties voor gedrag waarop die zelf niet of nauwelijks invloed heeft. Dit zal in de grote meerderheid van de gevallen echter niet spelen.

Bij gesubsidieerde rechtsbijstand is de partij die met een toevoeging procedeert niet gevrijwaard van een kostenveroordeling in zijn nadeel.²³⁶ Er gaat dan dus geen mitigerend effect van de toevoeging uit. Wint de gesubsidieerde partij, maar wordt de

²³¹ Volgens cijfers van het Verbond van Verzekeraars liepen er in 2009 bijna 2,5 miljoen gezinspolissen en 231.000 bedrijfspolissen voor rechtsbijstand (zie Verzekerd in Cijfers 2010, p. 96, te vinden op www.verbondvanverzekeraars.nl). Een aanzienlijk deel van de markt dus, maar daarbij moet wel worden aangetekend dat de dekking vaak beperkt is tot een aantal categorieën conflicten.

²³² De maximumbedragen variëren sterk per polis. DAS rechtsbijstand voor particulieren biedt bijvoorbeeld een maximum van € 12.500,- per geschil aan externe kosten, terwijl de verzekering van Ditzo die onbeperkt vergoedt (polissen geraadpleegd op 8 maart 2011).

²³³ Zie ook Visscher & Schepens 2010, p. 23. In de algemene voorwaarden bij de polis van DAS rechtsbijstand voor particulieren staat bijvoorbeeld in art. 5.2 dat de rechtsbijstandverlening wordt gestaakt als geen redelijke kans meer op het gewenste resultaat bestaat. En in art. 7.3 staat dat de verzekerde alle medewerking moet verlenen en alle relevante stukken aan DAS moet verstrekken; een nalaten kan er toe leiden dat de rechtsbijstandverlening wordt gestaakt.

²³⁴ Bij onderlinge geschillen tussen verzekerde en verzekeraar kan men terecht bij interne en eventueel externe klachten- en geschillenregelingen, zie daarover ook de recente Kwaliteitscode Rechtsbijstand (zelfregulering; verplicht voor de leden van het Verbond van Verzekeraars).

²³⁵ Al zijn er wellicht nog wegen om dat soort kosten boven het maximum toch af te wentelen op de verzekeraar als die kosten duidelijk nodeloos zijn gemaakt door procesgedrag waarvoor de verzekeraar verantwoordelijk is.

²³⁶ Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 132.

kostenveroordeling wegens verstorend procesgedrag verminderd, dan is het feitelijk wel de staat die daarvoor opdraait.²³⁷

Als de verliezende partij het verstorende procesgedrag heeft vertoond en de kostenconsequentie (en de rest van de kostenveroordeling) vervolgens niet verhaalbaar is wegens insolventie of vertrek naar het buitenland, dan werkt de kostenprikkel uiteraard niet. Voor minder *deterrence* is dan overigens wel noodzakelijk dat die partij bij het vertonen van het procesgedrag al anticipeerde op de eigen insolventie of andere ontduiking van betaling.²³⁸

Geconcludeerd kan worden dat er een beperkt aantal gevallen is waarin verstorende partijen de kostenconsequenties kunnen afschuiven, waardoor de *deterrence* van kostenprikkel afneemt. In de grote meerderheid van de gevallen waarin de verstorende partij met een rechtsbijstandverzekering of toevoeging procedeert, zal dit echter niet spelen: de betalende verzekeraar heeft zelf belang om diens juristen geen verstorend gedrag te laten vertonen en de toevoeging beschermt niet tegen een nadelige kostenveroordeling. Bij insolventie of andere onverhaalbaarheid is er alleen minder *deterrence* als de verstorende partij daarop reeds kon anticiperen tijdens het vertoonde gedrag.

7.6.3 Als compensatiemiddel

Hoewel in dit onderzoek de focus ligt op de mate waarin met kostenconsequenties verstorend procesgedrag kan worden ontmoedigd, kan het feit dat de wederpartij (deels) wordt gecompenseerd niet worden genegeerd. Compensatie voor onnodig toegebrachte vertraging en kosten – en het gevoel van genoegdoening dat aansprakelijkheid en compensatie kunnen faciliteren – kan effecten hebben op de proceskeuzes van partijen en op de kwaliteit van uitkomsten en procedure.²³⁹

In de eerste plaats lukt het ‘kapotprocederen’ van een zwakkere partij minder goed, wanneer die voor de negatieve consequenties van verstorend procesgedrag wordt gecompenseerd. De zwakkere partij ziet haar eigen procesmiddelen dankzij de compensatie niet afnemen en hoeft dus minder snel af te haken door de procedure af te breken of op onvoordelige wijze te schikken. Dat leidt tot een betere kwaliteit van uitkomsten. Een kanttekening is dat dit pas goed werkt als een kostenconsequentie tussentijds wordt toegezegd, of beter nog, als er tussentijds een voorschot of tenuitvoerlegging kan plaatsvinden. Een partij die halverwege moet opgeven kan een

²³⁷ De hoogte van de eigen bijdrage kan hier overigens ook nog op van invloed zijn.

²³⁸ En dat vooraf geen zekerheidstelling van proceskosten heeft plaatsgevonden; zie art. 224 Rv voor de spaarzame gevallen waarin dit mogelijk is.

²³⁹ In de literatuur over het onrechtmatigedaadsrecht beschouwen sommige juristen compensatie als hoofd- of nevendoeelstelling van aansprakelijkheid. Ook is er discussie over de rol van genoegdoening als hoofd- of nevendoeel. Zie het overzicht van Visscher 2006, p. 6-17.

kostenveroordeling niet meer baten. Er volgt dan immers geen vonnis meer en dus ook geen kostenveroordeling.

Ten tweede kunnen de compensatie- en genoegdoeningsfunctie zorgen voor een hogere procedurele kwaliteit. Als de wederpartij ongestraft vertraging en hogere kosten mag veroorzaken, ligt het voor de hand dat de getroffen partij de procedure lager vindt scoren op *ethicality*, een indicator voor *procedural justice*.²⁴⁰ Mogelijk spelen ook facetten van *interpersonal* en *informational justice* een rol, bijvoorbeeld als de compensatie wordt gezien als genoegdoening voor het feit dat de wederpartij respectloos en/of onbeleefd heeft gehandeld of voor het feit dat de wederpartij informatie heeft achtergehouden of zelfs heeft gelogen. Dit is echter een inschatting die niet rechtstreeks is te toetsen met bestaande onderzoeksresultaten op het gebied van procedurele rechtvaardigheid.²⁴¹ Wel ligt het voor de hand dat als een partij zich in het streven naar een goede uitkomst daadwerkelijk belemmerd voelt door onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag van de wederpartij en zelfs dreigt te moeten opgeven, dit sterke afbreuk doet aan de ervaren controle over het proces, de controle over de beslissing en de corrigeerbaarheid van fouten, hetgeen indicatoren zijn voor *procedural justice*.²⁴² Compensatie kan dit probleem verhelpen, maar ook dan geldt weer dat tussentijdse compensatie positiever zal uitwerken dan compensatie aan het eind van de rit, als dat einde überhaupt bereikt wordt.

Geconcludeerd kan worden dat ook de compensatiefunctie positieve invloed kan hebben op criteria van het toetsingskader, namelijk op de kwaliteit van uitkomsten en van de procedure. De effectiviteit hangt wel van af van de timing van de kostenconsequenties: tussentijds zal een groter en positiever effect geven dan achteraf.

7.6.4 Voorspelbaarheid van kosten

Voor partijen in een conflict zijn niet alleen de absolute tijd en kosten van belang, maar ook de voorspelbaarheid daarvan. Wanneer er totaal geen zicht is op hoe lang een proces zou kunnen gaan duren en hoeveel het gaat kosten, zal dit voor veel burgers en het midden- en kleinbedrijf een reden zijn om niet snel in een dergelijk ‘project’ te stappen, tenzij de kans op een grote positieve uitkomst echt hoog is of wanneer de lasten (grotendeels) op bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekeraar kunnen worden afgeschoven.

De beschrijving van het Canadese systeem door Knutsen laat een schrikbarend beeld zien van wat er gebeurt als te veel onzekerheid bestaat over wie de kosten van

²⁴⁰ Zie § 2.2.2 en Colquitt 2001, p. 388.

²⁴¹ Empirisch staat wel vast dat respect, beleefdheid en informatieverschaffing meewegen in de procedurele kwaliteit (Colquitt 2001), maar het is de vraag in hoeverre daaruit kan worden afgeleid dat ook het bestraffen van respectloosheid, onbeleefdheid en foutieve informatieverstrekking de ervaren procedurele kwaliteit verbetert.

²⁴² Zie § 2.2.2 en Colquitt 2001, p. 388.

het proces moet dragen. Het Canadese systeem geeft de rechter een ruime vrijheid bij het nemen van kostenbeslissingen en veel factoren om rekening mee te houden.²⁴³

‘Guided by the principle that costs borne by an unsuccessful litigant in Canada’s fee shifting regime are to be ‘fair and reasonable’, courts fix Adverse Party and Settlement cost awards on a contextual, case-by-case method. Courts must account not only for the market rates the successful party would expect to pay her own lawyer, but also for the behavior and varying successes of the parties throughout the litigation, the proportionality of the costs award to the amount at stake in the matter, and whether or not there were any offers to settle that attract Settlement cost consequences. The end result: a multi-factoral, fact-specific analysis with little predictive value from case to case.’²⁴⁴

Volgens Knutsen wordt door deze onzekerheid de *everyday litigant*, een burger met eigen huis en modaal inkomen, uit het systeem geweerd. Het civiele proces blijft slechts toegankelijk voor de allerarmsten bij wie niets te halen valt en bij de rijken en verzekerden die een procedure kunnen betalen.²⁴⁵ Knutsens conclusie is echter niet dat de Canadese kostenconsequenties ten aanzien van gedrag moeten worden afgeschaft, maar dat de waarde van de consequenties voorspelbaar moet zijn.²⁴⁶ Volgens Hodges, Vogenauer & Tulibacka is het probleem van onvoorspelbaarheid van kosten een algemener probleem van met name *common law*-landen en dus niet alleen van Canada.²⁴⁷

De geïnterviewde Nederlandse rechters noemden de rechtszekerheid als belangrijke reden voor terughoudendheid met kostenconsequenties. Een deel van hen relateerde dat aan de notie dat het liquidatietarief nu eenmaal is afgesproken (‘afpraak is afspraak’), maar enkele rechters hadden ook het fundamentele bezwaar dat kostenconsequenties ten aanzien van gedrag an sich leiden tot willekeur en daarmee tot rechtsonzekerheid.²⁴⁸

Duidelijk is dat hoe meer factoren de uiteindelijke allocatie van kosten bepalen, hoe minder voorspelbaar die allocatie en daarmee de totaalkosten per partij zullen zijn. Kostenconsequenties ten aanzien van gedrag naast kostenconsequenties ten aanzien van gelijk leiden dus tot onvoorspelbaardere kostenbeslissingen. Anderzijds past hier de kanttekening bij dat van onvoorspelbaarheid ook sprake is, wanneer een partij

²⁴³ Knutsen 2010, p. 4.

²⁴⁴ Knutsen 2010, p. 11-12.

²⁴⁵ Knutsen 2010, p. 15-16 en 23-26.

²⁴⁶ Knutsen 2010, p. 30-31.

²⁴⁷ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009, p. 36. Zie ook Reimann 2010, p. 39 en noot 139 in het kader van de Washingtonse rapporten. Uit Jackson 2009 en 2010 valt dit eveneens op te maken, mede gezien de aanbeveling om in de *fast track* over te gaan op vaste tarieven (Jackson 2010, p. xviii).

²⁴⁸ Teuben 2004, p. 91-92, wijst erop dat rechtszekerheid en voorspelbaarheid geen *normen* zijn, die rechters rechtstreeks kunnen toepassen, maar dat het rechtsbeginselen zijn die als richtingaanwijzer of argument gebruikt kunnen worden bij een beslissing waarbij beleidsruimte bestaat.

ongestraft gedrag mag vertonen dat onnodige kosten en vertraging bij de wederpartij neerlegt. Die wederpartij zal dan immers de slordigheden en chicanes van de verstorende partij lijdzaam moeten ondergaan. Dit effect is paradoxaal: een passieve, voorspelbare rechter kan juist tot onvoorspelbaarheid voor partijen leiden, doordat die bij elkaar negatieve externe effecten mogen neerleggen.

Voorspelbaarheid is niet als vijfde criterium in het toetsingskader opgenomen²⁴⁹, maar het is wel een factor die invloed heeft op de vier gehanteerde criteria: tijd, kosten, procedurele kwaliteit en kwaliteit van uitkomsten.²⁵⁰ Zo kan onvoorspelbaarheid een negatief effect hebben op de uitkomsten, omdat risicoaverse partijen geen procedure durven te beginnen of halverwege in hun nadeel schikken. Ook op indicatoren van procedurele kwaliteit, zoals controle over het proces en de beslissing en corrigeerbaarheid van fouten, heeft onvoorspelbaarheid een negatief effect. Verder is onvoorspelbaarheid van kosten voor risicoaverse partijen op zichzelf een kostenpost: het bestaan van verzekeringen laat zien dat burgers premies willen betalen om onzekerheden af te dekken. Daarnaast zullen verzekeringspremies ook betaalbaarder worden als de proceskosten vooraf beter kunnen worden voorspeld.²⁵¹ Ten slotte geven onduidelijkheden ruimte voor discussie, wat leidt tot *satellite litigation*, hetgeen weer extra tijd en kosten tot gevolg heeft.

De bijdrage van kostenconsequenties aan een hogere kwaliteit van het burgerlijk proces staat of valt dus mede door de mate waarin voorspelbaarheid wordt bereikt. Bij de bespreking van het huidige Nederlandse systeem en de mogelijke aan het buitenland ontleende alternatieven zal aan dit punt daarom de nodige aandacht worden besteed.

7.6.5 *Conclusie kostenveroordeling als instrument*

Nu de Amerikaanse en Engelse regel (en tussenvormen) geen aantoonbare (per saldo) positieve effecten op het toetsingskader hebben, biedt dit ruimte om de kostenveroordeling niet zo zeer op het gelijk maar meer op het gedrag in de procedure te richten. Wel kan de voorspelbaarheid in het geding komen als de kostenveroordeling wordt berekend op basis van teveel factoren en de weging daarvan te weinig duidelijkheid geeft over het vooraf te verwachten totale kostenplaatje van de procedure.

De theoretische literatuur schrijft aan *margin-based fee shifting* positieve *deterrence*-effecten toe, maar bij de Amerikaanse praktische uitvoering daarvan in Rule 11 FRCP blijkt het eerder vermelde spanningsveld tussen *deterrence*, *satellite*

²⁴⁹ En ook niet als vierde factor in het spanningsveld van *underdeterrence*, *satellite litigation* en procedurele waarborgen, omdat voorspelbaarheid niet tegengesteld is aan die drie factoren, maar juist positief kan bijdragen aan alle drie de punten.

²⁵⁰ Zie ook Gramatikov 2008, p. 18-19

²⁵¹ Niet alleen rechtsbijstandsverzekeringen, maar bijvoorbeeld ook WA- en AVP-verzekeringen.

litigation en procedurele waarborgen sterk te spelen. De wijzigingen in 1983 en 1993 van de regel en zowel kritische als ondersteunende literatuur bij die amendementen laten zien dat het fijnstemmen van de regel binnen het spanningsveld lastig is. Toch geniet Rule 11 FRCP op zichzelf draagvlak onder rechters en zijn er nauwelijks geluiden die pleiten voor afschaffing. Per saldo ziet men blijkbaar een positief preventief effect.

Dit preventieve effect kan soms worden gemitigeerd door rechtsbijstandverzekeringen, gesubsidieerde rechtsbijstand en insolventie, maar zelfs in die gevallen zal er meestal geen afbreuk aan de *deterrence* zijn.

Kostenconsequenties bieden ook compensatie aan de wederpartij, waarvan eveneens positieve effecten op het toetsingskader kunnen uitgaan. Een praktisch voordeel is dat de wederpartij dankzij compensatie minder snel kan worden kapotgeprocedeerd – vooral als de kostenconsequenties meteen worden opgelegd – terwijl het afstraffen van gedrag van de wederpartij dat onethisch is en/of de eigen controle over proces en uitkomst belemmert, ook positief kan uitwerken op de procedurele kwaliteit.

De echte lakmoesproef voor kostenconsequenties volgt in hoofdstuk 8, waarbij in het kader van de optie ‘geen prikkels’ de kostenveroordeling wordt afgezet tegen andere mogelijke remedies.

7.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op verschillende algemene inzichten die van belang zijn voor het beoordelen van het huidige Nederlandse systeem en de vijf alternatieven in hoofdstuk 8. Daarbij is steeds in eerste instantie uitgegaan van de klassieke rechtseconomische benadering, maar zijn daarop aanvullingen en correcties toegepast voor zover gedragseconomische en empirische studies daartoe aanleiding gaven.

De meeste conflicten worden geschikt, maar er zijn verschillende rationele en irrationele verklaringen voor waarom partijen soms toch procederen. Informatieasymmetrie is één van die verklaringen; veel rechtssystemen kennen daarom verplichte (vroege) informatie-uitwisseling, met het oog op snellere schikkingen en beter uitkomsten. Te omvangrijke en/of te streng gesanctioneerde informatieverplichtingen kunnen echter *front-loading* van kosten tot gevolg hebben, waardoor de totale kosten juist toenemen. Dat geldt met name voor grote *repeat players*. Een andere complicatie is de inzet van advocaten: hun professionaliteit kan de informatieasymmetrie en *biases* bij partijen verkleinen waardoor meer geschikt wordt, maar tegelijkertijd hebben zij soms andere belangen dan hun cliënten, hetgeen tot contraproductief gedrag kan leiden. Bij het ontmoedigen van verstoringend procesgedrag moet hun positie daarom niet worden vereenzelvigd met die van de cliënt; dit is van nader belang voor de evaluatie van het alternatief ‘eigen beursje’ in hoofdstuk 8.

Op basis van een vergelijking met de rechtseconomische theorie over buitencontractuele aansprakelijkheid wordt geconcludeerd dat de negatieve effecten van verstoring procesgedrag waarschijnlijk het best kunnen worden doorberekend aan de veroorzaker op basis van risico en met consequenties die hoog genoeg zijn (maar eventueel wel forfaitair) om de onnodige vertraging en kosten te dekken.²⁵² Perfecte afschrikking van verstoring procesgedrag is ook dan echter niet mogelijk, met name doordat er een driehoekig spanningsveld is tussen *underdeterrence*, *satellite litigation* en het bieden van voldoende procedurele waarborgen.

Voordat inhoudelijk is gekeken naar de kostenveroordeling als instrument voor *deterrence*, is eerst beoordeeld of daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan eventuele voordelige effecten van de kostenveroordeling op basis van het gelijk in de procedure. Dat blijkt niet zo te zijn.

De totaaleffecten van de Engelse en Amerikaanse regel op de tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit (en ook op het aantal claims, schikkingen en procedures) zijn namelijk ambigu. Met tussenvormen als het Nederlandse liquidatietarief worden de scherpe kantjes van de Engelse regel afgehaald, waardoor een aantal negatieve effecten van die regel op de totale kostendruk worden weggenomen of gemitigeerd. Anderzijds vallen daardoor ook wat positieve effecten van de Engelse regel weg, zoals de verlaagde drempel voor kleine/kostbare zaken en de veronderstelde positieve werking op de kwaliteit van uitkomsten. Geen van de kostenveroordelingsystemen op basis van gelijk geeft echter een positief effect dat zou dreigen weg te vallen als de kostenveroordeling wordt ingezet met een ander doel: afschrikken van verstoring procesgedrag.

Ten slotte is de geschiktheid van de kostenveroordeling als instrument voor *deterrence* getoetst. Als preventief instrument wordt het in de theorie als veelbelovend gezien, maar in de Amerikaanse praktijk rond Rule 11 FRCP bleek dat de *fine-tuning* van zo'n systeem binnen het spanningsveld van *underdeterrence*, *satellite litigation* en procedurele waarborgen veel voeten in de aarde heeft. Bovendien blijkt uit de Canadese situatie dat er een gevaar is voor de voorspelbaarheid indien de kostenveroordeling van teveel factoren afhangt. Enige voorspelbaarheid is nodig om zowel de tijd en kosten te beperken als om de kwaliteit van uitkomsten hoog te houden, dus daar moeten de alternatieve kostenprikkels sterk op worden getoetst.

In het volgende hoofdstuk wordt eerst onderzocht wat de beste manier zou zijn om instrumenteel gebruik van de kostenveroordeling in Nederland vorm te geven. Geïnspireerd op vier buitenlandse alternatieven wordt het systeem fijngestemd, rekening houdende met het driehoekige spanningsveld en de voorspelbaarheid, waarbij

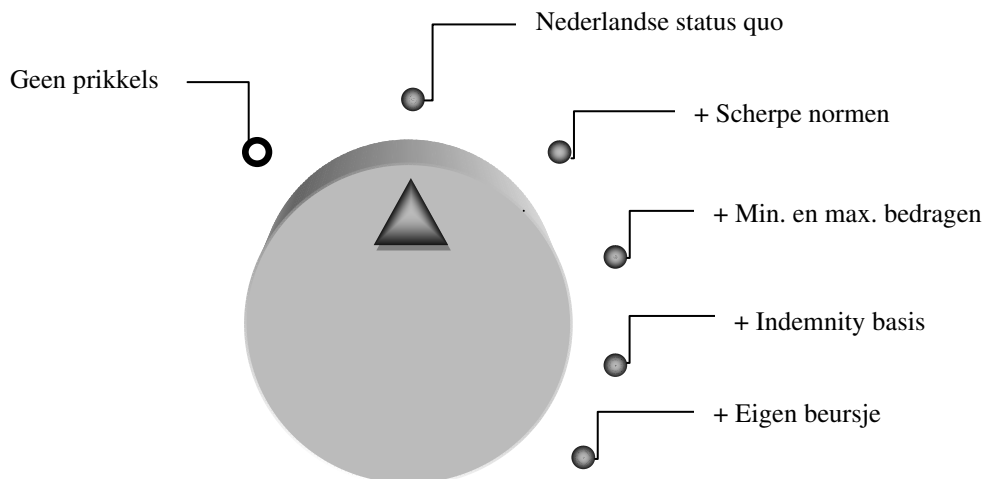
²⁵² Daarbij is de (onderbouwde) assumptie gehanteerd dat kostenprikkels enige preventieve werking hebben. Algemeen empirisch onderzoek naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht levert weliswaar tegenstrijdige resultaten op, maar concrete onderzoeken naar bijvoorbeeld Rule 11 FRCP bieden wel aanwijzingen voor enige preventieve effecten.

per alternatief de effecten op de tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit worden getoetst. Daarna wordt gepoogd om te beoordelen of die beste manier goed genoeg is of dat Nederland, conform het vijfde alternatief, beter kan stoppen met kostenprikkelers ten aanzien van gedrag en voor een systeem moet kiezen met slechts materiële consequenties en andere alternatieve remedies.

Hoofdstuk 8: De effecten van potentiële nieuwe prikkels op de kwaliteit van het burgerlijk proces

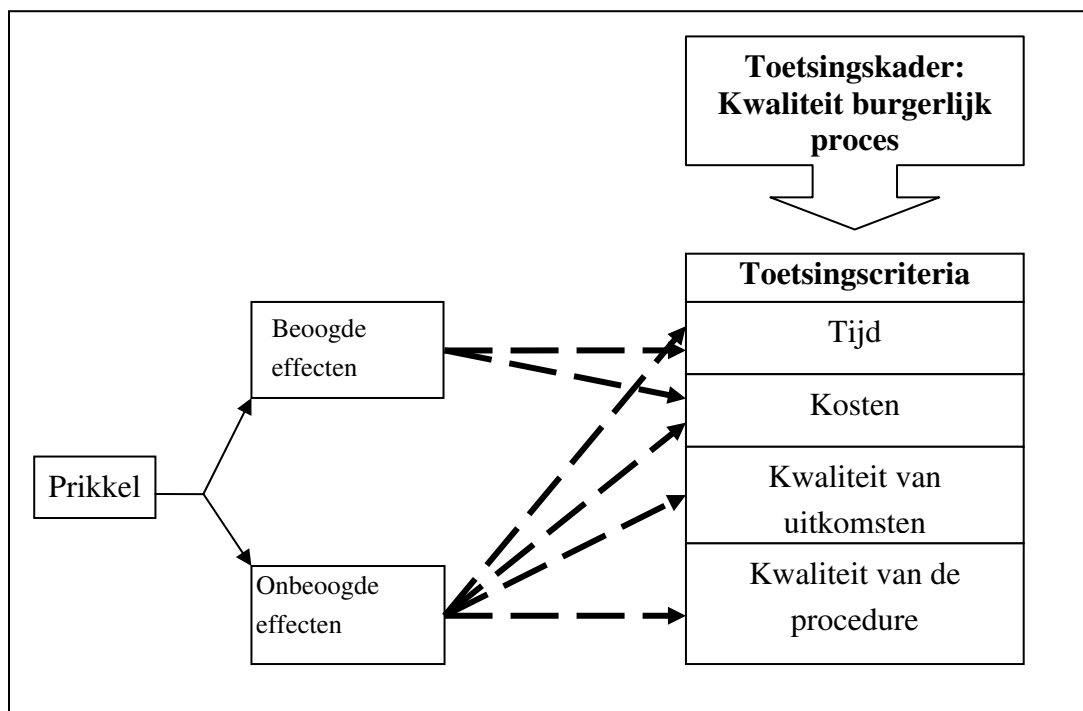
8.1 Inleiding

Nu de algemene werking van de machine van het civiele proces en enkele specifieke onderdelen in het vorige hoofdstuk zijn onderzocht, is het tijd om aan de knop te gaan draaien. Die staat nu op de stand 'Nederlandse status quo', zoals die is vastgesteld in de wet, de literatuur, de jurisprudentie en de interviewstudie in hoofdstuk 4 en 5. De vraag is wat er gebeurt wanneer de knop naar één van de vijf andere standen wordt gedraaid: steeds wordt één van de alternatieve prikkels waarvoor inspiratie uit het buitenland is geput toegevoegd aan de Nederlandse situatie. Als de knop op alle standen heeft gestaan, wordt aan de hand van de voorspelde effecten op de criteria van het toetsingskader bekeken welke (combinatie van) prikkels mogelijk het meest kunnen toevoegen aan de kwaliteit van ons burgerlijk proces.



Figuur 8.1: Status quo en alternatieven

Het meten van de beoogde en onbeoogde effecten gebeurt aan de hand van het toetsingskader dat in hoofdstuk 2 is geformuleerd en hieronder is gevisualiseerd. De prikkels hebben als doel om de tijd en kosten van het proces te verminderen. Daarbij kunnen er onbedoelde neveneffecten ontstaan op de kwaliteit van uitkomsten en de kwaliteit van de procedure, maar ook op de tijd en de kosten zelf.



Figuur 8.2: Status quo en alternatieven

Een aantal categorieën beoogde en onbeoogde effecten is in eerdere hoofdstukken al van een naam voorzien en gedefinieerd. Deze effectencategorieën worden gehanteerd, omdat ze later in dit hoofdstuk bij verschillende alternatieve prikkels naar voren komen en dan steeds ongeveer hetzelfde effect hebben op één of meerdere criteria van het toetsingskader.¹ Ik zal de categorieën hier kort herhalen, met verwijzing naar de uitgebreidere uitwerkingen eerder in dit boek.

Deterrence = de mate waarin een kostenconsequentie of andere prikkel onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag afschrikt of ontmoedigt. Het *deterrence*-element van een consequentie heeft een positief effect op de criteria tijd en kosten (maar kan gepaard gaan met nadelen die onder de andere effectencategorieën vallen). Zie § 7.4.

Underdeterrence = de consequentie of sanctie is te laag om het onnodig vertragend en/of kostenverhogend gedrag optimaal af te schrikken. Het positieve effect op tijd en kosten is daardoor beperkt. Zie § 7.4.5.

Satellite litigation = de discussie over de toepassing van een consequentie of sanctie zorgt voor nieuwe tijd en kosten. Zie § 7.4.5 en eerder ook reeds de interviews in hoofdstuk 5.

Voorspelbaarheid = de mate waarin betrokkenen tevoren kunnen inschatten hoe hoog de kosten van de hele procedure (of per procedurele stap) zullen zijn, hoe lang de procedure(stap) zal duren en hoe op procedurele regels gegronde beslissingen zullen uitpakken voor het verloop en de uitkomst van de

¹ Bijvoorbeeld: 'Het eigen beursje (=prikkel) leidt tot *satellite litigation* (=effectencategorie) en heeft daarmee een negatief effect op de tijd en kosten (=criteria toetsingskader).'

procedure. Meer voorspelbaarheid heeft positieve effecten op tijd, kosten, procedurele kwaliteit en kwaliteit van uitkomsten. Zie verder de bespreking van scherpe normen (§ 8.3). Zie eerder § 7.6.4.

Procedurele waarborgen = Regels die een eerlijk, informatief en procedureel rechtvaardig proces waarborgen, zoals hoor- en wederhoor, hoger beroep en motiveringsvereisten. Deze verhogen de procedurele kwaliteit en soms eveneens de kwaliteit van uitkomsten, maar brengen ook extra tijd en kosten met zich mee. Zie § 7.4.5 en ook § 2.2.2.

Verder geldt de in hoofdstuk 7 gerezen beperking ook in de nadere besprekingen van de prikkels in dit hoofdstuk: het startpunt is steeds de klassieke rechtseconomie, waarbij de (weliswaar onderbouwde²) assumptie wordt gehanteerd dat kostenprikkels gedragseffecten hebben. *Behavioural law and economics* en empirie bieden soms correcties hierop in concrete gevallen, maar geen coherent alternatief model waarmee effecten beter kunnen worden voorspeld. Die economische nadruk geldt voor dit gehele hoofdstuk.³

In paragraaf 8.2 wordt eerst aandacht besteed aan effecten van de bestaande Nederlandse situatie. Met de theoretische basis uit hoofdstuk 7 worden de onderdelen van de status quo die niet optimaal scoren op de criteria van het toetsingskader blootgelegd. Voor deze gesignaleerde verbeterpunten zouden de alternatieve prikkels dus soelaas moeten bieden.

Die alternatieve prikkels worden in de paragrafen 8.3 t/m 8.7 geëvalueerd op basis van de voorspelde effecten. Paragraaf 8.7 springt daar in bijzondere zin uit, omdat daarbij de knop wordt teruggedraaid naar ‘geen prikkels’. Daarin komt alles bij elkaar, in de zin dat wordt bekeken of de gemodificeerde kostenprikkel, waarin het ‘beste’ uit de vier alternatieven is opgenomen, een beter resultaat oplevert dan de nuloptie van helemaal geen kostenprikkels, rekening houdende met het bestaan van andere processuele remedies.

Paragraaf 8.8 bevat ten slotte een conclusie over de potentie van de vijf alternatieven om een waardevolle toevoeging aan het Nederlandse systeem te zijn.

8.2 *Effecten van de Nederlandse status quo*

De Nederlandse status quo is zowel positiefrechtelijk als qua *law in action* uitgebreid aan bod gekomen in de hoofdstukken 4 en 5. Op basis van de theoretische inzichten uit het vorige hoofdstuk zullen nu de effecten van het Nederlandse systeem worden geëvalueerd.

² Zie hoofdstuk 7.4.8.

³ Evenals voor de conclusies in hoofdstuk 9, waarna ook de beperkingen van deze benadering worden aangestipt.

8.2.1 *Het liquidatietarief*

In hoofdstuk 7 werd al ingegaan op de tussenvarianten van de Amerikaanse en de Engelse regel, waar het liquidatietarief toe behoort, omdat de advocatenkosten slechts beperkt vatbaar zijn voor verschuiving naar de verliezende partij en bovendien gestandaardiseerd worden berekend. Geconcludeerd werd dat het liquidatietarief de scherpe randjes van de Engelse regel afhaalt, waaronder het nadeel van de prikkel tot sterk verhoogde uitgaven per proces, omdat de kostenveroordeling niet wordt gebaseerd op werkelijk gemaakte uren. Wat de overige gevolgen betreft, zoals de directe kosten voor de rechterlijke macht, het aantal procedures, het aantal schikkingen, het aantal sterke zaken en het aantal *nuisance suits* – en de effecten van deze gevolgen op het toetsingskader – bevindt het Nederlandse systeem zich tussen de Engelse en de Amerikaanse regel in en lift dus beperkt mee op de voordelen van beide extremen, maar ook op de nadelen.

Het liquidatietarief heeft daarnaast als belangrijk voordeel op de Engelse regel de voorspelbaarheid van de regeling.⁴ Hoewel het aantal processtappen en daarmee de totale voor verschuiving vatbare kosten vooraf niet precies zijn in te schatten, levert het tarief wel meer duidelijkheid op dan de beoordeling van kostenstaten met werkelijk gemaakte advocatenkosten conform markttarieven. Partijen hebben met het liquidatietarief dus enige voorspelbaarheid, advocaten kunnen partijen beter adviseren over de kostenrisico's per processtap en rechters (of hun gerechtssecretarissen) kunnen de kostenveroordeling tegen zeer lage besliskosten uitrekenen, vaak zelfs geautomatiseerd.⁵

Als allocatiesysteem op basis van gelijk lijkt de status quo dus goed te scoren op tijd en kosten en neutraal op de kwaliteit van uitkomsten en procedure. De theorie biedt in ieder geval geen aanwijzingen, laat staan bewijs, voor de stelling dat een andere kostenverdeling op basis van gelijk beter is.

8.2.2 *Afwijken van het liquidatietarief*

Zo voorspelbaar en strak geregeld als het liquidatietarief is, zo open en onvoorspelbaar is de afwijking van het tarief. Praktisch gezien is deze helemaal niet geregeld. Het Nederlandse liquidatietarief is als een TomTom die alleen de snelwegen kent. Zolang rechters daarop blijven rijden gaat het eenvoudig en voorspelbaar, maar als een afrit wordt genomen volgt gedoe met een oude wegenkaart op een onverlichte weg.

'Buitengewone omstandigheden zoals onrechtmatige daad en/of misbruik van recht' is het criterium dat in de lagere rechtspraak en in de Parlementaire Geschiedenis

⁴ Een voordeel dat het liquidatietarief ook heeft ten opzichte van de kostenveroordeling in IE-zaken waarin geen indicatietarieven gelden (octrooizaken en zaken in hoger beroep).

⁵ Dat laatste was mijn eigen ervaring bij de Rechtbank Breda, maar tijdens de interviews begreep ik dat niet iedere instantie die geautomatiseerde mogelijkheden heeft en/of gebruikt.

wordt genoemd, maar dat de Hoge Raad in zijn uitspraak van 2009 niet eens herhaalt.⁶ Wel speelt volgens de Hoge Raad onder andere de verwijtbaarheid mee bij het bepalen van de redelijkheid per kostenpost, in het geval dat van het tarief wordt afgeweken.

Geen van de 18 geïnterviewde rechters heeft ooit een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten uitgesproken en de voorbeelden in de jurisprudentie zijn ook spaarzaam. Gaat van een dermate open norm die zo zelden wordt toegepast nog wel enige *deterrence* uit? En welk nut hebben die paar keer dat het wel gebeurt, wanneer het niet voorspelbaar is dat de rechter plots toch deze consequentie toepast?

Bij zowel 'onrechtmatige daad en/of misbruik' als bij de door de Hoge Raad geformuleerde redelijkheidstoets speelt verwijtbaarheid mee, dus er lijkt sprake van een toerekening op basis van schuld. Uit de besproken (*behavioural*) *law and economics* komt echter naar voren dat bij verstorend procesgedrag doorberekening op basis van risico waarschijnlijk tot betere *deterrence* en keuzes voor activiteitsniveaus leidt, terwijl ook de administratieve kosten lager zullen zijn. Wat dat betreft lijkt de bestaande praktijk dus suboptimaal.

Berekening van de werkelijk gemaakte kosten zorgt qua hoogte wel voor goede *deterrence*, maar heeft tevens hoge kosten tot gevolg, doordat de rechter deze zal moeten onderzoeken en er ook partijdebat (*satellite litigation*) over kan plaatsvinden en eventueel zelfs hoger beroep (nog meer *satellite litigation*). Het is niet vreemd dat rechters daarom terughoudend zijn met deze onvoorspelbare consequentie, want zij hebben weinig houvast voor hun beslissing en zij weten dat zijzelf en de partijen daardoor meer tijd en geld aan dit beslispunt kwijt zullen zijn. Daarom vullen de rechters hun vrijheid zodanig in dat in het driehoekige spanningsveld wordt gekozen voor de hoek van *underdeterrence*, zodat zij zich niet druk hoeven te maken om procedurele waarborgen en *satellite litigation*. In § 8.3.2 zal nog nader worden ingegaan op de samenhang van de openheid van de normen met de rechterlijke terughoudendheid.

8.2.3 *Nodeloze kosten, compensatie en afwijken binnen het tarief*

Kostencompensatie op grond van procesgedrag komt niet vaak voor en ligt als instrument voor *deterrence* ook minder voor de hand, omdat er qua sanctiehoogte niet echt een koppeling is aan specifiek verstorend gedrag. Daarom zal vooral de nodelozekostenregeling onder de loep worden genomen, omdat het gebruik daarvan in de jurisprudentie met enige regelmaat voorkomt en de frequentie onder de geïnterviewden sterk per rechter verschilde.

Uit de interviews bleek dat nodeloze kosten vrijwel altijd in liquidatietariefpunten worden uitgedrukt. Ook uit de Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord volgt dat rechters bij niet ter zitting verschenen partijen en bij

⁶ HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234, zie ook hoofdstuk 4.

te laat toegezonden stukken op die manier de nodeloze kosten ‘moeten’ berekenen.⁷ Wint de verstorende partij, dan krijgt die geen tariefpunt voor de nodeloos gehouden zitting. Verliest de verstorende partij, dan krijgt de winnende partij uiteraard wel alle tariefpunten vergoed en is er feitelijk geen sprake van een kostenconsequentie.⁸

Ook hier is sprake van sterke *underdeterrence*. De nodelozekostenregeling wordt weliswaar iets vaker, maar nog steeds met terughoudendheid, toegepast dan een veroordeling in de werkelijk gemaakte kosten, maar de sancties worden in de sleutel gezet van het liquidatietarief. Er lijkt misschien sprake van *pricing* op de manier zoals die op grond van de rechtseconomische inzichten is bepleit, maar doordat het liquidatietarief bij lange na niet dekkend is, is de prijs te laag. Dat de werkelijke kosten van de verstoring hoger liggen dan de daarvoor doorberekende prijs zorgt volgens de economische theorie voor te weinig voorzorg. Bovendien bleek uit empirisch onderzoek, met name dat rond de Israëlische crèches, dat te lage financiële prikkels kunnen zorgen voor verdringing van morele normen, met een *averechts* effect als gevolg, al is het wel de vraag of dit *crowding out*-effect in de setting van het civiele proces echt een rol speelt.⁹

In plaats van 100% pakkans met een 100% sanctie lijkt er gezien de interviewresultaten en het lage liquidatietarief dus eerder sprake te zijn van een pakkans die nog ver onder de 50% ligt en een sanctie van rond de 30% van de schade. Het is zonde van de administratieve kosten van rechters als zij die besteden aan het detecteren van verstorend gedrag en daar vervolgens een te lage consequentie aan koppelen.¹⁰ Die detectie is bovendien lastig en onvoorspelbaar, want ook hierbij zijn er geen duidelijke criteria voor de nodeloosheid van de kosten¹¹ en hebben rechters in de interviews verteld dat ze de grens tussen nodig en onnodig gedrag moeilijk te bepalen vinden.

Bij afwijkingen binnen het tarief geldt hetzelfde probleem. Dat ene tariefpunt verschil tussen aktes met of zonder bijzondere inhoud zal niet of nauwelijks afschrikkende werking hebben. Ook het verschil tussen het toegewezen of het gevorderde bedrag als basis voor het liquidatietarief en de variaties in het meewegen van de reconventie kunnen nauwelijks tot *deterrence* leiden, vanwege de beperkte hoogte en voorspelbaarheid van die consequenties.

⁷ De Handleiding regie heeft geen bindende status, dus in beginsel mogen rechters deze links laten liggen.

⁸ Zie Handleiding regie, nrs. 29 en 59.

⁹ Zie Gneezy & Rustichini 2000, zoals besproken in § 7.4.8.3.

¹⁰ ‘Te laag’ volgens de klassieke rechtseconomische theorie; mogelijk kunnen reputatie-effecten of een gepercipieerde hogere pakkans ook invloed hebben. Dat kan hier niet worden vastgesteld.

¹¹ Er zijn slechts de 5 rubrieken van Haardt uit 1945 en de indeling in twee categorieën van Numann, zie § 4.3.4.

8.2.4 *Familie- en IE-zaken*

Bij zaken waarin partijen een familiale band hebben geldt als uitgangspunt feitelijk de Amerikaanse regel, waarvan de effecten reeds uitgebreid zijn besproken. Bij afwijking wegens verstoring gedrag zijn er dezelfde effecten als bij nodeloze kosten in normale zaken. Immers, bij een kostenveroordeling conform het liquidatietarief is er *underdeterrence* door de niet-dekkende bedragen en er zijn geen duidelijke criteria voor wanneer de rechter tot zo'n kostenveroordeling zal komen.¹² Van een kostenveroordeling waarbij van het liquidatietarief wordt afgeweken bestaan in familiezaken zelfs slechts twee recente voorbeelden, waarvan er één ook nog door de Hoge Raad is vernietigd.¹³

Bij IE-zaken ligt dit anders, maar is het beeld van de praktijk ook diffuser en minder compleet. De indicatietarieven zijn minder strak dan het liquidatietarief en gelden bovendien niet bij de gerechtshoven, al kunnen die zich er wel naar richten. Vast staat dat rechters in het kader van de redelijkheid, evenredigheid en billijkheid de overgelegde kostenstaten kritisch moeten bekijken en de paar geïnterviewde rechters met IE-ervaring zeggen dat ook te doen. De kritische blik lijkt echter meer gericht te zijn op de noodzakelijkheid van bepaalde bestedingen, zoals het werken met twee advocaten voor één partij¹⁴, dan op verstoring procesgedrag dat de wederpartij en/of de rechterlijke macht rechtstreeks op kosten jaagt.

Het is dus lastig om te bepalen hoe de rechter procesgedrag precies meeweegt in de redelijkheid, evenredigheid en billijkheid, waardoor in IE-zaken een soortgelijke onvoorspelbaarheid bestaat als in de door Knutsen (2010) beschreven Canadese situatie.

8.2.5 *Conclusie Nederlandse status quo*

Het huidige Nederlandse systeem gaat buiten de gebaande weg van het liquidatietarief niet optimaal om met de factor voorspelbaarheid en evenmin met het spanningsveld tussen *underdeterrence*, procedurele waarborgen en *satellite litigation*. Het biedt namelijk op papier enkele mogelijkheden voor kostenconsequenties waarmee de negatieve externe effecten aan de veroorzaker kunnen worden doorberekend, maar er zijn geen criteria die houvast bieden, waardoor de rechters terughoudend zijn met de toepassing en waardoor de gevallen waarin wél een consequentie volgt vrij willekeurig zijn.¹⁵ Bij de consequentie die nog het meest wordt toegepast, de

¹² Zon 2008 geeft weliswaar een aardig overzicht, maar een duidelijke set met criteria is er niet.

¹³ Een voorbeeld dat strikt genomen buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt, omdat het een verzoekschriftprocedure betreft (HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234). In de erfrechtelijke zaak HR 5 september 2008, *LJN* BD4161, laat de Hoge Raad de door het hof uitgesproken kostenveroordeling van € 6.000,- wel in stand.

¹⁴ Zie de 2 zaken die in het jurisprudentieonderzoek naar boven kwamen: Rb Arnhem (vzr.) 28 oktober 2008, *LJN* BG4488, en Rb Arnhem (vzr.) 28 november 2007, *LJN* BC0967.

¹⁵ Zie over die terughoudendheid nader hoofdstuk 5.

nodeloze kostenregeling, is er bovendien structurele *underdeterrence* doordat van het niet-dekkende liquidatietarief wordt uitgegaan.

Dat betekent dat het waarschijnlijk mogelijk is om het systeem zodanig aan te passen dat er beter wordt gescoord op tijd en kosten, zonder dat dit ten koste gaat van kwaliteit van de procedure en uitkomsten. Die oplossing kan in twee richtingen worden gezocht. Ten eerste wordt aan de hand van vier alternatieven – de standen van de knop als die vooruit wordt gedraaid – bekeken of die aan het Nederlandse systeem meer *deterrence* en voorspelbaarheid kunnen toevoegen, zonder dat de voordelen daarvan worden tenietgedaan door te veel *satellite litigation* en te weinig procedurele waarborgen. Ten tweede – mocht het eerste niet lukken – kunnen de bestaande mogelijke kostenconsequenties worden geschrapt, omdat ze toch niet voor *deterrence* zorgen en het dan alleen maar zonde is van ieders tijd en geld in de gevallen waar de rechters toch middelen besteden aan kostenconsequenties. Deze optie waarbij de knop juist wordt teruggedraaid wordt bekeken onder ‘geen kostenprikkel’.

8.3 *Scherpe normen*

Bij de bespreking van de algemene inzichten en van de mankementen van het Nederlandse systeem kwam reeds naar voren dat voorspelbaarheid van proceskosten en kostenconsequenties belangrijk is en dat het daar met de huidige mogelijkheden om kostenconsequenties aan procesgedrag te verbinden aan schort. Scherpere normen kunnen voor meer voorspelbaarheid en minder *satellite litigation* zorgen, waardoor misschien ook rechters hun terughoudendheid laten varen. Daarom wordt nu eerst ingegaan op de theorie over *rules* versus *standards*. Vervolgens wordt met behulp van de interviews en gedragseconomische literatuur een link gelegd tussen open normen en de huidige rechterlijke terughoudendheid. Ten slotte wordt onderzocht of scherpe normen van waarde kunnen zijn voor het Nederlandse systeem.

8.3.1 *Theorie: rules versus standards*

Het contrast tussen open en scherpe normen wordt in de rechtseconomische literatuur vooral aangeduid als *rules* versus *standards*.¹⁶ *Rules* zijn scherpe, vooraf geformuleerde normen. De Duitse Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, en vooral Anlage 1 daarvan, bevat gedetailleerde *rules*, aan de hand waarvan een ieder vooraf kan zien welke handeling hoeveel zal kosten. *Standards* zijn juist vaag geformuleerd. Die worden in de concrete zaak achteraf door de rechter ingevuld, met behulp van gezichtspunten, verkeersopvattingen en rechtsbeginselen aan de hand van de feitelijke omstandigheden van het geval. In de rechtseconomische en juridische¹⁷ literatuur

¹⁶ Kaplow 1993; Fon & Parisi 2007, Cooter & Ulen 2008, p. 358-359

¹⁷ Barendrecht 1992, p. 50 e.v. stelt dat een rangorde van scherpe naar vage normen kan worden gemaakt aan de hand van de mate van falsifieerbaarheid van normen: de norm die voor de meeste casusposities bepaalde uitkomsten uitsluit, is het meest falsifieerbaar en is het scherpst. Vage normen als

wordt erkend dat er tal van mengvormen mogelijk zijn tussen *rules* en *standards*: het is eerder een graduele schaal dan een tweedeling. Naast de ‘pure’ types zullen daarom ook combinaties aan bod komen.¹⁸

Rules kosten meer dan *standards* bij het opstellen ervan door de regelgever. Het opstellen van een *rule* die bestaat uit een uitputtende lijst met specifiek omschreven procesversturende gedragingen en daaraan gekoppelde sancties kost meer dan het opstellen van een *standard* waarin slechts staat dat de rechter aan nodeloze proceshandelingen de gevolgen mag verbinden die hij geraden acht.¹⁹ Bij de *rule* moet immers tevoren worden onderzocht welke mogelijke gedragingen in- en uitgesloten moeten worden, welke sancties het beste passen bij de ingesloten gedragingen en hoe de bepalingen duidelijk, eenvoudig en bestendig²⁰ worden geformuleerd.

Bij *standards* worden die kosten verplaatst naar het moment van toepassing. De rechter moet de *standard* dan invulling geven door op basis van verschillende door partijen aangevoerde feitelijke omstandigheden de juiste criteria en rechtsgevolgen te bepalen. Over *standards* kan dus meer discussie plaatsvinden en er moet ook van drie kanten over worden nagedacht welke criteria en feiten van belang kunnen zijn bij invulling van de norm.²¹ Barendrecht stelt dat vage normen daardoor ook tot langere processtukken leiden, omdat niet goed te onderscheiden is welke feiten en omstandigheden relevant zullen zijn voor de beslissing.²² *Rules* kunnen natuurlijk soms evenzeer leiden tot interpretatieverschillen en feitelijke vragen, maar zullen over het algemeen tot minder procesijd en -kosten leiden dan *standards*.

De theorie schrijft aan *rules* een groter preventief effect toe. Gedetailleerdere regels geven aan burgers meer informatie over het gedrag dat van hen verwacht wordt en zij kunnen daarbij eenvoudiger van eenduidig juridisch advies worden voorzien.²³

de redelijkheid en billijkheid of de omstandigheden van het geval geven geen enkele informatie over het ‘behoren’ en zijn dus niet falsifieerbaar.

¹⁸ Zo ook Kaplow 1993, p. 561-562, noot 6. De glijdende schaal van open naar gesloten blijkt wel uit de vele voorbeelden van buitenlandse normen in § 6.7. Kaplow 1993 betoogt dat er eigenlijk een vierdeling is: er zijn simpele en complexe *rules* en er zijn simpele en complexe *standards*. Het verschil tussen *rules* en *standards* zit in de dimensie ‘tijd’ (ex ante of ex post invullen van de norm), die door Kaplow wordt onderscheiden van de dimensie ‘complexiteit’ (hoeveel factoren kent de *rule* en met hoeveel factoren moet de rechter rekening houden bij het invullen van de *standard*). Om de bespreking niet te compliceren volg ik echter Fon & Parisi 2007

¹⁹ Kaplow 1993, p. 569; Fon & Parisi 2007, p. 149.

²⁰ Vgl. aanwijzing 10 Aanwijzingen voor de regelgeving, een circulaire die in principe niet geldt voor de opstellers van het niet-bindende liquidatietarief, maar voor wie die aanwijzingen uiteraard wel relevante houvast kunnen bieden. Zie ook Aanwijzing 52 e.v. over vormaspecten.

²¹ Barendrecht 1992, p. 74.

²² Barendrecht 1992, p. 75. Zie ook Barendrecht 1995, p. 168: vage normen leiden tot een inefficiënte conflictoplossing.

²³ Fon & Parisi 2007, p. 150; Barendrecht 1992, p. 76.

Dit vergroot de rechtszekerheid, waaronder ook de voorspelbaarheid wordt begrepen.²⁴ Dit voordeel wordt in de juridische literatuur afgezet tegen het voordeel van *standards*, namelijk dat de rechter per individueel geval ex post de billijkste oplossing kan bieden en flexibel kan zijn.²⁵ *Rules* moeten immers vooraf in woorden worden uitgedrukt en daarin kunnen niet altijd doel en werkelijkheid precies worden gevangen. Met name simpele *rules* met weinig dimensies en uitzonderingen kunnen soms onbillijk uitwerken in het concrete geval; bij procesrechtelijke regels kan dit de procedurele kwaliteit verlagen. Fon & Parisi wijzen verder op grenzen aan rechtszekerheid bij gedetailleerde regels: excessieve gedetailleerdheid en complexiteit kunnen juist tot minder voorspelbaarheid leiden dan onder *standards*, met name wanneer de regels tot onzekere grensgevallen leiden.²⁶

Barendrecht noemt daarom de optie van *rules* die weliswaar scherp, maar uiteindelijk niet bindend zijn, zodat de rechter bij een onbevredigend resultaat de *rule* alsnog opzij kan zetten met behulp van een *standard*.²⁷ Deze mengvorm voorkomt dat te botte, simpele regels in het concrete geval tot (procedurele) onrechtvaardigheid leiden en het voorkomt eveneens dat te gedetailleerde *rules* moeten worden opgesteld die met alle (infrequente) uitzonderingen rekening houden. Dat weegt veelal op tegen de nadelen van de *standard* die zo op een lager niveau (en op kleinere schaal) weer wordt binnengehaald.

Waarom geldt er nu bij de onrechtmatige daad een open norm als ‘de maatschappelijke zorgvuldigheid’ in plaats van een uitputtende lijst met onrechtmatige gedragingen, terwijl bij de inkomstenbelasting is gekozen voor een scherp tariefstelsel in plaats van dat iedere burger een ‘redelijk’ bedrag betaalt? De belangrijkste factor bij die keuze is de frequentie van de gedragingen die door de *rule* of *standard* bestreken worden.²⁸ Het is onverstandig als de regelgever moeite steekt in een scherpe norm voor situaties die zich zelden tot nooit voordoen.²⁹ Het specificeren van maatschappelijk onzorgvuldig gedrag zou tot een eindeloze lijst van mogelijke gedragingen leiden die allemaal zelden tot nooit voorkomen, dus is het logischer dat bij de invulling is

²⁴ Barendrecht 1992, p. 66-68. Zie ook specifiek over rechtersregelingen: Teuben 2004, p. 342.

²⁵ Barendrecht 1995, p. 166.

²⁶ Fon & Parisi 2007, p. 159. Er zijn talloze voorbeelden van strikte regels die tot rare grensgevallen leiden. In *Nix v. Hedden*, 149 U.S. 304 (1893) bepaalde het *Supreme Court* dat de tomaat groente is en geen fruit (in verband met verschillende importtarieven). Grensgevallen kunnen ook tot strategisch gedrag leiden: recent werd een BTW-verhoging op toegangskaartjes voor de kunstsector voorgesteld, behalve voor circussen. Daarop kondigde festival Lowlands aan voortaan als ‘circus’ verder te willen gaan (zie <http://www.nrc.nl/nieuws/2010/12/20/lowlands-wellicht-verder-als-circus-het-paard-blijft-poppodium/>). Op die manier sturen *rules* wel het gedrag van burgers, maar niet in de juiste richting. Burgers proberen zich naar een andere categorie te manoeuvreren in plaats van zich op de wenselijke wijze te conformeren aan de regel.

²⁷ Barendrecht 1995, p. 166; zie ook Kaplow 1993, p. 561, onder noot 5.

²⁸ Kaplow 1993, p. 577; Fon & Parisi 2007, p. 151.

²⁹ Zo ook Barendrecht 1992, p. 271.

gekozen voor een aantal algemene gevaltypen en gezichtspunten. Daarentegen betalen miljoenen mensen ieder jaar inkomstenbelasting, waarbij het te betalen bedrag slechts van een aantal factoren afhangt en burgers behoefte hebben aan rechtszekerheid en eenduidig advies. De rechterlijke macht en de Belastingdienst zouden overbelast worden als iedere belastingbetaler ‘een redelijk bedrag’ zou moeten betalen en in een rechtsstrijd verwickeld zou raken als de Belastingdienst het bedrag te laag vindt om als redelijk te kwalificeren.³⁰

Fon & Parisi noemen naast de frequentie nog enkele andere factoren, zoals de snelheid waarmee regels gedateerd raken³¹ en de hoogte van de systeemkosten van een revisie.³² Nu is er de laatste jaren weliswaar het een en ander veranderd op procesrechtelijk gebied, maar niet valt aan te nemen dat scherpe normen omtrent gedrag en kosten snel gedateerd raken door gewijzigde maatschappelijke opvattingen. Wat de systeemkosten betreft zijn wijzigingen van formele wetgeving duurder dan bijvoorbeeld wijziging van een koninklijk besluit (zoals in België³³) of dan wijziging van het liquidatietarief.³⁴

Fon & Parisi en ook Shavell wijzen op de functie van de scherpe norm als ‘politiek instrument’: als de regelgever vreest dat de regeltoepasser andere ideeën heeft over wat de juiste toepassing is, dan kan die met een scherpe norm meer worden gestuurd dan met een vage norm die een discretionaire bevoegdheid biedt.³⁵ Bij het gebruik van de wettelijke ruimte om kostenconsequenties toe te passen op procesgedrag is er natuurlijk allesbehalve sprake van dat rechters de vage norm gebruiken om bewust hun eigen agenda door te drukken. Maar een tegenstelling tussen regelgever- en toepasser kan ook op subtielere wijze bestaan: stel dat de rechter minder

³⁰ Omdat in elke uitgeprocedeerde zaak een kostenbeslissing moet worden genomen, lijkt de factor frequentie er op te wijzen dat in dat kader een *rule* efficiënter is dan een *standard*, zodat partijen en rechter zich niet in elke zaak hoeven te buigen over hoe de invulling van de kostenveroordeling binnen een *standard* moet plaatsvinden. Vervolgens speelt frequentie ook een rol bij de vraag hoe specifiek de *rule* dient te zijn: zie verder § 8.3.3.

³¹ Fon & Parisi 2007, p. 154. Ook Barendrecht 1992, p. 160, wijst op de grotere flexibiliteit van vage normen.

³² Fon & Parisi 2007, p. 156.

³³ K.B. van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, *B.S.* 9 november 2007, p. 56837.

³⁴ Er van uitgaande dat de NOvA en de vertegenwoordigers van de rechterlijke macht op efficiënte wijze overleggen over wijzigingen in het liquidatietarief. Ook Teuben 2004, p. 342, noemt het wijzigen van een rechtersregeling eenvoudiger en minder tijdrovend dan wijziging van een wet.

³⁵ Fon & Parisi 2007, p. 160; Shavell 2004, p. 176. De laatste richt zich zelfs op het ‘eigenbelang’ van de beslisser. Zie ook Barendrecht 1995, p. 168, die erop wijst dat vaagheid macht distribueert naar de beslisser, maar ook de keerzijde aanstipt: achter vage normen kan de rechter zich niet verschuilen, achter regels wel. Dat laatste pleit weer voor de optie om de rechter de mogelijkheid te geven met een *standard* de *rule* opzij te zetten als de billijkheid dat (klaarblijkelijk) eist.

werkplezier beleeft aan het schrijven van kostenoverwegingen dan aan contractenrechtelijke overwegingen, dan kan zich dat onbewust uiten in de mate van aandacht. Dat rechters het niet plezierig vinden om processuele sancties op te leggen, denkt ook Scalia, rechter in het Amerikaanse Hooggerechtshof:

‘Judges, like other human beings, do not like imposing punishment when their duty does not require it, especially upon their own acquaintances and members of their own profession. They do not immediately see, moreover, the system wide benefits of serious Rule 11 sanctions, though they are intensely aware of the amount of their own time it would take to consider and apply sanctions in the case before them.’³⁶

Als uit dit en/of ander onderzoek naar voren komt dat rechters te terughoudend zijn met kostenconsequenties, maar rechters gaan daarin niet mee en blijven even terughoudend, dan zou een regelgever met scherpere normen dus meer sturing kunnen geven.³⁷ In de navolgende subparagraaf wordt dieper ingegaan op het verband tussen open normen en de rechterlijke terughoudendheid.

8.3.2 *Verband tussen open normen en rechterlijke terughoudendheid?*

De proceskostenveroordeling in normale zaken is een mengvorm van scherpe en open normen. Feitelijk is het liquidatietarief een scherpe en gedetailleerde *rule* die maar weinig beoordelingsvrijheid biedt.³⁸ Het zaaksbelang, het aantal processtappen en het gelijk in de procedure zijn de drie factoren die de hoogte van de advocaatkosten in de kostenveroordeling bepalen.³⁹ Zoals eerder vermeld is er binnen dat tarief enige speling qua inhoud van aktes, meetellen van reconventie en het verschil tussen het gevorderde en toegewezen bedrag, maar die speling is klein. Op die scherpe *rule* zijn echter uitzonderingen mogelijk en die zijn juist als zeer open *standards* geformuleerd. De rechtsregel die bepaalt of het tarief moet worden toegepast of moet worden losgelaten is bijvoorbeeld een pure *standard*, zonder enige vastgelegde criteria. Vrijwel hetzelfde geldt voor de nodelozekostenregeling, want het begrip ‘nodeloos’

³⁶ Dissenting opinion van Justice Scalia bij Order of the U.S. Supreme Court on April 22, 1993, 146 F.R.D. 401, 404. Ook geciteerd in Kobayshi & Parker 1993, p. 114.

³⁷ Volgens Posner 2008, p. 39-40, bestaat tussen regelgever en regeltoepasser een principaal-agentverhouding, net zoals die tussen advocaat en cliënt bestaat. Zie ook de bespreking van Posners boek op dit punt in Kerkmeester & Visscher 2010, p. 16.

³⁸ Juridisch-technisch gezien ligt het iets complexer: art. 237 lid 1 Rv kent als *rule* dat de in het ongelijk gestelde partij in het gelijk wordt gesteld, maar biedt *standards* voor afwijking van die regel in het geval van familiale banden, gedeeld ongelijk en nodeloze kosten. Vervolgens wordt de hoogte van de te vergoeden kostenposten per kostensoort weer bepaald door verschillende *rules* en *standards*, waarbij het liquidatietarief een *rule* is voor de hoogte van de vergoedbare advocatenkosten, maar waarbij de toepasselijkheid van dat tarief (en dus ook de afwijking ervan) weer wordt bepaald door een *standard*.

³⁹ Ook andere onderdelen van de proceskostenveroordeling, zoals de griffierechten en deurwaarderskosten, zijn voor het grootste deel scherp gereguleerd.

geeft nauwelijks sturing. Dit begrip wordt ingevuld met behulp van enkele vaag geformuleerde categorieën in de literatuur, maar vooral door ‘s rechters prudentie’.

In hoeverre dragen de prikkels van deze constructie bij aan de terughoudendheid? Het antwoord daarop wordt in de navolgende twee subparagrafen in twee richtingen gezocht. In § 3.2.1 wordt ingegaan op wat de hogere kosten van het toepassen van *standards* betekenen voor de rechterlijke beslissing. Daarna wordt in § 3.2.2 de *status quo bias* behandeld.

8.3.2.1 Hogere kosten bij *standards* en de invloed op de rechterlijke beslissing

Uit de theorie volgt dat de kosten van het toepassen van *standards* in het concrete geval hoger zijn dan die van *rules*, dus het beslissen in lijn met de hoofdregel van het liquidatietarief zorgt voor minder kosten dan het afwijken van de *rule* op grond van één van de *standards*. Zouden rechters vaker de *standards* toepassen, dan leidt dat niet alleen bij de rechterlijke macht tot extra beslistijd en -kosten, maar ook bij de beide partijen. Zij zouden door de gebrekkige voorspelbaarheid alle omstandigheden gaan aanvoeren die eventueel relevant kunnen zijn, dus het gebrek aan scherpe normen voor afwijking van het tarief zorgt voor *satellite litigation*.

Dit laatste komt duidelijk naar voren bij een aantal van de redenen die de geïnterviewde rechters noemen bij hun terughoudendheid: rechtszekerheid (waaronder de stelling dat het liquidatietarief nu eenmaal zo afgesproken is) werd door de helft van de rechters aangevoerd als argument. Nog eens zeven rechters noemden het voorkomen van *satellite litigation*, waaruit volgt dat zij van mening zijn dat het volgen van het liquidatietarief niet tot een geschil binnen het geschil leidt, terwijl afwijking of gebruik van de nodeloze kostenregeling dat wel tot gevolg heeft. Ten slotte bevestigen acht rechters dat het feit dat partijen weinig kostenconsequenties vorderen ook bijdraagt aan hun terughoudendheid. Kortom, de meeste geïnterviewde rechters houden er rekening mee dat gebruik van de *standard* in afwijking van de *rule* zorgt voor extra kosten voor de partijen en zijn extra terughoudend als geen van de partijen kostenconsequenties zelf ter sprake brengen.

Hebben rechters daarnaast ook eigen prikkels om terughoudend te zijn met voornoemde *standards* omdat het voor hen zelf extra kosten meebrengt? Die *incentives* zijn er zeker, maar het is wel de vraag in hoeverre rechters daaraan toegeven.⁴⁰ Zo wordt de rechterlijke macht gefinancierd op basis van de geleverde productie aan afgeronde zaken⁴¹ en wordt jaarlijks per rechterlijke instantie de in- en uitstroom en de

⁴⁰ Volgens Posner 2008, p. 59-60, trekt het beroep van rechter (in de VS) vooral juristen aan die intrinsieke waarde hechten aan het zijn een *good judge*. Daarnaast zouden zij risicoaverser zijn, meer waarde hechten aan vrije tijd en publieke herkenning en minder streven naar een hoog salaris, afgezet tegen bijvoorbeeld juristen die ervoor kiezen om advocaat te worden.

⁴¹ Conform de zogeheten Lamicienormen. Zie over de bekostigingssystematiek ook het rapport van de Commissie Deetman (Rapport Rechtspraak is kwaliteit 2006), p. 47 e.v.

arbeidsproductiviteit gemeten.⁴² Dit leidt natuurlijk ook tot *monitoring* binnen de gerechten, waarbij wordt bekeken hoeveel zaken (rekening houdende met het zaaksgewicht) per sector of zelfs per individuele rechter worden afgedaan. De Commissie Deetman zegt hier het volgende over:

‘In de relatie tussen het *gerechtsbestuur en de professionals* is het van belang te voorkomen dat anderen dan gerechtsbesturen zich direct met sturing, geld en organisatie van kwaliteitszorg moeten gaan bezighouden. Voor de professionals op de werkvloer in de gerechten moeten die aspecten op een logische, soepele en eenduidige manier in het werk zelf zijn geïntegreerd en geborgd. Op het niveau van het *sectormanagement* moet de bestuurlijke koppeling van kwaliteit en geld wel expliciet gemaakt en georganiseerd worden. Dat vindt bij voorkeur niet plaats door de verhoudingen uit het landelijke model binnen de individuele gerechten ‘door te budgetteren’.⁴³

De kwaliteit van vonnissen wordt als ‘voorwaarde’ voor bekostiging gezien, maar niet als variabele in de bekostigingssystematiek: de Commissie Deetman vindt dit ook voor de toekomst onwenselijk en bovendien niet goed mogelijk.⁴⁴ Kortom, de bekostiging wordt berekend aan de hand van de geleverde (kwantitatieve) productie, niet aan de hand van de kwaliteit.

Het spreekt voor zich dat rechters niet graag degene met de laagste productie van de sector zijn en ook zullen promoties binnen de rechterlijke macht deels afhangen van de geleverde productiviteit.⁴⁵ Uit interviews en groepsgesprekken in het kader van een deelonderzoek ten behoeve van het de Commissie Deetman kwam dit duidelijk naar voren: een president van een gerecht zegt dat nadat sectoren en individuele raadsheren met productiecijfers werden geconfronteerd, daarover werd gepraat en de productie op ‘natuurlijke wijze’ steeg. Niemand zou het prettig vinden ‘om de rode lantaarn te moeten dragen’.⁴⁶

Gegeven het feit dat toepassing van de *liquidatietarief-rule* de rechter minder tijd kost dan afwijking middels een *standard*, bestaat er een prikkel om laatstgenoemde optie te vermijden, omdat die de eigen productiviteit verlaagt. Daarentegen is er geen positieve, eigen productiviteit verhogende, prikkel voor de rechter die aan verstoring procesgedrag een kostenconsequentie verbindt en daarmee voor *deterrence* zorgt. Het effect van *satellite litigation* en het bieden van procedurele waarborgen is direct waarneembaar binnen de eigen zaak⁴⁷, terwijl het effect van *deterrence* versnipperd is

⁴² Zie bijvoorbeeld Rapport Kengetallen Gerechten 2009.

⁴³ Rapport Rechtspraak is kwaliteit 2006, p. 48.

⁴⁴ Rapport Rechtspraak is kwaliteit 2006, p. 49-50.

⁴⁵ In Nederland zijn de mogelijkheden voor interne promoties binnen de rechterlijke macht relatief groot, in vergelijking met de Verenigde Staten, aldus Kerkmeester & Visscher 2010, p. 13 en 17-18.

⁴⁶ Boone e.a. 2007.

⁴⁷ *Satellite litigation* heeft invloed op de doorlooptijd en de bestede tijd, terwijl het onvoldoende bieden van procedurele waarborgen kan leiden tot wrakingen en vernietigingen/cassaties.

over alle toekomstige zaken. *Deterrence* komt dus slechts voor een heel klein deel ten goede aan de rechter zelf.⁴⁸ Daarentegen hebben materiële consequenties een direct effect in de eigen zaak, dus het systeem duwt rechters meer in de richting van materiële consequenties dan van kostenconsequenties.⁴⁹

Samengevat zijn er drie ‘eigenbelang’-factoren in het systeem die de rechter prikkelen tot het volgen van het liquidatietarief, zonder daarvan af te wijken of de nodeloze kostenregeling toe te passen: (1) *standards* kosten meer om toe te passen, (2) het bekostigingssysteem is gebaseerd op de kwantiteit van de productie en (3) *satellite litigation* en gebrekkige procedurele waarborgen uitend zich in de zaak zelf; (*under*)*deterrence* komt pas in toekomstige zaken werking toe.

De *incentives* werken dus duidelijk in de richting van terughoudendheid, maar het blijft de vraag of rechters daar gevoelig voor zijn.⁵⁰ De geïnterviewde rechters noemen zelf nauwelijks redenen die in de sfeer van de eigen productiviteit liggen, maar zoals in hoofdstuk 5 reeds is vermeld, kan dit liggen aan sociaal wenselijk (‘rechtsstatelijk’) antwoorden en/of speelt het onbewust mee.⁵¹ Slechts drie van de achttien rechters gaven te kennen dat het geautomatiseerd kunnen uitrekenen van het liquidatietarief meespeelt bij hun terughoudendheid om af te wijken. De factor dat de kostenveroordeling het staartje van het eindvonnis is en rechters zich het liefst toespitsen op het materiële geschil zorgde voor meer herkenning: de helft van de rechters dacht dat het mee kon spelen, maar de andere helft nam hier afstand van.

Duidelijk is dat het systeem van een *rule* (waarin de factor ‘gedrag’ geen rol speelt) met mogelijke afwijking op grond van een *standard* de rechters in ieder geval niet prikkelt om kostenconsequenties ten aanzien van gedrag toe te passen. Het tegendeel is eerder het geval, al is niet helder of rechters daarmee vooral de partijen willen beschermen tegen onvoorspelbaarheid en de kosten van *satellite litigation* of dat ook hun eigen belang in de bekostigingssystematiek daarbij in meer of mindere mate meespeelt.

8.3.2.2 *Status quo bias*

De vorige subparagraaf ging over de economische, rationele prikkels die rechters krijgen om kostenconsequenties met terughoudendheid toe te passen. Er is echter ook een psychologische *bias* die kan meespelen bij de rechterlijke neiging om het

⁴⁸ Daarbij moet de kanttekening worden gemaakt dat een individuele rechter eventueel een ‘streng imago’ kan krijgen, waardoor de *deterrence* wel degelijk de eigen zaken ten goede komt, maar dergelijke reputaties zullen pas na een langere periode ontstaan en slechts bij een kleine kring van advocaten bekend zijn.

⁴⁹ Materiële consequenties kwamen in de interviews al naar voren en worden in § 8.7 besproken.

⁵⁰ Rechters willen immers vooral *good judges* zijn, aldus Posner 2008, p. 59-60.

⁵¹ Zie ook Posner 2008, p. 72.

liquidatietarief te volgen: de *status quo bias*.⁵² Deze houdt in dat mensen een voorkeur hebben voor de situatie zoals die op dat moment is: bij een keuze tussen meerdere opties zullen ze systematisch eerder kiezen voor de optie die in hun perceptie overeenkomt met de status quo.⁵³ Dit kan zich uiten in een scala van beslissingen, variërend van het herverkiezen van een zittende president tot de keuze voor hetzelfde broodbeleg als de dagen ervoor.⁵⁴ Korobkin past de theorie toe op *default rules* (aanvullend recht) die in het contractenrecht worden toegepast zolang partijen daar niet contractueel van afwijken.⁵⁵ In de praktijk weerhoudt de *status quo bias* partijen er vaak van om contractueel van de aanvullende rechtsregel af te wijken.⁵⁶

Het liquidatietarief is een *rule* waarbij het voor de hand ligt dat die als de status quo wordt gezien. Deze is nauwkeurig vastgelegd en wordt in de meeste gevallen toegepast, terwijl de afwijking op grond van de *standard* eerder als een exotische uitzondering wordt gezien. Dat blijkt ook uit de antwoorden van enkele geïnterviewde rechters die het liquidatietarief zien als ‘de afspraak’ die voor de partijen verwachtingen schept en waaraan rechters zich in beginsel dienen te houden.

Dat de *status quo bias* enige bijdrage levert aan de rechterlijke terughoudendheid ligt voor de hand, maar het is wel de vraag of dit verandert als de normen voor afwijking van het tarief en de nodelozekostenregeling scherper worden geregeld. Ook als het liquidatietarief wordt voorzien van scherpere *rules* ter afwijking van de hoofdregel, zal die hoofdregel vermoedelijk nog steeds als status quo worden gezien. Dit geldt met name als het volgen van de hoofdregel geen motivering behoeft en de afwijking wel. Anderzijds maken dergelijke scherpe normen het wel eenvoudiger voor de rechter om af te wijken dan de huidige vage normen, wat in ieder geval de drempel verlaagt om van de status quo af te wijken.⁵⁷

8.3.3 Scherpe normen invoeren in het Nederlandse systeem?

Scherpere normen lijken een goed alternatief te vormen waarmee het Nederlandse systeem kan worden verrijkt, doordat ze zorgen voor meer voorspelbaarheid en minder *satellite litigation* in de gevallen waarin van de hoofdregel wordt afgeweken en kostenconsequenties worden verbonden aan procesgedrag. Ook Hodges, Vogenauer &

⁵² Deze bias is overigens gerelateerd aan de eerder besproken *endowment effect* en *loss aversion*. Zie Korobkin 1998, p. 625. Samuelson & Zeckhauser 1988, p. 35-36, wijzen er echter op dat het bij de *status quo bias* niet gaat om *framing* van winst of verlies, terwijl dat bij de andere *biases* wel zo is.

⁵³ Zie o.a. het experiment van Samuelson & Zeckhauser 1988. Zie ook het literatuuroverzicht van Korobkin 1998, p. 625-630.

⁵⁴ Zie nog meer praktijkvoorbeelden in Samuelson & Zeckhauser 1988, p. 10-11.

⁵⁵ Korobkin 1998.

⁵⁶ Dit terwijl afwijking in die gevallen maatschappelijk wenselijk kan zijn. Zie ook Van Bijnen 2004.

⁵⁷ Als de scherpe regels worden voorzien van een plicht voor de rechter om af te wijken, dan is er voor de *status quo bias* überhaupt nog weinig tot geen ruimte.

Tulibacka suggereren in hun rechtsvergelijkende onderzoek dat dit een goede oplossingsrichting kan zijn:

‘Perhaps it would be better to develop a system with a strict tariff that allows for a number of limited and clearly circumscribed (and thus predictable) exceptions, rather than a conferral of vaguely defined ‘discretion’ on judges. Of course, such rigour will come at the expense of substantive justice in a (small) number of cases.’⁵⁸

Scherpe normen geven daarnaast meer sturing, waardoor de eventuele invloed van ‘eigenbelang’-factoren en de *status quo bias* op de rechterlijke terughoudendheid wordt ingeperkt. Ook wordt de lastig te bepalen grens tussen nodig en onnodig gedrag⁵⁹ scherper getrokken, hetgeen niet alleen rechters houvast geeft bij hun kostenbeslissing, maar ook de partijen en hun advocaten bij het bepalen van hun processtrategie. Als partijen en advocaten hun gedrag aanpassen aan de scherp geformuleerde criteria ten aanzien van procesgedrag, dan wordt het doel van betere *deterrence* reeds bereikt in de schaduw van dreigende kostenconsequenties. De *satellite litigation* kan dan tegelijk beperkt blijven.

Er moet uiteraard wel goed worden nagedacht over de bindendheid, de scherpte en de mate van detail wanneer wordt gekozen voor scherpe normen. In de praktijk komt de eerdergenoemde combinatie van scherp geformuleerde criteria, die in onbillijke gevallen opzij gezet kunnen worden door een *standard*, veel voor. Denk aan de kantonrechtersformule met een scherpe A- en B-factor, maar met een C-factor die ruimte biedt voor afwijking en waarin de rechter meerdere aspecten kan meewegen. Ook de oriëntatiepunten voor straftoemeting en de alimentatienormen volgen deze systematiek.⁶⁰

Het probleem met het liquidatietarief is niet dat het uiteindelijk niet bindend is en dat een *standard* het sluitstuk vormt van de *rules*. Dat de rechter bij een volstrekt onbillijk resultaat van de tarieven zou moeten mogen afwijken is op grond van de procedurele kwaliteit goed te verantwoorden. Het probleem ligt meer in het feit dat de variabele ‘gelijk’ vrijwel uitpuittend is uitgewerkt, terwijl de wet en rechtersregelingen de variabele ‘gedrag’ totaal open laten, waardoor rechters die links laten liggen in hun beslissing.⁶¹ Scherpere criteria ten aanzien van de doorberekening van procesgedrag in

⁵⁸ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009, p. 37-38.

⁵⁹ Zie hoofdstuk 5.

⁶⁰ Deze drie voorbeelden zijn alle te vinden op www.rechtspraak.nl; zoeken op ‘kantonrechtersformule’, ‘alimentatienormen’ en ‘oriëntatiepunten’ (laatst geraadpleegd op 4 maart 2011).

⁶¹ Daarbij komt dat er een asymmetrie in de motiveringsvereisten zit. Van de rechter wordt geen motivering verwacht bij het volgen van het liquidatietarief, maar wel bij het afwijken daarvan. Het is een optie om van rechters te eisen dat ze ook het volgen van het liquidatietarief gaan motiveren. De *status quo bias* neemt dan af, maar het is ook omslachtig en de voordelen wegen wellicht niet op tegen de extra beslistijd en -kosten. Mogelijk ontstaan dan ook standaardmotiveringen.

de proceskostenveroordeling kunnen dus de terughoudendheid van rechters doen afnemen, evenals de besliskosten van rechters en partijen, maar die criteria hoeven uiteindelijk noch bindend noch uitputtend te zijn om hun doel grotendeels te kunnen bereiken.

Te specifiek omschreven verstorende gedragingen kunnen leiden tot te complexe regels die alleen toepasbaar zijn op zeldzame gevallen. Frequentie is dus een belangrijke factor bij het bepalen van de juiste specificiteit, waardoor het voor de hand ligt om ook te kijken naar de rechterlijke antwoorden bij de ‘overlast-top 3’ in de interviewstudie. Late stellingen en feiten, laat ingebrachte bewijsstukken, kansloze stellingen en verweren en het onvoorbereid of niet verschijnen ter zitting werden veel genoemd, terwijl bijvoorbeeld de *fishing expedition* en het weigeren om bewijsstukken over te leggen nauwelijks werden genoemd. Hierbij past wel de kanttekening dat deze gehanteerde lijst met verstorende gedragingen reeds scherpere en vager geformuleerde gedragingen kent. Een regel als ‘niet verschijnen ter zitting leidt tot kostenconsequentie X’ is op zichzelf al scherper dan de regel ‘een kansloze stelling leidt tot kostenconsequentie Y’, omdat de term ‘kansloos’ nog nader moet worden ingevuld.

Inspiratie kan ook worden gehaald uit het gegeven overzicht in hoofdstuk 6 van scherpe normen in het buitenland. Deze bevatten een scala aan scherpe en ‘halfscherpe’ normen. De Duitse norm voor nieuwe feiten in hoger beroep is bijvoorbeeld tamelijk scherp⁶², terwijl één van de Nieuw-Zeelandse normen (met *indemnity costs* als rechtsgevolg) ondanks de vele gebruikte woorden vrij open blijft:

‘The court may order a party to pay indemnity costs if the party has acted vexatiously, frivolously, improperly, or unnecessarily in commencing, continuing, or defending a proceeding or a step in a proceeding.’⁶³

Ten slotte zal de optimale mate van scherppte ook afhangen van de verdere inbedding in het Nederlandse systeem. Zoals vermeld zullen de kosten van het creëren van de normen vermoedelijk lager zijn als ze in het liquidatietarief worden opgenomen, dan wanneer ze in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moeten komen te staan. Ook zou bij sommige kostenconsequenties kunnen worden aangesloten bij bestaande processuele voorschriften in Rechtsvordering of de rolreglementen, die momenteel weliswaar een redelijk scherpe gedragsnorm behelzen, maar waaraan nog niet expliciet een kostenconsequentie is gekoppeld. Denk daarbij aan normen waaraan nu de mogelijkheid van een ‘geraden gevolgtrekking’ is verbonden, zoals artikel 21 Rv en

⁶² ‘Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie in einem früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war’ § 97 (2) ZPO.

⁶³ Rule 14.6 (4)(a) High Court Rules.

artikel 88 lid 4 Rv. Hoe beter kostenconsequenties worden ingebed in het systeem, hoe sneller rechters waarschijnlijk ook de *status quo bias* kunnen overstijgen.

8.3.4 *Conclusie scherpe normen*

Scherpere criteria voor kostenconsequenties ten aanzien van gedrag hebben de potentie om de rechterlijke terughoudend terug te dringen en voor meer voorspelbaarheid en *deterrence* te zorgen, terwijl de *satellite litigation* laag blijft. Daardoor kan beter worden gescoord op tijd en kosten. Om ook de procedurele kwaliteit te waarborgen, moet de rechter wel de mogelijkheid hebben om in klaarblijkelijk onbillijke situaties af te wijken van de *rule(s)*. De tijd en kosten van regelgeving kunnen laag worden gehouden door niet té gedetailleerde criteria te maken, door deze neer te leggen in een laagdrempelig te wijzigen (rechters)regeling en door de normen zoveel mogelijk aan te laten sluiten bij bestaande processuele voorschriften.

In deze paragraaf is vooral ingegaan op scherpe normen ten aanzien van het gedrag waarvan de consequenties moeten worden doorberekend. Scherpe normen ten aanzien van de hoogte van kostenconsequenties zijn nog niet besproken. Die zullen in de volgende paragraaf aan bod komen, bij de door België geïnspireerde minimum- en maximumbedragen.

8.4 *Minimum- en maximumbedragen*

Het alternatief van minimum- en maximumbedragen is in het vorige hoofdstuk als volgt abstract geformuleerd:

- Forfaitaire vergoedingen van advocatenkosten met een basisbedrag en de mogelijkheid voor de rechter om gemotiveerd af te wijken tot aan een wettelijk bepaald minimum- of maximumbedrag;
- De kennelijk onredelijke situatie als criterium om af te wijken;
- Het verbod om die minima of maxima te overschrijden, zelfs bij procesrechtsmisbruik.

In het licht van de vorige paragraaf over scherpe normen kan het tweede punt, de kennelijke onredelijkheid van de situatie als criterium, direct worden doorgestreept. Dat is immers net zo goed een *standard* als de Nederlandse criteria bij afwijking van het liquidatietarief en de nodelozekostenregeling en het is weinig zinvol om die Nederlandse criteria door een even open criterium te vervangen.

Meer potentie lijkt het element van absolute minimum- en maximumbedragen te hebben. Dat kan zorgen voor een systeem dat minder rigide is dan het liquidatietarief, maar dat nog wel tot een redelijke mate van voorspelbaarheid en minder *satellite litigation* leidt, doordat de kostenveroordeling altijd binnen een bepaalde bandbreedte blijft. Kan het Belgische systeem een (gulden?) middenweg zijn

tussen de Nederlandse uitersten van een strikt, eenduidig tarief en de volledig vrije afwijking ervan?

De precieze effecten van minimum- en maximumbedragen hangen natuurlijk af van de uitwerking: hoe hoog worden de minima en maxima gezet ten opzichte van het basisbedrag en ten opzichte van de gemiddeld werkelijk gemaakte kosten? Hoe scherp en hoe streng zijn de criteria op grond waarvan de rechter van het basisbedrag kan afwijken richting minimum of maximum? Welke waarborgen hebben partijen tegen de toepassing van kostenconsequenties? De antwoorden op deze vragen bepalen uiteindelijk de mate van *deterrence*, *satellite litigation*, procedurele waarborgen en voorspelbaarheid, die vervolgens weer invloed hebben op de vier criteria uit het toetsingskader: tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en van procedure.

8.4.1 Hoogte maximum

De Belgische bedragen vallen soms lager en soms hoger uit dan in Nederlandse vergelijkbare situaties: met name bij de hogere instanties en in de gevallen waarin veel proceshandelingen worden verricht zijn de kostenveroordelingen in Nederland hoger, omdat de Belgische tarieven niet zijn gerelateerd aan het aantal proceshandelingen en de tarieven voor eerste aanleg en hoger beroep daar even hoog zijn. Zo geldt in een zaak met een belang van € 30.000,- in België een basisbedrag van € 2.000. Het minimum is € 1.000 en het maximum € 4.000. Deze bedragen gelden ook in hoger beroep. Voor een dergelijke zaak geldt in Nederland in eerste aanleg een vergoeding van € 579 per tariefpunt, wat wil zeggen dat de Nederlandse kostenveroordeling normaliter lager zal zijn dan de Belgische, wanneer slechts één conclusiewisseling en één comparitie plaatsvinden (samen 2 punten = € 1.158). Zodra het echter tot incidenten, bewijsverrichtingen en pleidooien komt, kan het Nederlandse puntenaantal tot maximaal 7⁶⁴ oplopen en overstijgt het totaalbedrag van € 4.053 zelfs het Belgische maximumbedrag.⁶⁵ In dergelijke zaken is het maximumbedrag in België te laag om conform de rechtseconomische theorie voor voldoende *deterrence* te zorgen. Dergelijke *underdeterrence* in gecompliceerde zaken is een gemiste kans, omdat juist in die zaken meer mogelijkheden bestaan voor een partij om onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag te vertonen. Sterker nog: een van de gedragingen op de lijst met versturende gedragingen die relatief vaak werd genoemd in de top 3 is die van ‘overbodige processuele verrichtingen’. Die verrichtingen leiden onder het Nederlandse liquidatietarief wel tot extra punten, maar in het Belgische systeem kan

⁶⁴Uit het liquidatietarief: ‘Tarief III: Dit tarief geldt met betrekking tot zaken van een geldswaarde van € 20.000 tot € 40.000. In dit tarief wordt ieder punt gewaardeerd op € 579 met een maximum van 7 punten.’

⁶⁵ Hetzelfde geldt in hoger beroep, waar het liquidatietarief in tarief III € 1.158 met een maximum van 4 punten bedraagt, hetgeen dus het Belgische maximum van € 4.000 net kan overstijgen.

zelfs in de zaken met de meest verstorende gedragingen het maximum van € 4.000 niet worden overschreden.

Lage maximumbedragen leiden tot ongeveer hetzelfde nadeel als bij de huidige Nederlandse nodelozekostenregeling: het is zonde van de administratieve kosten van rechters als zij die besteden aan het detecteren van verstorend gedrag en daar vervolgens een te lage consequentie aan koppelen, zodat ondanks de moeite *underdeterrence* blijft bestaan.

Een mogelijke oplossingsrichting hierbij is een mix tussen het Nederlandse en het Belgische systeem: het aantal proceshandelingen en differentiatie in tarieven van het huidige liquidatietarief handhaven, maar de waarde per punt voorzien van een maximumtarief.⁶⁶ Het liquidatietarief wordt dan wel iets ingewikkelder, omdat de tarieven er dan (ongeveer) uit komen te zien als in dit voorbeeld:

Tarief III

Dit tarief geldt met betrekking tot zaken van een geldswaarde van € 20.000 tot € 40.000. In dit tarief wordt ieder punt gewaardeerd op een basisbedrag van € 579 (met mogelijke afwijking naar maximaal € 1.058) met een maximum van 7 punten.⁶⁷

Dit Nederlands-Belgische compromis voegt het voordeel van voorspelbare minima en maxima toe aan de Nederlandse situatie, zonder het Belgische nadeel van *underdeterrence* in zaken met veel processuele verrichtingen mee te nemen.

Om voldoende *deterrence* te bereiken, zou het maximumtarief gemiddeld genomen moeten overeenkomen met de werkelijk gemaakte kosten.⁶⁸ Een dergelijk hoog maximum gaat wel iets ten koste van de voorspelbaarheid, hoewel het uiteraard nog altijd voorspelbaarder en werkbaarder blijft dan een systeem zonder enig maximum.

Een groot voordeel van een forfaitair maximum boven de Nederlandse huidige Nederlandse optie van de veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten is immers dat voor het berekenen van werkelijk gemaakte kosten de administratieve lasten veel hoger zijn. Net als in IE-zaken nu al gebeurt, moeten dan kostenstaatjes door partijen worden opgesteld, die de wederpartij kan betwisten en waarover de rechter vervolgens moet beslissen. Bovendien zou een sterkere *status quo bias* kunnen bestaan als geen maximum is vastgelegd.

⁶⁶ Het minimumtarief is hier weggelaten, zie daarvoor de volgende subparagraaf.

⁶⁷ De termen 'basisbedrag' en 'afwijking' kunnen alsnog de *status quo bias* laten bestaan, maar ik vrees dat als neutraal wordt gesproken van 'een bandbreedte tussen € 579 en € 1.058', rechters snel een bedrag in het midden van die bandbreedte van elkaar zullen afkijken en dat praktisch tot standaard verheffen (bijvoorbeeld € 800).

⁶⁸ Bij een pakkans van minder dan 100% zelfs nog hoger, maar aan dergelijke punitieve maxima kleven ook bezwaren, zie 7.4.6.

In de indicatietarieven in IE-zaken zouden de huidige bedragen eveneens kunnen worden omgezet in basis- en maximumbedragen, zoals er nu reeds onderscheid is tussen bedragen in eenvoudige en complexe procedures.

8.4.2 *Behoeftte aan een minimumtarief?*

Hierboven kwam naar voren dat het maximumbedrag niet te laag moet zijn, om zo voldoende *deterrence* te behouden. Maar is er ook een ratio achter een minimumtarief dat hoger is dan € 0?⁶⁹ De reden om de bandbreedte van mogelijke bedragen beperkt te houden, lijkt in België vooral te zijn ingegeven met het oog op voorspelbaarheid.⁷⁰ Een absoluut minimumbedrag betekent echter ook dat de winnende partij altijd minstens dat bedrag krijgt, zelfs als die apert onredelijk gedrag in de procedure heeft vertoond. Dat is niet alleen onredelijk, maar zorgt ook voor onvoldoende afschrikking ten opzichte van partijen die uiteindelijk weliswaar het gelijk aan hun zijde hebben, maar zich misdragen bij het behalen van dat gelijk, door bijvoorbeeld overdreven hoge vorderingen in te stellen, rauwelijks te dagvaarden of hun vorderingen pas laat in de procedure van goede onderbouwing en/of bewijsstukken te voorzien.⁷¹

Voorspelbaarheid van kosten zal over het algemeen een belangrijkere rol spelen bij het plafond van de kostenveroordeling, dan bij de bodem.⁷² De extra voorspelbaarheid van een minimumbedrag lijkt daardoor niet op te wegen tegen het verlies aan *deterrence* als gevolg daarvan. Voorspelbaarheid én *deterrence* kunnen wellicht beter verkregen worden door scherpe normen te formuleren voor afwijking naar beneden, dan door een minimumbedrag.

Dat geldt temeer wanneer gekozen wordt voor het hierboven aangedragen Nederlands-Belgische compromis, waarin het Nederlandse puntensysteem wordt behouden. Als dan een minimumtarief geldt per punt, zou de winnende partij ook voorodeloze procesactiviteiten (bijvoorbeeld een zitting waar zij niet verschenen is) nog altijd dat minimum ontvangen.

⁶⁹ Onze zuiderburen hebben er voor gekozen om het minimumtarief in de lagere schalen steeds de helft te laten bedragen van het basisbedrag, maar bij de hogere schalen wordt dit losgelaten en is het minimumbedrag steeds € 1.100. Zie tabel 6.1 in § 6.4.1.

⁷⁰ Zie Van Doninck 2009, p. 310-311 en zijn verwijzingen naar de Belgische parlementaire geschiedenis. Van Doninck laat daarnaast zien dat er nog onduidelijkheid is over de vraag of en wanneer de rechter zou mogen compenseren op basis van gedeeld (on)gelijk, waardoor de onvoorspelbaarheid 'weer naar binnen glipt'.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld Ktr Roermond 3 juni 2008, *LJN* BD3971 en Ktr Nijmegen 1 juni 2007, *LJN* BA6373, waarin de rechter oordeelde dat de verliezer de proceskosten niet behoefde te dragen, vanwege de proceshouding van de winnaar.

⁷² De zekerheid dat je nooit meer dan € 10.000 aan proceskosten kwijt bent, of ontvangt, is een grotere beperking van risico's en een stimulans van voorspelbaarheid, dan de zekerheid dat je minimaal € 1.000,- betaalt of ontvangt.

De introductie van minimumbedragen hoger dan € 0,- in het Nederlandse systeem lijkt al met al een minder goed idee dan het invoeren van maxima.

8.4.3 De scherpheid van de criteria en bedragen

De algemene effecten van scherpe normen en van procedurele waarborgen zijn eerder al aan bod gekomen. In het kader van de werking van minimum- en maximumbedragen is vooral van belang wat de regels zijn die bepalen wanneer en in welke mate van het basisbedrag mag worden afgeweken. Dus stel dat bij een gegeven zaaksbelang het basisbedrag € 2.000 is, het minimumbedrag € 0 en het maximumbedrag € 6.000, wanneer mag de rechter dan afwijken naar nihil, wanneer naar € 6.000 en, eventueel, wanneer naar een tussenliggend bedrag: bijvoorbeeld € 3.000?

Scherpe normen zorgen voor meer *deterrence* en voorspelbaarheid en voor minder *satellite litigation*. Omdat in elke zaak een kostenveroordeling wordt genomen, is investeren in dergelijke richtsnoeren bovendien de moeite waard.⁷³ Scherpheid kan worden bereikt door niet alleen de versturende gedraging te benoemen, maar ook de hoogte van de daaraan gekoppelde kostenconsequentie. Bijvoorbeeld: bij leugens en bedrog moet de rechter afwijken naar € 6.000, bij niet-nakoming van de substantiëringsplicht door de verliezende partij naar € 3.000 (of naar € 1.000 als de winnende partij deze heeft veroorzaakt). Het nadeel van een dergelijke werkwijze is de omvangrijke lijst van gedragingen en daaraan gekoppelde bedragen die moet worden opgesteld, hetgeen zorgt voor hoge kosten bij het opstellen (en wijzigen), voor complexiteit en voor discussies over grensgevallen.⁷⁴ Het lijkt daarom beter om versturende gedragingen wel in scherpe normen op te nemen, maar daaraan niet allerlei verschillende kostenconsequenties in de vorm van concrete bedragen per gedraging te koppelen.

Hoe strikter de criteria zijn om af te wijken van het basisbedrag en hoe meer procedurele waarborgen daaraan worden verbonden, hoe lager de *deterrence*. Procedurele waarborgen als ‘safe harbors’, extra hoor- en wederhoor over een kostenconsequentie, hoger beroep en uitgebreide rechtelijke motivering leiden bovendien tot *satellite litigation*. Anderzijds kunnen waarborgen wel de kwaliteit van uitkomsten en met name van de procedure bevorderen. Deze *trade-off* kwam reeds algemener aan bod in § 7.4.5. Om de tijd- en kostenvoordelen te behouden, lijkt het

⁷³ Zie § 8.3.1 over het belang van de factor frequentie voor de keuze tussen *rules* en *standards* en voor de mate van specificiteit van de *rule*.

⁷⁴ Als aan gedragingencategorie A een hogere kostenconsequentie wordt gekoppeld dan aan gedragingencategorie B, dan kan *satellite litigation* ontstaan over de vraag in welke categorie een concrete gedraging valt. Hoe meer en hoe nauwer de categorieën zijn gedefinieerd, hoe groter het aantal grensgevallen.

niet aan te bevelen om meer procedurele waarborgen te bieden dan bij de normale kostenveroordeling op basis van gelijk.⁷⁵

8.4.4 *Conclusie minimum- en maximumbedragen*

Het Belgische systeem van minimum- en maximumbedragen biedt goede inspiratie, nu een aantal elementen – maar niet alle – sommige problemen uit het huidige Nederlandse systeem kunnen verhelpen.

Voor al het vervangen van de veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten door forfaitaire maximumbedragen is een goede optie. Voor voldoende *deterrence* is dan van belang dat de maxima hoog genoeg zijn, wat mede kan worden bereikt door het maximum niet alleen te koppelen aan het zaaksbelang (zoals in België), maar ook aan het aantal proceshandelingen, zoals die nu in Nederland ook al worden meegewogen.

Minimumbedragen en het criterium ‘kennelijke onredelijkheid van de situatie’ lijken daarentegen geen meerwaarde te bieden.

Voorspelbaarheid en *deterrence* kunnen beter worden bereikt met scherpe normen, die bepalen bij welk verstorend procesgedrag de rechter van het basisbedrag kan afwijken naar beneden of naar het maximum. Het inperken van procedurele waarborgen voorkomt *satellite litigation* en *underdeterrence*, en leidt daarmee tot een tijd- en kostenvoordeel, maar dat voordeel kan wel iets ten koste gaan van procedurele en uitkomstenkwaliteit.

Al met al blijkt uit deze ‘stand van de knop’ dat forfaitaire maximumbedragen, mits hoog genoeg, een veelbelovende toevoeging zijn om de *satellite litigation* te verlagen met minstens gelijkblijvende *deterrence*, zodat het systeem hoger kan scoren op de criteria tijd en kosten, zonder nadelige effecten op de andere criteria.

8.5 *Indemnity basis*

Het systeem met een *indemnity basis* is als volgt gedefinieerd, op basis van de bevindingen uit een aantal Gemenebestlanden:⁷⁶

- Er is een *standard basis* met forfaitaire tarieven en/of een proportionaliteitstoets (de kostenveroordeling mag niet te hoog zijn ten opzichte van het zaaksbelang), waardoor de kostenveroordeling normaliter niet kostendekkend is;
- Er is een *indemnity basis* die de rechter (uitgebreid) gemotiveerd toepast bij de zwaardere varianten van verstorend procesgedrag;

⁷⁵ Daarbij geldt wel een recht op hoger beroep, maar geen extra hoor- en wederhoor en in beginsel ook geen motiveringsplicht, zie hoofdstuk 4.

⁷⁶ Engeland (& Wales), Canada, Australië en Nieuw-Zeeland, zie § 6.5.

- Bij de *indemnity basis* worden de forfaitaire tarieven en/of proportionaliteitstoetsen van de *standard basis* losgelaten. De ontvanger krijgt daardoor een significant hogere kostenvergoeding dan normaal;
- De eis dat alleen de redelijk gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen blijft bij de *indemnity basis* overeind staan;
- De werkelijk gemaakte proceskosten worden nooit overstegen.

8.5.1 Aanvullend instrument voor grovere verstoringen

In de vier besproken landen heeft de *indemnity basis* een aanvullende functie naast lichtere kostenconsequenties, want ook binnen de *standard basis* bestaat steeds al de mogelijkheid om rekening te houden met procesgedrag bij het vaststellen van de redelijke kosten. De *indemnity basis* is er duidelijk voor de zwaardere gevallen.⁷⁷ Daarom ligt het bij de toetsing van dit alternatief voor de hand om aan te sluiten bij wat in hoofdstuk 7 is benoemd als gedrag met *illicit utility*: gedragingen die ernstig verwijtbaar of zelfs opzettelijk zijn en waarbij de versturende partij in de zin van het toetsingskader geen acceptabel en beschermwaardig belang heeft.

Ook voor Nederland zal ik het alternatief op die manier beschouwen. Is er naast kostenconsequenties waarbij de nadruk op ‘doorberekenen’ (*pricing*) van extra kosten op basis van risico ligt, ook behoefte aan aanvullende kostensancties om de ernstig verwijtbare en opzettelijke procesversturende gedragingen nog harder af te schrikken?

8.5.2 Welke gedragingen komen hiervoor in aanmerking?

Tijdens de interviewstudie is aan rechters gevraagd naar de oorzaken en motieven die zij achter verstoringend procesgedrag dachten te zien. Daarin kwam naar voren dat rechters vooral slordigheden zien, veroorzaakt door gebreken in de planning en voorbereiding, miscommunicatie tussen advocaat en cliënt, drukte en onbekwame advocaten. Voor dat gedrag ligt *pricing* volgens de economische theorie meer voor de hand dan een harde kostensanctie, omdat harde sancties *overprecaution* kunnen veroorzaken, waarbij het teveel aan voorzorg tot onnodige tijd en kosten leidt.⁷⁸

Opzettelijk gedrag met oogmerk op kosten en vertraging komt in de ogen van de geïnterviewde rechters veel minder voor. Voorbeelden zijn wraak, het financieel uitputten van de wederpartij en het traineren van de procedure om uitstel van betaling te krijgen, waarbij vooral overbodige processuele verrichtingen kunnen worden gehanteerd. Op dergelijk gedrag zou de mogelijkheid van een *indemnity basis* in elk geval gericht moeten zijn.

⁷⁷ Dit blijkt ook wel uit de categorisering en voorbeelden die Cook gebruikt (Cook 2010, p. 155) bij zijn bespreking van de Engelse *indemnity basis*. Zie ook § 6.5, waarin blijkt dat de drempels in Canada, Australië en Nieuw-Zeeland ook hoger liggen dan het niveau van ‘normale’ slordigheden en onbekwaamheden.

⁷⁸ Zie over *overprecaution* ook § 7.4.6-7.4.7.

Aan de hand van de interviewdata is echter nog een tussencategorie opgemaakt ('opzet zonder oogmerk en bewuste schuld') waaronder onder andere vallen: liegen/bedriegen/simuleren, bewuste niet-nakoming van de substantiëringsplicht door *repeat players* om de eigen kosten laag te houden en de tactiek om de kaarten op de borst te houden tot het juiste moment voor een 'verrassingsaanval' daar is. Bij deze gedragingen is moeilijk in het algemeen te zeggen of een zwaardere sanctie gepast is of dat *pricing* voldoende is als *deterrence*.

Zo is het nut dat een partij ontleent aan liegen wel duidelijk *illicit utility*, omdat het belang om op valse gronden de procedure te winnen niet beschermenswaardig is: het dient immers niet de kwaliteit van uitkomsten of de procedure. Eerder zal het tegendeel waar zijn. Omdat aan liegen geen te erkennen nut toekomt, kan er bij streng optreden ook geen *overprecaution* ontstaan. Dus bij leugens zou een *indemnity basis* een gepaste mogelijkheid kunnen zijn.

Anders ligt dit bij het veel voorkomende euvel van *repeat players* die hun dagvaardingen te summier opstellen, in strijd met wat de substantiëringsplicht vereist, en van te weinig bewijsstukken voorzien. Sommige geïnterviewde rechters zeiden begrip te hebben voor het feit dat als 70 tot 90% van de bulkzaken in verstek eindigt⁷⁹, het zonde is als de *repeat players* hun investering in die dagvaardingen moeten verdubbelen. Door een (te) zware sanctie als de *indemnity basis* op deze verzuimen te zetten, worden *repeat players* gedwongen om deze kosten toch te maken. Er ontstaat dan *front-loading* van kosten en het is niet alleen in het belang van de *repeat players* zelf dat dat neveneffect beperkt blijft, maar ook van de klanten van deze incassobureaus, energiebedrijven en woningcorporaties.⁸⁰ Voor dit soort verstorend procesgedrag is *pricing* een betere remedie dan de *indemnity basis*, omdat niet volledige afschrikking het doel is, maar een juiste afweging waarin de kosten van verschenen gedaagden en de rechterlijke macht worden meegewogen, hetgeen bewerkstelligd kan worden door hun extra kosten door te berekenen aan de *repeat player*.

Ook het met hagel schieten (kansloze stellingen en verweren) is een lastige tussenvorm, waarvan de oorzaak soms onbekend is. Het kan onbekwaamheid aan de zijde van de advocaat zijn, die daadwerkelijk niet weet welke punten wel of geen kans hebben en dus maar een vage mist van stellingen en verweren optrekt. Maar het kan ook een (verstandige!) tactiek van de advocaat zijn om een hagelschot te lossen. Uit de interviewstudie kwam reeds naar voren dat het loont voor de per uur betaalde advocaat om lange stukken met veel punten op te stellen, omdat de eigen cliënt niet de kansrijkheid per punt kan beoordelen en snel tevreden zal zijn met een advocaat die met lange stukken 'alles uit de kast haalt'. Bovendien zal de wederpartij op alles

⁷⁹ Freudenthal 2007, p. 201; zie ook Baarsma & Theeuwes m.m.v. Barendrecht 2011, p. 484-485, en verwijzingen.

⁸⁰ Zie § 7.3.2.2.

moeten reageren en daardoor sneller verward en financieel en/of emotioneel uitgeput raken. Ook hier lijkt *pricing* beter dan een strenge sanctie, omdat de rechter moeilijk kan bepalen of achter dit gedrag onbekwaamheid, slordigheid of opzettelijke tactiek zit en omdat te harde sancties tot te voorzichtige stellingnamen in de procedure kunnen leiden, wanneer partijen en hun advocaten geen risico's meer durven te nemen door de dreiging van een zware kostensanctie. Dat kan tot verslechtering van de kwaliteit van uitkomsten en ook van de procedure leiden.⁸¹

Kortom, het valt niet mee om op basis van de theorie een praktisch onderscheid te maken tussen versturende gedragingen waarbij doorberekening afdoende is en gedragingen waarbij een zwaardere kostensanctie gepast kan zijn. De eventuele grens is dus altijd arbitrair, maar kan het beste toch zo scherp mogelijk worden getrokken, in het kader van de voorspelbaarheid. Een vertaling van de categorisering die Cook heeft gemaakt in het kader van de Engelse variant zou waarschijnlijk nog niet scherp genoeg zijn.⁸²

8.5.3 *Uitgebreide motivering*

Als de rechter een kostensanctie uitgebreid moet motiveren, kan dat in de eerste plaats worden gezien als een procedurele waarborg, die via *informational justice* zorgt voor een betere procedurele kwaliteit, maar wel tegen de prijs van extra tijd en kosten. De in hoofdstuk 6 besproken zaak *Noorani v Calver*⁸³, waarin een Engelse rechter zeven pagina's besteedt aan een kostenbeslissing, is een goed voorbeeld waarin men de negatieve gevolgen van *satellite litigation* voor lief neemt.

Een uitgebreide motivering kan in de tweede plaats ook een ander effect hebben, namelijk extra *deterrence* richting toekomstige zaken. Zeker in de *common law*-sfeer met sterke precedentwerking vult een dergelijk uitgebreid gemotiveerde zaak de vage norm voor de *indemnity basis* scherp in voor de toekomst. Er wordt dan stevig de norm gesteld qua gedrag dat volstrekt onwenselijk is in de civiele procedure.

Enerzijds zou kunnen worden gezegd dat het zonde is om in een vonnis zoveel aandacht te spenderen aan grove vormen van versturend gedrag, die volgens de Nederlandse interviews nauwelijks voorkomen, maar er valt ook iets te zeggen voor de gedachte dat áls het een keer voorkomt er ook een scherpe normstelling moet plaatsvinden door de rechter.⁸⁴

⁸¹ Doordat de controle over de beslissing en het proces (*voice*) afneemt. In de Amerikaanse literatuur wordt dit wel het *chilling effect* genoemd. Zie Marshall, Kritzer & Zemans 1992, p. 961.

⁸² Cook 2010, p. 155, zoals reeds weergegeven in § 6.5.4. In het kort de categorieën, waarin allemaal sprake is van 'some culpability or abuse of process': '*deceit or underhandedness; abuse of the courts procedure; not coming to court with open hands; tenuous claims; unjustified defences; voluminous and unnecessary evidence; or extraneous motives for the litigation.*'

⁸³ *Noorani v Calver* [2009] EWHC 592 (QB), [2009] WL 648828.

⁸⁴ Wat dat betreft wordt een deel van de problemen met de Nederlandse mogelijkheid om van het liquidatietarief af te wijken ook veroorzaakt doordat de Hoge Raad lange tijd geen enkele motivering

8.5.4 Hoogte van de sanctie

Hoewel er gezien het voorgaande een ratio kan worden gevonden achter een uitgebreid gemotiveerde zwaardere kostensanctie voor grovere vormen van verstoring procesgedrag, ligt er een technisch probleem bij het bepalen van een sanctiehoogte die hoger is dan *pricing*, maar die de werkelijk gemaakte proceskosten niet overstijgt. Dat laatste is immers een eigenschap van de *indemnity basis* in de besproken landen: de werkelijk gemaakte kosten worden niet overschreden.

Uit de theorie kwam echter al naar voren dat voor voldoende *deterrence* ook bij *pricing* op basis van risico de hoogte van de kostenconsequentie (gemiddeld)⁸⁵ moet overeenkomen met de werkelijk veroorzaakte extra tijd en kosten. Dus ook als een partij niet-verwijtbaar niet verschijnt ter zitting of uit slordigheid pas ter comparitie met bewijsstukken komt, zou de consequentie al zo hoog moeten zijn dat deze overeenkomt met de daardoor ontstane vertraging en kostenverhoging.

Dit laat weinig ruimte voor een aanvullend instrument in de vorm van de *indemnity basis*. Het heeft immers geen zin om in woord wel onderscheid te maken tussen onopzettelijk verstoring procesgedrag waarvan de consequenties worden ‘doorberekend’ enerzijds en ernstige verstoringen waarop kostensancties volgen anderzijds, wanneer het in de praktijk zo uitpakt dat het voor de hoogte van het bedrag niet uitmaakt of er sprake is van doorberekenen op basis van risico of van sancties. Dan ontstaat er *satellite litigation* over de vraag of er sprake is van verstoring gedrag van de lichtere of van de ernstigere categorie, terwijl de consequenties nauwelijks verschillen.

Tussen het absolute plafond van de werkelijk gemaakte kosten en *pricing* van ‘ongeveer’ de werkelijk gemaakte kosten zit praktisch weinig ruimte. Met enkele juridische ‘trucs’ kan overigens wel enige ruimte gecreëerd worden, waarbij inspiratie kan worden geput uit Engeland, Rusland, België en Italië. Zo is er in Engeland de omkering van de bewijslast bij de *indemnity basis*, waarbij de betalende partij moet aantonen dat een door de ontvangende partij opgevoerde kostenpost niet redelijk is. Een dergelijke bewijsregel kan het plafond van de werkelijk gemaakte proceskosten feitelijk sterk verhogen. In België gelden de eerder besproken maximumtarieven voor de rechtsplegingvergoeding, die ook bij tergende en roekeloze gedingen niet mogen worden overschreden, maar dat geldt alleen voor de kosten en erelonen van de

van kostenbeslissingen eiste. En in HR 20 maart 2009, NJ 2009, 234 wordt weliswaar terugverwezen naar het hof, maar worden eveneens geen duidelijke normen gegeven voor afwijking van het tarief.

⁸⁵ In § 7.4.6 werd reeds besproken dat forfaitaire tarieven besparend kunnen werken ten opzichte van een concrete berekening van werkelijk gemaakte kosten, maar dat voor goede *deterrence* die forfaitaire bedragen niet structureel niet-dekkend mogen zijn.

advocaat. Daarnaast zijn er namelijk nog andere kostenposten die als ‘schade’ wel volledig vergoed kunnen worden, zoals vergoeding voor tijdverlies en immateriële schade.⁸⁶ Ook in Rusland kan de rechter de systematisch vertragende partij aanvullend veroordelen om de kosten van tijdverlies aan de wederpartij te vergoeden.⁸⁷

Een andere mogelijkheid om toch ruimte te creëren tussen gewone kostenconsequenties en ‘strafkosten’ is om het plafond van de werkelijke gemaakte proceskosten te laten vallen en te kijken naar een *indemnity basis* met een nog punitiever karakter. Nederland zou daarmee een vrij onbekende weg inslaan, want *punitive damages* komen in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht weliswaar voor, maar van punitieve kostenveroordelingen ben ik alleen de volgende regel bij het Amerikaanse federale hoger beroep tegengekomen:⁸⁸

Rule 38. Frivolous Appeal—Damages and Costs

If a court of appeals determines that an appeal is frivolous, it may, after a separately filed motion or notice from the court and reasonable opportunity to respond, award just damages and single or double costs to the appellee.

De term ‘costs’ omvat hier echter niet de *attorney fees*, zo blijkt uit de vele rechtspraak die Martin (2002) aanhaalt. Het hoogst mogelijke is ‘both attorneys’ fees and double costs’, dus een kostenveroordeling waarin de werkelijke kosten van de advocaat worden vergoed en het dubbele van de andere kosten, zoals griffierechten, die in de Verenigde Staten overigens relatief laag zijn. Ook bij deze regel is het feitelijke punitieve element dus zeer marginaal.

Kortom, als Nederland de mogelijkheid invoert van daadwerkelijke punitieve kostenveroordelingen, bijvoorbeeld ter waarde van 150% of zelfs dubbele (advocaten)kosten, zou dat waarschijnlijk uniek in de wereld zijn.⁸⁹ Dat is an sich geen nadeel, maar vormt wel een reden om een dergelijke optie met enige argwaan te bekijken.

⁸⁶ Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003, p. 193, noemen het ereloon van de deskundige, tijdverlies, reis- en verplaatsingskosten, kopieer- en dossierkosten, immateriële schade (‘morele schade’) door de zorgen en aantasting van de goede naam die een proces meebrengen en de aantasting van de kredietwaardigheid.⁸⁶ In Italië staat in Art. 96 Codice di procedure civile een soortgelijke regel.

⁸⁷ Art. 99 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Russische Federatie (Grazhdanskiy protsessualnyy kodex Rossiyskoy Federatsii).

⁸⁸ Rule 38 Federal Rules of Appellate Procedure. Martin 2002, p. 1157, wijst er op dat als grondslag ook U.S.C. § 1912 kan worden gehanteerd: ‘Where a judgment is affirmed by the Supreme Court or a court of appeals, the court in its discretion may adjudge to the prevailing party just damages for his delay, and single or double costs.’

⁸⁹ Dat is een inschatting op basis van alle door mij gelezen landenrapporten van de Oxfordse en Washingtonse projecten en van de meer algemene artikelen over kosten in Amerikaanse en internationale tijdschriften, maar een absolute garantie dat nergens punitieve kostenveroordelingen bestaan kan ik uiteraard niet geven.

Een mogelijk nadeel dat al werd genoemd in paragraaf 7.4.7 is dat sancties die de werkelijke schade overstijgen leiden tot perverse prikkels voor de wederpartij. Als in het begin van de procedure een leugen aan het licht komt, bijvoorbeeld als ter comparitie blijkt dat een partij grove onwaarheden in een conclusie heeft vermeld of een vals bewijsstuk heeft ingediend, kan dit voor het vervolg van de procedure tot een inefficiënte processtrategie van de wederpartij leiden. Die kan ten eerste de procedure gaan optuigen met extra handelingen en bewijsverrichtingen, wanneer die anticipeert op een kostenveroordeling waarmee ‘winst’ wordt gemaakt aan het eind. Ten tweede kan zij te veel gaan investeren in het overtuigen van de rechter dat er verstorend gedrag heeft plaatsgevonden en er dus een punitieve kostenveroordeling moet volgen, hetgeen *satellite litigation* in de hand werkt. Doordat punitieve kostenveroordelingen de inzet verhogen, zal er ook eerder en uitgebreider discussie over plaatsvinden. Bovendien zullen juist bij hoge kostensancties ook de procedurele waarborgen voldoende moeten zijn: als de rechter ambtshalve en zonder de te treffen partij eerst te horen een punitieve kostensanctie oplegt, zou dit in een concreet geval wel eens kunnen stranden op de klippen van artikel 6 EVRM.⁹⁰

Het lijkt er daarom op dat punitieve kostensancties die ten goede komen aan de wederpartij geen heilzame weg vormen. Het levert perverse prikkels voor de wederpartij en *satellite litigation* op, waarbij het eerste zou kunnen worden voorkomen door het punitieve deel niet ten goede te laten komen aan de wederpartij, maar aan de staat. Dat is ook veel bekender terrein: processuele boetes bestaan in diverse landen, waaronder België⁹¹, Brazilië⁹² en de Verenigde Staten.⁹³ Ook in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht zijn *punitive damages* ongebruikelijk. Bij activiteiten met *illicit utility*, dus ernstig verwijtbaar en/of opzettelijke en zonder beschermenswaardig belang, wordt eerder naar publiekrechtelijke boetes gegrepen dan naar aansprakelijkheden die de werkelijke schade overstijgen. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om de merites en neveneffecten van processuele boetes te bespreken⁹⁴, maar als optie ligt het wel meer voor de hand dan punitieve proceskostenveroordelingen.

8.5.5 *Conclusie indemnity basis*

De idee om qua consequenties onderscheid te maken tussen lichtere en zwaardere verstorende gedragingen spreekt op het eerste gezicht aan, maar blijkt binnen de proceskostenveroordeling lastig haalbaar. Het grootste probleem ligt niet zozeer bij het bepalen van de grens tussen lichtere en zwaardere verstorende gedragingen; daar valt

⁹⁰ Hoewel art. 6 EVRM qua kostenstelsel veel vrijheid laat aan de verdragstaten, zie § 4.8.

⁹¹ Art. 780*bis* Ger.W.

⁹² Zie het landenrapport (Washington; De Barros & De Miranda) Brazilië, p. 1.

⁹³ Rule 11 FRCP.

⁹⁴ Er is nog wel kort op ingegaan in § 8.7.1.1.

met scherpe genormeerde categorieën waarschijnlijk wel een mouw aan te passen. Als de rechter bovendien duidelijk motiveert waarom een spaarzaam geval in de zwaardere categorie van grove verstoringen valt, kan die normstelling leiden tot meer *deterrence* en voorspelbaarheid.

De moeilijkheid zit met name in het gebrek aan ruimte om binnen de kostenveroordeling twee gradaties aan te brengen in de kostenhoogte. Voor goede internalisering van de negatieve gevolgen van de lichtere varianten van verstorend procesgedrag (*pricing*) is reeds nodig dat de kostenconsequenties ongeveer de werkelijk veroorzaakte extra tijd en kosten dekken. Als daar in het kader van een *indemnity basis* nog een schepje bovenop gedaan moet worden, komt men al snel in de punitieve sfeer (hoger dan de werkelijke kosten), die zorgt voor *satellite litigation* en perverse prikkels voor de wederpartij.

Dit kan worden omzeild door bij een *indemnity basis* de bewijslast voor de redelijkheid van kostenposten om te keren of door extra kosten als immateriële schade en tijdverlies voor vergoeding in aanmerking te brengen, maar het is de vraag of dat nu zo'n groot verschil zal opleveren met *pricing* dat het de moeite waard is. Het onderscheid tussen *kostenconsequenties* (doorberekenen/*pricing*) en *kostensancties* (*indemnity basis*) kan immers ook kostbare discussies opleveren over de vraag in welke categorie een concreet voorgevallen verstorende gedraging valt.

De conclusie is daarom dat de *indemnity basis* als aanvullend instrument voor grove (opzettelijk of ernstig verwijtbare) verstoringen weinig toevoegt, wanneer bij gewone verstoringen ook reeds de extra kosten en gedragingen min of meer volledig worden doorberekend. Als de behoefte bestaat om gedragingen met *illicit utility* extra af te schrikken, dan ligt het meer voor de hand om te onderzoeken of dat doel met processuele boetes kan worden bereikt. De *indemnity basis* lijkt in ieder geval geen potentie te hebben om beter te scoren op de criteria tijd, kosten, procedurele en uitkomstenkwaliteit.

8.6 *Eigen beursje*

Alle eerder besproken alternatieven gaan over de kostenconsequenties die in de eerste plaats de verstorende partij, de cliënt, treffen. Nu wordt ingegaan op kostenconsequenties die rechtstreeks de advocaat kunnen raken. In hoofdstuk 6 bleek dat een aantal landen deze mogelijkheid van een eigen beursje kent, maar ook veel landen niet (meer), waaronder Nederland en Duitsland. Er is voor gekozen om niet het oude eigen beursje van artikel 58 (oud) Rv als uitgangspunt te nemen, maar de volgende abstracte weergave met elementen uit de Amerikaanse Rule 11 FRCP en de Engelse *wasted costs orders*:⁹⁵

⁹⁵ Zie § 6.8.1.

- De advocaat kan rechtstreeks in de (gedeeltelijke of gehele) proceskosten van de wederpartij (en in die van de eigen cliënt) worden veroordeeld bij (ernstig) onbehoorlijk, onredelijk of nalatig gedrag;
- De rechter kan de sanctie ambtshalve of op partijverzoek toepassen, maar de te treffen advocaat moet wel gelegenheid hebben tot verweer;
- De getroffen advocaat moet in hoger beroep kunnen tegen de sanctie;
- Het eigen beursje dient (mede) ter preventie van verstoring procesgedrag (dus niet alleen ter compensatie van de getroffen eigen cliënt en/of de wederpartij).

8.6.1 *Deterrence jegens de advocaat*

Eén van de gedachten achter het eigen beursje is dat kostenconsequenties die slechts de cliënt raken niet voor voldoende *deterrence* zorgen. Veel verstoring procesgedrag zal immers niet veroorzaakt zijn door de cliënt zelf, maar door zijn advocaat. De geïnterviewde rechters zien achter onnodig verdragend en/of kostenverhogend procesgedrag vaak slordig werk of inhoudelijke onbekwaamheid van advocaten als oorzaak. In het vorige hoofdstuk is bovendien ingegaan op het principaal-agentprobleem: de individuele prikkels voor advocaat en cliënt lopen niet precies gelijk, dus de cliënt moet niet worden vereenzelvigd met de advocaat. In de volgende subparagraaf (§ 8.6.2) wordt de Nederlandse verhouding tussen advocaat en cliënt nader besproken.

Het is zinloos om systeemkosten (zoals *satellite litigation*) te wijden aan kostenconsequenties als daarmee alsnog niet de tijd- en kostenvoordelen van *deterrence* worden bereikt, omdat de verkeerde persoon wordt geraakt en de verantwoordelijke persoon juist geen last heeft van de (dreiging van) kostenconsequenties. Kostenconsequenties functioneren dan nog wel goed als compensatiemiddel, maar niet als preventiemiddel.⁹⁶ Uitgangspunt moet dus zijn dat de kosten zo goed mogelijk worden doorberekend aan degene die verantwoordelijk te houden is voor het vertoonde verstoring gedrag: in het ene geval kan dat de cliënt zijn, in het andere geval diens advocaat.⁹⁷

Dit uitgangspunt betekent echter niet direct dat het eigen beursje nodig is. Er zijn ook alternatieve manieren om de consequenties op de juiste manier te laten landen. Eerst wordt in paragraaf 8.6.3 bekeken of regulering überhaupt nodig is of dat de cliënt mogelijkheden heeft om de aan hem opgelegde kostenconsequenties via de markt of contractueel bij de advocaat terecht te laten komen. Uit die analyse zal volgen dat voor voldoende *deterrence* waarschijnlijk regulering nodig is. Vervolgens worden twee gereguleerde mogelijkheden bekeken: de directe weg van het eigen beursje (§ 8.6.4) en de indirecte weg van het tucht- en beroepsaansprakelijkheidsrecht (§ 8.6.5). Die opties

⁹⁶ Zie § 7.6.1 en § 7.6.3.

⁹⁷ En soms zullen ze gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de beslissing(en) die heeft (hebben) geleid tot het verstoring procesgedrag.

worden afgewogen, waarna in paragraaf 8.6.6 een conclusie wordt getrokken over de vraag welke wijze van doorberekening aan de advocaat het beste scoort op de criteria van het toetsingskader.

Voordat de verschillende gereguleerde en ongereguleerde opties worden bekeken, wordt eerst nader ingegaan op de verhouding tussen advocaat en cliënt, om meer duidelijkheid te krijgen over wie voor welk procesgedrag verantwoordelijk te houden is.

8.6.2 *Huidige verhouding tussen advocaat en cliënt*

Als de advocaat wordt gezien als een *hired gun*⁹⁸ van de cliënt, dan is het logisch om de cliënt (principaal) volledig verantwoordelijk te houden voor de daden van zijn advocaat (agent). Bij verstoring gedrag had de cliënt dan immers de advocaat anders moeten sturen. Het andere uiterste is het beeld van de advocaat als *dominus litis*, die de leidende positie inneemt, de wijze van procesvoering bepaalt en een eigen verantwoordelijkheid heeft jegens de rechtspleging en de samenleving in het algemeen.⁹⁹ Daarbij past juist dat de advocaat rechtstreeks verantwoordelijk wordt gehouden voor het vertoonde procesgedrag. Verkijk laat in zijn recente dissertatie¹⁰⁰ zien dat het antwoord hierop niet eenduidig is: beroepsaansprakelijkheidsregels, gedragsregels en procesrechtelijke regels werken in Nederland op elkaar in en veranderen door de jaren heen, waardoor de advocaat zich in een steeds veranderende positie bevindt in het grijze gebied tussen de *hired gun* en de *dominus litis*.¹⁰¹ Bovendien zal in het concrete geval meespelen of de advocaat werkt voor een particuliere leek of een grote organisatie met eigen bedrijfsjuristen.

De advocaat heeft een beperkte informatieplicht: hij moet de cliënt van alle belangrijke informatie, feiten en afspraken voorzien en heeft enige beoordelingsvrijheid over de vraag welke informatie belangrijk is.¹⁰² Verder heeft de advocaat grote beleidsvrijheid, die haar grens aan de ene kant vindt in het belang en de wens van de cliënt: volgens Gedragsregel 9 draagt de advocaat de volledige verantwoordelijkheid voor de zaak (en kan zich daaraan niet onttrekken met een beroep op de opdracht van de cliënt), maar mogen geen handelingen worden verricht tegen de kennelijke wil van de cliënt in. Lid 2 en 3 van diezelfde regel bepalen dat de

⁹⁸ Verkijk 2010, p. 77, definieert dit als 'een technocratische wijze van rechtsbijstandsverlening, waarin de advocaat aan eenieder zijn juridisch-technische expertise ter beschikking stelt zonder zich daarbij af te vragen of de doelstellingen van de cliënt in zijn ogen (moreel) acceptabel zijn.'

⁹⁹ Verkijk 2010, p. 302 e.v.

¹⁰⁰ Verkijk 2010.

¹⁰¹ Waarbij de advocaat in Nederland dichter bij de omschrijving van *dominus litis* staat dan bij die van de *hired gun*; Verkijk 2010, p. 320.

¹⁰² Regel 8 Gedragsregels 1992; Verkijk 2010, p. 307. De plicht om relevante informatie te verstrekken volgt ook uit artt. 7:401 en 7:403 lid 1 BW, omdat de overeenkomst tussen advocaat en cliënt een overeenkomst van opdracht is. Zie hierover Verkijk 2010, p. 290 e.v.

advocaat de zaak op zorgvuldige wijze dient neer te leggen bij (blijvende) meningsverschillen over de behandeling.¹⁰³

Aan de andere kant wordt de beleidsvrijheid van de advocaat beperkt door gedragsrechtelijke en civielrechtelijke regels die het belang van de beroepsgroep en de rechtspleging dienen. Een gedragsrechtelijk voorbeeld is Gedragsregel 19, die onder andere inhoudt dat een advocaat niet rauwelijks mag overgaan tot rechts- of executiemaatregelen, ook al heeft de eigen cliënt daar belang bij. Ook relevant is Gedragsregel 23 lid 2, die bepaalt dat de advocaat het maken van onnodige kosten dient te vermijden, ook jegens de wederpartij.¹⁰⁴

Een civielrechtelijk voorbeeld is de plicht om geen misbruik van procesrecht te maken. De advocaat kan zich daarbij niet verschuilen achter de wil van de cliënt. Misbruik van procesrecht kan in uitzonderlijke gevallen leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens de wederpartij:

‘Gedaagde kan zich niet verschuilen achter de opdracht van zijn cliënte, omdat hij een eigen verantwoordelijkheid heeft om aan de hand van zijn dossier de grond om een ander in rechte te betrekken of om eens anders goederen te beslaan, tot op zekere hoogte te toetsen.’¹⁰⁵

Advocaten dienen dus niet alleen het belang van hun cliënt, maar hebben uit hoofde van het gedrags- en procesrecht veelal ook een eigen verantwoordelijkheid jegens de rechtspleging om geen onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag te vertonen.¹⁰⁶ Tegen overtreding van die plichten door advocaten bieden kostenconsequenties jegens cliënten te weinig *deterrence*, indien die niet direct of indirect kunnen worden doorberekend aan de advocaat.¹⁰⁷

Dit betekent echter niet dat advocaten voor elke verstorende gedraging verantwoordelijk te houden zijn. Ook als de advocaat voldoende heeft doorgevraagd of voorgelicht, kan een cliënt nog steeds stukken achterhouden, liegen of niet ter zitting verschijnen terwijl de rechter een persoonlijke verschijning had bevolen.

¹⁰³ Zie ook Verkijk 2010, p. 309-315. Zie over het eenzijdig opzeggen van de overeenkomst van opdracht door de advocaat ook art. 7:402 BW.

¹⁰⁴ Verkijk 2007, p. 168, bespreekt deze regel met voorbeelden.

¹⁰⁵ Rb Leeuwarden 27 juli 2005, *NJF* 2005, 425; besproken door Verkijk 2010, p. 709, en ook reeds in Verkijk 2007. De advocaat was voor ditzelfde feit al tuchtrechtelijk veroordeeld.

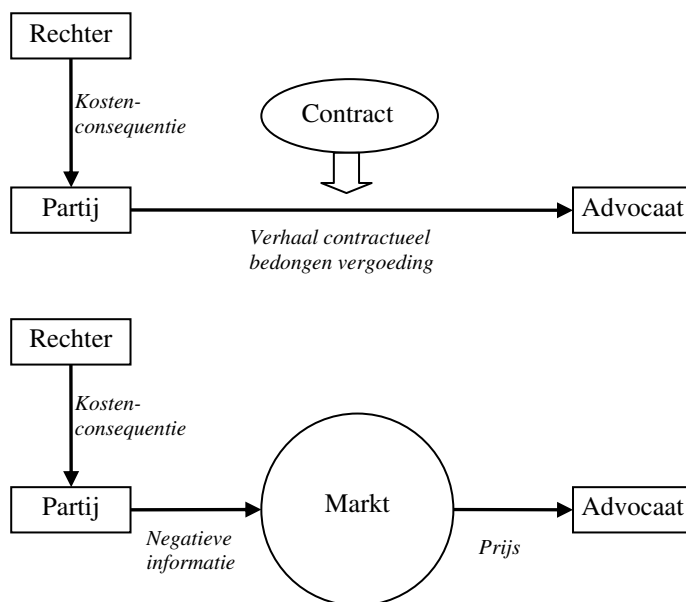
¹⁰⁶ Zie nader Verkijk 2010, p. 768-769. Van den Akker 2001, p. 103 e.v., bepleit wel terughoudendheid bij het aannemen van (civielrechtelijke) zorgplichten van de advocaat jegens de wederpartij, omdat de advocaat een verlengstuk is van de cliënt, omdat de advocaat partijdig is, vanwege de vertrouwensrelatie en omdat de wederpartij die partijdige rol ook moet verwachten. Toch ziet zij wel ruimte voor aansprakelijkheid bij ongerechtvaardigde inbreuken op de belangen van derden, waaronder kansloze procedures en beslagleggingen (p. 113).

¹⁰⁷ Los van de *deterrence* is dat ook anderszins niet redelijk; voor de gedupeerde cliënt zal de procedurele kwaliteit ook aangetast worden op grond van *ethicality* en controle over de procedure.

Kortom, het zal per verstorende gedraging verschillen of voor een goede *deterrence* de consequenties uiteindelijk bij de advocaat of de cliënt dienen te komen. In de komende subparagrafen worden de verschillende wijzen waarop die allocatie van consequenties plaats kan vinden geëvalueerd, te beginnen met de ongereguleerde opties.

8.6.3 Ongereguleerde opties: contract en marktwerking

Vanuit een rechtseconomische invalshoek ligt het voor de hand om eerst te bekijken of de kostenconsequenties die aan de cliënt worden opgelegd via contractuele afspraken en ‘marktwerking’ bij de advocaat terecht komen, zonder dat daarvoor verdere regulering nodig is.¹⁰⁸ Volgens de rechtseconomische literatuur over *vicarious liability* – risicoaansprakelijkheid van de principaal voor gedrag van de agent¹⁰⁹ – geldt dat ‘the likely efficiency of vicarious liability increases with the ability of principals to monitor and control agent risk-taking’.¹¹⁰



¹⁰⁸ Volgens het Coase Theorema, volgend uit Coase 1960, maakt de initiële verdeling van rechten (en daaruit volgend: aansprakelijkheid) niet uit, als partijen daarover zonder transactiekosten kunnen onderhandelen, zodat zij alsnog tot efficiënte afspraken komen. Coase laat zelf echter al zien dat er vrijwel altijd transactiekosten zijn en ook door veel latere auteurs is gewezen op het feit dat nul transactiekosten, volledige transparantie/informatie, volledige rationaliteit en een probleemloze verdeling van het onderhandelings-surplus in de praktijk niet mogelijk is (o.a. Cooter 1982; recent nog Hahnel & Sheeran 2009 met nadere verwijzingen naar kritieken). Tussen wederpartij-client-advocaat wordt aan deze voorwaarden in elk geval niet voldaan.

¹⁰⁹ In Nederland ook wel ‘kwalitatieve aansprakelijkheid’ genoemd.

¹¹⁰ Kraakman 2009, p. 135. Controle kan plaatsvinden door ‘monitoring’, maar ook door contractueel de *incentives* van de agent juist vast te leggen (p. 136). Zie ook Shavell 2004, p. 232-236; Cooter & Ulen 2008, p. 381-382.

Figuur 8.3: Doorberekening via contract of markt

8.6.3.1 Contract

Idealiter zouden cliënt en advocaat een optimaal contract kunnen uitonderhandelen, dat de verantwoordelijkheden en risico's op een efficiënte manier verdeelt en die tot uiting laat komen in de beloningstructuur. De kostenconsequenties landen dan bij de persoon die er verantwoordelijk voor is, waardoor *deterrence* wordt bereikt, zonder dat daarvoor nog nadere regulering met de bijbehorende *satellite litigation* nodig is.

Dit gaat echter uit van een enigszins gelijke machts- en informatieverhouding. Aan die voorwaarde wordt niet voldaan.¹¹¹ De advocaat heeft een grote informatievoorsprong bij het inschatten van de slagingskans van een vordering en van de inspanningen in tijd en kosten die nodig zijn om de vordering in rechte door te zetten (*hidden knowledge*¹¹²). Ook kan de cliënt tijdens het proces meestal niet precies observeren en waarden welke acties de advocaat uitvoert en hoe efficiënt hij dat doet (*hidden action*¹¹³). Het eindvonnis biedt wellicht enige informatie, maar veel conflicten eindigen niet met een vonnis. Bovendien moet de cliënt dan uit het vonnis kunnen begrijpen dat de advocaat verstorend procesgedrag heeft vertoond dat een negatieve kostenconsequentie heeft opgeleverd en moet de cliënt met die mogelijkheid reeds rekening hebben gehouden bij het aangaan van het contract met de advocaat. Anders kan hij die immers niet verwerken in de beloningstructuur zoals die vooraf contractueel wordt vastgelegd. Zonder daadwerkelijk in de ingewikkelde economische modellen met *incentive schemes* te duiken¹¹⁴, kan wel worden aangenomen dat de gemiddelde cliënt qua informatiepositie en deskundigheid niet in staat is om zelfstandig vooraf een zodanig contract met de advocaat af te sluiten dat de juiste soort kostenconsequenties (die waar de advocaat verantwoordelijk voor is) voor diens rekening komen.¹¹⁵ Uit de bespreking van de Nederlandse advocaat-cliëntverhouding in § 8.6.2 bleek bovendien dat de advocaat slechts beperkte verplichtingen heeft om de cliënt te informeren.¹¹⁶

¹¹¹ Om dit te repareren kan de Orde aan advocaten kunnen opleggen dat zij bepaalde standaardbedingen over de verdeling van verantwoordelijkheden en risico's in hun contracten met cliënten opnemen, maar dit kunnen slechts algemene voorschriften zijn en geen maatwerk voor het concrete geschil.

¹¹² Laffont & Martimort 2002, p. 3.

¹¹³ Laffont & Martimort 2002, p. 3.

¹¹⁴ Zie voor het basismodel Laffont & Martimort 2002, p. 32 e.v. Zie ook Kritzer 2002.

¹¹⁵ Hoogstens bepaalde grote *repeat players* zouden ertoe in staat kunnen zijn om een dergelijk *agency problem* zelf op te lossen.

¹¹⁶ Verkijk 2010, p. 786-790, concludeert overigens dat de positie van de cliënt ten opzichte van de advocaat in Nederland zwakker is dan in Duitsland en Engeland, vanwege de lage eisen die aan de advisering van de cliënt worden gesteld. Hij beveelt terecht striktere eisen aan, maar daarmee zal de positie van de cliënt niet zodanig worden versterkt dat doorberekening via contract en markt in het vervolg wel goed mogelijk wordt.

8.6.3.2 Marktwerking

Een andere ongereguleerde optie is dat de markt voor advocaten haar werk doet via reputaties en prijzen. Ook hier speelt echter een informatieprobleem.¹¹⁷ Als een advocaat een versturende gedraging verricht, waardoor de cliënt een kostenconsequentie krijgt opgelegd, dan is het eerst de vraag of de cliënt dit überhaupt merkt en/of van belang acht. Met name als de cliënt de zaak wint is het voorstelbaar dat die dan niet veel waarde hecht aan het feit dat geen of een minder voordelige kostenveroordeling wordt verkregen. Maar ook als de cliënt wel weet van de kostenconsequentie en daardoor negatiever over de advocaat denkt, is het de vraag hoe die informatie met de rest van de markt voor advocaten wordt gedeeld. Dit zal sterk afhangen van het soort kantoor en het type cliënt. Als de cliënt een *one-shotter* is met een eenmalig conflict en met een klein netwerk, dan zal het negatieve reputatie-effect voor de advocaat (en zijn of haar kantoor) beperkt zijn. Bij kantoren met grotere klanten, die vaker samen zaken verrichten, kan beter worden geobserveerd welke kwaliteit wordt geleverd en kunnen reputaties een grotere rol spelen.¹¹⁸

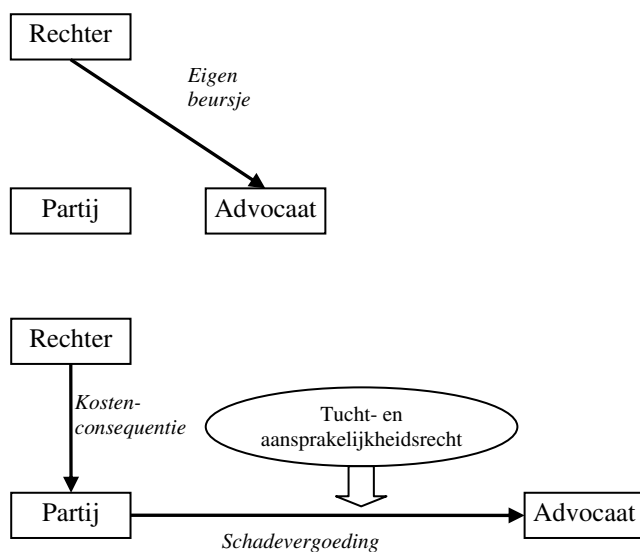
Over het algemeen lijken de informatieproblemen te groot en de markttransparantie te klein om te kunnen stellen dat negatieve kostenconsequenties jegens de cliënt via marktwerking en zonder nadere regulering bij de advocaat terecht komen.¹¹⁹ Bovendien heeft de getroffen cliënt er in de concrete zaak niets aan: de reputatie- en markteffecten hebben slechts effect op toekomstige zaken.

Daarom wordt in de volgende twee subparagrafen gekeken naar gereguleerde vormen van doorberekening. De eerste is de directe weg van het eigen beursje, waarbij de rechter rechtstreeks de kosten voor rekening van de advocaat brengt. De tweede, indirecte, weg is die waarin de partij de kostenconsequentie opgelegd krijgt, maar het aansprakelijkheidsrecht (al dan niet via de opstap van het tuchtrecht) de mogelijkheid biedt om die consequentie aan de advocaat door te berekenen, waardoor de advocaat toch voldoende wordt afgeschrikt om geen versturend procesgedrag te vertonen.

¹¹⁷ Vgl. het baanbrekende artikel Akerlof 1970, over de effecten van informatieproblemen op de markt voor tweedehands autos (*lemons*).

¹¹⁸ Cooter & Ulen 2008, p. 433, wijzen op dit reputatie-effect en leggen dit in verband met de steeds grotere kantoren die hun handelsnaam als keurmerk voor kwaliteit hanteren en daarom hogere uurtarieven kunnen vragen.

¹¹⁹ Dit ligt anders als de cliënt wordt vertegenwoordigd door een gemachtigde van een rechtsbijstandverzekeraar, want dan draait de verzekeraar in de regel op voor de kostenconsequenties; zie § 7.6.2.



Figuur 8.4: Gereguleerde doorberekening

8.6.4 De directe weg: het eigen beursje

Aan het eigen beursje worden over het algemeen twee mogelijke doelen toegeschreven: (1) bescherming van de rechtspleging¹²⁰ en (2) bescherming van de cliënt tegen misstappen van de eigen advocaat.¹²¹ Gezien de onderzoeksvraag ligt de focus hier op het eerste doel, namelijk het ontmoedigen van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag. Dat daarbij ook de cliënt tegen de eigen advocaat beschermd wordt, is een neveneffect dat eventueel positieve gevolgen voor de ervaren procedurele kwaliteit heeft¹²², maar dat ik hier verder niet zal bespreken.¹²³

8.6.4.1 Algemene effecten

Het grote voordeel van het eigen beursje is de directe *deterrence* die er van uitgaat. Er wordt lik op stuk ingegrepen tegen verstarend gedrag van de advocaat in de lopende procedure, door de rechter die het in 'zijn' proces ziet gebeuren. Er is dus geen drempel in de vorm van een nieuwe procedure, met eventueel ook een andere rechter die opnieuw op de hoogte moet worden gesteld van het verloop van de vorige procedure. Dit voordeel wordt zowel door de geïnterviewde rechters als in de

¹²⁰ Waaronder dan zowel het belang van de wederpartij als dat van de rechterlijke macht (lees: belastingbetaler) geschaard kunnen worden.

¹²¹ Zie Haardt 1945, p. 77-78.

¹²² Er is enige gelijkheid met de eerder besproken compensatiefunctie van kostenconsequenties.

¹²³ Opvallend genoeg had het eigen beursje in haar laatste Nederlandse levensjaren volgens de Hoge Raad juist als enige doel het beschermen van de cliënt en niet het beschermen van de wederpartij. Zie HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347 m.nt. JBMV, en de bespreking daarvan in § 4.4.

Amerikaanse literatuur met betrekking op Rule 11 genoemd.¹²⁴ Positief voor de criteria tijd en kosten is dus de directe dreiging ten aanzien van verstorend gedrag door advocaten. Eveneens (relatief) positief is dat daarvoor geen nieuwe procedure hoeft te worden opgestart, dat er geen nieuwe rechter naar moet kijken en dat de cliënt geen nieuwe advocaat hoeft te nemen.

De nadelen zijn echter talrijk en vallen te plaatsen in het eerder besproken spanningsveld tussen *underdeterrence*, *satellite litigation* en procedurele waarborgen, waarbij ook de voorspelbaarheid weer meespeelt. Dit is duidelijk te zien aan de teloorgang van het oude Nederlandse eigen beursje. Vóór 1989 hadden advocaten geen recht om voorafgaand aan een eigen beursje gehoord te worden en konden zij daartegen ook geen appel instellen. In die tijd werd het eigen beursje nog regelmatig gehanteerd. Nadat de Hoge Raad deze procedurele waarborgen toekende¹²⁵, werden de kosten van *satellite litigation* te hoog en werden rechters zeer terughoudend in de toepassing ervan, hetgeen ongetwijfeld leidde tot minder *deterrence* via deze weg. Ook de Engelse en Amerikaanse systemen bevatten de keuze voor sterke procedurele waarborgen voor de advocaat. De drempel voor ernstig verstorend procesgedrag ligt daar hoog en de advocaat heeft recht op verweer vooraf en op hoger beroep. Het is daarom niet vreemd dat in de literatuur over Rule 11 FRCP en de *wasted costs orders* het nadeel van *satellite litigation* veel naar voren komt.¹²⁶

Daar komt bij dat het risico bestaat dat onevenredig veel verzoeken om een eigen beursje uit te spreken zullen worden gedaan in zaken waarin een weinig vermogende partij wordt bijgestaan door een advocaat. De wederpartij vreest dan een incassorisico bij een normale kostenveroordeling en ziet dat er bij de advocaat wel iets te halen valt. Dit effect wordt in Engeland soms geconstateerd¹²⁷ en het leidt tot extra *satellite litigation*, die ongelukkigerwijs juist de advocaten treft die cliënten met een zwakkere economische positie bijstaan, veelal op basis van gesubsidieerde rechtsbijstand.¹²⁸ Kortom, bij een eigen beursje met voldoende procedurele waarborgen is het gevaar van *satellite litigation* groot, hetgeen ook als bezwaar werd opgeworpen door de geïnterviewde Nederlandse rechters.

¹²⁴ Zie § 5.4.4. Zie wat betreft dit voordeel van Rule 11 FRCP ook Joy 2004, p. 784. Hendrikse 2004, p. 9, noemt eveneens de voordelen van één procedure en het informatievoordeel van de rechter, maar besteedt verder weinig aandacht aan de hierna te bespreken nadelen.

¹²⁵ HR 17 maart 1989, *NJ* 1989, 768, m.nt. JBMV, zoals besproken in § 4.4.

¹²⁶ Zie Cook 2010, p. 506-507, over *wasted costs orders*. Zie over Rule 11 FRCP (1983): Marshall, Kritzer & Zemans 1992; Nelken 1990; Kobayashi & Parker 1993. Over de geamendeerde regel na 1993: Shapard e.a. 1995; Rauma & Willging 2005; Hirt 1999; Vairo 1999.

¹²⁷ Zie § 6.8.1 en de daar aangehaalde zaak *Patel v Air India Ltd & Anor*. Zie ook Cook 2010, p. 508-509.

¹²⁸ In Nederland worden toevoegingen op basis van vaste bedragen en niet per uur gefinancierd, dus worden deze advocaten zelf ook getroffen door *satellite litigation* over een eigen beursje.

Een ander nadeel volgt uit de in het vorige hoofdstuk besproken rechtseconomische theorie over schuld- versus risicoaansprakelijkheid, in combinatie met de dubbele informatieasymmetrie die de geïnterviewde rechters ervaren. Toerekening op basis van schuld brengt hogere administratieve lasten en een grotere kans op foute beslissingen met zich mee dan het doorberekenen van kosten op grond van risico, omdat de rechter zich bij een oordeel over schuld moet verdiepen in wat de juiste mate van voorzorg zou zijn en welke voorzorg daadwerkelijk is betracht. Daaruit is vervolgens geconcludeerd dat kostenconsequenties ten aanzien van verstoring procesgedrag het best op grond van risico kunnen worden opgelegd en niet op grond van schuld. De voordelen van een dergelijke allocatie op basis van risico worden echter ondermijnd door de mogelijkheid van het eigen beursje. Immers: als de rechter eerst beslist dat op basis van risico een kostenconsequentie gepast is, dan zal hij vervolgens alsnog op de schuldvraag in moeten gaan bij de vraag of die consequentie door de cliënt of de advocaat gedragen moet worden. Als de advocaat (ernstig) onbehoorlijk, onredelijk of nalatig heeft gehandeld, volgt een eigen beursje. In de andere gevallen komt de consequentie bij de cliënt terecht. De voordelen qua tijd en kosten die worden behaald met *pricing* op basis van risico, worden dus weggenomen als de rechter vervolgens nog moet kijken naar de schuldverhouding tussen de cliënt en diens advocaat.

Dat de rechter zich moet bemoeien met de verhouding tussen cliënt en advocaat heeft niet alleen nadelige effecten op het gebied van tijd en kosten. Ook voor de procedurele kwaliteit bestaan er gevaren. Als de rechter voornemens is om een eigen beursje toe te passen en de betreffende advocaat vervolgens de gelegenheid geeft voor (mondeling) verweer, komt de advocaat in een lastige positie terecht. Enerzijds zal hij ter bescherming van zijn eigen (kantoor)belang stevig verweer willen voeren en eventueel de schuld op de cliënt willen afschuiven, anderzijds heeft hij geheimhoudingsplichten¹²⁹ ten aanzien van zijn cliënt en dient hij zorgvuldig om te blijven gaan met de belangen van zijn cliënt. Deze spagaat vindt dan plaats in de procedure waarin ook het materiële geschil loopt, waarbij de cliënt misschien wel met dezelfde advocaat tegen de materiële uitkomst in hoger beroep had willen gaan. De wederpartij en/of de rechter kan met een beroep op het eigen beursje een wig drijven tussen de cliënt en diens advocaat.

¹²⁹ Met deze geheimhoudingsplicht hebben de Engelsen ook geworsteld bij de toepassing van *wasted costs orders*. Zie Verkijk 2010, p. 430-431, die beschrijft dat in de eerste CPR-versie van 1998 het verschoningsrecht moest wijken in het kader van een *wasted costs order*-procedure, maar dat dit in 2000 is teruggedraaid naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak (*General Mediterranean Holdings S.A. v. Patel* [1999] 3 All ER 673). Cook 2010, p. 505-506, gaat in op *Medcalf v. Mardell* [2002] UKHL 27, [2003] 1 AC 120, waarin is beslist dat in beginsel geen *wasted costs order* moet worden uitgesproken tegen een advocaat als diens cliënt weigert afstand te doen van het recht op *legal privilege*, tenzij duidelijk is dat de advocaat niets zou kunnen zeggen om een *wasted costs order* nog te kunnen voorkomen en een dergelijk *order* gezien alle omstandigheden gerechtvaardigd is.

8.6.4.2 Een voorbeeld

Een voorbeeld kan dit punt illustreren. Stel dat een partij zeer laat in de procedure een belangrijk bewijsstuk inbrengt, waarvan voor de rechter en de wederpartij duidelijk vaststaat dat het stuk reeds lang in handen heeft moeten zijn van de inbrengende partij. Om partijen niet in hoger beroep te jagen en omdat de wederpartij hier ook om verzoekt, besluit de rechter het stuk wel in de procedure toe te laten, maar er tevens een kostenconsequentie aan te verbinden, omdat deels nodeloos is geprocedeerd. Bij de mogelijkheid van een eigen beursje moet de rechter de vraag stellen voor wiens rekening de kostenconsequentie moet komen. Voor de beantwoording daarvan is van belang wat de oorzaak is van het late indienen. Heeft (a) de cliënt het stuk voor zijn advocaat verzwegen en voor iedereen achtergehouden? Heeft (b) de advocaat het stuk van zijn cliënt ontvangen, maar de procestactiek van ‘de kaarten op de borst houden’ bewust toegepast? Of heeft (c) de advocaat in eerste instantie niet voldoende doorgevraagd bij zijn cliënt, waardoor de cliënt abusievelijk kon denken dat het stuk niet belangrijk zou zijn voor de uitkomst van de procedure? Dit is een lastige vraag voor de rechter om te beantwoorden. Daarvoor zou op zijn minst nader onderzoek nodig zijn, hetgeen *satellite litigation* oplevert. En dan nog is het de vraag of de rechter tot een helder antwoord komt. Vaak zullen niet de zwart-witsituaties (a) en (b) de oorzaak zijn, maar het grijze gebied rond (c). Als de rechter daar in moet duiken en de betreffende advocaat en cliënt hier informatie over moeten verschaffen, dan wordt de vertrouwelijke relatie tussen advocaat en cliënt al snel aangetast. Dat kan weer negatieve gevolgen hebben voor de ervaren procedurele kwaliteit van zowel de advocaat als de cliënt.

8.6.4.3 Evidente advocatenfouten

Voor verstoringen waarvan het voor de rechter niet in één oogopslag duidelijk is of zij door de advocaat of de cliënt zijn veroorzaakt, lijkt het eigen beursje een heilloze weg, gezien de genoemde nadelen. Er zijn echter ook gedragingen te bedenken die wel eenzijdig aan de advocaat toe te rekenen zijn, zoals evidente procedurele fouten. Denk daarbij aan artikel 96 (oud) Rv¹³⁰, dat onder andere specifiek bepaalde dat de kosten van nietige ‘akten van rechtspleging’ voor rekening van de procureur konden komen. Ook als de advocaat niet ter zitting verschijnt (en zijn cliënt wel) of als een kansloos onbevoegdheidsverweer wordt gevoerd kan de rechter eenvoudig zien dat de advocaat persoonlijk in de fout is gegaan. Het duidelijkst zijn nog wel de gedragingen die op dit moment nog via artikel 245 Rv tot een eigen beursje leiden: het vertegenwoordigen

¹³⁰ Zie Haardt 1945, p. 70 e.v.; Verpaalen 1983, p. 215-222, is zeer kritisch over dit artikel. Hij juicht toe dat de wetgever het aantal nietigheden heeft teruggeschroefd en ziet art. 96 (oud) Rv als topje van een verzonken continent. Anno 2011 is dus ook dat topje gezonken.

van een niet-bestaande of een niet rechtsgeldig verschenen partij.¹³¹ De regelgever zou een lijst met scherpe normen kunnen opstellen, waaraan rechtstreekse kostenconsequenties jegens de advocaat worden gekoppeld, eventueel op basis van risico in plaats van schuld. Die optie zou de *satellite litigation* minimaliseren en zou voorkomen dat de rechter binnen de procedure een wig moet drijven tussen de cliënt en diens advocaat. Bovendien maakt dit voor partijen voorspelbaar welke verstoringe gedragingen voor rekening en risico van de advocaat zijn en welke voor de cliënt.

Een dergelijke lijst met voorspelbare normen maakt het eigen beursje ook eenvoudiger verzekeraar voor de advocaat. Op dat punt zal immers ook het een en ander wijzigen als een nieuw eigen beursje wordt geïntroduceerd: verzekeraars moeten een nieuw of uitgebreider verzekeringsproduct voor beroepsaansprakelijkheid introduceren dat ook het eigen beursje dekt. Dat geeft nieuwe maatschappelijke kosten.

In de volgende subparagraaf wordt de andere gereguleerde optie besproken. Daarna vindt een afweging tussen de direct en de indirecte weg plaats.

8.6.5 *Het indirecte alternatief: de cliënt moet zelf in actie komen*

In Nederland was de beschikbaarheid van tucht- en aansprakelijkheidsrechtelijke alternatieven één van de belangrijkste argumenten voor afschaffing van het eigen beursje.¹³² De geïnterviewde rechters en de Minister van Justitie hanteren het eveneens als hoofdargument tegen herinvoering.¹³³

Het tuchtrecht en beroepsaansprakelijkheidsrecht kennen weliswaar elk een andere insteek en andere rechtsgevolgen, maar veel gedragingen kunnen onder beide regimes tot consequenties leiden. De tuchtrechtelijke weg wordt ook regelmatig gevolgd als opstap naar een aansprakelijkheidsprocedure.¹³⁴ Met het voormalige eigen beursje werden gedragingen gesanctioneerd die volgens Verkijk onder het tuchtrecht of onder de beroepsfouten vielen; in veel gevallen zelfs onder beide.¹³⁵ In de komende

¹³¹ Hoewel dit feitelijk van een andere categorie is: omdat de advocaat niemand geldig vertegenwoordigt, zou de wederpartij niemand kunnen aanspreken op de proceskosten, als het eigen beursje voor dergelijke gevallen niet mogelijk zou zijn.

¹³² Zie hoofdstuk 4. Ook Verkijk 2010, p. 409-411, geeft met de door hem geciteerde uitspraken van onder andere Leijten en Vranken een beschrijving van hoe het eigen beursje uit het wetboek verdween.

¹³³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 758, nr. 6, p. 19-20, met antwoord van de toenmalige Minister van Justitie Hirsch Ballin, die daarbij ook de Geschillencommissie Advocatuur als alternatieve weg noemt. Zie over die commissie ook Verkijk 2010, p. 73. Advocaten zijn niet verplicht bij de commissie aangesloten, maar de Orde beveelt dit wel aan in de Richtlijn Klachten- en Geschillenregeling Advocatuur (te raadplegen op <http://www.advocatenorde.nl>). In diezelfde richtlijn wordt aan advocaten tevens aanbevolen om een interne, kenbare klachtenregeling te verzorgen en een eigen klachtenfunctionaris te benoemen.

¹³⁴ Verkijk 2010, p. 384-385; Hofhuis 2009, p. 21-22. De Hoge Raad erkent dit opstapje overigens slechts in beperkte mate, zie de nadere verwijzingen in § 8.6.5.2.

¹³⁵ Verkijk 2010, p. 410-411.

subparagraaf bespreek ik kort het Nederlandse tucht- en beroepsaansprakelijkheidsrecht om de context te schetsen.

8.6.5.1 Tuchtrect

Het tuchtrect is geregeld in de Advocatenwet, in artikel 46 en verder. In de betreffende artikelen is uitvoerig de invulling van de tuchtrectelijke procedure geregeld, maar de inhoudelijke norm waaraan wordt getoetst is zeer open en staat in artikel 46:

‘(..) enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, ter zake van inbreuken op de verordeningen van de Nederlandse orde en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt.’

De tuchtrecter vult deze open norm nader in met gebruikmaking van precedënten uit eerdere tuchtrectspraak, maar praktisch ook met normen die in de Gedragsregels 1992 staan; formeel is de tuchtrecter echter niet aan die gedragsregels gebonden en zal die zich in de regel ook niet rechtstreeks daarop beroepen.¹³⁶ Het tuchtrect is in de eerste plaats bedoeld om de algemene kwaliteit van de beroepsgroep hoog te houden, maar daaraan zijn uiteraard ook het algemeen belang bij een goede rechtspleging en individuele cliëntenbelangen gekoppeld.¹³⁷ Dat tuchtrect bovenal ziet op de goede beroepsuitoefening blijkt uit de mogelijke maatregelen die artikel 48 lid 2 Advocatenwet noemt: waarschuwing, berisping, schorsing en schrapping. Schadevergoeding aan de cliënt staat daar niet bij, maar is via de zijdeur van de voorwaardelijke maatregel wel mogelijk: schadevergoeding kan als bijzondere voorwaarde gelden op grond van artikel 48b.¹³⁸ Een advocaat mag geheimhouding doorbreken als dat nodig is bij zijn verweer tegen een klacht of wanneer de tuchtrecter of deken hem daartoe verplicht.¹³⁹

Niet alleen de eigen cliënten en de (advocaat van de) wederpartij kunnen klagen over de advocaat, maar ook rechters kunnen klagen over advocatengedrag. In

¹³⁶De Gedragsregels zijn immers niet in een verordening neergelegd. Zie ook Verkijk 2010, p. 74-74; Hofhuis 2009, p. 23.

¹³⁷ Zie Hofhuis 2009, p. 21, die aanstipt dat de bescherming van de cliënt wordt gediend door de koppeling van het klachtrect aan het tuchtrect. Hendriksen & Rammeloo 2008 hameren er wel op dat het tuchtrect de eer en het aanzien van de beroepsgroep als hoofddoel heeft en dat het daarom een gescheiden systeem is van het civiele aansprakelijkheidsrecht.

¹³⁸ Deze mogelijkheid wordt echter terughoudend toegepast, aldus Rapport Commissie Huls 2006, p. 41-42, die dit verklaart door de gebrekkige expertise bij tuchtcolleges om schadevergoedingsverzoeken te beoordelen. Bannier 2009, p. 17, ziet wel ruimte voor kleine civiele vorderingen binnen de tuchtrectelijke procedure, maar ziet nog meer in een laagdrempelige verplichte geschillencommissie.

¹³⁹ Verkijk 2010, p. 443, en de door hem aangehaalde uitspraken: Hof van Discipline 18 oktober 1999, *Advocatenblad* 2000, p. 632; Hof van Discipline 13 december 2002, *Advocatenblad* 2004, p. 420.

de gevallen waarin zij duidelijk kunnen zien dat een advocaat in de fout is gegaan, kunnen zij dus een kostenconsequentie uitspreken tegen de cliënt en tegelijkertijd een klacht indienen tegen de advocaat. Hofhuis stelt dat rechters hier terecht terughoudend in zijn, om de vrijheid van de advocaat in de procedure niet te beperken¹⁴⁰, maar wijst op de informele weg van een melding via de president en de plaatselijke deken, die op zijn beurt de advocaat kan aanspreken.¹⁴¹

8.6.5.2 *Beroepsaansprakelijkheid jegens de cliënt*

Het beroepsaansprakelijkheidsrecht ziet directer dan het tuchtrecht op de schadeloosstelling van de individuele cliënt, die schade lijdt als gevolg van een fout door de advocaat. Van een fout is sprake als de advocaat niet heeft gehandeld zoals van een redelijke bekwaam en redelijk handelend vakgenoot verwacht mag worden.¹⁴² Er is dus sprake van een schuldaansprakelijkheid.¹⁴³ Bij de beoordeling van de vraag of de advocaat een fout heeft gemaakt, kan de rechter waarde toekennen aan een reeds gegeven tuchtrechtelijk oordeel, maar wordt daardoor niet gebonden: hij kan goed gemotiveerd tot een ander oordeel komen.¹⁴⁴

Welke rol speelt beroepsaansprakelijkheid als een partij verstorend procesgedrag heeft vertoond?¹⁴⁵ Niet altijd zal de advocaat aansprakelijk zijn jegens zijn cliënt wegens een opgelegde kostenconsequentie. De advocaat moet de cliënt wel goed adviseren over de proceshouding en risico's, maar als de cliënt vervolgens de bewuste keuze maakt om door te gaan met een riskante procestactiek, zal hij niet snel de advocaat succesvol kunnen aanspreken voor daarvoor ontstane schade in de vorm van een kostensanctie (of eventueel een materiële sanctie).¹⁴⁶ Als de advocaat bewust

¹⁴⁰ Een argument dat overigens net zo goed opgaat tegen het eigen beursje.

¹⁴¹ Hofhuis 2009, p. 24-25.

¹⁴² Zie HR 26 april 1990, *NJ* 1991, 455 en de uitgebreide bespreking door Verkijk 2010, p. 387-389. Zie recent nog HR 18 maart 2011, *LJN* BP4977, waarin de advocaat o.a. verantwoordelijk werd gehouden voor een nietige dagvaarding.

¹⁴³ In het voornoemde arrest werd wanprestatie als grondslag gehanteerd, maar als grondslag kan eventueel ook de onrechtmatige daad worden gehanteerd. Ik laat dit onderscheid verder buiten beschouwing; zie Verkijk 2010, p. 385, onder noot 751.

¹⁴⁴ Zie Verkijk 2010, p. 300-301, die HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378 aanhaalt wat betreft de niet-bindendheid en HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 over de motiveringsplicht bij afwijking. Zie ook Hendriksen & Rammeloo 2008. Overigens worden de kosten van de tuchtrechtelijke procedure niet als vergoedbare buitengerechtelijke kosten in het kader van de civiele procedure beschouwd: zie HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324, met kritische noot Vranken, maar desondanks herhaald in o.a. HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527.

¹⁴⁵ De meeste aansprakelijkheidsprocedures vinden niet plaats naar aanleiding van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag waarbij de wederpartij of de rechterlijke macht is geraakt. Als de advocaat een termijn mist of een vordering laat verjaren, valt dat niet onder de definitie van verstorend procesgedrag, maar kan er uiteraard wel sprake zijn van schade en aansprakelijkheid jegens de eigen cliënt.

¹⁴⁶ Verkijk 2010, p. 707.

meewerkt aan misbruik van procesrecht en/of in strijd handelt met de waarheidsplicht, kan hij rechtstreeks aansprakelijk zijn jegens de wederpartij¹⁴⁷ en ook tuchtrechtelijk worden gesanctioneerd.¹⁴⁸ Jegens de cliënt zal hij dan echter niet altijd aansprakelijk zijn, wanneer hij die goed heeft geïnformeerd en op alle risico's heeft gewezen, of zelfs op diens aandringen het procesmisbruik heeft uitgevoerd. De cliënt houdt immers een eigen verantwoordelijkheid, die de advocaat van aansprakelijkheid kan doen ontslaan.¹⁴⁹

Gedragsregel 11 verplicht de advocaat om aan de cliënt te melden dat hij tekort is geschoten in de behartiging van diens belangen. Ook moet hij zo nodig adviseren om onafhankelijk advies in te winnen. Bovendien zijn advocaten verplicht om zich te verzekeren tegen beroepsaansprakelijkheid.¹⁵⁰

8.6.5.3 Een voorbeeld

Voor een vergelijking met het eigen beursje sluit ik aan bij het eerdere voorbeeld (§ 8.6.4.2): een stuk wordt veel later ingediend dan het ingebracht had moeten worden. De rechter laat het stuk toe, maar verbindt er een kostenconsequentie aan die de cliënt € 4.000,- kost.¹⁵¹ Zonder de mogelijkheid van het eigen beursje is de cliënt jegens de wederpartij verantwoordelijk en kan de wederpartij die kosten slechts op hem verhalen.¹⁵² De vervolgvraag is of de cliënt met het tucht- en aansprakelijkheidsrecht, eventueel aangevuld met buitengerechtelijke alternatieven als de Geschillencommissie Advocatuur en interne klachtenregelingen, dat deel van de kostenconsequentie op de advocaat kan afschuiven dat het gevolg is van verstoring procesgedrag waarvoor de advocaat verantwoordelijk is. Dat zou volgens de rechtseconomische theorie optimale *deterrence* opleveren. In het geval van (a), dat de cliënt het stuk bewust voor zijn advocaat heeft verzwegen en voor iedereen heeft achtergehouden, zou de cliënt bakzeil moeten halen in zowel een tucht- als een aansprakelijkheidsrechtelijke procedure tegen zijn advocaat.

¹⁴⁷ Eerder werd reeds Rb Leeuwarden 27 juli 2005, *NJF* 2005, 425 aangehaald.

¹⁴⁸ Verkijk 2010, p. 310.

¹⁴⁹ Verkijk 2010, p. 314-315 en HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 614. Verder geldt bij het causaal verband geen omkeringsregel. Als de cliënt heeft bewezen dat de advocaat tekort is geschoten, moet hij daarna nog bewijzen dat hij zonder dat tekortschieten een andere koers zou hebben gevaren en de schade niet (of minder) zou hebben geleden. Zie Verkijk 2010, p. 402-405; HR 11 december 2009, *VR* 2010, 46 waarin de regel uit HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 wordt herhaald. Ook eigen schuld (art. 6:101 BW) is mogelijk.

¹⁵⁰ Art. 3 Verordening op de administratie en de financiële integriteit.

¹⁵¹ Dit is een fictief bedrag, dat bijvoorbeeld wordt bereikt als de rechter een bepaalde schriftelijke ronde als nodeloos beschouwt en de kosten daarvan tegen het maximumtarief ten laste van de verstoringe partij brengt.

¹⁵² Daarbij laat ik even de bijzondere mogelijkheid buiten beschouwing dat de wederpartij de advocaat aanspreekt op grond van onrechtmatige daad, als in Rb Leeuwarden 27 juli 2005, *NJF* 2005, 425.

Maar bij (b), als de advocaat de procestactiek van ‘de kaarten op de borst houden’ bewust heeft toegepast zonder dit met de cliënt te overleggen, zou de cliënt de € 4.000,- geheel of grotendeels op de advocaat moeten kunnen verhalen en zou een tuchtrechtelijke klacht ook kans van slagen hebben.¹⁵³

In het grijze geval (c), met miscommunicatie tussen advocaat en cliënt (advocaat vraagt niet goed door, cliënt let niet goed op), zal het sterk van de omstandigheden afhangen of een tuchtrechtelijke klacht slaagt. Gedragsregel 4 bepaalt dat de advocaat zijn zaken zorgvuldig behoort te behandelen, waarbij de toelichting verwijst naar de inleiding van de gedragsregels, waarin staat dat hij de benodigde kennis dient te vergaren.¹⁵⁴ De drempel van de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ zal voor veel van dit soort grijze situaties praktisch te hoog liggen, waardoor de cliënt zelf de kostenconsequentie zal moeten dragen.

8.6.5.4 Evaluatie van de indirecte weg

De indirecte weg van het tucht- en aansprakelijkheidsrecht heeft als nadeel dat de cliënt eerst een kostenconsequentie krijgt opgelegd die alleen op hemzelf verhaald kan worden, waarna hij zelf op zoek moet gaan naar mogelijkheden om die kosten weer op de advocaat te verhalen. Daarvoor zal hij soms weer een nieuwe advocaat moeten inschakelen, terwijl zijn vertrouwen in de advocatuur op dat moment wellicht net schade heeft opgelopen.¹⁵⁵ Mede daarom bestaat het gevaar dat sommige cliënten zullen kiezen om niets te doen en zelf de kostenconsequentie te dragen. Als de cliënt opteert voor de klacht- en tuchtrechtelijke weg, heeft het aanvangen van een procedure een lagere (kosten)drempel¹⁵⁶, maar is de weg naar schadevergoeding langer. Dat laatste is onvoordelig vanuit het oogpunt van compensatie van de cliënt, en bijbehorende procedurele kwaliteit, maar het doel van *deterrence* van verstorend procesgedrag kan wel degelijk worden bereikt als de cliënt de kostenconsequentie draagt en de advocaat voor het gedrag een tuchtrechtelijke sanctie krijgt opgelegd.

De extra stap die de cliënt moet nemen lijkt dus tot extra tijd en kosten te leiden, doordat een nieuwe procedure moet worden begonnen. Toch moet dit punt worden genuanceerd, indien de vergelijking met het eigen beursje wordt getrokken. Het is namelijk niet zo dat elke gedraging die tot een eigen beursje zou hebben geleid, in het indirecte systeem tot een procedure tussen advocaat en cliënt zal leiden. Zoals gezegd is de advocaat verplicht verzekerd en dient hij volgens Gedragsregel 11 zijn

¹⁵³ Er van uitgaande dat de cliënt door de procestactiek niet nog meer nadeel of juist een voordeel heeft gekregen, hetgeen tot complicaties bij de berekening van de schadevergoeding zou kunnen leiden.

¹⁵⁴ De term ‘kennis’ lijkt hier gezien de context gericht op het ‘kennis over het recht’, maar bij een zorgvuldige behandeling moet de advocaat mijns inziens ook zo goed mogelijk kennis vergaren over de feiten en daartoe ook de juiste vragen stellen aan zijn cliënt.

¹⁵⁵ Verkijk 2010, p. 407.

¹⁵⁶ Bovendien kan de rechter of wederpartij reeds (al dan niet formeel) hebben geklaagd.

cliënt op de hoogte te stellen van zijn tekortschieten. Als de fout duidelijk is, dan zal er veelal snel worden geschikt.¹⁵⁷ Daarbij kunnen een interne klachtenregeling en eventueel de laagdrempelige Geschillencommissie Advocatuur ook faciliterend werken. Het blijft wel lastig in te schatten in welke mate advocaten Gedragsregel 11 naleven en in hoeveel gevallen de cliënt de fout van zijn advocaat te weten komt, door ofwel een melding door de advocaat ofwel eigen onderzoek.¹⁵⁸

Het is dus de vraag wat over alle zaken bezien tot de meeste totale extra tijd en kosten leidt: is dat de *satellite litigation* bij het eigen beursje of zijn dat de tijd en kosten van nieuwe tucht- en aansprakelijkheidsprocedures? En welke variant leidt tot de hoogste *deterrence* en bijbehorende tijd- en kostenvoordelen? Zonder nadere gegevens kan hier geen harde conclusie over worden getrokken.

Toch lijkt het eigen beursje minder efficiënt. Dat heeft te maken met de informatiepositie van de rechter versus die van de advocaat en de cliënt zelf. In de gevallen waarin het voor de rechter niet helemaal helder is of de verstoringe gedraging door advocaat of cliënt is veroorzaakt, zal het efficiënter zijn om de kostenconsequentie op basis van risico bij de cliënt neer te leggen, waarna advocaat en cliënt zelf waarschijnlijk beter kunnen inschatten voor wiens rekening de consequentie moet komen. Beiden hebben meestal een belang op het vlak van tijd, kosten en reputatie om vervolgens te schikken en het niet tot een aansprakelijkheidsprocedure te laten komen. Het topje van de ijsberg waarin wel wordt doorgeprocedeerd, bestaat uit zaken waarin de cliënt en zijn ex-advocaat op gelijk niveau tegen elkaar staan, zonder dat daar de belangen uit de oorspronkelijke procedure nog in meespelen en zonder dat daarbij nog een oorspronkelijke wederpartij betrokken is die bijvoorbeeld uit incasso-overwegingen aandringt op een eigen beursje.¹⁵⁹ Het is in een dergelijke nieuwe procedure ook minder bezwaarlijk als de advocaat bij zijn verweer de geheimhoudingsplicht moet doorbreken, hetgeen bij de Engelse *wasted costs orders* nog tot problemen heeft geleid.¹⁶⁰

De indirecte weg biedt misschien wel iets minder *deterrence*, doordat deze afhankelijk is van het eigen initiatief van de cliënt en doordat de doorberekening minder in de openbaarheid gebeurt dan het eigen beursje, met lagere reputatie-effecten als gevolg. Anderzijds valt van de tucht- en/of aansprakelijkheidsrechter minder terughoudendheid te verwachten dan van de zaaksrechter die over een eigen beursje

¹⁵⁷ Volgens Verkijk 2010, p. 407, zijn er dan ook weinig beroepsaansprakelijkheidszaken.

¹⁵⁸ Misschien zou de Orde aan advocaten kunnen opleggen dat zij in de algemene voorwaarden van hun contract met de cliënt een equivalent van Gedragsregel 11 vastleggen, met een hoge boete voor niet-nakoming. Het probleem blijft echter dan ook dan die niet-nakoming moeilijk te ontdekken is. De informatieasymmetrie is moeilijk op te heffen met regels.

¹⁵⁹ Vergelijk ook de argumenten die Giesen 2006, p. 105-106, aanvoert bij zijn idee om een aparte sanctierechter in het leven te roepen: de rechter in de hoofdzaak kan gewoon 'recht doen' en het voorkomt rechterlijke terughoudendheid met sancties.

¹⁶⁰ Zie de laatste noot bij § 8.6.4.1.

moet beslissen. Voor zover de indirecte weg al minder *deterrence* biedt, verwacht ik dat dit nadeel kleiner is dan het nadeel dat het eigen beursje qua *satellite litigation* heeft.

Zoals gezegd lijkt het eigen beursje meer perspectief te bieden in de gevallen waarin het voor de rechter wel duidelijk is dat de advocaat degene is die in de fout is gegaan, waarbij eventueel een lijst met scherpe normen kan worden gehanteerd. Toch zou ook in die gevallen de indirecte weg minder belastend kunnen zijn. In die lijst zouden immers alleen gedragingen komen te staan die, indien ze leiden tot een consequentie jegens de cliënt, een advocaat op grond van Gedragsregel 11 reeds zou moeten melden en waarbij de verzekering in de meeste gevallen al op eigen initiatief zou worden ingeschakeld.¹⁶¹ Met andere woorden, in die evidente gevallen zal de beroepsaansprakelijkheidskwestie veelal via de verzekeraar worden geregeld.¹⁶² Rechter kunnen eventueel een handvat geven aan de cliënt door in het vonnis een formulering op te nemen die de advocaat ‘adviseert’ om met de eigen cliënt te bespreken voor wiens rekening de kosten moeten komen.¹⁶³

Het bovenstaande kan tot de voorzichtige conclusie leiden dat de indirecte weg, ondanks de onmiskenbare drempels en tijd en kosten die het met zich brengt, waarschijnlijk toch beter scoort op het toetsingskader dan het eigen beursje. Dat komt vooral doordat de advocaat en de cliënt meestal betere informatie zullen hebben over hun onderlinge ‘schuldverdeling’ dan de rechter die in het materiële geschil beslist. De indirecte weg geeft advocaat en cliënt de kans om op basis van die informatie zelf te schikken. Bovendien verzacht de indirecte weg de problemen met de geheimhoudingsplicht en neemt deze ‘incassoprikkels’ bij de wederpartij weg die bij het eigen beursje wel bestaan.

8.6.6 Conclusie doorberekening consequenties naar advocaat

Voor een goede *deterrence* van verstorend procesgedrag dienen kostenconsequenties bij de advocaat te landen, indien die verantwoordelijk is voor het betreffende gedrag. Dat laatste is vaak het geval, want de advocaat is meestal eerder de *dominus litis* dan een *hired gun* en bepaalt grotendeels de wijze van procesvoering.

Er zijn vier opties besproken waarmee de kosten van verstorend procesgedrag aan de advocaat kunnen worden doorberekend, waarvan twee gereguleerde opties. De ongereguleerde opties, die uitgaan van respectievelijk contractuele mogelijkheden en

¹⁶¹ Beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars kunnen de *deterrence* in theorie enigszins mitigeren, maar in de praktijk zullen advocaten door eigen risico, no-claim en reputatie binnen het kantoor niet graag een beroep doen op de verzekering.

¹⁶² Tenzij de advocaat weigert of niet bij machte is om te betalen, maar een dergelijke situatie valt niet vaak te verwachten en zou bij een eigen beursje eveneens tot nadere (executie)geschillen leiden.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 1 juni 2010, *LJN* BN0223, ro.13. Ook Van Schaick 2009, p. 53, doet een suggestie in die richting.

de transparante vrije markt, zullen niet voldoende functioneren, omdat de informatievoorsprong van de advocaat in de vorm van zowel *hidden knowledge* als *hidden action* te groot is en de transparantie van de advocatenmarkt eveneens onvoldoende is.

Bij de gereguleerde opties is de directe weg van het eigen beursje afgezet tegen de indirecte weg van het tucht- en aansprakelijkheidsrecht. Daarbij is voorzichtig, bij gebrek aan harde gegevens, geconcludeerd dat de indirecte weg per saldo waarschijnlijk iets minder *deterrence* oplevert dan het eigen beursje, maar dat het eigen beursje te veel andere nadelen heeft die slecht scoren op het toetsingskader.¹⁶⁴ Dat komt vooral door de slechte informatiepositie van de rechter over de onderlinge verhouding tussen advocaat en cliënt. Met een eigen beursje worden bovendien de tijd- en kostennadelen van het moeten beoordelen van schuld weer binnengehaald, terwijl eerder is geconcludeerd dat de rechter het beste op basis van risico en scherpe normen kostenconsequenties kan opleggen. Ook problemen met de geheimhoudingsplicht en perverse incassoprikkels bij de wederpartij laten het eigen beursje slechter scoren. De tucht- en aansprakelijkheidsrechtelijke weg lijkt daarom het minst belastend, zeker als die wordt gefaciliteerd door drempelverlagende regulering en initiatieven, zoals: een (ooit wellicht verplichte?) Geschillencommissie Advocatuur, Gedragsregel 11, een verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering en rechters die indien nodig de weg van de informele klacht bewandelen.

Kortom, het eigen beursje kan beter in de lade blijven liggen waarin het in 2002 is weggestopt, omdat de potentie ervan om het procesrecht hoger te laten scoren op de criteria van het toetsingskader erg klein is, zelfs bij evidente advocatenfouten. Met name de effecten op tijd en kosten lijken juist nadelig uit te pakken, ten opzichte van de alternatieve indirecte weg.

8.7 *Geen kostenprijkkels*

Shavell (2004) stelt dat wanneer handhaving duur is, het beter is om *underdeterrence* te hebben om zo enige kosten te besparen.¹⁶⁵ Als handhaving erg duur is en de schade klein, dan kan het soms zelfs lonen om *niet* te handhaven, wanneer de kosten daarvan hoger zijn dan de te voorkomen schade. In hoofdstuk 6 is de ‘nuloptie’ die bij dit idee past als volgt gedefinieerd:

- De proceskosten volgen uit rigide tariefschalen, zonder beslissingsruimte voor de rechter;
- De verliezer van de procedure betaalt de kosten van de winnaar;

¹⁶⁴ Uitgezonderd gevallen die vallen onder art. 245 Rv, omdat er dan feitelijk geen cliënt is die aangesproken kan worden.

¹⁶⁵ Shavell 2004, p. 486 (over publiekrechtelijke *deterrence*) en p. 280-284 (over het aansprakelijkheidsstelsel).

- Bij gedeeld gelijk worden de kosten gecompenseerd of proportioneel verdeeld aan de hand van de mate van gelijk;
- De rechter mag bij zijn kostenbeslissing geen rekening houden met gedrag voor of tijdens de procedure of met andere elementen die met de proceshouding te maken hebben.

Dit alternatief valt feitelijk uiteen in een ‘extreme’ optie, waarbij helemaal geen consequenties aan procesgedrag worden verbonden, en een gematigde optie waarbij alleen andere remedies dan kostenconsequenties worden gehanteerd.

De eerste, extreme optie kan snel worden afgedaan. Het proces wordt dan een chaos, zoals het proces in Dickens’ *Bleak House*¹⁶⁶, dat jaren duurt bij een gebrek aan regie en regels die een goede procesorde beschermen. Doordat kosten kunnen worden veroorzaakt die volledig bij de ander worden neergelegd, biedt het proces dan alle ruimte aan partijen om hun persoonlijke oorlog in de rechtszaal voort te zetten. Niet de partij met het gelijk, maar die met de langste adem wint. Dat dit slecht scoort op alle criteria van het toetsingskader behoeft geen nadere onderbouwing.¹⁶⁷

De tweede, gematigde optie waarbij wel andere consequenties aan gedrag kunnen worden verbonden, maar geen kostenconsequenties, zorgt voor een serieuzer alternatief dat een nadere evaluatie verdient. In de vorige paragrafen is met behulp van buitenlandse alternatieven nagedacht over het ontwikkelen van een kostenveroordeling ten aanzien van gedrag die zo hoog mogelijk scoort op de criteria tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en kwaliteit van procedure. Daaruit komt naar voren dat scherpere gedragscriteria en ongeveer dekkende forfaitaire maximumbedragen een goede oplossingsrichting zijn, terwijl de *indemnity basis* en een eigen beursje minder kansrijk zijn. De vraag blijft dan echter of het systeem op die manier dusdanig wordt verbeterd, dat kostenconsequenties de doelmatigste wijze zijn om verstorend procesgedrag te ontmoedigen. Mogelijk kan met andere remedies voldoende *deterrence* worden bereikt, op een wijze die minder bezwaarlijk is dan wanneer kostenconsequenties worden gebruikt.

Een bespreking en evaluatie van alle categorieën alternatieve remedies past niet binnen het bestek van dit onderzoek. Al hetgeen in dit proefschrift omtrent kostenconsequenties is onderzocht zou dan nu voor elk alternatief moeten worden overgedaan; dus weer een positiefrechtelijke bespreking¹⁶⁸, interviews en een

¹⁶⁶ Charles Dickens, *Bleak House*, 1852-1853. Eén van de verhaallijnen is een erfrechtelijke zaak, die dusdanig lang, duur en pijnlijk verloopt dat de betrokkenen langzaam krankzinnig worden en de erfenis opgaat in proceskosten.

¹⁶⁷ Bij zeer lichte verstoringen kan de rechter uiteraard wel volstaan met een informele prikkel of zelfs niets doen, wanneer de kosten van handhaving groter zijn dan die van de verstoring.

¹⁶⁸ Waarbij de dissertaties van Van der Wiel 2004 en Lindijer 2006 overigens al een gedegen basis zouden vormen.

rechtseconomische analyse. Daarom beperk ik me tot een categorisering van de andere remedies en een korte analyse per categorie (§ 8.7.1). Op één categorie, die van de materiële consequenties, wordt vervolgens uitgebreider ingegaan in paragraaf 8.7.2, omdat die door de rechters het vaakst werd genoemd als factor voor terughoudendheid met kostenconsequenties. Deze materiële consequenties worden vervolgens met de criteria van het toetsingskader afgewogen tegen kostenconsequenties in de paragrafen 8.7.3 en 8.7.4.

8.7.1 *Categorieën andere remedies*

Alle kostenveroordelingsprikkelers ten aanzien van gedrag hebben de volgende vijf eigenschappen: ze zijn (1) financieel, (2) formeel, (3) in beginsel achteraf¹⁶⁹, (4) komen ten goede aan de wederpartij en (5) worden opgelegd binnen het geding waarin het gedrag heeft plaatsgevonden. De andere remedies wijken steeds op één of meer van deze eigenschappen af.

8.7.1.1 *Financiële prikkels*

Er zijn ook andere financiële prikkels dan kostenconsequenties mogelijk. In Nederland bestaan die momenteel echter niet in de sfeer van griffierechten (vooraf; komen ten goede aan de staat)¹⁷⁰ of processuele boetes (achteraf; komen ten goede aan de staat).¹⁷¹ Prikkels in de sfeer van het griffierecht zouden eerder een aanvulling dan een alternatief voor proceskostenconsequenties zijn: als voor een bepaalde handeling vooraf een (hoog) bedrag moet worden betaald, dan kan een partij besluiten om daar van af te zien. Dit zou ook kunnen helpen tegen herhaalde eenstemmige uitstelverzoeken. Eventueel kunnen dan achteraf met een proceskostenconsequentie de betaalde griffierechten worden herverdeeld als de extra betaalde griffierechten aan het gedrag van één partij toe te rekenen zijn.¹⁷²

Processuele boetes lijken vooral een goed alternatief te vormen voor ernstiger verwijtbaar of opzettelijk versturend procesgedrag, zoals bij de *indemnity basis* reeds is besproken. Die zouden dus voor goede *deterrence* kunnen zorgen, maar er valt ook hoge *satellite litigation* te verwachten, omdat voor door de overheid opgelegde boetes sterke procedurele waarborgen gelden. Het is dus maar de vraag of de door *deterrence* bespaarde tijd en kosten opwegen tegen de tijd en kosten van het horen van de te beboeten partij, de motivering van de boete en de eventuele rechtsmiddelen daartegen.

¹⁶⁹ In ieder geval nadat de gedraging heeft plaatsgevonden, niet per definitie pas in het eindvonnis.

¹⁷⁰ Nederland kent zowel onder het oude als in het huidige griffierechtensysteem geen consequenties ten aanzien van processtappen, maar andere landen kennen wel *pay as you go* en verhogingen of verlagingen ten aanzien van gedrag. Zie de beschrijving van het Duitse systeem in § 6.6 en Faure & Moerland 2006.

¹⁷¹ Zie de beschrijving van het Belgische systeem in § 6.4. Ook Brazilië kent processuele boetes, zie het landenrapport (Washington; De Barros & De Miranda) Brazilië, p. 1.

¹⁷² Zie ook hoofdstuk 9 en Faure & Moerland 2006, p. 28.

Bovendien lijken de ernstigere vormen van verstorend procesgedrag veel minder vaak voor te komen dan de lichtere vormen.

In de huidige situatie bestaat reeds de schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad.¹⁷³ Een dergelijke vordering kan in een nieuwe procedure worden ingesteld, maar ook als nieuwe vordering (via eisvermeerdering of reconventie) in de bestaande procedure. In het laatste geval lijkt de schadevergoeding sterk op het naar boven afwijken van het liquidatietarief in het huidige systeem; een optie die eerder als weinig doelmatig is beoordeeld.¹⁷⁴

Ten slotte kan het verbod of gebod op straffe van een dwangsom ook als financiële prikkel worden gezien. Dit kan een verbod op het überhaupt starten van nieuwe kansloze procedures zijn (*anti-suit injunction*) of een verbod op het herhalen van een verstorende gedraging.¹⁷⁵ Het aantal gevallen in de praktijk waarin dit instrument nuttig kan worden ingezet lijkt echter beperkt. Hetzelfde geldt voor het gebod om bijvoorbeeld bepaalde stukken in te dienen. De geïnterviewde rechters zagen de onterechte weigering om stukken te overleggen als de minst frequente verstorende gedraging. De dwangsom lijkt dus weinig toepasbaar en bovendien omslachtig; dat geeft weinig algemene *deterrence* en veel *satellite litigation*.

Over het algemeen lijken de alternatieve financiële prikkels nauwelijks een serieus alternatief te bieden voor kostenconsequenties, ofwel omdat ze in andere situaties toepasbaar zijn, ofwel omdat de tijd- en kostennadelen groter zijn. Alleen de processuele boete lijkt een serieus (aanvullend) alternatief voor kostenconsequenties bij ernstiger verstorend procesgedrag.

8.7.1.2 Informele prikkels

Informele prikkels bestaan in vele varianten. Denk aan de rechter die bij een pas ter comparitie ingediend stuk een leespauze inlast en bij de late indiener zijn ongenoegen laat blijken. Ook als een partij te laat komt op de zitting of als de producties onduidelijk en ongenummerd zijn geordend zal de rechter eerder kiezen voor een vermaning dan voor een formele consequentie.¹⁷⁶ Deze informele prikkels worden niet in de wet genoemd, maar volgen uit de regiefunctie van de rechter. Het belang ervan moet niet worden onderschat, want ze komen vaker voor dan formele sancties.¹⁷⁷ Informele prikkels vormen een serieus alternatief voor kostenconsequenties in de gevallen waarin de veroorzaakte vertraging en/of extra kosten gering zijn. Formele

¹⁷³ Zie Van der Wiel 2004, p. 288 e.v. Zie ook HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353 over de verhouding met misbruik van recht (art. 3:13 BW).

¹⁷⁴ Zie § 8.2.2.

¹⁷⁵ Zie Van der Wiel 2004, p. 282-288; Bruijnzeel 2011, p. 292 e.v.

¹⁷⁶ Zie voor Nederland Barendrecht e.a. 2011, p. 87 e.v., en voor de Verenigde Staten McMorrow, Gardina & Ricciardone 2004.

¹⁷⁷ Zie Barendrecht e.a. 2011, p. 106-107.

sancties zouden dan tot meer *satellite litigation* leiden dan dat er aan voordelige *deterrence* bereikt wordt. Bovendien kan de door partijen ervaren procedurele kwaliteit afnemen als zij het gevoel hebben dat de rechter met een kanon op een mug schiet.

Informeel prikkels zijn er niet alleen achteraf; ook als de rechter vooraf (in het comparitievonnissen of aan het begin van de zitting) aangeeft wat van partijen verwacht wordt, kan dat bijvoorbeeld leiden tot betere voorbereiding en minder kansloze stellingen en verweren.¹⁷⁸ Tijdens de interviews kwamen ook voorbeelden aan bod, zoals het boos opbellen van de niet-verschenen advocaat in het bijzijn van de wel verschenen wederpartij en het maken van afspraken met grote deurwaarderskantoren die geregeld incomplete of meerdere dagvaardingen stuurden.¹⁷⁹

Al met al zullen informele prikkels in veel gevallen beter scoren op het geheel van tijd, kosten, kwaliteit van procedure en uitkomsten dan formele prikkels als proceskostenconsequenties. Dat geldt dan vooral voor de kleine verstoringen; de grens is soms lastig te trekken. Als een partij in de file staat, moet de rechter zichzelf en de wederpartij dan maximaal 10, 20 of 40 minuten laten wachten alvorens een formele (materiële of kosten-) consequentie wordt toegepast? En tot hoeveel pagina's is een leespaauze nog opportuun?

8.7.1.3 *Buiten de bestaande procedure om*

Er bestaan ook prikkels buiten de bestaande procedure om, zoals een klacht bij de deken over de advocaat van de wederpartij en eventueel zelfs officiële tuchtrechtelijke consequenties. Deze zijn echter al besproken in § 8.6. Het zijn geen vervangers van kostenconsequenties, maar eerder een aanvullende mogelijkheid om consequenties door te schuiven naar de advocaat. Gaat een gemachtigde van een aangesloten rechtsbijstandverzekeraar of schaderegelingkantoor in de fout, dan kan een beroep worden gedaan op de Kwaliteitscode Rechtsbijstand.¹⁸⁰

8.7.1.4 *Materiële consequenties*

Materiële consequenties definieer ik in dit onderzoek als: rechterlijke ingrepen ten aanzien van procesgedrag die directe invloed gevolgen hebben voor de uitkomst van

¹⁷⁸ Er is wel discussie in de literatuur over hoe ver de rechter mag gaan in het inhoudelijk 'helpen' van partijen door naar nieuwe feiten en rechtsgronden te vragen: voor terughoudendheid is o.a. Van Schaick 2009, terwijl o.a. Asser, Groen & Vranken 2006, p. 45 e.v. voor verruiming pleiten. De lijn uit HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 (*Regiopolitie/Hovax*) bevindt zich daar tussenin. Zie ook § 139 ZPO over de *Hinweispflicht* met commentaar in Zöller *Zivilprozessordnung* 2009, waarover ook Hovens 2005, p. 63-64; en Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011, nr. 93.

¹⁷⁹ § 5.3.1.3.

¹⁸⁰ Leden van het Verbond van Verzekeraars zijn verplicht aangesloten.

het materieelrechtelijke geschil.¹⁸¹ Bij de interviews werden genoemd: het ontoelaatbaar achten of buiten beschouwing laten van stukken, het weigeren van eisvermeerderingen en -veranderingen, het niet toestaan van het nemen van een nieuwe conclusie of akte (bijvoorbeeld na een bindende eindbeslissing) en het niet bepalen van een nieuwe zittingsdatum na een niet-verschijnen. Deze materiële consequenties zijn niet financieel en kunnen vaak ook voorafgaand aan het voorgenomen verstorende gedrag plaatsvinden, waardoor het gedrag wordt voorkomen.

Deze categorie werd het meest genoemd in de interviews toen werd gevraagd naar de beschikbaarheid van andere remedies. Bovendien werd over materiële consequenties ook een aantal keren door rechters gezegd dat die sinds 2002 het aantal verstorende gedragingen hebben doen afnemen, omdat toen in het nieuwe Rechtsvordering (en in samenhang daarmee: de landelijke rolreglementen) een strakker regime werd ingevoerd, met meer mogelijkheden om partijdebat af te kappen en proceshandelingen vooraf niet toe te staan. De tegenovergestelde visie lijkt in Engeland te bestaan, waar materiële sancties als *striking out* als draconisch worden gezien en kostensancties als een mildere optie:

‘One of the court's more Draconian powers is the ability to strike out a claim or defence where a party has failed to comply with a time limit fixed by a rule, practice direction or court order. The power is most frequently used when parties fail to file the allocation questionnaire or court fees are not paid. The power to strike out can also be used in respect of specific evidence (e.g. a party may not be able to rely upon a witness statement or expert report that is served late). However, it is usually deemed more appropriate to use an alternative sanction: for example, awarding costs on an indemnity basis payable immediately or ordering a payment into court.’¹⁸²

De Handleiding regie vanaf de conclusie van antwoord¹⁸³ bevat twee voorbeelden waarin de keuze tussen een materiële en een kostenconsequentie bestaat. Bij het niet verschijnen van een partij ter comparitie kan de rechter kiezen voor het laten doorgaan van de zitting waarbij slechts de wel verschenen partij verklaringen kan afleggen, waardoor de niet verschenen partij grotere kans heeft om te verliezen op grond van onvoldoende onderbouwde stellingen en betwistingen.¹⁸⁴ Dat is een materiële consequentie. De rechter kan echter ook kiezen voor het aanhouden van de zitting. Hij laat dan de kosten van de mislukte zitting voor rekening van de afwezige partij

¹⁸¹ Uit de categorisering van Van der Wiel 2004 vallen ‘het onthouden van rechtsgevolg aan proceshandelingen’ (par. 5.4; p. 318 e.v.) en ‘sancties in de sfeer van het bewijsrecht’ (par. 5.5.3; p. 333) onder mijn definitie van materiële consequenties.

¹⁸² Jackson 2009, p. 421. Overigens komt Jackson op diezelfde pagina op basis van bijdragen van verschillende organisaties tot de conclusie dat rechters terughoudend zijn met het gebruik van hun sanctiemogelijkheden in het algemeen.

¹⁸³ Te raadplegen via www.rechtspraak.nl onder ‘landelijke regelingen’.

¹⁸⁴ Nr. 28 Handleiding regie.

komen.¹⁸⁵ Bij het te laat toezenden of pas ter zitting inbrengen van stukken van zodanige aard en omvang dat de wederpartij daarop niet adequaat kan reageren geldt dezelfde keuze: weigering wegens strijd met de goede procesorde (materiële consequentie) of aanhouding van de zitting dan wel een extra schriftelijke ronde op kosten van de partij die de stukken heeft ingebracht (kostenconsequentie).¹⁸⁶

Dergelijke keuzes zijn ook mogelijk bij nieuwe stellingen en feiten in hoger beroep en/of na bindende eindbeslissingen. Nova kunnen worden geweigerd op grond van de goede procesorde (of door de wetgever worden verboden), maar een systeem waarin alles mag, mits de veroorzaker maar voor de extra kosten betaalt, is ook niet ondenkbaar. De Commissie Fundamentele Herbezinning kiest hier voor de optie van de proceskostenveroordeling¹⁸⁷, terwijl in de huidige rechtspraak weigeringen vaker voor lijken te komen dan kostenconsequenties.¹⁸⁸

Omdat de keuze tussen materiële en kostenconsequenties bij veel vormen van verstorend procesgedrag voor kan komen, getuige de opmerkingen hierover in de interviews, worden materiële consequenties nu iets uitgebreider geëvalueerd dan de hiervoor besproken alternatieven.

Rechtseconomische literatuur is vrijwel afwezig op dit specifieke punt, maar aan de hand van de kennis uit de in het vorige hoofdstuk besproken literatuur en de interviews kunnen de voor- en nadelige effecten op de criteria van het toetsingskader van kostenconsequenties ten opzichte van materiële consequenties wel worden ingeschat.

8.7.2 *Effecten van materiële consequenties*

Het voordeel van materiële consequenties zit in de directe impact en de sterke *deterrence* die daar van uit kan gaan. Bij duidelijke regels als de ‘in beginsel strakke regel’¹⁸⁹ en bij termijnen in rolreglementen is er bovendien ook het voordeel van voorspelbaarheid en lagere besliskosten voor de rechter.¹⁹⁰ Een geweigerd stuk of een zitting die doorgang vindt zonder de afwezige partij zorgt ervoor dat de procedure niet

¹⁸⁵ Nr. 29 Handleiding regie.

¹⁸⁶ De derde keuze is een leespauze, zoals die is besproken onder de informele prikkels.

¹⁸⁷ Asser, Groen & Vranken 2006, p. 147-148.

¹⁸⁸ Vgl. Van der Wiel 2004, p. 318: ‘(..) het in de praktijk belangrijkste rechtsgevolg dat in het procesrecht aan normschending kan worden toegekend: het onthouden van rechtsgevolg aan een processuele rechtshandeling.’

¹⁸⁹ De regel dat in hoger beroep na de eerste conclusieronde in beginsel geen nieuwe grieven worden toegelaten. Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nrs. 104-116, met nadere verwijzingen; zie ook Van der Wiel 2004, p. 180-182. Zie ook hoofdstuk 3.

¹⁹⁰ Het aantal gevallen waarin de rechter een consequentie *moet* opleggen en partijen dus vooraf zeker weten dat een bepaalde gedraging tot eigen nadeel leidt, is beperkt. Gebreken in exploitatie leiden bijvoorbeeld alleen tot nietigheid als de wederpartij onredelijk is benadeeld (art. 66 lid 1 en 122 lid 1 Rv) en ook de in beginsel strakke regel kent uitzonderingen. Ook overschrijding van de termijnen in rolreglementen leidt niet altijd tot materiële consequenties.

wordt vertraagd en dat de verstorende partij direct de consequenties draagt. Er hoeft dan ook geen tijd te worden besteed aan de omvang van de schade, want die schade is reeds vooraf voorkomen.

Van der Wiel noemt nietigheid, niet-ontvankelijkheid, verval van recht en enkele ‘onbenoemde gevallen’ (zoals bij strijd met de goede procesorde) waarin aan een proceshandeling het rechtsgevolg wordt onthouden.¹⁹¹ Ook in het kader van de ‘geraden gevolgtrekking’ kan de rechter beslissingen nemen die een nadelige invloed op de uitkomst (kunnen) hebben voor de verstorende partij.¹⁹² Wanneer de wet, rolreglementen of jurisprudentie aan een bepaalde procesgedraging een dergelijke (mogelijke) consequentie koppelen, dan weten partijen vooraf dat zij het risico nemen dat aan hen een consequentie wordt opgelegd die de winstkansen van de procedure vermindert. Door deze dreiging zullen partijen er veelal voor kiezen om bepaalde verstorende gedragingen niet te vertonen, hetgeen de nodeloze tijd en kosten beperkt.

Materiële consequenties hebben echter ook nadelen. Zo kunnen ze de getroffen partij in appel jagen, hetgeen de kosten verhoogt voor beide partijen en de samenleving.¹⁹³ Als de partij die verstorend gedrag heeft vertoond wint in appel, moet de appelrechter alsnog over kostenconsequenties beslissen ten aanzien van de nodeloosheid van het hoger beroep (of van de eerste aanleg, dat ligt eraan hoe je het bekijkt).¹⁹⁴ Ook het feit dat de uitkomst wordt beïnvloed kan als een nadeel worden gezien op het vlak van de kwaliteit van uitkomsten. Over het algemeen hecht men in de literatuur enige waarde aan het streven om het recht zoveel mogelijk toe te passen op de materiële werkelijkheid en niet slechts op de processuele werkelijkheid.¹⁹⁵ Het risico dat de tijdens het proces vastgestelde feiten niet stroken met de materiële werkelijkheid wordt groter wanneer de procedure veel valkuilen met materiële consequenties kent, die als gevolg hebben dat relevante stukken of mondelinge toelichtingen niet door de rechter kunnen worden meegenomen in de beoordeling. Ten slotte kunnen met materiële consequenties vooraf niet alle verstorende gedragingen worden voorkomen. Bij kansloze processen, stellingen en verweren en bij overdreven

¹⁹¹ Van der Wiel 2004, p. 318-326.

¹⁹² Van der Wiel 2004, p. 333; zie Ten Haaft 2007 voor een nuttige bespreking van categorieën en jurisprudentie.

¹⁹³ Het hoger beroep biedt immers een herkansingsfunctie, waarin de appellerende partij mag verbeteren en aanvullen wat hij in eerste aanleg heeft nagelaten. Aldus formuleert het hof dit in Hof Amsterdam 30 november 2010, *LJN* BO7193, welke zaak een goede illustratie biedt. Een verzekerende verzekeraar krijgt zowel in eerste aanleg als in appel een materiële consequentie opgelegd wegens het frustreren van het deskundigenonderzoek en verliest daardoor (?) de zaak. Echter zal bij materiële consequenties niet altijd duidelijk zijn hoe de zaak zou zijn gelopen zonder die consequenties. Tillema 2011, p. 346, noemt het nadeel ook, evenals enkele van de geïnterviewde rechters uit hoofdstuk 5.

¹⁹⁴ Zie ook Tillema 2011, p. 346.

¹⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Asser/Vranken 1995 (*Algemeen deel* **), nrs. 7-8 en 43, die de uitkomst van het Varkenspest-arrest (HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415) onbevredigend noemt. Vgl. De Bock 2011. Anders: o.a. Van Schaick 2009, p. 28-29.

hoge vorderingen zijn ze vooraf feitelijk niet mogelijk.¹⁹⁶ Op het moment dat een rechter het nemen van een extra akte of conclusie toestaat, kan die meestal niet vooraf voorspellen of de inhoud een zinnige bijdrage zal leveren aan de uitkomst of dat die een brij aan vage stellingen en herhalingen bevat. Het vooraf uitsluiten van nieuwe stukken is dan niet alleen riskant, maar beperkt ook de *voice* voor partijen: controle over de beslissing en over het proces.

Kortom: materiële consequenties scoren door de directe impact en preventieve werking goed op *deterrence*, waardoor nodeloze tijd en kosten worden bespaard. Bij de duidelijkere regels blijven bovendien de besliskosten laag.¹⁹⁷ Dit positieve effect kan in een deel van de zaken echter teniet worden gedaan door de herkansingsmogelijkheid in hoger beroep. Ook zijn materiële consequenties niet altijd preventief mogelijk en kunnen zij de kwaliteit van uitkomsten en aspecten van procedurele kwaliteit negatief beïnvloeden.

8.7.3 *Effecten van kostenconsequenties*

Kostenconsequenties hebben ten opzichte van materiële consequenties als voordeel dat het materiële geschil en daarmee de kwaliteit van uitkomsten niet aangetast wordt. Procedurele misstappen worden door een procedurele rechtsfiguur gecorrigeerd, zonder dat er iets aan de uitkomst verandert. Ook wordt geen, althans minder, afbreuk gedaan aan de *voice* van partijen. Zij kunnen hun standpunten en bewijsstukken naar voren brengen en de rechter en wederpartij moeten daarnaar luisteren. Dit versterkt de controle over het proces en de beslissing. Pas achteraf vindt dan *pricing* plaats met behulp van kostenconsequenties, waarbij moet worden afgerekend voor te laat ingebrachte of irrelevante informatie.

Een nadeel van kostenconsequenties achteraf is dat de *deterrence* zwakker zal zijn dan bij de directe slagkracht die materiële consequenties hebben. Soms duren procedures jaren en dan moet de rechter bij het schrijven van het eindvonnis het dossier nog eens doornemen op wat er bij de substantiëringsplicht in de dagvaarding ook al weer misging.¹⁹⁸ Bovendien kan het afschrikkende effect door enkele factoren worden gemitigeerd of teniet worden gedaan, zoals bijvoorbeeld bij insolventie.¹⁹⁹ Ook als het proces eindigt in een schikking zal het effect zwakker zijn. In theorie anticiperen partijen in de vaststellingsovereenkomst op de verwachte kostenconsequenties die aan een partij zullen worden opgelegd, maar in de praktijk

¹⁹⁶ Tenzij er een soort verlofstelsel wordt ingericht waarbij een poortwachter-rechter vooraf de kansrijke zaken scheidt van de kansloze, maar die optie is in eerste aanleg niet bepaald realistisch.

¹⁹⁷ Dit voordeel geldt dus niet als de rechter over een open norm als ‘de goede procesorde’ of een open geformuleerde consequentie als de ‘geraden gevolgtrekking’ moet beslissen.

¹⁹⁸ Waarbij de taakverdeling tussen rol- en zaaksrechter theoretisch ook kan meespelen, al zagen de meeste geïnterviewde rechters dit niet als een relevante factor voor hun terughoudendheid.

¹⁹⁹ Zie over (beperkt) mitigerende factoren als gesubsidieerde rechtsbijstand, rechtsbijstandverzekeringen en onverhaalbaarheid § 7.6.2.

zullen onderhandelende partijen daar niet zo snel de focus op leggen. Een ander nadeel is reeds genoemd in het kader van voorspelbaarheid: door procesgedrag als extra factor mee te nemen bij de berekening van de kostenveroordeling kunnen partijen en hun advocaten moeilijker ex ante bepalen wat een proces zal gaan kosten. Ten slotte kunnen kostenconsequenties voor enkele extra kostenposten zorgen: de besliskosten voor de rechter zullen iets hoger kunnen uitvallen en een partij kan tegen een kostenconsequentie in hoger beroep gaan. In familiezaken die verder niet om betalingen van geldsommen draaien speelt ineens de tenuitvoerlegging van een kostenconsequentie mee, hetgeen extra kosten en emotionele belasting mee kan brengen.

Een deel van de nadelen van kostenconsequenties kan worden weggenomen als ze tussentijds, direct na de verstorende gedraging, kunnen worden opgelegd. Zoals vermeld werkt de compensatiefunctie dan beter, maar ook krijgen ze meer slagkracht.²⁰⁰

8.7.4 *Conclusie andere remedies versus kostenconsequenties*

Kostenconsequenties en materiële consequenties hebben dus elk hun voor- en nadelen ten opzichte van elkaar. Materiële consequenties lijken vooral geschikt voor de gevallen waarin de rechter goed vooraf kan beoordelen of een voorgenomen gedraging verstorend zal zijn en die dus direct kan afkappen of buiten beschouwing kan laten. De duidelijke termijnen in de rolreglementen en de regels over de timing van nieuwe grieven in appel lijken daar goede voorbeelden van. In andere gevallen lijken kostenconsequenties geschikter, met name voor gedragingen waarvan pas achteraf kan worden bepaald of ze verstorend waren en bij gevallen waarin hoger beroep of een te grote aantasting van de kwaliteit van uitkomsten en procedure dreigt.

Bij de korte bespreking van de andere alternatieve remedies kwamen vooral de informele prikkels als serieuze ‘concurrent’ van kostenconsequenties naar boven, maar alleen voor de lichtste verstorende gedragingen. Informele prikkels zijn dan proportioneler, waardoor zowel tijd en kosten kunnen worden bespaard als dat de procedurele kwaliteit wordt gediend.

De nuloptie van ‘geen kostenprikkels’ moet worden verworpen, want niet al het verstorend procesgedrag kan door andere remedies worden afgedekt op een wijze die beter scoort op de tijd, kosten en kwaliteit van uitkomsten en procedure. Alternatieve remedies zijn voor een deel van de gevallen wel geschikter, maar voor veel verstorende gedragingen lijken kostenconsequenties toch de beste optie. Een beperking van deze conclusie is dat de andere remedies niet zo intensief zijn onderzocht als de kostenconsequenties in dit onderzoek. Mede daardoor kan niet goed worden voorspeld

²⁰⁰ Daar zitten ook mogelijke nadelen aan, zie § 8.8.2.

welke remedie per categorie verstorend procesgedrag het beste scoort op de criteria van het toetsingskader.

8.8 Conclusie

8.8.1 De alternatieven gewogen

Nu de knop op de verschillende standen is gezet en op basis van de (voornamelijk rechtseconomische) theorie is voorspeld hoe elke stand scoort op de criteria van het toetsingskader, kunnen conclusies worden getrokken over de potentie van de vijf alternatieven om iets aan het huidige systeem van de kostenveroordeling toe te voegen, zodat een nieuw systeem ontstaat dat in totaal beter scoort op tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit.

In het huidige systeem werkt de gebaande weg van het liquidatietarief prima als de kosten gewoon op basis van gelijk worden gealloceerd, maar voor de inzet van de kostenveroordeling op procesgedrag scoort het systeem niet goed op voorspelbaarheid en zijn de kostenconsequenties meestal laag. De *deterrence* is daardoor klein, terwijl de tamelijk willekeurige toepassing van kostenconsequenties wel voor *satellite litigation* kan zorgen. Voor familiezaken geldt hetzelfde beeld, want ook daar is de basis (geen kostenveroordeling) duidelijk, terwijl de afwijking onvoorspelbaar is. In IE-zaken zijn zowel de basis als de afwijking onvoorspelbaar.

Waar het huidige liquidatietarief is vergeleken met een TomTom die alleen de snelwegen kent, kunnen de alternatieven ‘scherpe normen’ en ‘maximumbedragen’ worden gezien als een update van die TomTom, die ook de zijwegen in kaart brengt. Scherpe normen geven – mits ze niet té gedetailleerd zijn – meer voorspelbaarheid en minder *satellite litigation*, hetgeen de rechters ertoe kan brengen om minder terughoudend met hun kosteninstrumentarium om te gaan, waardoor betere *deterrence* wordt bereikt. Om de procedurele kwaliteit te beschermen moet de rechter in uitzonderlijke gevallen wel de scherpe norm terzijde kunnen schuiven als anders klaarblijkelijke onbillijkheid dreigt.²⁰¹ Forfaitaire maximumbedragen die qua hoogte de werkelijk gemaakte kosten benaderen, bieden enerzijds meer *deterrence* dan de huidige niet-dekkende tariefpunten bij nodeloze kosten en leiden anderzijds tot minder *satellite litigation* en onvoorspelbaarheid dan de huidige zeldzame veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten. Daarbij lijkt het doelmatiger om geen basis- en maximumbedragen per zaak, maar per tariefpunt in te stellen.²⁰²

²⁰¹ Immers: ook met een volledig geüpdate TomTom kun je plots een opengebroken weg of omgevallen vrachtwagen tegenkomen, waarna je moet vertrouwen op je eigen oriëntatie, omgevingkennis en borden.

²⁰² Bij de indicatietarieven in IE-zaken wordt momenteel niet gewerkt met punten en liggen basis- en maximumbedragen per zaak meer voor de hand, zoals nu ook al gewerkt wordt met een onderscheid tussen eenvoudige en complexe procedures.

Kortom, scherpe normen en maximumbedragen hebben als toevoeging aan het Nederlandse systeem de potentie om te zorgen voor lagere tijd en kosten, zonder dat de kwaliteit van procedure en uitkomsten daaronder te lijden heeft.

Een aantal alternatieven of onderdelen daarvan zijn ook minder geschikt geacht om tot verbeteringen te leiden op de criteria van het toetsingskader. Het Belgische onderdeel ‘minimumbedragen’ voegt weinig toe. De *indemnity basis* voor grovere verstoringen leidt tot het technische probleem dat binnen de ruimte van de kostenveroordeling moeilijk twee gradaties van kostenconsequenties aan te brengen zijn, die beide hun doel (*pricing* versus absolute *deterrence*) bereiken, terwijl punitieve elementen beter publiek dan privaat kunnen worden opgelegd, om zo perverse prikkels bij de wederpartij te voorkomen. Ook bij het eigen beursje is geconcludeerd dat het niet tot tijd- en kostenbesparing zal leiden ten opzichte van de indirecte weg van het tucht- en beroepsaansprakelijkheid.

Het alternatief ‘geen prikkels’ is verworpen, hoewel de conclusie is getrokken dat voor sommige verstoringende procesgedragingen materiële consequenties of andere remedies – voornamelijk informele prikkels – waarschijnlijk beter scoren dan kostenconsequenties. De regelgever die de scherpe normen opstelt, moet dus goed afwegen aan welke processuele gedragsnormen kostenconsequenties worden verbonden en aan welke slechts andere remedies.

8.8.2 *Op basis van risico, tussentijds en ambtshalve?*

Met de bespreking van het huidige systeem en mogelijke alternatieven zijn niet alle elementen aan bod gekomen die wel in de interviews en/of algemene inzichten uit hoofdstuk 7 naar voren kwamen.

Doorberekening op basis van risico kwam in het vorige hoofdstuk als tijd- en kostenefficiënter uit de bus dan kostenallocatie op grond van schuld. Dat inzicht kan goed worden gerijmd met het opstellen van scherpe criteria waaraan kostenconsequenties worden gekoppeld: die dienen zo objectief mogelijk te worden geformuleerd en zo weinig mogelijk subjectieve elementen als verwijtbaarheid te bevatten.

Tussentijdse proceskostenveroordelingen worden in het huidige systeem slechts af en toe toegepast, voornamelijk bij tussenbeslissingen in incidenten. Een enkele keer zegt een rechter ter comparitie of in een tussenvonnis met bepaald gedrag rekening te zullen houden bij de kostenveroordeling in het eindvonnis. Voor zowel de compensatie- als de preventiefunctie leveren tussentijdse kostenconsequenties echter een beter resultaat op, omdat de wederpartij dan minder makkelijk kan worden stukgeprocedeerd, vanwege het ‘lik op stuk’-effect en omdat een kostenconsequentie dan nog effect kan hebben in zaken die nog voor het eindvonnis geschikt worden. Toch is moeilijk in te schatten of het nettoresultaat positief zal zijn; dat hangt tevens af van de inbedding in het systeem. Als een rechter nog op de tussentijdse kostenbeslissing

mag terugkomen zoals bij andere bindende eindbeslissingen, dan kan de extra *satellite litigation* de voordelen tenietdoen.

In het huidige systeem hoeft een proceskostenveroordeling niet door partijen te worden gevorderd.²⁰³ De rechter veroordeelt dus ambtshalve de verliezende partij in de kosten, maar mag ook ambtshalve compenseren als aan een van de compensatiegronden is voldaan en mag eveneens ambtshalve rekening houden met nodeloos gemaakte kosten. Toch zegt een aantal geïnterviewde rechters terughoudender te zijn met kostenconsequenties ten aanzien van gedrag als die niet worden gevorderd door de wederpartij. Twee respondenten zeiden zelfs dat in hun ogen een veroordeling in de werkelijk gemaakte kosten niet zomaar ambtshalve mag worden opgelegd. In een nieuw te creëren systeem zullen er daarom duidelijkere criteria moeten zijn, die voorspelbaar maken wanneer kostenconsequenties kunnen worden opgelegd. Niet valt in te zien, waarom rechters niet ambtshalve kostenconsequenties mogen toepassen als aan één van die criteria is voldaan. Partijen weten dan welke criteria er zijn en weten dat de rechter aan het eind een kostenbeslissing zal nemen, waarin zowel het gelijk als het gedrag op basis van risico kunnen worden meegewogen. Zij kunnen daar in het voorafgaande partijdebat op anticiperen, dus een extra mondelinge of schriftelijke ronde over de kosten is niet vereist. Het beetje extra *voice* die dit oplevert weegt daarom niet op tegen het nadeel van de *satellite litigation*.

Ambtshalve toepassing kan positieve effecten op de criteria van het toetsingskader hebben. Kostenconsequenties zijn er niet alleen ten bate van de wederpartij, maar ze zijn er ook om onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag uit de rechtspleging te weren. Bovendien kan een eventuele aardigheidscultuur tussen advocaten oneigenlijke drempels opwerpen voor de *deterrence*, wanneer kostenconsequenties van hun verzoeken afhangen.

Kortom, kostenconsequenties op basis van risico en mogelijk ambtshalve zijn wenselijk, omdat daarmee de bespaarde tijd en kosten via *deterrence* het hoogst lijken te zijn en de tijd en kosten van *satellite litigation* juist laag. De merites van tussentijdse kostenconsequenties zijn niet eenduidig te bepalen, omdat enerzijds de besparing van tijd en kosten door *deterrence* toeneemt, maar anderzijds ook extra *satellite litigation* dreigt.

Met behulp van de beoordeelde status quo en alternatieven in dit hoofdstuk, kan in het volgende hoofdstuk de onderzoeksvraag worden beantwoord.

8.8.3 Afronding

In hoofdstuk 7 en 8 heb ik gepoogd de laatste deelvraag te beantwoorden: *Wat zijn de effecten van de potentiële nieuwe kostenprikkel op de kwaliteitscriteria van het civiele*

²⁰³ Kostenveroordelingen op basis van art. 1019h Rv overigens wel.

proces? Met behulp van voornamelijk de rechtseconomische methode en de kwalitatieve data uit de interviewstudie konden soms hardere conclusies worden getrokken, maar vaak konden ook niet meer dan (sterke) aanwijzingen worden gemeld.

In het volgende, concluderende hoofdstuk zullen de implicaties van de voorspelde effecten nader worden besproken en wordt gereflecteerd op de gekozen methode en invalshoek.

Hoofdstuk 9: Conclusie, implicaties en suggesties voor nader onderzoek

9.1 Conclusie

Rechters in Nederland zijn zeer terughoudend met het verbinden van kostenconsequenties aan onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag, terwijl de wet hun wel die ruimte biedt. De geïnterviewde rechters noemden hiervoor verschillende redenen, waarvan er drie het meest genoemd werden: (1) er wordt weinig evident verstorend gedrag vastgesteld; (2) rechtsonzekerheid / willekeur tegengaan; en (3) het willen voorkomen van geschillen binnen het geschil (*satellite litigation*).

De rechtsonzekerheid en *satellite litigation* lijken grotendeels samen te hangen met de wijze waarop de huidige Nederlandse kostenveroordeling is vormgegeven. Daarin biedt het strakke liquidatietarief¹ veel houvast voor het toerekenen van proceskosten op basis van gelijk, maar geen concrete criteria voor toerekening op basis van procesgedrag. Dit gebrek aan duidelijke richtsnoeren kan inderdaad willekeur en discussies over de kostenconsequenties zelf veroorzaken, zo bleek uit de bespreking van de theorie over open en scherpe normen in hoofdstuk 8. De keuze van rechters om partijen en zichzelf daar niet mee te belasten is daarom begrijpelijk. Ook kunnen rechterlijke beslissingen onderhevig zijn aan de *status quo bias*, waardoor zij neigen naar de standaardoptie: het volgen van de hoofdregel op basis van gelijk en niet de uitzondering op basis van gedrag. Die uitzondering behoeft bovendien nadere motivering, hetgeen rechters bewust of onbewust kan prikkelen om niet af te wijken van de hoofdregel.

Dat rechters weinig evident verstorend gedrag vaststellen, zal deels liggen aan de frequentie waarmee dergelijke gedragingen voorkomen², maar uit de interviews komt ook naar voren dat rechters een diffuse grens zien tussen nodig en onnodig gedrag. Zij lijken een vrij hoge verwijtbaarheidsdrempel te hanteren voor sancties ten aanzien van procesgedrag. Het vaststellen van die verwijtbaarheid wordt bovendien bemoeilijkt door de informatieachterstand die rechters hebben aangaande de achtergrond van het gedrag en de complexe advocaat-cliëntrelatie.

Duidelijk is dat voor een effectieve invulling van de proceskostenveroordeling als instrument tegen verstorend procesgedrag rechterlijke beslissingsruimte niet volstaat. De rechter moet ook handvatten hebben om die ruimte zodanig te kunnen invullen dat een positieve bijdrage wordt geleverd aan de kwaliteit van het burgerlijk

¹ Of indicatietarief in IE-zaken.

² De interviews gaven geen consistent beeld over de algemene frequentie, variërend van 'niet of nauwelijks' tot 'met enige regelmaat'. Zie § 5.3.1.3. In Barendrecht e.a. 2011 namen observanten, partijen en advocaten overigens meer versturende gedragingen waar dan rechters in dezelfde zaken (p. 104), wat ook iets zegt over de hoge drempel die rechters hanteren om gedrag als verstorend aan te duiden. Eén-op-éénvergelijking met die studie is verder niet mogelijk, door de iets andere definitie (p.18-19) en operationalisering van verstorend gedrag. Zie ook § 5.6.4.

proces. Bovendien lijkt de invulling van die ruimte nu vooral te worden gezien als een *sanctie* op *verwijtbaar* procesgedrag, hetgeen de lat voor kostenconsequenties erg hoog legt.

Als de huidige beslissingsruimte wordt ingevuld met scherpere criteria, die zowel zien op het procesgedrag als op de hoogte van de kostenconsequenties (basis- en maximumbedragen), kan dat aan rechters en partijen houvast geven, waardoor willekeur en *satellite litigation* kunnen worden teruggedrongen. Die invulling zou bovendien zo kunnen plaatsvinden dat de perceptie van een *sanctie* wordt omgezet in een beeld van doorberekening en billijke kostenallocatie op basis van risico. Als verstorend procesgedrag op basis van risico wordt doorberekend aan de veroorzakende partij, worden discussies over subjectieve verwijtbaarheid afgezwakt. Daarmee wordt bespaard op duur en tijdrovend rechterlijk onderzoek naar de concrete oorzaak van een verstorende gedraging. De lat om verstorend procesgedrag vast te stellen komt daarmee lager te liggen. Van deze duidelijkere invulling van de beslissingsruimte wordt dus verwacht dat het de rechterlijke terughoudendheid doet afnemen, waardoor het aantal kostenconsequenties toeneemt. De daarmee beoogde preventie- en compensatie-effecten zouden tot een kwalitatief hoogstaander proces kunnen leiden, doordat op de toetsingscriteria tijd en kosten winst wordt geboekt, terwijl de procedurele kwaliteit en kwaliteit van uitkomsten minstens op hetzelfde niveau blijven en misschien zelfs verbeteren.³

Scherpere criteria – met toerekening op basis van risico – en maximumbedragen zijn dus de door het buitenland geïnspireerde alternatieven die positief kunnen bijdragen aan het Nederlandse systeem.⁴ Voor twee andere onderzochte kostenprikkelers geldt dit niet. De *indemnity basis* en het eigen beursje zouden beide juist weer de elementen sanctie en verwijtbaarheid introduceren en daarmee tot *satellite litigation* en hernieuwde rechterlijke terughoudendheid leiden. Voor de aanpak van ernstig verstorend procesgedrag en voor het doorberekenen van kostenconsequenties aan de advocaat lijken bovendien betere (respectievelijk publiekrechtelijke en tucht- en civielrechtelijke) alternatieven beschikbaar.

Het antwoord op de onderzoeksvraag *Kan het systeem van de Nederlandse proceskostenveroordeling zodanig worden ingevuld of aangepast dat de partijen in de civiele procedure op een doelmatige wijze worden geprikkeld om af te zien van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag en zo ja, hoe?* luidt dus: ja, vermoedelijk wel, mits de rechter en partijen beschikken over kostenmaxima en scherpe criteria, waarmee de negatieve effecten van verstorend procesgedrag op

³ Het compensatie-effect kan immers voorkomen dat een kleinere partij wordt kapotgeprocedeerd door een machtigere partij, hetgeen verbetering van de procedurele en uitkomstenkwaliteit betekent (§7.6.3).

⁴ Correct gesteld zijn de maximumbedragen (België) en scherpe criteria (meerdere landen) aan het buitenland ontleend – en getoetst in hoofdstuk 8 – terwijl toerekening op basis van risico is ontleend aan de rechtseconomische theorie over de onrechtmatige daad in hoofdstuk 7.

voorspelbare wijze op grond van risico worden doorberekend aan de veroorzaker.⁵ Dit antwoord gaat bovendien alleen op voor gedragingen die niet beter gepareerd kunnen worden door materiële consequenties en informele prikkels, zo bleek uit de analyse van het alternatief ‘geen prikkels’.⁶

Bij dit antwoord moeten wel enkele beperkingen worden vermeld. Ten eerste is het gebaseerd op een analyse met een voornamelijk klassieke rechtseconomische invalshoek, met af en toe gebruikmaking van *behavioural law and economics* en empirische inzichten. Hierbij hoort de assumptie dat van kostenprikkels *deterrence* uitgaat: een preventief effect tegen verstorend procesgedrag. Die assumptie heeft wel een theoretische, maar niet altijd een sterke empirische fundering.⁷

De tweede beperking hangt daarmee samen: het gebrek aan meer empirische gegevens. De afgenomen interviews geven een plausibel beeld van de ervaringen van Nederlandse rechters met verstorend procesgedrag en hun gebruik van proceskostenconsequenties, maar niet kan worden uitgesloten dat een grotere hoeveelheid interviews nieuwe of andere informatie zou opleveren. Aanvullende interviews onder advocaten en partijen hadden misschien eveneens tot nieuwe inzichten geleid.⁸ Ook bij de effecten van kostenprikkels op de criteria van het toetsingskader kon van de impact op tijd en kosten slechts theoretisch de richting worden voorspeld en niet de omvang van een effect in uren en euro's. Het antwoord op de onderzoeksvraag moet dus worden gezien als een uitgebreid theoretisch onderbouwde, toetsbare hypothese, maar niet als een reeds empirisch bewezen stelling. Zie ook paragraaf 9.4.4, met daarin het voorstel om een experiment te houden.

Ten derde is gekozen voor een toetsingskader waarin de kwaliteit van het burgerlijk proces afhangt van de tijd, kosten, (ervaren) procedurele kwaliteit en kwaliteit van uitkomsten. Andere perspectieven daarop zijn echter ook mogelijk en daarmee zouden andere conclusies kunnen worden bereikt dan bovenstaande. Op de mogelijke alternatieve invalshoeken wordt nog nader ingegaan in paragraaf 9.3.⁹

Ten slotte is in de inleiding reeds vermeld dat verstorend procesgedrag slechts één van de oorzaken is van een trage en dure rechtsgang. Ook is slechts één soort prikkel, de kostenprikkel, uitgebreid onderzocht. Zelfs als instrumenteel gebruik van

⁵ Of het hier ‘invullen’ van geldend recht of ‘aanpassen’ tot wenselijk recht betreft valt te bediscussiëren. Het is in ieder geval een aanpassing van de *law in action*, maar deze kan wel binnen de huidige wetgeving ingevuld worden. Zie § 9.2.2.

⁶ Zie § 8.7 en hierna ook § 9.2.2.

⁷ Tegenover de algemene onzekerheid over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht (§7.4.8.4) staat wel specifiek empirisch onderzoek dat gedragseffecten van kostenprikkels laat zien, zoals Hughes & Snyder 1995 over de Amerikaanse versus de Engelse regel en dat van Marshall, Kritzer & Zemans 1992 over Rule 11 FRCP. Zie § 7.5 en § 7.6.1.

⁸ Evenals interviews onder buitenlandse rechters, advocaten en partijen.

⁹ In deze (korte) eindconclusie is niet bij elke deelvraag of eerdere tussenconclusie stilgestaan. Daarvoor verwijs ik naar de samenvatting.

de proceskostenveroordeling leidt tot minder vertraging en lagere kosten, kunnen inefficiëntie en/of capaciteitsgebreken in de organisatie van de rechterlijke macht of ingewikkelde materieelrechtelijke wetgeving toch aan een voortvarend en goedkoop proces in de weg staan.

9.2 *Implicaties*

Met de conclusie dat maximumbedragen, scherpere kostenallocatiecriteria ten aanzien van gedrag en toerekening op basis van risico kunnen bijdragen aan het reduceren van verstorend procesgedrag, is nog geen nieuw systeem ontworpen. Hierna doe ik een aantal suggesties voor de implementatie en de rechtspraktijk, waarbij overigens de voornoemde beperkingen van het antwoord op de onderzoeksvraag in het oog gehouden moeten worden.¹⁰ Deze suggesties kunnen als aanknopingspunt dienen voor regelgevers en voor procesbetrokkenen die met kostenbeslissingen te maken krijgen.

9.2.1 *Allocatiecriteria ten aanzien van gedrag*

Met de definitie van onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag (§ 3.2) en de daarna geformuleerde en aan rechters voorgelegde lijst van gedragingen (hoofdstukken 3 en 5) heb ik een overzicht kunnen schetsen van gedragingen die volgens de literatuur en (een deel van) de geïnterviewde rechters verstorend zijn. Daaruit volgt echter niet direct in normatieve zin aan welke gedragingen en met welke mate van scherpheid de regelgever concrete criteria en kostenconsequenties moet koppelen.

Zo werd het met hagel schieten of een vage mist optrekken van kansloze stellingen en verwerpen door veel geïnterviewde rechters als verstorend ervaren, maar toen ik later de interviewresultaten in een bijeenkomst met Bredase rechters besprak, ontstond op dit punt een stevige discussie. Sommigen vonden het verpakken van een sterk punt tussen meerdere kansloze punten een geoorloofde slimme tactiek, terwijl anderen het wel verstorend vonden en graag consequenties zouden willen verbinden aan kansloze stellingen en verwerpen, of zelfs aan te lange en/of ongestructureerde processtukken. Een concreet criterium voor toerekening van kosten aan kansloze punten volgt dus niet uit mijn onderzoek; daar ligt een nadere taak voor rechtswetenschappers en regelgevers.

Enkele aanknopingspunten voor de hoogte van de kostenconsequenties en de (formulering van) gedragingen die daarvoor in aanmerking komen volgen wel uit dit onderzoek:

- Late stellingen, feiten en bewijsstukken werden door rechters vaak in de top 3 van overlastgevende gedragingen gezet, evenals kansloze stellingen en

¹⁰ Zie hierna ook § 9.4.4 over de wenselijkheid van een experiment waarin de conclusies van dit onderzoek empirisch kunnen worden getoetst.

verweren, verstorend zittingsgedrag (onvoorbereid / niet-verschijnen) en overbodige processuele verrichtingen.¹¹

- In de huidige situatie passen rechters de nodelozekostenregeling volgens door hen genoemde voorbeelden vooral toe bij het niet verschijnen ter zitting, bij overbodige of premature processen, bij summiere dagvaardingen die een extra ronde veroorzaken en bij onnodige aktes (waaronder aktes die nodig waren omdat een partij onnodig laat stukken inbracht).¹²
- Aan sommige vormen van gedrag kunnen beter materiële consequenties of informele prikkels worden verbonden dan kostenconsequenties: materiële consequenties als de rechter goed vooraf kan beoordelen of een voorgenomen gedraging verstorend zal zijn en die dus direct kan afkappen of buiten beschouwing kan laten; informele prikkels bij lichte en eenvoudig te corrigeren verstoringen.¹³
- De criteria kunnen beter zo objectief mogelijk geformuleerd worden, met geen of weinig elementen van subjectieve verwijtbaarheid.
- Criteria kunnen soms aansluiten bij bestaande regelingen in de wet of de rolreglementen, zoals voorschriften waaraan ‘geraden gevolgtrekkingen’ zijn gekoppeld.¹⁴
- De maximumbedragen moeten de hoogte van de (gemiddelde) werkelijk gemaakte kosten benaderen voor voldoende afschrikking en compensatie. Deze bedragen kunnen met steekproeven onder de verschillende zaakscategorieën worden bepaald.¹⁵
- Om de procedurele kwaliteit te beschermen moet de rechter in uitzonderlijke gevallen wel de scherpe criteria terzijde kunnen schuiven als anders klaarblijkelijke onbillijkheid dreigt.¹⁶

9.2.2 *Plaats in het systeem en wijze van toepassing*

De door mij bepleite scherpe gedragscriteria en maximumtarieven moeten ergens hun plaats in het recht krijgen. Een mogelijkheid zou zijn om ze wettelijk vast te leggen, bijvoorbeeld in artikel 237 Rv, als nadere invulling van de nodelozekostenbepaling. Dat ligt echter systematisch gezien niet voor de hand, omdat dan in de wet moet worden verwezen naar de tariefschalen van het liquidatietarief, die op zichzelf verder geen wettelijke verankering kennen en geen recht in de zin van artikel 79 RO vormen.

¹¹ Zie § 5.3.2.3.

¹² Zie § 5.4.1.

¹³ Zie § 8.7. Zie qua informele prikkels ook Barendrecht e.a. 2011, p. 87 e.v. en 106-107.

¹⁴ Zie § 8.3.3.

¹⁵ Zie § 7.4.6 en § 8.4.

¹⁶ Zie § 8.3.3 en ook § 9.2.2.

Om dezelfde reden zou een Koninklijk Besluit, zoals in België, ook onhandig zijn, tenzij het gehele liquidatietarief zou worden overgenomen door de wetgever.¹⁷

De wetgever heeft zich echter niet voor niets onthouden van het vaststellen van forfaitaire advocatentarieven in het kader van proceskostenveroordeling en dit overgelaten aan het overleg tussen rechterlijke macht en advocatuur.¹⁸ Teuben wijst meer in het algemeen op de artikelen 23 lid 3 en 94 RO, waaruit blijkt dat de wetgever een taak voor de rechterlijke macht ziet in het bevorderen van juridische kwaliteit en een uniforme rechtstoepassing.¹⁹ Overigens zou het niet verkeerd zijn als naast advocaten en rechters ook (belangengroepen van) burgers en wetenschappers zouden meepraten. Dat zorgt voor draagvlak en voorkomt dat slechts deelbelangen worden gediend.²⁰

Het liquidatietarief lijkt de aangewezen plaats voor de voorgestelde wijziging. In deze wijziging zouden de huidige bedragen voortaan ‘basisbedragen’ kunnen worden genoemd. Daaraan worden dan maximumbedragen gekoppeld. Daarnaast moet een bepaling worden toegevoegd die een opsomming bevat met criteria ten aanzien van procesgedrag, die de rechter zal hanteren bij de beslissing om van het basisbedrag af te wijken richting maximumbedrag (of juist naar beneden). Een soortgelijke bepaling kan in de indicatietarieven in IE-zaken worden opgenomen, als invulling van de in artikel 1019h Rv genoemde billijkheid. Voor familie zaken hoeft geen aparte regeling te worden gecreëerd: de rechter kan bij de beslissing om een kostenveroordeling uit te spreken aansluiten bij de criteria in het liquidatietarief.

Bij de toepassing kan de rechter kort motiveren dat aan één of meer van de criteria is voldaan en dat een kostenconsequentie wordt opgelegd. Deze korte motivering kan in cassatie worden getoetst op begrijpelijkheid, zoals nu reeds het geval is.²¹

¹⁷ In het Nederlandse bestuursrecht is wel voor een dergelijk systeem gekozen. Artt. 7:15 lid 2, 7:28 lid 2 en 8:75 lid 1 Awb verwijzen naar het Besluit proceskosten bestuursrecht. Daarin is een bijlage met forfaitaire tarieven opgenomen. In dat besluit is ook de regel opgenomen dat de rechter in bijzondere omstandigheden van die tarieven mag afwijken (art. 2 lid 3 Bpb). Deze open norm wordt in de jurisprudentie langzaam ingevuld; zo kan een bestuursorgaan dat een beschikking ‘tegen beter weten in handhaaft’ worden veroordeeld tot integrale vergoeding van proceskosten, evenals de ‘in vergaande mate onzorgvuldig’ handelende belastinginspecteur (HR 4 februari 2011, *LJN* BP2975, *VN* 2011, 10.7).

¹⁸ Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt ook wel dat de wetgever de in de rechtersregeling vastgelegde niet-dekkende forfaitaire tarieven ondersteunt: MvT Inv. Boeken 3, 5 en 6, Wijziging Rv, Deventer: Kluwer 1992, p. 36.

¹⁹ Teuben 2004, p. 96.

²⁰ Zo werden voor de Engelse Jackson Reports verschillende organisaties geraadpleegd, waaronder verzekeraars, vakbonden en burgerorganisaties. Zie Jackson 2009, Annex 2. Ook de Nederlandse Gedragscode Behandeling Letselschade is een voorbeeld van een project dat tot stand is gekomen met medewerking van o.a. slachtofferorganisaties en verzekeraars.

²¹ De *status quo bias* kan nog verder worden teruggedrongen als rechters kostenconsequentie moeten opleggen als aan één van de criteria is voldaan of als rechters gedwongen zijn om ook steeds ambtshalve

Een consequentie van implementatie van de nieuwe regels in het liquidatietarief is dat strikt gezien de rechter nog steeds mag afwijken van het tarief en dus ook van de nieuwe criteria en maximumbedragen.²² Dat gebeurt echter nu al nauwelijks en dit past bovendien prima bij de aanbeveling om de nieuwe criteria niet bindend en uitputtend te laten zijn, maar de rechter de bevoegdheid te laten houden om in klaarblijkelijk onbillijke gevallen een kostenconsequentie achterwege te laten, ook al is aan een criterium voldaan. Het is dan wel van belang dat wordt gemonitord²³ of dit niet te vaak gebeurt en of rechters via deze sluiproute niet toch een eis van bijvoorbeeld subjectieve verwijtbaarheid in de criteria ‘inlezen’. Rechters moeten in ieder geval druk voelen om de criteria doorgaans wél toe te passen, anders gaan de *deterrence* en voorspelbaarheid verloren.

9.2.3 (Zelf)regulering door de Orde?

De conclusie dat het eigen beursje niet heringevoerd hoeft te worden, is grotendeels gebaseerd op een vergelijking met de indirecte weg van het tucht- en aansprakelijkheidsrecht, waarbij die laatste optie als beter uit de bus kwam dan het eigen beursje. Daarbij moet die indirecte weg wel zo laagdrempelig mogelijk worden vormgegeven, omdat het voor de cliënt veelal niet eenvoudig is om te constateren dat diens advocaat voor het verstorende procesgedrag verantwoordelijk te houden is en om vervolgens de kostenconsequenties daadwerkelijk voor rekening van de advocaat te laten komen.

De Nederlandse Orde van Advocaten kan daar in het kader van zelfregulering een grote rol bij spelen.²⁴ Zo zouden aan Gedragsregel 11 nadere (vuist)regels kunnen worden gekoppeld, zoals de plicht om bij bepaalde aan de cliënt opgelegde kostenconsequenties met de cliënt te bespreken voor wiens rekening die behoren te komen.²⁵ De Orde zou ook kunnen regelen dat advocaten in hun algemene voorwaarden bij het contract met de cliënt een en ander vooraf over de verdeling van eventuele proceskostenconsequenties moeten specificeren. Ten slotte zou aansluiting bij de Geschillencommissie Advocatuur verplicht kunnen worden gesteld.

te motiveren waarom niet aan een van de criteria is voldaan. Dit kan echter weer andere nadelen hebben: zie § 8.3.3.

²² Hoewel de rechter daar terughoudend mee om dient te gaan in het kader van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid; afwijking dient slechts te gebeuren bij ‘bijzondere omstandigheden’, aldus Teuben 2004, p. 184.

²³ Bijvoorbeeld door de opstellers van het liquidatietarief en/of door wetenschappers. Vgl. het onderzoek van Jacobs 2010 naar de substantiëringsplicht. Of beter nog: door een experiment te houden. Zie § 9.4.4.

²⁴ Eventueel in samenwerking met een organisatie die de belangen van cliënten kan behartigen, zoals de Consumentenbond.

²⁵ De rechter zal immers niet altijd zo duidelijk formuleren dat de advocaat de kosten behoort te dragen als in Hof Leeuwarden 1 juni 2010, *LJN* BN0223, r.o.13, en in Rb Rotterdam 3 februari 2011, *LJN* BP5131.

9.2.4 Huidige rechtspraak

Welke inzichten biedt dit onderzoek voor de rechters en advocaten die zich over een actuele, individuele zaak moeten buigen? De in de vorige subparagrafen gegeven aanbevelingen hebben slechts betrekking op een wijziging van het bestaande systeem. Daarom wordt nu ingegaan op wat procesdeelnemers kunnen verwachten en doen als zij in het huidige systeem, dus voordat eventuele nieuwe regels worden opgesteld, met verstoringend procesgedrag worden geconfronteerd. Eerst wordt naar de positie van de rechter gekeken en daarna wordt met advocaten en partijen meegedacht.

De aanbeveling aan rechters is niet om na lezing van dit boek meteen alle reserves te laten varen en volop kostenconsequenties uit te gaan spreken. Onder de huidige regeling is de terughoudendheid met kostenconsequenties namelijk grotendeels terecht, vanwege het gevaar van onvoorspelbaarheid en *satellite litigation*. Als van (over)duidelijke verstoringende gedragingen geen sprake is, zullen partijen er op rekenen dat het liquidatietarief wordt toegepast.

De rechterlijke macht kan beter snel in overleg treden met de Orde en andere organisaties om tot een nieuw liquidatietarief te komen en samen vast te stellen aan welke gedragingen kostenconsequenties kunnen worden verbonden en welke maximumbedragen daarbij passen. Een uniforme (rechters)regeling is wenselijker dan dat iedere individuele rechter op basis van dit onderzoek een eigen conclusie trekt.

Voordat een dergelijke regeling is vastgesteld geldt de status quo, zoals die uitgebreid in kaart is gebracht in dit onderzoek. Daarbij geldt dat de rechter in normale en familiezaken meestal slechts bij misbruik van procesrecht en/of onrechtmatig procederen een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten zal uitspreken en dat dit landelijk slechts enkele malen per jaar gebeurt. Het helpt daarbij als de advocaat deze consequentie vordert, want ambtshalve zal geen enkele rechter een dergelijke kostenbeslissing nemen.²⁶

Ook bij nodeloze kosten helpt het als een partij verzoekt om daarmee rekening te houden in de proceskosten. De geïnterviewde rechters zeggen de nodelozekostenregeling vooral toe te passen bij het niet verschijnen ter zitting, bij overbodige of premature processen, bij summiere dagvaardingen die een extra ronde veroorzaken en bij onnodige aktes. Uit de uitspraken op rechtspraak.nl blijkt bovendien dat wanneer een partij in hoger beroep gelijk krijgt, maar in eerste aanleg wegens een eigen fout of verzuim verweer te voeren ongelijk heeft gekregen en doordoor het hoger beroep heeft veroorzaakt, de hoven daar soms kostenconsequenties aan verbinden. Zij zijn daar echter niet consequent in: de ene keer wordt het hoger

²⁶ De 18 geïnterviewde rechters hadden zelfs überhaupt nooit een veroordeling in de werkelijk gemaakte kosten uitgesproken.

beroep als nodeloos aangemerkt, de andere keer de eerste aanleg en soms wordt in één of beide instanties gecompenseerd.²⁷

In IE-zaken worden de indicatietarieven in de praktijk minder nauw gevolgd dan het liquidatietarief en is überhaupt meer ruimte om over de (hoge!) kostenveroordelingen te discussiëren.²⁸ De geïnterviewde rechters voelen hier meer ruimte en behoefte om met het procesgedrag rekening te houden en er wordt bij de kostenbeslissing ook kritisch gekeken naar de efficiëntie van het procederen aan de zijde van de winnende partij, met name wanneer die met meerdere advocaten procedeert.²⁹

Welke les kunnen partijen en advocaten die in de huidige situatie graag een kostenconsequentie tegen de wederpartij uitgesproken zien worden hier uit trekken? Het lijkt niet te lonen om in twijfelgevallen een kostenconsequentie te vragen. Dat is vaak zonde van de tijd en moeite, vanwege de lage slagingskans. In een duidelijker geval kan het meer de moeite waard zijn, maar dan lijkt het te helpen als het verzoek in de stukken goed wordt onderbouwd, bijvoorbeeld door bij een verzoek om de werkelijk gemaakte proceskosten daadwerkelijk de criteria van misbruik van procesrecht en de onrechtmatige daad na te lopen.

In de onderbouwing van een verzoek om met nodeloze kosten rekening te houden, zou het gedrag van de wederpartij in een categorie van Haardt kunnen worden geplaatst of worden gekoppeld aan een artikel met een ‘geraden gevolgtrekking’ in de wet.³⁰ Ook kan worden verwezen naar literatuur die de betreffende gedraging als verstorend beschouwt.³¹ Slechts dan is er een gereede kans dat de rechter overtuigd is dat de vage grens tussen nodig en onnodig gedrag is overschreden.³²

9.2.5 *Andere rechtsgebieden en buitenland*

Dit onderzoek ging over Nederlandse civiele dagvaardingszaken, maar in verzoekschriftprocedures³³ of zelfs publiekrechtelijke procedures zal dezelfde behoefte

²⁷ Zie § 4.9.4.4.

²⁸ De hoven hanteren deze tarieven officieel niet en ze gelden ook niet in octrooizaken. Bovendien gelden de IE-tarieven ‘ter indicatie van wat maximaal redelijk is’, terwijl de bedragen in het liquidatietarief echt forfaitair bedoeld zijn. Zie § 4.5.2.

²⁹ Dit gebeurt echter niet snel ambtshalve: de kostenstaat moet dan wel door de wederpartij zijn betwist.

³⁰ Of aan aanwijzingen in de rolreglementen of de Handleiding Regie. En uiteraard jurisprudentie als er al eerder een kostenconsequentie aan soortgelijk gedrag is verbonden. Zie over de categorieën uit Haardt 1945 ook § 4.3.4.

³¹ Hoofdstuk 3 en 5 (resp. theorie over verstorend gedrag en interviews) kunnen daartoe mede dienen, maar ook Van der Wiel 2004 en Lindijer 2006 zijn geschikt voor dergelijke verwijzingen.

³² Niet onderzocht is wat het effect van het vragen om een kostenconsequentie heeft op de relatie, en daarmee ook op de schikkingskansen, met (de advocaat van) de wederpartij. Dit kan een extra belemmering vormen.

³³ Art. 289 Rv in het algemeen; maar denk ook aan de deelgeschilprocedure: art. 1019aa Rv. Oskam & Van Dijk 2011 en De Groot 2011 hebben reeds de suggestie gedaan om uniforme tarieven te

kunnen bestaan aan nadere invulling van de mogelijkheid om procesgedrag te verdisconteren in de kostenveroordeling. Het bestuursrecht kent bijvoorbeeld ook tamelijk open normen als ‘kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht’³⁴ en ‘bijzondere omstandigheden’³⁵ die de rechter moet invullen bij het toerekenen van kosten op basis van procesgedrag.³⁶ De eventueel in het liquidatietarief op te nemen scherpe criteria kunnen ook meewegen in de kostenbeslissingen in die andere procedures, steeds voor zover dit aansluit bij de aard van die andere procedures.

Scherpe criteria, maximumbedragen en toerekening op basis van risico kunnen ook een bijdrage leveren aan de kwaliteit van buitenlandse procesrechtelijke systemen, maar het is wel aan te bevelen om delen van dit onderzoek dan eerst te herhalen binnen de context van die systemen. Het literatuuronderzoek naar verstoring procesgedrag (hoofdstuk 3), de beschrijving van de kostenveroordelingsregels (hoofdstuk 4) en de interviews zijn uitgevoerd binnen de context van het Nederlandse systeem, waardoor niet bekend is in hoeverre in het buitenland dezelfde verstoring gedragingen tot de meeste overlast leiden en in hoeverre buitenlandse rechters dezelfde terughoudendheid met kostenconsequenties betrachten, als de buitenlandse wetgeving al ruimte biedt voor kostenconsequenties ten aanzien van gedrag. Zo kennen de Verenigde Staten veel verdergaande verplichtingen tot informatie-uitwisseling dan Nederland, waardoor niet-nakoming van die plichten (en ook *fishing expeditions*) daar een groter probleem vormt dan hier.³⁷ Het ligt daarom voor de hand dat in de Amerikaanse federale regels is gekozen voor een specifieke bepaling (Rule 37 (b) FRCP) met kostenconsequenties ten aanzien van *discovery*-verplichtingen.

Ook in hoofdstuk 8 is steeds het Nederlandse systeem de uitgangsbasis, waarbij de effecten zijn voorspeld van het *toevoegen* van alternatieve prikkels. Een ander procesrechtelijk systeem als vertrekpunt kan tot andere conclusies leiden.

Hoofdstuk 6 laat echter wel zien dat in vrijwel alle bestudeerde buitenlandse systemen de rechter ruimte heeft om via open dan wel scherpe normen kostenconsequenties te verbinden aan procesgedrag. Ook de theoretische, voornamelijk rechtseconomische, analyse uit hoofdstuk 7 staat vrijwel los van het Nederlandse systeem en is eveneens toepasbaar op het buitenland. Die inzichten kunnen worden ingebracht als bijvoorbeeld wordt nagedacht over Europese harmonisatie van proceskostenregelgeving.³⁸

ontwikkelen voor de kostenbegroting in deelgeschilprocedures (zie ook § 4.6.5), dus bij een dergelijke nieuw in te voeren regeling kan ook worden nagedacht over kostenconsequenties ten aanzien van procesgedrag.

³⁴ Art. 8:75 lid 1 Awb.

³⁵ Art. 2 lid 3 Bpb.

³⁶ Zie HR 4 februari 2011, *LJN* BP2975, *VN* 2011, 10.7 en meer jurisprudentie in Borman 2009 (*T&C Awb*), art. 2 Bpb, aant. 4.

³⁷ Zie § 7.3.2.2.

³⁸ Zie ook § 6.9.

9.3 *Mogelijke andere invalshoeken*

In dit onderzoek is gekozen voor een toetsingskader met vier nevenschikte ‘prestatiecriteria’ en een focus op de rechtseconomische methode.³⁹ Rechtsfilosofische, rechtshistorische of onderhandelingstheoretische methoden hadden tot andere inzichten kunnen leiden, evenals toetsingskaders met een meer klassiek-rechtsstatelijk perspectief⁴⁰ of een Europees harmonisatieperspectief.⁴¹ Het is daarom aan de regelgevers om te beslissen welke betekenis aan mijn invalshoek toegekend wordt in het kader van nieuwe regulering en welke andere aspecten behoren mee te wegen. Hieronder zal ik nog kort ingaan op twee invalshoeken die in procesrechtelijk onderzoek normaliter wel worden meegenomen: partijautonomie en wetssystematiek.

9.3.1 *Partijautonomie en lijdelijkheid versus gezamenlijke verantwoordelijkheid*

In de inleiding (§ 1.2) is dit onderzoek geplaatst in de *new public management*-traditie, met een grotere aandacht voor een efficiënte procesvoering, met zwaardere partijverantwoordelijkheden en een actievere rechter die de regie voert. Over de vraag of mijn conclusies leiden tot (nog) minder partijautonomie is echter discussie mogelijk.

Eenzijds kan worden betoogd dat met de suggestie om met scherpe criteria en daaraan verbonden kostenconsequenties ten aanzien van gedrag de rechterlijke terughoudendheid te verminderen, de bestaande (machts)evenwichten verder worden verschoven in de richting van minder partijautonomie, een actievere rechter en een grotere nadruk op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen en rechter voor een voortvarend, efficiënt en effectief procesverloop.⁴² Hoewel de rechter in mijn voorstel strikt juridisch gezien geen extra bevoegdheden krijgt die hij nog niet had, kan de nadere invulling van de beslissingsruimte praktisch wel leiden tot een gereguleerder proces met een grotere regiefunctie voor de (daardoor minder lijdelijke) rechter en tot minder autonomie voor partijen en hun advocaten. De rechter kan zijn regieaanwijzingen dus versterken door de kostenveroordeling te gaan gebruiken als stok achter de deur, in plaats van als plichtmatig slotakkoord

Anderzijds is de visie mogelijk dat kostenconsequenties op basis van risico de autonomie van partijen volledig intact laten of zelfs versterken. Als kostenconsequenties worden ingezet in gevallen waarin tot nu toe stukken werden

³⁹ Scherpe criteria en toerekening op basis van risico kunnen ‘typisch rechtseconomisch’ worden genoemd. Zie bijvoorbeeld ook het contractuele ‘keuzemenu met veilige havens’ dat door Van Bijnen 2005 wordt bepleit. Daar leidde een rechtseconomische analyse eveneens tot de oplossing van scherpe normen en een heldere verdeling van risico’s.

⁴⁰ Mak 2007 zet dit af tegen het ‘new public management’-paradigma, waar mijn toetsingskader dichter tegen aanschurkt.

⁴¹ Zie over de lastige taak om kostensystemen te harmoniseren ook § 6.9.

⁴² Zie Asser, Groen & Vranken 2006, p. 45 e.v. Zie ook de koppeling die Verkerk 2011 legt met ideologie: de recente verschuiving van een reactief procesrecht naar een activistischer model.

geweigerd of andere materiële consequenties werden toegepast, hebben partijen feitelijk meer vrijheid om zich naar eigen wens te gedragen in het proces, mits zij daarvoor de extra kosten betalen die dit bij rechterlijke macht en wederpartij teweegbrengt. Of het afstemmen van de betaling op de mate van het gebruik een aantasting is van de autonomie, valt te bediscussiëren. Heeft de automobilist op de Franse tolweg minder autonomie dan die op de met belastinggeld gefinancierde Nederlandse snelweg?

De tegenstelling tussen deze beginselen kan daarom moeilijk richtinggevend zijn bij de vraag of kostenconsequenties ten aanzien van gedrag in ons procesrecht een plaats dienen te hebben en zo ja, welke.⁴³

9.3.2 Toerekening op basis van risico in het wettelijke systeem

De conclusie dat toerekening van kosten het beste op basis van risico in plaats van schuld kan plaatsvinden, is ingegeven door de rechtseconomische invalshoek en het gekozen toetsingskader. Wetsystematische argumenten zijn daarbij achterwege gelaten. Vanuit die hoek is kritiek mogelijk op de implementeerbaarheid van mijn theoretische conclusies in het Nederlandse systeem.

Op één van die mogelijke kritiepunten wil ik hier echter reeds anticiperen: van risicoaansprakelijkheid kan worden gezegd dat die slechts in uitzonderingen bestaat en dat schuldaansprakelijkheid de norm is, waarbij zoveel mogelijk dient te worden aangesloten.

Die stelling gaat echter meer op voor het materiële recht dan voor het burgerlijk procesrecht.⁴⁴ Hoewel het procesrecht inderdaad schuldaansprakelijkheden kent, zoals bij misbruik van procesrecht⁴⁵, is toerekening op basis van risico zeker niet uitzonderlijk. Denk daarbij aan de risicoaansprakelijkheid aan de zijde van de

⁴³ De discussie naar aanleiding van de behandeling van dit onderwerp in het interim- en eindrapport van de Commissie Fundamentele Herbezinning heeft ook niet bijgedragen aan meer helderheid en is mijns inziens veelal semantisch. Zie bijvoorbeeld de kabinetsreactie (*Kamerstukken II* 2006-2007, nr. 1, p. 11), waarin de voorkeur gegeven wordt aan het begrip 'eigen verantwoordelijkheid' boven 'gezamenlijke verantwoordelijkheid', om niet de indruk te wekken dat partijen daadwerkelijk samen moeten werken. Of Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 47: 'Op de keper beschouwd geeft de Commissie juist door dat hameren op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen aan dat zij veronderstelt te doen te hebben met in beginsel autonoom optredende personen. (..) Actieve betrokkenheid van de rechter en partijautonomie gaan wel degelijk samen.'

⁴⁴ Zie HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (*Amercentrale*); zie echter ook Hartlief 2011 over de toegenomen rol van wettelijke risicoaansprakelijkheden in het burgerlijk recht, maar ook de relativering daarvan, omdat in het concrete geval de verwijtbaarheid via een achterdeur soms toch weer meespeelt. In HR 11 maart 2011, *LJN* BN9967, r.o. 3.5, spreekt de Hoge Raad wel weer over aansprakelijkheid met een uitzonderlijk karakter. De wens om wel of niet meer aansprakelijkheden buiten schuld aan te nemen is overigens reeds lang onderwerp van discussie; vgl. de dissertatie van Scholten (1899) en de bundel 100 jaar later: Van Manen & Stutterheim (red.) 1999.

⁴⁵ Feitelijk werken daar materiële rechtsfiguren (artt. 3:13 en 6:162 BW) door in het procesrecht.

beslaglegger voor conservatoir beslag dat achteraf ongegrond blijkt.⁴⁶ Een soortgelijke risicoaansprakelijkheid geldt voor tenuitvoerlegging van vonnissen die niet in gewijsde zijn gegaan, maar bij voorraad uitvoerbaar zijn, waarna het vonnis wordt vernietigd.⁴⁷ Ook geldt hetzelfde voor (dreiging met) executie van een kortgedingvonnis als vervolgens in de bodemzaak anders wordt beslist.⁴⁸ Bij toetsing aan de eisen van de goede procesorde is verwijtbaarheid weliswaar een omstandigheid die kan meewegen, maar geen *voorwaarde* om een handeling in strijd met de goede procesorde te kunnen achten.⁴⁹

Zelfs de huidige hoofdregel van de kostenveroordeling op basis van gelijk is niet gebaseerd op de grondslag dat het verliezen van een procedure verwijtbaar zou zijn. Hartogh (1875) betoogde in zijn preadvies voor de NJV-vergadering reeds:

‘De verliezer betale de kosten; niet op grond van eene onrechtmatig door hem gepleegde daad, maar omdat (..) de rechtszekerheid zulks eischt.’⁵⁰

Hij koppelde dit bovendien aan de voorloper van artikel 6:47 BW, dat de kosten van betaling neerlegt bij degene die de verbintenis nakomt.⁵¹ Tegenwoordig wordt de veroordeling van de verliezer in de kosten vooral gerechtvaardigd met overwegingen op basis van procesrisico en -beleid⁵², maar ook daarin komt het schuldelement niet voor.

Schuld aan het verlies van de procedure is dus niet vereist om in de kosten veroordeeld te worden. Evenmin is schuld een vereiste voor toetsing van gedrag aan de goede procesorde. Waarom zou dan bij het inpassen van een nieuwe regeling voor kostenconsequenties ten aanzien van verstoring procesgedrag wel een vereiste van subjectieve verwijtbaarheid moeten worden aangenomen? Het ligt meer voor de hand

⁴⁶ Deze risicoaansprakelijkheid kent wel een escape: ‘behoudens bijzondere omstandigheden’. Zie o.a. HR 15 april 1965, *NJ* 1965 (*Snel/Ter Steege*); HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*) m.nt. CJHB; en HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 92. Zie ook o.a. Meijsen & Jongbloed 2010, p. 89-90; Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 419-420.

⁴⁷ Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 429; HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 603 (*W./Staat*).

⁴⁸ HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 547. Zie Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 236, en daarin vermelde verwijzingen.

⁴⁹ Lindijer 2006, p. 505-506. Lindijer noemt dit terecht, omdat discussies over schuld en bijbehorende rechtsonzekerheid vaak onwenselijk zijn, evenals dat het onterecht kan zijn dat wederpartij en/of samenleving anders het nadeel moeten dragen.

⁵⁰ Hartogh 1875, p. 119.

⁵¹ Hartogh 1875, p. 120: ‘En alsof dit niet reeds genoeg ware, zoo eischt bovendien het beginsel, dat de kosten die het gevolg zijner eener verbindtenis, ten laste komen van den schuldenaar – een beginsel, dat ten allen tijde en in alle wetten gevonden wordt (b.v. in art. 1287, 1431 B.W.) de veroordeling van den verliezer in de proceskosten, die toch niet anders zijn dan de kosten, door de ten uitvoerlegging van eene verplichting teweeg gebracht.’

⁵² Zie § 4.3.5.

om voor de gehele allocatie van proceskosten het procesrisico en -beleid als grondslag te gaan erkennen en deze nader in te vullen met twee variabelen: gelijk en procesgedrag. Deze twee variabelen krijgen dan verder vorm in de scherpe criteria die in de liquidatie- en indicatietarieven worden opgenomen.

9.4 *Suggesties voor nader onderzoek*

9.4.1 *Aardigheidscultuur*

In veel door mij geraadpleegde bronnen komt de professionele aardigheidscultuur terug als belemmerende factor voor een snel en kostenefficiënt procesverloop. Advocaten zouden elkaar snel uitstel gunnen en terughoudend zijn in het vragen om procedurele consequenties jegens de (advocaat van de) wederpartij.⁵³ Dat laatste komt ook naar voren in de interviews. Eshuis suggereert invoering van een puntensysteem waarmee wordt bijgehouden hoe vaak advocaten de termijnen overschrijden.⁵⁴ In IE-zaken met werkelijke proceskostenveroordelingen kan het nadelig uitwerken voor een advocaat als die de kostenstaat van de wederpartij al te fel betwist, omdat de situatie in een volgende zaak andersom kan zijn.⁵⁵ De aardigheidscultuur kan dus voor een vertraagde en inefficiënte procesgang zorgen.

Aan de andere kant kan een aardigheidscultuur ook positieve effecten hebben, voornamelijk voor het schikkingklimaat. Advocaten die elkaar vaker tegenkomen schikken sneller.⁵⁶

De netto-effecten van dit fenomeen zijn moeilijk in te schatten. Zal een advocaat binnen een cultuur van aardigheid eerder verstorend procesgedrag vertonen, omdat hij weet dat zijn confrère niet snel om een consequentie zal verzoeken, of zal hij zich juist minder snel verstorend opstellen om zijn professionele relatie en reputatie op peil te houden? En verschilt dit per rechtsgebied? Het zou mooi zijn als – bijvoorbeeld in een rechtssociologisch onderzoek – het bestaan, de omvang en eventueel de effecten van de aardigheidscultuur in kaart zouden kunnen worden gebracht.

9.4.2 *Kostendekkende griffierechten: gevolgen voor sturen met proceskosten*

In dit onderzoek lag de nadruk op de advocatenkosten, omdat die de grootste kostenpost voor partijen vormen en ze, ondanks de niet-dekkende tarieven in normale zaken, doorgaans ook de grootste kostenpost binnen de kostenveroordeling zijn. De hoogte van de griffierechten zal de komende jaren in Nederland, evenals in andere

⁵³ Eshuis 2007, p. 51-52; Van der Wiel 2004, p. 350, die daarin Luhmann (1989) aanhaalt; Verkijk 2010, p. 543 en 611-612, en daarin genoemde bronnen.

⁵⁴ Eshuis 2007, p. 288.

⁵⁵ Dit effect is ook geobserveerd in Engeland bij de *summary assessment*, zie Jackson 2009, p. 531. Zie ook de beschrijving door Wefers Bettink & Hoefnagel 2010 van het 'Haagse model': de rechter bekijkt dan de kostenstaten van beide partijen en wijst het laagste bedrag van de twee toe aan de winnaar. Dit omzeilt de aardigheidscultuur.

⁵⁶ Johnston & Waldfogel 2002; Barendrecht & Klijn (red.) 2004, p. 33-35.

landen⁵⁷, echter ook op de agenda staan. Het kabinet Rutte I heeft in de bijlage van zijn regeerakkoord het voornemen vastgelegd om de griffierechten kostendekkend te maken.⁵⁸ Daarbij is een bezuiniging van 240 miljoen euro per jaar ingeboekt, een bedrag dat dus niet meer ten laste van de schatkist maar voor rekening van de procespartijen zal komen.⁵⁹ Ten tijde van het afronden van dit manuscript is een conceptwetsvoorstel rondgestuurd ter consultatie en wordt een impactanalyse uitgevoerd.⁶⁰

Verscheidene auteurs hebben inmiddels hun zorgen geuit over de toegang tot het recht.⁶¹ Bauw, Van Dijk & Van Tulder⁶² laten zien hoezeer de tarieven in dagvaardingszaken kunnen verveelvoudigen ten opzichte van de huidige tarieven in de pas in werking getreden Wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz).⁶³ Zij voorspellen daarbij onder andere een forse daling van het aantal zaken, mogelijke strijd met artikel 6 EVRM en een verzwakte schaduwwerking van het recht.⁶⁴ In een reactie voegen Van

⁵⁷ Zoals in Engeland, zie de zorgen van Jackson 2010, p. 49-50, over de bestaande kostendekkende griffierechten in Engeland. Zie daarover eveneens Faure & Moerland 2006, p. 105-109. De overheidsbijdrage aan de rechterlijke macht is een voor de hand liggend discussiepunt in tijden van bezuinigingen.

⁵⁸ Regeerakkoord VVD-CDA (Bijlage) 2010, p. 3, meldt onder A.7 een bezuiniging van 240 miljoen per jaar vanaf 2013. In de toelichting op p. 6 staat: 'De rechtspraak wordt per 2013 bekostigd door degenen die daar gebruik van maken. Personen met lage inkomens worden gecompenseerd.' Er wordt verwezen naar de brede heroverweging onder het voorgaande kabinet Balkenende IV waarin dat idee eveneens werd geopperd ('15. Veiligheid en Terrorisme.' Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 359, nr. 1). Al in 2008 werd in het interactieve traject bij het Programma Duurzame en Toegankelijke Rechtsbijstand van het toenmalige Ministerie van Justitie, waarbij ik binnen een TISCO-onderzoeksgroep betrokken was bij de procesbegeleiding en wetenschappelijke input, bekeken of kostendekkende (later veranderd in 'passende') griffierechten een reële optie waren voor bezuiniging. Zie Barendrecht & Van Zeeland m.m.v. Sluiter e.a. 2009, p. 242-247.

⁵⁹ Dit is wellicht wat kort door de bocht, want een deel van die 240 miljoen zal wegvallen, doordat de hoogte van de griffierechten ook de 'vraag' naar rechtspraak zal doen afnemen. Of in niet-economische bewoordingen: de duurdere rechtspraak zal de toegang tot de rechter verminderen.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2010-2011, 31 753. Zie nr. 36 over het conceptwetsvoorstel en de bijlage bij nr. 33 over de impactanalyse.

⁶¹ Evenals de Raad voor de Rechtspraak, die op 28 februari 2011 reageerde, zie <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Documents/Standpunt-Raad-voor-de-rechtspraak-over-kostendekkende-griffierechten.pdf>. O.a. de Ombudsman (brief aan de Tweede Kamer van 3 maart 2011) en de NOvA (brief aan de Minister van Veiligheid en Justitie van 2 maart 2011) hebben eveneens negatief gereageerd.

⁶² Bauw, Van Dijk & Van Tulder 2010, tabel 1 op p. 2530. Zij maken overigens bij de berekening van kostendekkende tarieven onderscheid naar zaken op tegenspraak, verstek en met of zonder enquête/descente/pleidooi, terwijl dat onderscheid in de huidige regeling nog niet wordt gemaakt.

⁶³ *Stb.* 2010, 726.

⁶⁴ Mogelijke voordelen zijn, naast de besparing voor de schatkist, onder andere het relatief aantrekkelijker worden van ADR en een onafhankelijker rechtspraak, zie Bauw, Van Dijk & Van Tulder 2010, p. 2535-2536; zie ook Barendrecht 2009 die dit wil combineren met meer zeggenschap (en verantwoordelijkheid) voor de rechtspraak over de inrichting en kosten van procedures. In Barendrecht

der Hoek & Boot toe dat niet alleen de drempel voor de initiatiefnemers van een proces groter wordt, maar dat het procesrisico extra wordt vergroot doordat de verliezer via de kostenveroordeling de griffierechten van beide zijden moet betalen.⁶⁵

Stel dat het plan doorgaat, dan heeft dat effect op sommige bevindingen die in de analyse van de rechtseconomische literatuur naar voren kwamen. De inzet wordt hoger, met als gevolg dat de effecten van de *English Rule* worden versterkt: sterkere claims worden gestimuleerd, zwakkere claims ontmoedigd, risicoaversie weegt zwaarder in beslissingen⁶⁶ en de uitgaven per procedure zullen iets stijgen.⁶⁷

Ook de *deterrence* van kostenconsequenties wordt hoger, want binnen de proceskostenconsequenties ten aanzien van gedrag wordt het griffierechtdeel groter. Dat is een positief effect. Een negatief neveneffect kan echter worden veroorzaakt doordat de hogere inzet ook eerder *satellite litigation* de moeite waard maakt.

Als een kostendekkend griffierechtenstelsel wordt ingevoerd, ligt het voor de hand dat de tarieven niet meer slechts afhangen van de aard en hoogte van de vordering⁶⁸ en van de soort partij⁶⁹, maar ook van het aantal diensten dat de rechter heeft geleverd.⁷⁰ Een dergelijk *pay as you go*-systeem bestaat reeds in een aantal landen⁷¹ en heeft tot gevolg dat partijen bijvoorbeeld geld terug krijgen bij een schikking of verstek, terwijl ze bij een bewijsopdracht of een pleidooi juist moeten bijbetalen (of niets terugkrijgen). Ook voor uitstellen en/of het plaatsen van een zaak op de parkeerrol zou betaald kunnen worden.⁷² Faure & Moerland laten in hun rechtseconomische analyse zien dat er een *trade-off* is tussen de extra administratieve kosten van meer betaalmomenten en het voordeel van een efficiënter gebruik van proceshandelingen dat daar van uitgaat.⁷³ Bij een algemene verhoging van de griffierechten wordt het efficiëntievoordeel van *pay as you go* relatief groter ten opzichte van de administratiekosten. Door kosten te verbinden aan uitstellen en eindvonnissen, terwijl schikkingen juist worden beloond, kan meer snelheid en

2011, p. 356, noemt hij kostendekkende griffierechten 'een uitdaging, maar ook een unieke kans om toegankelijkheid en kwaliteit van rechtspraak te vergroten.'

⁶⁵ Van der Hoek & Boot 2010.

⁶⁶ Waardoor sommige kleine partijen met sterke claims toch zullen worden afgeschrikt.

⁶⁷ Zie § 7.5.

⁶⁸ Bepalend zijn de rechterlijke instantie en het zaaksbelang; zie de Bijlage van de Wgbz.

⁶⁹ Onderscheiden wordt tussen rechtspersonen, natuurlijke personen en on- en minvermogenden; zie de Bijlage van de Wgbz.

⁷⁰ Ook Bauw, Van Dijk & Van Tulder 2010 houden daar reeds rekening mee, door in hun tabel onderscheid te maken tussen verstek, tegenspraak en enquête/descente/pleidooi. Zie tevens Barendrecht 2011, p. 356. De minister gaat op 8 maart 2011 echter nog uit van slechts vooraf betalen, zie *Kamerstukken II 2010-2011*, 31 753, nr. 27.

⁷¹ Zie Faure & Moerland 2006, p. 130, zowel tabel als begeleidende tekst. Zie ook § 6.6.1 over het Duitse systeem waarin griffierechten bij een schikking deels worden gerestitueerd.

⁷² Eshuis 2007, p. 288, stelt dit ook reeds voor.

⁷³ Faure & Moerland 2006, p. 28. Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 77.

kostenefficiëntie worden bereikt.⁷⁴ Eventueel kunnen ook de nadelige effecten van de aardigheidscultuur worden verzwakt, als het collegiaal gunnen van uitstel voortaan extra griffiegelden voor de cliënt kost.

Met *pay as you go* in combinatie met kostendeekkende griffierechten wordt ook het belang van kostenconsequenties groter. Daarmee kan nog beter worden bepaald welke kosten bij een versturende proceshandeling horen. Die kosten kunnen dan aan de verantwoordelijke partij worden doorberekend, waardoor optimale *deterrence* beter wordt benaderd.

Kortom, als hogere griffierechten ondanks de vele bezwaren toch voldoende politiek draagvlak krijgen, ligt er een taak om te onderzoeken hoe een dergelijk systeem zo slim mogelijk vorm kan krijgen. Daarbij is een systeem van *pay as you go* in combinatie met kostenconsequenties ten aanzien van procesgedrag een serieuze optie.

9.4.3 Substantiëringsplicht in incassozaken

In de interviews en het verdere onderzoek, evenals in andere publicaties, kwam het probleem dat *repeat players* in incassozaken⁷⁵ veelal niet voldoen aan de substantiëringsplicht naar boven. De ratio achter dit gedrag is dat in het leeuwendeel van die zaken geen verweer gevoerd wordt, waardoor een al te uitgebreide onderbouwing van de vordering tot *front-loading* van kosten leidt. Binnen het onderzoek is geconcludeerd dat niet-ontvankelijkheid of afwijzing van de vordering op grond van de stelplicht dergelijke *front-loading* zou versterken, terwijl kostensancties in de vorm van *pricing* wel voor de juiste prikkels kunnen zorgen.

De bredere vraag is echter of dit soort incasso's überhaupt niet uit het systeem van de normale procedure op tegenspraak gehaald dienen te worden. Voor onbetwiste geldvorderingen in grensoverschrijdende zaken geldt reeds de Europese betalingsbevelprocedure⁷⁶ en ook in landen als Engeland (*Money Claim Online*⁷⁷) en Duitsland (*(Elektronisches) Mahnverfahren*⁷⁸) is geprobeerd om onbetwiste (geld)vorderingen uit het systeem van de rechtspraak op tegenspraak te halen.

⁷⁴ Nu heb ik zelf comparities gezien waarin de rechter een voorlopig oordeel gaf en de bandbreedte van de mogelijke beslissingen zeer klein werd, maar partijen toch vonnis wilden in plaats van een schikking. Daar hebben zij natuurlijk recht op, maar problematisch is wel dat in die beslissing niet het verschil in administratiekosten tussen een schikking en een eindvonnis werd verdisconteerd: de partijen ter comparitie hebben hun griffierechten immers al betaald en de kosten voor de advocaat zijn ook voor het leeuwendeel al gemaakt.

⁷⁵ Of in zaken met vergelijkbare verhoudingen, zoals grote verhuurders die ontruiming eisen.

⁷⁶ Waarover o.a. Freudenthal 2007, p. 197 e.v. In Nederland geïmplementeerd middels de Uitvoeringswet verordening Europese betalingsbevelprocedure.

⁷⁷ Zie Part 7 CPR en bijbehorende Practice Direction 7E.

⁷⁸ Zie § 688 ZPO e.v.

Ik sluit daarom graag aan bij de vele pleidooien die er reeds geweest zijn om tot een efficiënte online procedure voor onbetwiste incasso's te komen,⁷⁹ met een soepele doorverwijzing naar de juiste rechter als een vordering alsnog wordt betwist.⁸⁰

9.4.4 Experimenten zijn wenselijk

De aanleiding van dit onderzoek was de wens in het eindrapport van de Commissie Fundamentele Herbezinning om de effecten van instrumenteel gebruik van de kostenveroordeling nader onderzocht te hebben.⁸¹ Dat is in dit onderzoek gebeurd, maar nog altijd met beperkingen, mede ingegeven door de beperkte hoeveelheid empirische gegevens (zie § 9.1).⁸² Mochten de opstellers van het liquidatietarief (sommige van) de door mij voorgestelde wijzigingen willen doorvoeren, dan zouden zij er ook voor kunnen kiezen om eerst een veldexperiment⁸³ te laten houden.

Het doel van die studie zou zijn het meten van het beoogde effect (*deterrence*), de onbeoogde effecten (bijvoorbeeld: *satellite litigation*) en het netto-effect daarvan op de kwaliteitscriteria van het proces. Dus in hoeverre neemt het aantal verstorende gedragingen af en in hoeverre leidt dit daadwerkelijk tot kortere doorlooptijden, lagere tijdsbesteding per zaak en lagere kosten? En verandert de ervaren procedurele kwaliteit?⁸⁴

Het design zou er als volgt uit kunnen zien, met deelname door (ten minste) twee hofressorten. Als eerste stap kan een nulmeting in de deelnemende ressorten worden gehouden, waarbij in aanvulling op data die reeds jaarlijks worden verzameld⁸⁵, extra algemene gegevens kunnen worden gemeten.⁸⁶ Idealiter zouden die variabelen bij alle zaken worden geregistreerd, zoals in Taiwan sinds 1996 grotendeels

⁷⁹ Zie recent nog Baarsma & Theeuwes m.m.v. Barendrecht 2011, p. 484-485, die uitrekenen welke besparingen met een dergelijke maatregel mogelijk zijn. Barendrecht 2011, p. 355, pleit daarbij bovendien voor 'een uitlaatklep voor een betalingsregeling of een verweer over de kwaliteit van het geleverde' in de regeling.

⁸⁰ Daarbij komen kostenconsequenties weer in beeld als een eisende partij een reeds betwiste vordering via de online incassoprocedure aanbrengt.

⁸¹ Asser, Groen & Vranken 2006, p. 58-59.

⁸² Volgens Van der Grinten 2010, p. 429 (raadadviseur bij het Ministerie van Veiligheid & Justitie), wordt in de nabije toekomst een empirische studie naar de totale kosten en financiering van de civiele procedure en de effecten daarvan op de toegang tot het recht uitgevoerd. Navraag leerde me dat de nadruk van dit onderzoek op de kosten van de rechtszaak vanuit burgerperspectief zal liggen.

⁸³ Een experiment in een *real-life setting*, dus buiten een laboratorium of andere gecontroleerde simulatie. Zie Bryman 2008, p. 36.

⁸⁴ De kwaliteit van uitkomsten is lastig te meten; wel kan eventueel de ervaren distributieve rechtvaardigheid worden gemeten.

⁸⁵ Te vinden in o.a. Jaarverslagen en jaarlijkse Kengetallen Gerechten, zie <http://www.rechtspraak.nl/Gerechten/RvdR/Publicaties/Jaardocumenten.htm> (laatst geraadpleegd 9 maart 2011).

⁸⁶ Dat kunnen onder andere zijn: het zaaksbelang, de doorlooptijd, de wijze van beëindiging, het geheven griffierecht en de hoogte van een eventuele kostenveroordeling.

gebeurt⁸⁷, maar dit is waarschijnlijk niet haalbaar. Een aantal variabelen kan steekproefsgewijs worden onderzocht, met name als deze erg specifiek zijn en/of de werkwijze en ervaringen van advocaten en partijen betreffen.⁸⁸ Daarna zou in één van beide ressorten het gewijzigde liquidatietarief ingevoerd worden, waarna dezelfde data als in de nulmeting gedurende een periode worden bijgehouden voor het ‘experimentele ressort’ en het ‘controle ressort’.⁸⁹ Vervolgens kan worden geëvalueerd hoe vaak kostenconsequenties worden ingezet en of er in het ene ressort tijd- en kostenvoordelen zijn opgetreden ten opzichte van het andere en of er veranderingen zijn in de door partijen ervaren procedurele kwaliteit.

Dit klinkt als een omvangrijke operatie, en dat zal het ook zijn, maar door eens in de zoveel tijd een bepaalde aanpassing door te voeren en de effecten te meten, kan betrouwbare informatie worden verkregen over de dynamiek van het civiele proces en over de daadwerkelijke invloed van kostenprikkelers. Ook zouden meer veranderingen tegelijk op deze manier kunnen worden gemeten, maar dat moeten dan wel onderdelen van het proces zijn die ver genoeg uit elkaar liggen om elkaar niet teveel te beïnvloeden.⁹⁰ Bovendien mag er tijdens de experimentele looptijden niet teveel onduidelijkheid of rechtsongelijkheid bestaan binnen het landelijke procesrechtelijke systeem. Deze experimenten zijn kostbaar, maar dat zijn op basis van intuïtieve argumenten steeds gereproduceerde discussies ook, en, in tegenstelling tot experimenten, leveren die feitelijk geen systematische kennis op.⁹¹ Netto kan dus mogelijk beter worden geïnvesteerd in experimenten dan in dergelijke discussies.

Wat dat betreft is de ‘invoering’ van de volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken een gemiste kans geweest. Vanwege de plotse richtlijnconforme interpretatie⁹² en onduidelijkheden daarbij⁹³ konden de effecten in de periode voor en

⁸⁷ Zie Huang 2009, die over een periode van 10 jaar van alle Taiwanese civiele zaken gegevens had over de gevorderde bedragen en over de wijze waarop de zaak is geëindigd (eiser wint, gedaagde wint, schikking buiten de rechtszaal of daarbinnen, etc.).

⁸⁸ Denk daarbij aan het meten van het aantal versturende gedragingen per zaak, maar ook vragen over het aantal minuten dat advocaten en rechters aan kostenbeslissingen besteden zijn mogelijk. Vgl. Marshall, Kritzer & Zemans 1992 over de impact van Rule 11 FRCP.

⁸⁹ Die periode mag niet te kort zijn, want veranderingen hebben niet altijd direct effect, al is het maar omdat veel procedures een doorlooptijd van enkele jaren hebben. Bovendien zal er in het begin waarschijnlijk een verhoogde frequentie van versturend gedrag worden gemeten, doordat het nieuw is dat versturende gedragingen concreet worden benoemd. Een langere periode is echter weer duurder en zorgt misschien voor teveel rechtsongelijkheid tussen ressorten.

⁹⁰ Voorbeelden zijn moeilijk te bedenken, omdat veel onderdelen van het procesrecht op elkaar inwerken. Maar een vergelijking tussen enkele en meervoudige rechtspraak zou bijvoorbeeld binnen hetzelfde design mogelijk moeten zijn.

⁹¹ Ook Eshuis 2007, p. 291, stelt dat experimenten de beste condities opleveren voor het verkrijgen van kennis.

⁹² Van de Handhavingsrichtlijn 2004/48/EG, zie hoofdstuk 4.

na de implementatie niet goed worden vergeleken met elkaar en met de effecten in normale zaken in diezelfde periode.⁹⁴

Experimenten kunnen dus nog gedetailleerdere kennis opleveren over of en hoe mensen zich in grote lijnen door procesrechtelijke regels, en in het bijzonder door kostenprikkels, laten bijsturen. Aan de theoretische basis die daarvoor nodig is, is met dit onderzoek beoogd een bijdrage te leveren.

⁹³ O.a. over grensgevallen (slaafse nabootsing/portretrecht), over het meewegen van inbreuk te goede trouw en uiteindelijk over art. 1019h Rv en de indicatietarieven.

⁹⁴ Dan nog was het overigens geen zuiver experiment geweest, doordat de selectie tussen IE-zaken en normale zaken niet 'random' is, maar quasi-experimenten kunnen ook nuttige kennis opleveren. Zie Bryman 2008, p. 40 e.v.

Samenvatting

Hoofdstuk 1: Inleiding

Procespartijen kunnen soms gedrag vertonen dat de civiele procedure onnodig verstoort, hetgeen de voortvarendheid en efficiëntie van het proces niet ten goede komt. In dit onderzoek is bekeken in hoeverre de proceskostenveroordeling geschikt is als instrument om dergelijk verstoring gedrag te ontmoedigen. De centrale onderzoeksvraag is:

Kan het systeem van de Nederlandse proceskostenveroordeling zodanig worden ingevuld of aangepast dat de partijen in de civiele procedure op een doelmatige wijze worden geprikkeld om af te zien van onnodig vertragend en kostenverhogend procesgedrag en zo ja, hoe?

Met de term *doelmatige wijze* is bedoeld dat is gezocht naar prikkels binnen de kostenveroordeling die leiden tot een betere score op de criteria tijd en kosten, waarbij negatieve neveneffecten op andere aspecten van het burgerlijk proces (kwaliteit van uitkomsten en procedure) de positieve effecten niet overstemmen.

De focus ligt op de dagvaardingsprocedure, inclusief de zaaksoorten waarin een afwijkend kostenregime geldt: intellectuele eigendomszaken (IE-zaken) en geschillen waarin partijen familiale banden hebben. De verschillende deelvragen en methoden die zijn gebruikt om de hoofdvraag te beantwoorden komen hieronder bij de samenvattingen van de hoofdstukken aan bod.

Hoofdstuk 2: Toetsingskader: een snelle, efficiënte en eerlijke procedure met goede uitkomsten

Voor het definiëren van verstoring gedrag en het evalueren van de effecten van mogelijke kostenprijkkels is een toetsingskader opgesteld. Dit is opgebouwd uit vier criteria: tijd, kosten, kwaliteit van uitkomsten en procedurele kwaliteit.

De aanpak van dit onderzoek is kwalitatief. Dit betekent dat van gedragingen en kostenprijkkels steeds de richting van de effecten op de vier criteria wordt ingeschat, met behulp van juridische literatuur, interviews, rechtseconomische theorie en enkele bestaande empirische studies.

De vier criteria zijn als volgt nader geoperationaliseerd:

1. *Kwaliteit van uitkomsten*, met daarbij twee optimale uitkomsten mogelijk:
 - a. Vrijwillige schikking of beslissing op basis van de materiële belangen van partijen, waar beide partijen mee kunnen leven;
 - b. een juiste beslissing op basis van de feiten en het recht.
2. *Kwaliteit van de procedure*, met als subcriteria:

- a. *procedural justice*: controle over de beslissing, controle over het proces, consistentie, onpartijdige beslissers, accurate informatie, corrigeerbaarheid van fouten en *ethicality*;
 - b. *interpersonal justice*: beleefdheid, waardigheid, fatsoen en respect;
 - c. *informational justice*: eerlijkheid en uitleg die redelijk, tijdig, voldoende en specifiek is.
3. *Tijd*, op twee verschillende, beide relevante, manieren te meten:
- a. Bestede tijd (effectief bezig zijn met de procedure)
 - b. Totaal tijdsverloop (tijd tussen ontstaan conflict en uitkomst)
4. *Kosten*, zowel financieel als niet-financieel, te verdelen in:
- a. Kosten op collectief niveau;
 - b. Kosten op individueel niveau.

Hoofdstuk 3: Onnodig vertragend en kostenverhogend procesgedrag

De eerste deelvraag is: *Wat zijn de onnodig vertragende en kostenverhogende gedragingen waarop de prikkels in de kostenveroordeling zich zouden moeten richten?* Deze vraag is in drie stappen beantwoord.

Eerst is met behulp van het toetsingskader een definitie opgesteld van onnodig vertragend en/of kostenverhogend (=verstorend) procesgedrag: *wanneer de extra tijd en kosten voorzienbaar niet leiden tot een betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit of wanneer deze betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit kennelijk ook door een minder belastende gedraging bereikt had moeten worden.*

Vervolgens is in de bestaande juridische literatuur gezocht naar gedragingen die onder deze definitie vallen. Verstorend procesgedrag is een voor dit onderzoek geconstrueerd overkoepelend begrip en geen juridische term, dus daar kon niet direct op worden gezocht, maar wel kon worden aangesloten bij rechtsfiguren als misbruik van procesrecht, de goede procesorde, nodeloos gemaakte kosten en het Belgische ‘tergend of roekeloos geding’. Er zijn twaalf categorieën versturende gedragingen van elkaar onderscheiden: (1) liegen, bedriegen en simuleren; (2) evident kansloos proces; (3) kansloze stellingen en verwerpen; (4) overdreven hoge vordering; (5) overbodig of prematuur proces; (6) late stellingen en feiten; (7) laat inbrengen van bewijsstukken; (8) late verandering of vermeerdering van eis; (9) onvoorbereid, ondeugdelijk vertegenwoordigd of niet verschijnen ter zitting; (10) evident onterecht weigeren om bewijsstukken over te leggen; (11) *fishing expedition* en (12) overbodige processuele verrichtingen.

Uit de literatuur kon echter niet worden opgemaakt welke van deze categorieën voor (de meeste) reële overlast in termen van tijd en kosten zorgen. Daarom is als derde stap een interviewstudie opgezet waarin is onderzocht welke van de gedragingen in de ogen van rechters daadwerkelijk voorkomen en voor hoeveel overlast die zorgen. Zie daarvoor hoofdstuk 5.

Hoofdstuk 4: De proceskostenveroordeling in de huidige Nederlandse praktijk

Het zoeken naar mogelijke nieuwe invullingen of aanpassingen van de proceskostenveroordeling heeft pas zin als is vastgesteld wat de geldende regels en de huidige invulling daarvan in de praktijk zijn. Daarover gaat de tweede deelvraag: “*In hoeverre wordt de veroordeling in de proceskosten in de huidige Nederlandse praktijk gebruikt om onnodig verdragend en kostenverhogend procesgedrag te ontmoedigen en wat zijn de achterliggende motieven van rechters om dit wel of niet te doen?*” Ter beantwoording zijn eerst de wet- en regelgeving geïnventariseerd. Daarna is aandacht besteed aan de *law in action*.

De hoofdregel voor dagvaardingszaken staat in artikel 237 lid 1 Rv en lijkt te wijzen op een zogeheten indemnatiestelsel: de verliezer betaalt de kosten van de winnaar. In de praktijk ligt dit genuanceerder, doordat de kosten van de advocaat met het niet-dekkende forfaitaire liquidatietarief worden berekend en doordat het artikel drie uitzonderingen kent die de rechter beslissingsruimte geven: (1) mogelijke kostencompensatie tussen familieleden (die praktisch vrijwel altijd wordt toegepast), (2) mogelijke compensatie bij gedeeld (on)gelijk en (3) nodeloos gemaakte kosten voor rekening van de veroorzaker laten. Deze drie uitzonderingen, en de mogelijkheid om van het niet-bindende liquidatietarief af te wijken, bieden de rechter veel ruimte om bij de kostenbeslissing rekening te houden met eventueel verstorend procesgedrag.

In IE-zaken worden op grond van artikel 1019h Rv in beginsel de werkelijk gemaakte proceskosten doorberekend, hetgeen in de praktijk veel hogere kostenveroordelingen oplevert dan de forfaitaire berekening conform het liquidatietarief. De rechtbanken hebben weliswaar indicatietarieven geïntroduceerd in IE-zaken, maar die gelden niet bij de hoven en in octrooizaken. Ze zijn bovendien bedoeld als *indicatie* van het maximaal redelijke en evenredige bedrag, dus ze hebben een lossere status dan de rigide *forfaitaire* liquidatietarieven. Ook onder dit regime bestaat veel ruimte om procesgedrag mee te wegen in de kostenveroordeling, omdat de kosten redelijk en evenredig moeten zijn en omdat de rechter op grond van billijkheid mag afwijken van de werkelijk gemaakte kosten.

De grote discretionaire ruimte wordt nauwelijks beperkt door verdragsrechtelijke eisen. Wel kunnen partijen deze eventueel zelf beperken door een andersluidend contractueel beding, aangezien de artikelen 237 en 1019h Rv niet van dwingend recht zijn. Ten slotte is er de beperking dat de rechter alleen de partij zelf kan treffen met proceskostenconsequenties, omdat de mogelijkheid om diens advocaat in de kosten te veroordelen nagenoeg is afgeschaft.

Hoewel de wet de rechter veel ruimte biedt om proceskostenconsequenties te verbinden aan verstorend procesgedrag, wordt daar in de praktijk nauwelijks gebruik van gemaakt. Dit blijkt in de eerste plaats uit een systematische analyse van op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken, waarbinnen met trefwoorden is gezocht.

Ondanks de beperkingen die aan deze methode kleven, komt overduidelijk naar voren dat zowel weinig kostenconsequenties worden gevraagd door partijen als dat er kostenconsequenties door rechters worden toegekend. Met name veroordelingen in de werkelijk gemaakte kosten komen (buiten IE-zaken) zelden voor. Het optellen of aftrekken van punten wegens nodeloos gemaakte kosten gebeurt iets frequenter, maar nog steeds niet vaak.

De redenen achter de rechterlijke terughoudendheid om kostenconsequenties aan procesgedrag te verbinden, blijken niet uit de juridische literatuur. Daarom is deze vraag meegenomen in de interviewstudie onder rechters (hoofdstuk 5).

Hoofdstuk 5: Interviewstudie: verstorend procesgedrag en kostenconsequenties in de praktijk

De eerste twee deelvragen konden niet volledig aan de hand van juridische literatuur en jurisprudentie worden beantwoord, dus is een kwalitatieve interviewstudie opgezet om vast te stellen welke ervaringen rechters hebben met verstorend procesgedrag, en waarom zij terughoudend zijn met kostenconsequenties. Ook is gevraagd of zij herinvoering van het eigen beursje zouden wensen. 18 rechters van zes verschillende rechtbanken (sectoren kanton/civiel) en hoven zijn daarvoor semigestructureerd geïnterviewd. Die methode heeft een beperkte generaliseerbaarheid als voornaamste nadeel, maar het grondig kunnen doorvragen naar ervaringen, motieven en voorbeelden als voordeel. De studie heeft daardoor een uitgebreid verkennend beeld opgeleverd.

De geïnterviewde rechters vinden het moeilijk om de grens tussen nodig en onnodig procesgedrag precies te bepalen, vooral doordat zij een dubbele informatieasymmetrie zien. Zij weten dat advocaten niet in hun hoofden kunnen kijken en zelf kunnen ze niet precies zien wat de achtergrond van bepaald procesgedrag is. Toch zien de meeste rechters een (diffuse) grens die wel degelijk overschreden kan worden en hebben veel van hen ook duidelijke voorbeelden van voorgevallen verstorend procesgedrag. Over de frequentie verschillen de meningen, maar niemand wordt door verstorend procesgedrag overstelpt. Als oorzaak ziet men vaker slordigheid en/of onbekwaamheid dan opzet.

Uitgesplitst naar soorten gedragingen heeft men het meeste last van late stellingen en feiten en laat ingebrachte bewijsstukken, vooral bij kanton en dan met name door *repeat players*. Kansloze stellingen en verweren en overbodige processuele verrichtingen leveren ook relatief veel overlast op, maar dan vooral bij de hoven en in mindere mate bij de rechtbanken. Het onvoorbereid of niet verschijnen ter zitting werd over de hele linie vrij veel genoemd.

Wat betreft het gebruik van kostenconsequenties ten aanzien van gedrag wordt het beeld van terughoudendheid uit de jurisprudentieanalyse door de interviews bevestigd. In normale zaken (niet IE/familie) wordt door de geïnterviewden nooit een

partij in de werkelijke proceskosten veroordeeld, ook al is men zich er van bewust dat dit wettelijk wel mag. Ook kostencompensatie gebaseerd op procesgedrag komt haast niet voor. Iets frequenter maakt men gebruik van de nodelozekostenregeling. In familiezaken wordt zelden op grond van verstoring gedrag afgeweken van de gebruikelijke kostencompensatie. In IE-zaken biedt de veroordeling in de werkelijk gemaakte evenredige proceskosten (of een tarief dat die werkelijke kosten indiceert) volgens de rechters meer ruimte en aanleiding om met gedrag rekening te houden, mede doordat in dit systeem het voor de verliezende wederpartij ineens relevant is hoe efficiënt de winnende partij heeft geprocedeerd.

De drie meest genoemde redenen voor terughoudendheid waren de rechtszekerheid, het vermijden van geschillen binnen het geschil (*satellite litigation*) en de lage frequentie van gedrag waarvan kan worden vastgesteld dat het evident verstoring is. Deze derde reden toont een dwarsverband aan met de eerdere conclusie dat de grens tussen nodig en onnodig gedrag moeilijk te bepalen is. Ook andere factoren speelden volgens meerdere rechters mee: de beschikbaarheid van andere remedies, het lage aantal door partijen gevraagde kostenconsequenties en het aspect dat de kostenveroordeling het procesrechtelijke staartje van het vonnis is. De rol van laatstgenoemde (psychologische) factor werd door andere rechters stellig betwist.

Herinvoering van het eigen beursje kende onder de geïnterviewden meer tegen- dan voorstanders, maar vrijwel iedere rechter geeft zowel voor- als tegenargumenten. Voordelig is dat de cliënt niet een nieuwe procedure tegen de falende advocaat hoeft op te starten en advocaten worden geprikkeld om zorgvuldig op te treden. Maar men ziet problemen met de eerlijkheid van het proces (de advocaat wordt ineens zelf 'partij'), *satellite litigation* en de moeilijk waar te nemen verhouding tussen cliënt en advocaat.

Hoofdstuk 6: Potentiële nieuwe prikkels

In de huidige rechtspraktijk wordt de kostenveroordeling met terughoudendheid toegepast om verstoring procesgedrag te ontmoedigen. De vraag is of er alternatieven zijn die beter scoren op het toetsingskader, waarvoor inspiratie wordt gezocht in het buitenland: *Welke nieuwe prikkels binnen het systeem van de kostenveroordeling kunnen verdragend en kostenverhogend procesgedrag mogelijk ontmoedigen?*

Aan de hand van drie bestaande rechtsvergelijkende studies, waarin de kostenstelsels van tientallen landen zijn vergeleken, is geïnteriseerd welke alternatieven mogelijk iets kunnen toevoegen aan het Nederlandse systeem. Op basis van de criteria diversiteit, haalbaarheid en toegankelijkheid leverde dit een selectie van vijf opties op. Deze zijn nader besproken in de context van de betreffende rechtssystemen en daarna abstract geformuleerd voor eventuele implementatie in het Nederlandse systeem. De gevonden alternatieven zijn:

1. Minimum- en maximumbedragen, zoals in België;

2. *Indemnity basis*, (hogere kostenveroordeling bij ernstig verstorend gedrag), zoals in Engeland, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland;
3. Geen (kosten)prikkels, waaraan enige Duitse inspiratie ten grondslag ligt;
4. Scherper geformuleerde normen, zoals die in vele landen bestaan;
5. Eigen beursje, zoals in meerdere landen, met specifieke inspiratie uit Engeland en de Verenigde Staten.

Toetsing van deze prikkels aan het toetsingskader heeft plaatsgevonden in hoofdstuk 8.

Hoofdstuk 7: Algemene theorie over effecten van kostenprikkels

De laatste deelvraag (*Wat zijn de effecten van de potentiële nieuwe kostenprikkels op de kwaliteitscriteria van het civiele proces?*) is in twee stappen beantwoord in de hoofdstukken 7 en 8.

In hoofdstuk 7 is ingegaan op verschillende bestaande theoretische en empirische inzichten over het civiele procesrecht, voor zover die relevant zijn voor de werking van kostenprikkels. Daarbij is steeds in eerste instantie uitgegaan van de klassieke rechtseconomische benadering, maar daarop zijn aanvullingen en correcties toegepast voor zover gedragseconomische en empirische studies daartoe aanleiding gaven.

Informatieasymmetrie tussen partijen is een van de redenen dat partijen soms procederen in plaats van schikken. Informatie-uitwisseling kan bijdragen aan een snellere en goedkopere geschilbeslechting, waardoor tevens te verklaren valt waarom veel verstorende gedragingen verband houden met het achterhouden of laat inbrengen van informatie. Het te hard afdwingen van informatie-uitwisseling kan echter tot nadelige *front-loading* van kosten leiden of tot misbruik van informatievergaring, zoals de *fishing expedition*. Advocaten kunnen soms de informatiekloof verkleinen en irrationaliteit bij de cliënt mitigeren, waardoor de kans op schikkingen groter wordt, maar afhankelijk van hun beloningstructuur en een eventuele professionele aardigheidscultuur kunnen zij ook eigen belangen hebben die niet precies stroken met die van de cliënt (principaal-agentprobleem). Duidelijk is dat de positie van advocaat en cliënt niet geheel vereenzelvigd kunnen worden. Daarmee moet rekening worden gehouden bij de vraag tegen wie kostenconsequenties moeten werken.

Op basis van een vergelijking met de rechtseconomische theorie over buitencontractuele aansprakelijkheid en afschrikking (*deterrence*) wordt geconcludeerd dat de negatieve effecten van verstorend procesgedrag waarschijnlijk het best kunnen worden doorberekend aan de veroorzaker op basis van risico en met consequenties die hoog genoeg zijn (maar eventueel wel forfaitair) om de onnodige vertraging en kosten te dekken. Daarbij is de (onderbouwde) assumptie gehanteerd dat financiële prikkels enige preventieve werking hebben. Perfecte afschrikking van verstorend procesgedrag is ook dan echter niet mogelijk, met name doordat er een

driehoekig spanningsveld is tussen *underdeterrence*, *satellite litigation* en het bieden van voldoende procedurele waarborgen.

Voordat inhoudelijk is gekeken naar de kostenveroordeling als instrument voor *deterrence*, is eerst beoordeeld of daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan eventuele voordelen van de kostenveroordeling op basis van het gelijk in de procedure. De effecten van de Engelse (*loser pays all*) en Amerikaanse regel (*each bears his own costs*) op de toetsingscriteria zijn ambigu. Met tussenvormen als het Nederlandse liquidatietarief worden de scherpe kantjes van de Engelse regel afgehaald, waardoor een aantal negatieve effecten van die regel op de totale kostendruk worden weggenomen of gemitigeerd. Anderzijds vallen daardoor ook wat positieve effecten van de Engelse regel weg, zoals de verlaagde drempel voor kleine/kostbare zaken en de veronderstelde positieve werking op de kwaliteit van uitkomsten. Geen van de kostenveroordelingsystemen op basis van gelijk geeft echter een netto positief effect dat zou dreigen weg te vallen als de kostenveroordeling niet volledig wordt ingezet op het gelijk maar op het afschrikken van verstorend procesgedrag.

Ten slotte is gekeken naar de kostenveroordeling als instrument voor *deterrence*. Als preventief instrument wordt het in de rechtseconomische theorie als veelbelovend gezien, maar in de Amerikaanse praktijk rond Rule 11 FRCP bleek dat de fijnstemming van zo'n systeem binnen het spanningsveld van *underdeterrence*, *satellite litigation* en procedurele waarborgen veel voeten in de aarde heeft. Bovendien blijkt uit de Canadese situatie dat er een gevaar is voor de voorspelbaarheid indien de kostenveroordeling van teveel factoren afhangt. Voorspelbaarheid is nodig om zowel de tijd en kosten te beperken als om de kwaliteit van uitkomsten hoog te houden. Kostenconsequenties bieden ook compensatie aan de wederpartij, waarvan eveneens positieve effecten op het toetsingskader kunnen uitgaan. Zo kan de wederpartij dankzij compensatie minder snel worden kapotgeprocedeerd, terwijl het afstraffen van gedrag van de wederpartij dat onethisch is en/of de eigen controle over proces en uitkomst belemmert, ook positief kan uitwerken op de procedurele kwaliteit. Rechtsbijstandverzekeringen, toevoegingen en insolventies kunnen kostenprikkel in theorie verzwakken, maar in de Nederlandse praktijk valt dit nauwelijks te verwachten. Rechtsbijstandverzekeraars zullen de prikkel om geen verstorend gedrag te vertonen in hun bedrijfsvoering overnemen. Toevoegingen dekken geen nadelige kostenveroordeling. Insolventie werkt alleen mitigerend als de verstorende partij daar tijdens het gedrag al op kon anticiperen.

Hoofdstuk 8: De effecten van potentiële nieuwe prikkels op de kwaliteit van het burgerlijk proces

Het huidige Nederlandse systeem gaat buiten de gebaande weg van het liquidatietarief niet optimaal om met de factor voorspelbaarheid en evenmin met het spanningsveld tussen *underdeterrence*, procedurele waarborgen en *satellite litigation*. Het biedt

namelijk op papier enkele mogelijkheden voor kostenconsequenties waarmee de negatieve externe effecten van verstoring procesgedrag aan de veroorzaker kunnen worden doorberekend, maar er zijn geen criteria die houvast bieden, waardoor de rechters terughoudend zijn met de toepassing en waardoor de gevallen waarin wél een consequentie volgt vrij willekeurig zijn. Bij de consequentie die nog het meest wordt toegepast, de nodelozekostenregeling, is er bovendien structurele *underdeterrence* doordat van het niet-dekkende liquidatietarief wordt uitgegaan. In IE-zaken zijn de kostenveroordelingen wel hoog, maar is er weinig voorspelbaarheid, doordat moeilijk te bepalen is hoe de rechter procesgedrag precies meeweegt in de redelijkheid, evenredigheid en billijkheid.

Daarom is bekeken welke van de vijf door het buitenland geïnspireerde opties aan het Nederlandse systeem kunnen worden toegevoegd, zodat er beter wordt gescoord op tijd en kosten, zonder dat dit ten koste gaat van de kwaliteit van procedure en uitkomsten.

Scherpere criteria voor kostenconsequenties ten aanzien van gedrag hebben de potentie om de rechterlijke terughoudend terug te dringen (door o.a. de *status quo bias* te laten afnemen) en voor meer voorspelbaarheid en *deterrence* te zorgen, terwijl de *satellite litigation* laag blijft. Daardoor kan beter worden gescoord op tijd en kosten. Om ook de procedurele kwaliteit te waarborgen, moet de rechter wel de mogelijkheid hebben om in klaarblijkelijk onbillijke situaties de criteria buiten toepassing te laten. De tijd en kosten van regelgeving kunnen laag worden gehouden door niet té gedetailleerde criteria te maken, door deze neer te leggen in een laagdrempelig te wijzigen (rechters)regeling en door de normen zoveel mogelijk aan te laten sluiten bij bestaande processuele voorschriften.

Forfaitaire maximumbedragen zijn eveneens een veelbelovende toevoeging om de *satellite litigation* te verlagen met minstens gelijkblijvende *deterrence*, mits de maxima hoog genoeg zijn. Het systeem kan daarmee hoger scoren op de criteria tijd en kosten, zonder nadelige effecten op de andere criteria. Minimumbedragen lijken daarentegen weinig toe te voegen.

Minder potentie heeft de *indemnity basis*. Dit aanvullende instrument met hoge kostenveroordelingen voor grove (opzettelijke of ernstig verwijtbare) verstoringen voegt weinig toe, wanneer bij ‘gewone’ verstoringen ook reeds de extra kosten en gedragingen vrijwel volledig worden doorberekend. Als de behoefte bestaat om gedragingen met *illicit utility* extra af te schrikken, dan ligt het meer voor de hand om te onderzoeken of dat doel met processuele boetes kan worden bereikt.

Hoewel de *deterrence* toeneemt als de consequenties voor door de advocaat veroorzaakt verstoring gedrag uiteindelijk bij de advocaat belanden, lijkt de directe weg van het eigen beursje daarvoor niet de beste optie. De rechter moet dan teveel in de verhouding advocaat-cliënt duiken, hetgeen niet efficiënt is en problemen met de geheimhoudingsplicht oplevert. Ook kan het leiden tot contraproductieve

incassoprikkels bij de wederpartij. De indirecte weg van het tucht- en beroepsaansprakelijkheid lijkt daarmee een betere manier om de advocaat te ontmoedigen om verstorend procesgedrag te vertonen.

Het alternatief ‘geen (kosten)prikkels’ leidde vooral tot een vergelijking tussen kostenprikkels en andere remedies, waarbij informele prikkels en materiële consequenties de reëelste alternatieven vormen. Eerstgenoemde zijn geschikter bij de lichtste verstorende gedragingen (bijv. een kwartier te laat op de zitting), wanneer een formele kostenconsequentie door partijen als een kanonschot op een mug zal worden ervaren. Materiële consequenties lijken vooral geschikt voor de gevallen waarin de rechter goed vooraf kan beoordelen of een voorgenomen gedraging verstorend zal zijn en die dus direct kan afkappen of buiten beschouwing kan laten. In de overige gevallen lijken kostenconsequenties echter de geschiktste optie, met name voor gedragingen waarvan pas achteraf kan worden bepaald of ze verstorend waren. Dit geldt ook voor gevallen waarin hoger beroep of een te grote aantasting van de kwaliteit van uitkomsten en procedure dreigt. De optie ‘geen (kosten)prikkels’ is dus grotendeels verworpen.

Kortom, scherpere criteria (met toerekening op basis van risico; zie hoofdstuk 7) en maximumbedragen hebben als toevoeging aan het Nederlandse systeem de potentie om te zorgen voor lagere tijd en kosten, zonder dat de kwaliteit van procedure en uitkomsten daaronder te lijden heeft.

Hoofdstuk 9: Conclusie, implicaties en suggesties voor nader onderzoek

Het antwoord op de onderzoeksvraag *Kan het systeem van de Nederlandse proceskostenveroordeling zodanig worden ingevuld of aangepast dat de partijen in de civiele procedure op een doelmatige wijze worden geprikkeld om af te zien van onnodig vertragend en kostenverhogend procesgedrag en zo ja, hoe?* luidt: ja, vermoedelijk wel, mits de rechter en partijen beschikken over kostenmaxima en scherpe criteria, waarmee de negatieve effecten van verstorend procesgedrag op voorspelbare wijze op grond van risico worden doorberekend aan de veroorzaker.

Deze conclusie kent wel een aantal beperkingen, die onder andere samenhangen met het gekozen toetsingskader en de nadruk op de rechtseconomische benadering.

Aanbevolen wordt om de advocatuur, rechterlijke macht en andere (belangen)groepen allocatiecriteria ten aanzien van gedrag op te laten stellen en die op te nemen in het liquidatietarief en in de indicatietarieven in IE-zaken. In een veldexperiment kunnen de effecten worden gemeten. Ook kan nader onderzoek worden gedaan naar de professionele aardigheidscultuur onder advocaten en naar een systeem waarin kostenconsequenties worden gecombineerd met een *pay as you go*-stelsel van griffierechten.

English summary

Chapter 1: Introduction

Parties in civil proceedings can behave in ways that cause unnecessary delay and extra costs. The aim of the research presented in this thesis was to evaluate the use of cost shifting to deter such behavior. The central research question was:

Can the Dutch system of cost shifting be used or adapted in such a manner that parties in civil proceedings are efficiently stimulated to refrain from exhibiting unnecessary delaying and cost-increasing behavior, and if so, how?

‘Efficiently’ here means that negative side effects of using a cost incentive should not outweigh the positive effects (either intended or unintended) on the criteria time, costs, quality of outcome and procedural quality.

The research targeted summons proceedings, including standard-type adversarial cases and two categories of cases with diverging cost shifting rules: intellectual property cases (IP cases) and disputes in which the parties are relatives. The sub-questions and research methods that were used to answer the central question will be briefly addressed below (in line with the chapter division of the thesis).

Chapter 2: Framework of assessment: a quick, efficient and fair procedure with good outcomes

To define disruptive behavior and to evaluate the effects of potential cost incentives a framework of assessment was constructed consisting of four criteria: time, costs, quality of outcomes, and quality of procedure. A qualitative approach was adopted for this research to estimate the effects of disruptive party actions and of cost incentives on these four criteria. As reference materials legal literature, interviews, law and (behavioral) economics, and a few existing empirical studies were used.

The four criteria were operationalized as follows:

1. *Quality of outcomes*, with two possible optimal outcomes:
 - a. A voluntary and mutually acceptable settlement reflecting both parties’ interests; and
 - b. A legally correct and properly arrived at judicial decision;
2. *Quality of procedure*, with the following sub-criteria:
 - a. *Procedural justice*: consistency, bias suppression, accuracy of information, correctability, process control, decision control, and ethicality;
 - b. *Interpersonal justice*: politeness, dignity, respect, and propriety;
 - c. *Informational justice*: truthfulness, and explanations that are thorough, reasonable, timely and specific;

3. *Time*, to be measured in two relevant different ways:
 - a. Time spent (number of hours actively spent on the procedure); and
 - b. Total duration (time between the start of the conflict and the outcome);
4. *Costs*, both monetary and non-monetary, distinguishable as:
 - a. Collective costs; and
 - b. Individual costs.

Chapter 3: Unnecessary delaying and cost-increasing behavior

The first sub-question was: *What are the unnecessary delaying and cost-increasing actions which the cost shifting incentives should tackle?* This question was answered in three steps.

(A) Unnecessary delaying and/or cost-increasing behavior (disruptive behavior for short) was defined as follows: *the extra time and costs are disruptive when they foreseeably do not lead to a better outcome and/or procedural quality, or when the better outcome and/or procedural quality should obviously have been reached by means of a less burdensome action.*

(B) Legal literature was reviewed to identify categories of behavior that fit the definition. Disruptive behavior is not a legal term, but an overarching theoretical concept created specifically for this research. However, it could be connected to such legal concepts as ‘abuse of procedural rights’, ‘due process’ (*goede procesorde*), ‘unnecessary costs’, and the Belgian ‘provoking or reckless procedure’ (*tergend en roekeloos geding*). Twelve categories of disruptive behavior could be distinguished: (1) lying, cheating and simulating; (2) frivolous cases; (3) frivolous claims and defenses; (4) exorbitantly high claims; (5) superfluous or premature cases; (6) late claims and facts; (7) late submission of evidence; (8) late change or increase of the claim; (9) non-appearance or unprepared or inadequately represented appearance at a hearing; (10) obviously unjustified refusal to submit certain documents; (11) fishing expedition; and (12) unnecessary procedural actions.

(C) Because legal literature could not provide an answer to the question which of these categories are most disruptive in terms of delay and extra costs, a third step was needed. An interview study among judges was conducted to establish which disruptive actions actually occur and how much nuisance the interviewed judges felt these actions cause. The approach and results of this study can be found in Chapter 5.

Chapter 4: Cost shifting in the current Dutch civil litigation system

Searching potential new uses of cost shifting is only useful if it is clear what the current rules are and how they are applied in practice. This raised the second sub-question: *To what extent is cost shifting currently being used in Dutch litigation practice to deter unnecessary delaying and cost-increasing actions, and what are the*

judges' underlying motives to use or not to use cost shifting to this end? To answer this question, both black letter law and law in action were examined.

The summons proceedings' main rule for cost shifting can be found in article 237 of the Dutch Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Rv*). The text of the provision seems to establish an 'English rule': the winner is awarded costs to be paid by the loser. However, there are some important nuances. The article itself specifies three qualifications. The court may decide not to shift any costs if (1) the parties are relatives (in which case cost shifting is rare) or (2) if neither party succeeds entirely. Additionally (3), the court can decide that unnecessary costs will be borne by the parties that incurred or caused these costs. Finally, the most important nuance is that the court generally assesses the costs by using a non-binding 'price list': the court-approved scale of costs (*liquidatietarief*). This standardized scale only covers part of the costs actually incurred. Although generally courts do use this scale, they are free to depart from it. These nuances give courts much discretionary power, which they can use in order to take disruptive party behavior into account when apportioning costs.

Costs in IP cases are subject to article 1019h Rv, which stipulates that the unsuccessful party can be ordered to pay the reasonable and proportional costs the successful party has incurred to the extent deemed fair. This results in much higher amounts of shifted costs, compared to cost shifting under the standard scale of costs. District courts have introduced rates that indicate maximum amounts of reasonable and proportional costs (*indicatietarieven*), but these rates are not used in patent cases and in appeal cases. Moreover, the indicative rates in IP cases are not as rigidly applied as the scale of costs in regular cases. Courts are free to take behavior into account when they apply the criteria of reasonability, proportionality and fairness to the amount of reimbursable costs.

The court's large measure of discretionary power is hardly limited by treaty law requirements (such as article 6 of the European Convention on Human Rights and European law). The court's power can effectively be limited by the parties, by agreeing on a contractual clause that stipulates a different cost shifting system, as articles 237 and 1019h Rv are default provisions from which the parties may depart. Another important limitation of the court's freedom with regard to cost shifting is the preclusion in 2002 of the possibility to order a party's legal counsel to pay the litigation costs personally when counsel acted with gross negligence (wasted cost orders, *eigen beursje*).

Even though courts can attach cost shifting consequences to disruptive party actions, they seldom do. This conclusion can be drawn from a systematic analysis of case law published on www.rechtspraak.nl. Notwithstanding the limitations of a keyword search method, it is clear that courts are very reluctant to effect cost shifting consequences. Shifting of the actual costs (upward deviations from the scale of costs)

in particular is extremely rare. What courts do slightly more often is to add or subtract some individual points, when they decide some costs were made unnecessarily.

Legal literature is silent on the reasons behind this reluctance and that is why this issue was included in the interview study among judges (see Chapter 5).

Chapter 5: Interview study: disruptive behavior and cost shifting consequences in practice

The first two sub-questions could not be fully answered by using legal literature and case law. For that reason a qualitative interview study was set up to take stock of judges' experiences with disruptive party behavior, find out why they are reluctant to use cost shifting consequences, and establish whether they recommend the reintroduction of wasted cost orders in Dutch civil procedural law. Eighteen judges from six different courts (two subdistrict courts, two district courts, and two courts of appeal) participated in a semi-structured interview. The main disadvantage of this research method is its limited external validity, but it has the great advantage of enabling thorough questions to be asked. Moreover, it creates room for follow-up questions and examples. As a result, the interview study yielded a comprehensive explorative picture of the judges' experiences, motives and opinions.

In general, the respondents considered it hard to draw the line between necessary and unnecessary party behavior because of a double information asymmetry. They know that counsel are unable to read judges' minds, nor are judges themselves able to fathom the exact background of behavior. Nevertheless, most judges did believe there to be a line, however thin or vague, which can be crossed. Most of them gave clear examples of disruptive actions. The perceived frequency of disruptive behavior differs from judge to judge, but none regarded disruptive actions as a structural problem. Most believed that disruptive actions are more often the result of negligence and/or incapability than of intentional or deliberate attempts to slow down proceedings.

It is late claims and facts and late submission of documents that the interviewed judges found particularly inconvenient, especially so in the case of repeat players in subdistrict court proceedings. Courts of appeal and district courts found frivolous claims and defenses and unnecessary procedural actions most disruptive. Unprepared appearance or non-appearance at a hearing were mentioned relatively often across the board.

The interview study confirmed the judges' reluctance to bring about cost shifting consequences to deter disruptive behavior. In regular cases, none of the respondents had ever ordered a party to reimburse the other party's full and actual costs, even though all were aware that the law does provide for that option. Decisions of no cost shifting, because of misconduct by the winner, are also extremely rare. What judges sometimes do resort to is allocating unnecessary costs to the party that incurred

or caused them. In family cases, judges almost never deviate from the common practice not to shift costs between relatives. In IP cases, the system of full cost shifting offers a wider margin to take party conduct into account. The interviewed judges also felt that such a course of action can be justified, because the losing party has a legitimate interest in knowing whether the winning party took pains to ensure efficient litigation.

The interviewed judges advanced several reasons for their reluctance to use cost shifting consequences. Most have concerns over legal certainty. They also want to avoid costs disputes within the main dispute (satellite litigation). A third reason is the low frequency of behavior that can unequivocally be qualified as disruptive. This lines up with the judges' own observation that the border between necessary and unnecessary behavior is hard to define.

The respondents also recognized other factors as being relevant: the availability of alternative remedies, the low frequency of parties asking for costs sanctions, and the fact that the cost shifting decision brings up the rear in proceedings. However, some judges fiercely deny that the latter, psychological reason bears on their reluctance.

The suggested reintroduction of wasted cost orders drew rather more critical than positive responses. Nevertheless, almost all judges put forward arguments for either position. Wasted cost orders prompt counsel to proceed with greater caution and they protect clients from having to take their counsel to court. However, the interviewed judges also identified problems with regard to due process requirements (counsel becomes a party to the proceedings), satellite litigation and the ill-observable attorney-client relationship.

Chapter 6: Potential new cost shifting incentives

In current Dutch practice, cost shifting consequences with the goal of deterring disruptive behavior are effected with caution. Are there alternatives that have a better score on the framework of assessment test criteria (see Chapter 2)? Inspiration was sought abroad to answer the third sub-question: *Which potential incentives within the cost shifting system could possibly deter unnecessary delaying and cost-increasing behavior?*

Three comprehensive comparative studies of cost systems were used¹ to find alternative incentives that could have an effect on the Dutch system. On the basis of three selection criteria (diversity, feasibility and accessibility) five potential cost shifting incentives were selected for closer examination. These options were first

¹ (1) Lord Justice Jackson's Preliminary Report in his Review of Civil Litigation Costs (2009); (2) the Oxford project 'Costs and Funding of Civil Litigation' by Hodges, Vogenauer and Tulibacka (2009); and (3) the national reports for the topic 'Cost and fee allocation rules' at the XVIIIth International Congress of Comparative Law (Washington, 2010).

discussed in the context of the countries of origin. They were subsequently rephrased in a global form as a necessary step towards eventual implementation in the Dutch system.

The five potential alternatives are:

1. *Minimum and maximum amounts*, as in Belgium;
2. *Indemnity basis*, as in England and Wales, Canada, Australia and New Zealand;
3. *No cost shifting incentives*, slightly inspired by Germany;
4. *Clearly defined rules*, as in many foreign systems;
5. *Wasted costs orders*, as in several countries, although mostly inspired by England and Wales, and the USA.

The assessment of these five options against the test criteria can be found in Chapter 8.

Chapter 7: Cost shifting effects: general theory

The fourth and final sub-question was addressed in Chapters 7 and 8: *What are the effects of the potential alternative cost shifting incentives on the test criteria?*

Chapter 7 dealt with several theoretical and empirical insights about civil procedure that are relevant to the functioning of cost shifting incentives. The classic law and economics approach was used as a starting point, but additions and corrections were made when behavioral law and economics and/or empirical insights gave rise to different conclusions.

Information asymmetry between the parties is one of the reasons that some disputes are litigated instead of settled. Exchange of information can contribute to quicker and cheaper dispute resolution, which also explains (at least in part) why many categories of disruptive behavior are related to the concealment or late submission of information. However, if exchange of information is made mandatory and enforced too strongly, the result might be disadvantageous front-loading of costs and/or discovery abuse, such as fishing expeditions. Lawyers can sometimes help to decrease the information asymmetry and to mitigate some of their clients' irrationalities, which increases the chance of success of settlements. On the other hand, lawyers can also act against their clients' interests, because of the incentives offered by their fee structure and/or because they think it is in their interest to maintain friendly relations with the other party's counsel. This principal-agent problem clearly shows that the positions of counsel and client are not identical. This aspect has to be taken into account when deliberating whether cost shifting consequences should be aimed at the client, at his counsel, or at both.

Presumably, negative external effects of disruptive behavior could be optimally passed on to the party displaying this behavior by effecting consequences that are based on strict liability and that effectively cover the delay and extra costs. This conclusion can be drawn from the law and economics theory of tort law and deterrence. The underlying, substantiated assumption is that monetary incentives have

preventive effects. Even then, fully effective deterrence is unattainable, mainly because there is a triangular field of tension between underdeterrence, satellite litigation and sufficient procedural safeguards. As a result, trade-offs are inevitable and have to be dealt with.

Before the use of cost shifting to deter disruptive actions was evaluated, insight was gained into the pros and cons of cost shifting based on a favorable outcome in civil proceedings. If recovery of the winner's costs has positive effects, these effects might diminish if cost shifting were used to deter misconduct instead of rewarding the victory. However, the effects of the English rule (loser pays all) versus the American rule (each party bears its own costs) on the test criteria are ambiguous. The Dutch system is somewhere in between. It takes away some of the drawbacks of the costly English rule, but it also undoes some of the positive effects of the loser pays all approach: better access for small and costly cases and a presumed positive effect on the quality of outcomes. On balance, none of the victory-based cost shifting systems has a positive effect, so there is no reason to assume that conduct-based cost shifting will harm current positive effects.

Finally, the instrumental use of cost shifting to deter misconduct was evaluated. In law and economics literature the deterrent effect of what is termed margin-based fee shifting is regarded as promising, but reports about the Rule 11 FRCP practice in the USA show that fine-tuning the system between the triangular field of tension (underdeterrence / satellite litigation / procedural safeguards) is a complicated task. Moreover, the Canadian situation shows that unpredictability looms if the outcome of cost shifting depends on too many different aspects. Predictability is necessary to keep time and costs low as well as to protect the quality of outcomes.

Cost shifting consequences provide compensation for the other party, which can also have positive effects on the test criteria. Financial compensation can protect a party against being knocked out by the delay and extra costs caused by the other party. Penalizing misconduct and compensating the 'victim' can be perceived as ethical and might provide extra decision and outcome control, which increases the quality of the procedure.

Legal expense insurance, legal aid and insolvency might theoretically mitigate cost shifting incentives, but in Dutch practice this is hardly to be expected: legal expense insurers will internalize the incentives to display good behavior in their own codes of conduct; legal aid does not cover reimbursements of the other party's costs; and insolvency only mitigates the incentives if the party displaying disruptive behavior was able to anticipate insolvency when it performed the disruptive action.

Chapter 8: Effects of potential new incentives on the quality of the civil procedural system

The Dutch system as it stands is not best poised to deal adequately with the aspects of predictability and the triangular field of tension between underdeterrence, procedural safeguards and satellite litigation. It does allow for conduct (or misconduct) to be taken into account when costs are allocated, but the rules do not provide guidance on when, and to what extent, the court should depart from the scale of costs or indicative rates or apply the unnecessary costs rule. As a result, judges are reluctant to effect cost shifting consequences in cases of misconduct. On the rare cases that they do, these consequences are fairly unpredictable. Moreover, if the unnecessary cost rule is applied, underdeterrence is unavoidable, because the added or subtracted points do not cover the full negative effects of delay and extra costs. In IP cases, the cost shifting incentives are strong enough, but they too are unpredictable, because it is unclear how the judge should take conduct into account when deciding on the reasonability, proportionality and fairness of the costs.

The five alternatives outlined in Chapter 6 were evaluated to ascertain which of these can improve the Dutch system in terms of time and costs spent without decreasing the quality of procedure and outcomes.

According to the theory of rules versus standards and the status quo bias, specific guidelines for effecting cost shifting consequences with regard to misconduct can reduce judicial reluctance. They can also increase deterrence, while keeping satellite litigation on a low level. Combined, these effects can favorably impact the time and costs criteria. To secure procedural quality, the court must continue to have the option of departing from the guidelines in cases that would otherwise yield a manifestly unreasonable outcome. Rule-making efforts can be limited by keeping the guidelines simple, by implementing the guidelines within judge-made directives (which are more easily modified), and by letting the guidelines refer to existing rules on party actions laid down in procedural laws and regulations.

Fixed maximum amounts may also complement the Dutch system in order to decrease the level of satellite litigation without affecting deterrence, providing that these caps are sufficiently high to cover most costs caused by or resulting from disruptive actions. The system's score on the test criteria time and costs will be improved, while the quality of outcomes and/or procedure will not be adversely affected. In contrast, fixed minimum amounts do not seem to be a useful addition.

Less promising is the indemnity basis. It links high cost shifting amounts to intentional or grossly negligent actions, but does not seem to add value, because regular disruptive actions (those that do not involve either bad faith or negligence) also need to be deterred by fully passing on the extra costs and delay to the party that caused them. If there is a need to deter actions with illicit utility more severely, it might be more promising to study the effectiveness of procedural fines.

Even though the level of deterrence will increase if counsel can be held accountable for the disruptive behavior they caused, the wasted cost order, despite its

directness, does not seem to be the optimal solution. Court interference in the counsel-client relationship will lead to inefficiency and problems with the counsel-client privilege. It may also trigger counterproductive incentives for the other party, which might regard counsel as having deeper pockets than the client. An indirect approach – disciplinary law and professional liability law – seems to be a better way to encourage counsel to refrain from exhibiting disruptive behavior.

The final alternative that was considered is the no cost shifting incentives option, the zero option for short. The discussion of this alternative mainly consisted of a comparison between cost shifting incentives and other possible remedies. Informal instruments and substantive consequences were the most promising alternative remedies. The former are more suitable for the least severe disturbing actions (i.e., being 15 minutes late at a hearing), when formal sanctions will probably be considered draconian. The latter are especially fit for situations in which judges can estimate well beforehand whether an intended party action will be disruptive, so they can pre-empt it. For the remaining categories of disruptive behavior cost shifting consequences seem to be the best remedy, especially for behavior that can only be qualified as disruptive after the fact and when substantive consequences decrease the quality of the outcome and/or incite parties to bring an appeal. In sum, the zero option must, for the most part, be rejected.

It was concluded that the most promising alternatives are specific guidelines based on strict liability and fixed maximum amounts of costs. These options can potentially decrease the time and costs spent in Dutch civil procedure without adversely affecting the quality of procedure and outcomes.

Chapter 9: Conclusions, implications and suggestions for further research

The central research question – *Can the Dutch system of cost shifting be used or adapted in such a manner that parties in civil proceedings are efficiently stimulated to refrain from exhibiting unnecessary delaying and cost-increasing behavior, and if so, how?* – was answered in the affirmative. The Dutch system can probably be used (or modified) in such a way, provided that courts can predictably use fixed maximum amounts of costs and specific guidelines to shift the costs caused by disruptive behavior to the party displaying it.

The scope of this conclusion is limited by the chosen framework of assessment (the four test criteria) and the emphasis on the law and economics approach.

Legal practitioners, judges and other interest groups are called upon to create specific guidelines for effecting cost shifting consequences in relation to misconduct and to apply these guidelines to the court-approved scale of costs (and indicative rates in IP cases). Once implemented, these changes can be measured by means of a field experiment. The final recommendation is to do further research into the professional

courtesy lawyers extend to each other, as well as into a system that combines cost shifting consequences with pay as you go court fees (paying per procedural step).²

² Met dank aan Dick Broeren voor het redigeren van deze tekst.

Verkort aangehaalde literatuur

Van der Aa & Sluijter 2009

S. van der Aa & P. Sluijter, 'Belaging en de proceskosten in familierechtelijke relaties: compensatie als misplaatste compassie?', *NJB* 2009, nr. 38, p. 2476-2482.

Van der Aa & Sluijter 2010

S. van der Aa & P. Sluijter, 'Naschrift' (reactie op Fernhout 2010), *NJB* 2010, nr. 4, p. 234.

ACTL & IAALS 2009

American College of Trial Lawyers Task Force on Discovery & Institute for the Advancement of the American Legal System, *Final Report*, 2009, zie <http://ssrn.com/abstract=1362072>.

Advies Hoge Raad 2004

Advies 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.

Advies Raad voor de Rechtspraak 2004

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.

Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht 2008

Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, 'Advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken ('discovery')', *TCR* 2008, nr. 4, p. 124-130.

Akerlof 1970

G.A. Akerlof, 'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism', *The Quarterly Journal of Economics* 1970, p. 488-500.

Van den Akker 2001

E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2001.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Den Haag: BJu 2006.

Asser/Hartkamp 4-I 2000

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 2000.

Asser/Vranken 1995 (*Algemeen deel***)

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel. Deel II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht 4. Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

Baarsma & Theeuwes m.m.v. Barendrecht 2011

B. Baarsma & J. Theeuwes m.m.v. J.M. Barendrecht, 'Domeinmonopolie gerechtsdeurwaarder is te duur', *NJB* 2011, nr. 8, p. 479-485.

Babcock, Loewenstein & Issacharoff 1997

L. Babcock, G. Loewenstein & S. Issacharoff, 'Creating Convergence: Debiasing Biased Litigants', *Law and Social Inquiry* 1997, p. 913-925.

Bannier 2009

F.A.W. Bannier, 'Uniformering van het tuchtrecht. Is dat nu echt nodig?', in: Bannier, Hofhuis & Ottow 2009, p. 13-19.

Bannier, Hofhuis & Ottow 2009

F.A.W. Bannier, H.F.M. Hofhuis & A.T. Ottow, *Tuchtrecht* (NVvP-reeks), Den Haag: BJu 2009.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Kluwer: Deventer 1992.

Barendrecht 1995

J.M. Barendrecht, 'Een pleidooi voor informatiever burgerlijk recht', *NTBR* 1995, nr. 7, p. 165-170.

Barendrecht & Klijn (red.) 2004

J.M. Barendrecht & A. Klijn (red.), *Balanceren en vernieuwen. Een kaart van sociaalwetenschappelijke kennis voor de Fundamentele Herbezinning Procesrecht*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004.

Barendrecht 2009

J.M. Barendrecht, 'Onafhankelijkheid én verantwoordelijkheid', *AA* 2009, p. 817.

Barendrecht 2011

J.M. Barendrecht, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011, nr. 6, p. 350-357.

Barendrecht e.a. 2011

J.M. Barendrecht, S. van Gulijk, M. Gramatikov & P. Sluijter, *De goede procesorde in beeld. Over gedrag van procespartijen en de regiefunctie van de rechter*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2011.

Barendrecht, Sluijter & Van Zeeland 2008

J.M. Barendrecht, P. Sluijter & C.M.C. van Zeeland, 'Duurzame rechtsbijstand, legal empowerment en microrecht', *NJB* 2008, nr 43, p. 2685-2694.

Barendrecht & Van Zeeland m.m.v. Sluijter e.a. 2009

J.M. Barendrecht & C.M.C. van Zeeland m.m.v. P. Sluijter, J.A.E. van Raak, V.M. Smits, T.F.E. Tjong Tjin Tai & P. Vlaardingebroek, *Kitty's ketens: meer voor minder rond rechtsbijstand*, Den Haag: BJu 2009.

Bauw, Van Dijk & Van Tulder 2010

E. Bauw, F. van Dijk & F. van Tulder, 'Een stille revolutie? De gevolgen van de invoering van kostendekkende griffierechten', *NJB* 2010, nr. 39, p. 2528-2536.

Baye, Kovenock & De Vries 2005

M.R. Baye, D. Kovenock & C.G. de Vries, 'Comparative Analysis of Litigation Systems: an Auction-Theoretic Approach', *The Economic Journal* 2005, p. 583-601.

Bayles 1990

M.D. Bayles, *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1990.

Bebchuk 1984

L.A. Bebchuk, 'Litigation and settlement under imperfect information', *Rand Journal of Economics* 1984, p. 404-415.

Bebchuk & Chang 1996

L.A. Bebchuk & H.F. Chang, 'An Analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11', *Journal of Legal Studies* 1996, p. 371-403.

Becker 1968

G.S. Becker, 'Crime and Punishment: An Economic Approach', *Journal of Political Economy* 1968, p. 169-217.

Van Bijnen 2005

R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2005.

Blankenburg 1999

E. Blankenburg, 'Civil Justice: Access, Cost, and Expedition. The Netherlands', in: Zuckerman (red.) 1999, p. 442-463.

De Bock 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

Boeije 2005

H. Boeije, *Analyseren in kwalitatief onderzoek: Denken en Doen*, Amsterdam: Boom 2005.

Van Boom 2009

W.H. van Boom, 'Juxtaposing BTE and ATE - on the Role of the European Insurance Industry in funding Civil Litigation' *SSRN* 2009, <http://ssrn.com/abstract=1544145>.

Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenberg (red.) 2011

W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg (red.), *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2011.

Van Boom, Giesen & Verheij (red.) 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008.

Van den Boom 2008

J. van den Boom, *The winner takes it all, of blijft ook in IE-zaken goede raad soms toch duur? De proceskostenveroordeling in zaken van IE-recht* (ongepubliceerde masterscriptie OU), Bergen op Zoom: 2008.

Boone e.a. 2007

M. Boone e.a., *Financieren en verantwoorden. Het functioneren van de rechterlijke organisatie in beeld*, Den Haag: BJu 2007.

Boot & Quist 2011

B.J.J.C. Boot & J.P. Quist, 'Proceskostenveroordeling: niet alles of niets', *Advocatenblad* 2011, nr. 8, p. 27-29.

Borman 2009 (*T&C Awb*)

T.C. Borman, *Commentaar op artikel 2 Besluit proceskosten bestuursrecht*, in: P.J.J. van Buuren & T.C. Borman (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Bowles 2008

S. Bowles, 'Policies Designed for Self-Interested Citizens May Undermine "The Moral Sentiments": Evidence from Economic Experiments', *Science* 2008, p. 1605-1609.

Boyd & Hoffman 2010

Boyd & Hoffman, 'Litigating Toward Settlement', *SSRN* 2010, <http://ssrn.com/abstract=1649643>.

Brenninkmeijer 1996

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Doelmatige rechtspleging', *NJB* 1996, p. 1459.

Breyer 2006

M. Breyer, *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses. Das deutsche, englische und amerikanische Prozesskostensystem im Vergleich*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Bronsteen, Buccafusco & Masur 2008

J. Bronsteen, C.J. Buccafusco & J.S. Masur, 'Hedonic Adaptation and the Settlement of Civil Lawsuits', *SSRN* 2008, <http://ssrn.com/abstract=1098271>.

Brown 1973

J.P. Brown, 'Toward an Economic Theory of Liability', *Journal of Legal Studies* 1973, p. 323-349.

Bruijnzeel 2011

T. Bruijnzeel, 'Over misbruik van Procesrecht en het preventief weren van veeleisende partijen', in: Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenberg (red.) 2011, p. 281-302.

Bryman 2008

A. Bryman, *Social Research Methods*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Chiarloni 1999

S. Chiarloni, 'Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective', in: Zuckerman (red.) 1999, p. 235-290.

Coase 1960

R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics* 1960, p. 1-44.

Colquitt 2001

J.A. Colquitt, 'On the Dimensionality of Organizational Justice: A Construct Validation of a Measure', *Journal of Applied Psychology* 2001, p. 386-400.

De Coninck 2009

J. de Coninck, 'Overcoming the Mere Heuristic Aspirations of (Functional) Comparative Legal Research? An Exploration into the Possibilities and Limits of Behavioral Economics', *Global Jurist* 2009, nr. 4, article 3, p. 1-32.

Cook 2010

M. J. Cook, *Cook on Costs. A guide to legal remuneration in civil contentious and non-contentious business*, Londen: Lexis Nexis Butterworths 2010.

Cooter 1982

R.D. Cooter, 'The Cost of Coase', *Journal of Legal Studies* 1982, p. 1-33.

Cooter & Rubinfeld 1994

R.D. Cooter & D.L. Rubinfeld, 'An Economic Model of Legal Discovery', *Journal of Legal Studies* 1994, p. 435-463.

Cooter & Ulen 2008

R.D. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, Boston: Pearson Addison-Wesley 2008. Dit is de 5e druk; in 2011 verscheen nog een 6e druk.

Couwenberg, Schol & Winter 2009

O. Couwenberg, M.J. Schol & H.B. Winter, *Toegang tot advocaten. Een kwalitatief onderzoek naar belemmeringen in de toegang tot advocaten voor betalende particulieren en MKB-bedrijven*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen & Pro Facto 2009.

Dirix 2008

E. Dirix, 'Verhaalbaarheid proceskosten en rechtscultuur', *Rechtskundig Weekblad* 2008/09, nr. 1, p. 41-42.

Van Doninck 2009

J. van Doninck, 'Het omslaan van de gedingkosten en de nieuwe rechtsplegingsvergoeding: as you like it?', *Rechtskundig Weekblad* 2009, p. 306-311.

Dunlop 2008

S.L. Dunlop, 'Are an Empty Head and a Pure Heart Enough? Mens Rea Standards, for Judge-Imposed Rule 11 Sanctions and Their Effects on Attorney Action', *Vanderbilt Law Review* 2008, p. 615-645.

Economides & Taylor 2010

K. Economides & G. Taylor, 'New Zealand', in: Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010, p. 431-451.

Eisenberg & Miller 2010

T. Eisenberg & G.P. Miller, 'The English vs. the American Rule on Attorneys Fees: An Empirical Study of Attorney Fee Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts', *SSRN* 2010, <http://ssrn.com/abstract=1706054>.

Ekelmans 2004

J. Ekelmans, 'Naar een nieuwe balans bij de toedeling van kosten van een procedure?', in: Hendrikse & Jongbloed (red.) 2004, p. 141-166.

Ekelmans 2006

J. Ekelmans, 'Weg met de discussie over buitengerechtelijke kosten!', *PP* 2006, p. 121-123.

Ekelmans 2010

J. Ekelmans, *De exhibitieplicht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

Eshuis 2005

R.J.J. Eshuis, 'Sneller procederen: empirisch onderzoek naar de afdoening van civiele bodemprocedures', *Rechtstreeks* 2005, nr. 2, p. 7-47.

Eshuis 2007

R.J.J. Eshuis, *Het recht in betere tijden. Over de werking van interventies ter versnelling van civiel procedures* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2007.

Eshuis 2009

R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken*, Den Haag: WODC 2009.

Den Exter 2009

A.P. den Exter, 'FarmaNostra', *NJB* 2009, p. 2483-2485.

Falkena 2007

F.B. Falkena, 'Kosten discriminatie', in: Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007, p. 35-39.

Farmer & Pecorino 2003

A. Farmer & P. Pecorino, 'Civil Litigation with Mandatory Discovery and Voluntary Transmission of Private Information', *SSRN* 2003, <http://ssrn.com/abstract=433280>.

Faure & Moerland 2006

M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie* (WODC-rapport), Den Haag: BJu 2006.

Faure, Philipsen & Fernhout 2008

M.G. Faure, N.J. Philipsen & F. Fernhout, *Honoraria van belangenbehartigers in letselschadezaken*, Maastricht: METRO/PIV 2008, te raadplegen op www.stichtingpiv.nl.

Faure, Fernhout & Philipsen 2009

M.G. Faure, F.J. Fernhout & N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten. Een vergelijkende beschrijving van beloningssystemen voor advocaten in een aantal landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag: BJu 2009.

Faure 2009

M.G. Faure, *The Impact of Behavioural Law and Economics on Accident Law* (oratie Rotterdam), Den Haag: BJu 2009.

Fernhout 2010

F. Fernhout, 'Compensatie van proceskosten in familiezaken' (reactie op Van der Aa & Sluijter 2009), *NJB* 2010, nr. 4, p. 233.

Fon & Parisi 2007

V. Fon & F. Parisi, 'On the optimal specificity of legal rules', *Journal of Institutional Economics* 2007, p. 147-164.

Freudenthal 2007

M. Freudenthal, *Schets van het Europees civiel procesrecht. Europees burgerlijk procesrecht voor de Nederlandse rechtspraak*, Kluwer: Deventer 2007.

Fruytier 2009

P.A. Fruytier, 'De leer van de bindende eindbeslissing in dezelfde instantie, in hoger beroep en na verwijzing na HR 25 april 2008, NJ 2008, 553 (De Vries/Gemeente Voorst)', *TCR* 2009-3, p. 93-99.

Galanter 2004

M. Galanter, 'The Vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004-3, p. 459-570.

Giesen 2006

I. Giesen, "'Balans'-lezen. Reflecteren over sanctionering en zelfregulering naar aanleiding van het Eindrapport van de Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', *TCR* 2006, nr. 4, p. 103-109.

Gneezy & Rustichini 2000

U. Gneezy & A. Rustichini, 'A Fine Is a Price', *The Journal of Legal Studies* 2000, p. 1-17.

De Graaf 2006

R.C. de Graaf, 'Buitengerechtelijke kosten. Wettelijk systeem en Rapport Voor-werk II', *PP* 2006, nr. 4, p. 124-127.

Gramatikov 2008

M. Gramatikov, 'A Framework for Measuring the Costs of Paths to Justice', *SSRN* 2008, <http://ssrn.com/abstract=1279397>.

Gramatikov e.a. 2009

M. Gramatikov e.a., *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice*, Antwerpen: Maklu 2009.

Van der Grinten 2007

P.M.M. van der Grinten, 'Vraagpunten in het Europees procesrecht', *TCR* 2007, p. 65-70.

Van der Grinten 2010

P.M.M. van der Grinten, 'The Netherlands: Policy Observations', in: Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010, p. 421-429.

De Groot 2011

G. de Groot, 'Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: eerste ervaringen', in: W. Tonkens-Gerkema (red.), *Letselschade in een breed perspectief*, Den Haag: SDU 2011, p. 11-38.

Ten Haaft 2007

H.M. ten Haaft, 'Eerste aanleg: De geraden gevolgtrekking' (Kronieken), *TCR* 2007-1, p. 14-17.

Haardt 1945

W.L. Haardt, *De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Den Haag: Martinus Nijhoff 1945.

Hahnel & Sheeran 2009

R. Hahnel & K.A. Sheeran, 'Misinterpreting the Coase Theorem', *Journal of Economic Issues* 2009, p. 215-237.

Hartogh 1875

A.F.K. Hartogh, 'Is het wenschelijk de bepalingen onzer burgerlijke wetgeving omtrent de veroordeeling in de proceskosten te wijzigen, zoo ja in welken zin?' in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1875-I, p. 114-164.

Hartlief 2011

T. Hartlief, 'Schuld en risico: wereld van verschil of één pot nat?', *NJB* 2011, nr. 5, p. 82.

Hay 1994

B.L. Hay, 'Civil Discovery: Its Effects and Optimal Scope', *Journal of Legal Studies* 1994, p. 481-515.

Hayden & Ellis 2007

G.M. Hayden & S.E. Ellis, 'Law and Economics After Behavioral Economics', *Kansas Law Review* 2006-2007, p. 629-675.

Hendrikse 2004

M.L. Hendrikse, 'Liever renovatie dan nieuwbouw: enkele wijzigingsvoorstellen aangaande het Nederlands burgerlijk procesrecht', in: Hendrikse & Jongbloed (red.) 2004, p. 3-17.

Hendrikse & Jongbloed (red.) 2004

M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed (red.), *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Hendriksen & Rammeloo 2008

W.F. Hendriksen & L.H. Rammeloo, 'Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen', *WPNR* 2008, nr. 6778.

Hirt 1999

T.C. Hirt, 'A Second Look at Amended Rule 11', *American University Law Review* 1999, p. 1007-1052.

Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2009

C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka, 'Costs and Funding of Civil Litigation: a Comparative Study', *SSRN* 2009, <http://ssrn.com/abstract=1511714>.

Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010

C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka, 'Part I: The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation', in: Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010, p. 3-184.

Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010

C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka, *Funding And Costs Of Civil Litigation: A Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2010.

Van der Hoek & Boot 2010

F. van der Hoek & G. Boot, 'Kostendekkende griffierechten. Reactie I', *NJB* 2010, nr. 44/45, p. 2820-2821.

Hofhuis 2009

H.F.M. Hofhuis, 'Tuchtrecht en rechtspraak', in: Bannier, Hofhuis & Ottow 2009, p. 21-32.

Holzhauer 1993

R.W. Holzhauer, 'Een economische analyse van de allocatie van proceskosten', in: Wesseling-van-Gent, Minkjan & Holzhauer 1993, p. 25-42.

Hovens 2005

F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functies van het hoger beroep in burgerlijke zaken* (diss. Tilburg), Tilburg 2005.

Huang 2009

K. Huang, 'Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer', *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, p. 241-278.

Hughes & Snyder 1995

J.W. Hughes & E.A. Snyder, 'Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence', *Journal of Law and Economics* 1995, p. 225-250.

Huver e.a. 2007

R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: WODC 2007.

Huydecoper 2007

J.L.R.A. Huydecoper, 'Wat mag recht kosten?', in: Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007, p. 11-19.

Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007

J.L.R.A. Huydecoper, G.A. van der Veen & F.B. Falkena, *De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten* (NVvP-reeks), Den Haag: BJu 2007.

Hyde & Williams 2002

C.E. Hyde & P.L. Williams, 'Necessary Costs and Expenditure Incentives Under the English Rule', *International Review of Law and Economics* 2002, p. 133-152.

Ingelse (red.) 2004

P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Inglis e.a. 2005

Inglis e.a., 'Experiments on the Effects of Fee Shifting and Discovery on the Efficient Settlement of Tort Claims', *Bepress Legal Series* 2005, <http://law.bepress.com/expresso/eps/501>.

Ingman 2004

T. Ingman, *The English Legal Process*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2008

De Rechtspraak: Jaarverslag 2009, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2009.

Jaarverslag Raad voor de Rechtspraak 2009

De Rechtspraak: Jaarverslag 2009, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2009.

Jackson 2009

Lord Justice R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report*, Londen: Judiciary of England and Wales 2009, <http://www.judiciary.gov.uk>.

Jackson 2010

Lord Justice R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Londen: Judiciary of England and Wales 2010, <http://www.judiciary.gov.uk>.

Jacobs 2010

M. Jacobs, 'Van substantiëringsplicht naar substantiëringcultuur? Een empirisch onderzoek naar de attitude van de advocatuur ten opzichte van de substantiëringsplicht', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2010-2, p. 32-42.

Johnston & Waldfogel 2002

J.S. Johnston & J. Waldfogel, 'Does Repeat Play Elicit Cooperation? Evidence from Federal Civil Litigation', *Journal of Legal Studies* 2002, p. 39-60.

Jolls, Sunstein & Thaler 1998

C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler, 'A Behavioural Approach to Law and Economics', *Stanford Law Review* 1998, p. 1471-1550.

Jones 2004

P. Jones, 'Bad conduct can escalate "reasonable" costs', *New Law Journal* 2004, p. 1149-1150.

Jongbloed e.a. 2007

A.W. Jongbloed e.a., *Herbalans. Beschouwingen naar aanleiding van het rapport Uitgebalanceerd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Joy 2004

P.A. Joy, 'The Relationship Between Civil Rule 11 and Lawyer Discipline: An Empirical Analysis Suggesting Institutional Choices in the Regulation of Lawyers', *Loyola of Los Angeles Law Review* 2004, p. 765-817.

Kaplow 1993

L. Kaplow, 'Rules versus Standards: An Economic Analysis', *Duke Law Journal* 1992-1993, p. 557.

Kaplow & Shavell 1994

L. Kaplow & S. Shavell, 'Accuracy in the Determination of Liability', *Journal of Law and Economics* 1994, p. 1-15.

Katz 2000

A.W. Katz, 'Indemnity of Legal Fees', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 63-94.

Katz & Sanchirico 2010

A.W. Katz & C.W. Sanchirico, 'Fee Shifting in Litigation. Survey and Assessment', SSRN 2010, <http://ssrn.com/abstract=1714089>.

Kerkmeester 2000

H. Kerkmeester, 'Methodology: General', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 383-401.

Kerkmeester & Holzhauser 1999

H. Kerkmeester & R.W. Holzhauser, *Rechtseconomische annotaties. Elf standaardarresten rechtseconomisch becommentarieerd*, Deventer: Kluwer 1999.

Kerkmeester & Visscher 2010

H. Kerkmeester & L. Visscher, 'Hoe rechters denken: Richard Posner over het werk van de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* 2010, nr. 4, p. 9-21.

Keulen & Otte 1999

B.F. Keulen & M. Otte, *Opzet en schuld*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Klaming & Giesen 2008

L. Klaming & I. Giesen, 'Access to Justice: the Quality of the Procedure', *SSRN* 2008, <http://ssrn.com/abstract=1091105>.

Klein Haarhuis 2008

C.M. Klein Haarhuis, *Geschilgedrag. Verklaringen bijeengebracht*, Den Haag: WODC 2008.

Knapen 2008

M. Knapen, 'Lekker lang procederen. Doorlooptijden bij civiel worden langzaam korter, maar is dat wel goed?' (interview), *Mr.* 2008, nr. 2, p. 74-81.

Knutsen 2010

E.S. Knutsen, 'The Cost of Costs: The Unfortunate Deterrence of Everyday Civil Litigation in Canada', *SSRN* 2010, <http://ssrn.com/abstract=1667722>.

Kobayashi & Parker 1993

B.H. Kobayashi & J.S. Parker, 'No Armistice at 11: A Commentary on the Supreme Court's 1993 Amendment to Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure', *Supreme Court Economic Review* 1993, p. 93-152.

Kobayashi & Parker 2000

B.H. Kobayashi & J.S. Parker, 'Civil Procedure: General', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 1-26.

Korobkin 1998

R.B. Korobkin, 'The Status Quo Bias and Contract Default Rules', *Cornell Law Review* 1997-1998, p. 608-687.

Korobkin & Ulen 2000

R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* 2000, p. 1051-1144.

Kortmann 2009

J. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

Kraakman 2009

R.H. Kraakman, 'Vicarious and Corporate Civil Liability', in: M.G. Faure (red.), *Tort Law and Economics* (Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition, Volume 1), Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 134-147.

Krans & Van Rhee 2009

H.B. Krans & C.H. van Rhee, 'De Principles of Transnational Civil Procedure: een inleiding', *TCR* 2009, p. 49-51.

Kritzer 2002

H.M. Kritzer, 'Lawyer Fees and Lawyer Behavior in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?', *Texas Law Review* 2001-2002, p. 1954-1984.

Kritzer 2009

H.M. Kritzer, 'Fee Regimes and the Cost of Civil Justice', *Civil Justice Quarterly* 2009-3, p. 344-366.

Laffont & Martimort 2002

J-J Laffont & D. Martimort, *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*, Princeton: Princeton University Press 2002.

Lamine, Schoenaerts & Vaes 2003

L. Lamine, B. Schoenaerts & C. Vaes, *Het tergend en roekeloos geding*, Antwerpen: Intersentia 2003.

Langer & Doherty 2011

M. Langer & J.W. Doherty, 'Managerial Judging Goes International but its Promise Remains Unfulfilled: An Empirical Assessment of the ICTY Reforms', *SSRN* 2011, <http://ssrn.com/abstract=1422685>.

Van der Linden 2008

J. van der Linden, *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2008.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Lindenbergh 2000

S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan', in: Lindenbergh e.a. 2000, p. 11-30.

Lindenbergh e.a. 2000

S.D. Lindenbergh e.a., *Buitengerechtelijke kosten. Vijf visies op de redelijkheid*, Den Haag: Stichting PIV 2000.

Loewenstein 1993

G. Loewenstein, 'Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining', *Journal of Legal Studies* 1993, p. 135-160.

Loewenstein & Moore 2004

G. Loewenstein & D.A. Moore, 'When Ignorance Is Bliss: Information Exchange and Inefficiency in Bargaining', *Journal of Legal Studies* 2004, p. 37-58.

Macneil 2000

I.R. Macneil, 'Other Sociological Approaches', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 694-718.

Mahendra 2008

B. Mahendra, 'A law unto themselves', *New Law Journal* 2008, p. 1278-1279.

Main & Park 2002

B.G.M. Main & A. Park, 'The impact of defendant offers into court on negotiation in the shadow of the law: experimental evidence', *International Review of Law and Economics* 2002, p. 177-192.

Mak 2007

E. Mak, *De rechtspraak in balans. Een onderzoek naar de rol van klassiek-rechtsstatelijke beginselen en 'new public management'-beginselen in het kader van de rechterlijke organisatie in Nederland, Frankrijk en Duitsland*, Nijmegen: WLP 2007.

Mallor 1983

J.P. Mallor, 'Punitive Attorneys' Fees for Abuses of the Judicial System', *North Carolina Law Review* 1983, p. 613-653.

Malsch 1989

M. Malsch, *Lawyers' predictions of judicial decisions. A study on calibration of experts* (diss. Leiden), z.u. 1989.

Van Manen & Stutterheim (red.) 1999

N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: Paul Scholten Instituut en Ars Aequi Libri 1999.

Manitoba Law Reform Commission 2005

Manitoba Law Reform Commission, *Costs awards in civil litigation*, Winnipeg: 2005.

Mankiw 2001

N.G. Mankiw, *Principles of Economics (second edition)*, Orlando: Harcourt College Publishers 2001.

Marshall, Kritzer & Zemans 1992

L.C. Marshall, H.M. Kritzer & F.K. Zemans, 'Public Policy. The Use and Impact of Rule 11', *Northwestern University Law Review* 1991-1992, p. 943-986.

Martin 2002

S.A. Martin, 'Keeping Courts Afloat in a Rising Sea of Litigation: An Objective Approach to Imposing Rule 38 Sanctions for Frivolous Appeals', *Michigan Law Review* 2001-2002, p. 1156-1183.

Maxeiner 2010

J.R. Maxeiner, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (USA National Report IACL XVIIIth International Congress), 2010, tot augustus 2010 te vinden op <http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/reports/index.cfm>. *Inmiddels verwijderd; zie opmerking bij Reimann 2010.*

McMorrow, Gardina & Ricciardone 2004

J.A. McMorrow, J.A. Gardina & S. Ricciardone, 'Judicial Attitudes Toward Confronting Attorney Misconduct: A View From the Reported Decisions', *Hofstra Law Review* 2003-2004, p. 1425-1473.

Meijssen & Jongbloed 2010

M. Meijssen & A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid en pressiemiddel* (Research Memoranda nr. 2), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2010.

Minkjan 1993

E.E. Minkjan, 'Kosten van de procedure. Uit oogpunt van de advocaat', in: Wesseling-van Gent, Minkjan & Holzhauser 1993, p. 15-23.

Mommers, Zwenne & Schermer 2010

L. Mommers, G. Zwenne & B. Schermer, 'Het best bewaarde geheim van de raadkamer. Over de ontoegankelijkheid in de rechtspraak', *NJB* 2010-32, p. 2072-2079.

Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand 2009

S.L. Peters, L. Combrink-Kuiters & M. van Gammeren-Zoetewij, *Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand*, Den Haag: BJu 2010.

De Mot & De Geest 2004

J.P.B. de Mot & G.G.A. de Geest, *Juridische infrastructuur: een internationale vergelijking vanuit economisch perspectief*, Den Haag: WODC 2004.

Neleman & Neijt 2010

P. Neleman & P.J. Neijt, *Toetsingscommissie civiele vonnissen*, Raad voor de Rechtspraak 2010.

Nelken 1990

M.L. Nelken, 'Has the Chancellor Shot Himself in the Foot? Looking for a Middle Ground on Rule 11 Sanctions', *Hastings Law Journal* 1989-1990, p. 383-408.

Nelken 2004

D. Nelken, 'Comparing Legal Cultures', in: A. Sarat (red.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford: Blackwell 2004, p. 113-127.

Niemeijer & Klein Haarhuis 2009

E. Niemeijer & C.M. Klein Haarhuis, 'Aantallen civiele rechtszaken in Nederland en elders. Een vergelijking in de tijd en in Europa', *Justitiële Verkenningen* 2009, p. 80-94.

Numann (*Burgerlijke rechtsvordering; artikel 237*) 2003

E.J. Numann, 'Artikel 237', in: *Burgerlijke Rechtsvordering* (Groene Serie Privaatrecht), Deventer: Kluwer.

O'Hare & Browne 2005

J. O'Hare & K. Browne, *Civil Litigation*, London: Sweet & Maxwell 2005.

Okma 1945

N. Okma, *Misbruik van recht* (diss. Amsterdam (VU)), Wageningen: Zomer en Keuning 1945.

Olivo & Kelly 2006

M. Olivo & M.A. Kelly, *Civil Litigation*, Toronto: Emond Montgomery 2006.

Oskam & Van Dijk 2011

P. Oskam & C.H. van Dijk, 'Deelgeschilprocedure: de eerste zes maanden in de praktijk', *PIV-Bulletin* 2011, nr. 1, p. 17-21.

Oude Hergelink 2011

A.S. Oude Hergelink, 'Volledige vergoeding van proceskosten: rake remedie of aanjager voor deelgeschillen?', in: Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenbergh (red.) 2011, p. 211-229.

Owens 2010

D.B. Owens, 'Civil Rights Foe or Frivolous Litigation Enabler? An Empirical Study of Rule 11 Practice Under the 1983 and 1993 Version', *SSRN* 2010, <http://ssrn.com/abstract=1622061>.

Peysner & Seneviratne 2005

J. Peysner & M. Seneviratne, *The management of civil cases: the courts and the post-Woolf landscape*, Department for Constitutional Affairs 2005.

Pfennigstorf 1984

W. Pfennigstorf, 'The European Experience with Attorney Fee Shifting', *Law and Contemporary Problems* 1984, p. 37-124.

Plott 1987

C.R. Plott, 'Legal fees: A Comparison of the American and English Rules,' *Journal of Law, Economics, and Organization* 1987, p. 185-192.

Posner 2008

R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2008.

Priest & Klein 1984

G. Priest & B. Klein, 'The Selection of Disputes for Litigation', *Journal of Legal Studies*, p. 1-55.

Rachlinski 1996

J.J. Rachlinski, 'Gains, Losses, and the Psychology of Litigation', *Southern California Law Review* 1996, nr. 1, p. 113-186.

Radbruch 1932

G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig: Quelle & Meyer 1932, heruitgegeven in: E. Wolf & H. Schneider, Stuttgart: K.F. Koehler 1973.

Rapport Commissie Huls 2006

Werkgroep tuchtrecht, *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (advies van 7 december 2006), Den Haag: 2006.

Rapport 'De tijd loopt door' 2007

SEO economisch onderzoek, *De tijd loopt door. De gevolgen van lange doorlooptijden in de rechtspraak*, WODC 2007.

Rapport Kengetallen Gerechten 2009

Rapport van De Rechtspraak, *Kengetallen Gerechten 2009*, Den Haag: De Rechtspraak 2009, <http://www.rechtspraak.nl> onder 'Publicaties' en 'Jaardocumenten'.

Rapport Rechtspraak is kwaliteit 2006

Rapport van de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, *Rechtspraak is kwaliteit*, Den Haag: 2006.

Rapport Rechtspraak in Nederland 2007

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Rechtspraak in Nederland 2007*, Den Haag: CBS 2007.

Rapport Ruim baan voor de burger 2007

Rapport van de Adviescommissie verbreding kantonrechtspraak en differentiatie
Werkstromen, *Ruim baan voor de burger*, Raad voor de Rechtspraak 2007.

Rapport Visitatie Gerechten 2006

Visitatiecommissie van de Raad voor de Rechtspraak, *Visitatie Gerechten 2006*, Raad voor de Rechtspraak 2006.

Rapport Voorwerk II 2000

Rapport van de werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake de buitengerechterlijke kosten, NVvR 2000, te vinden op <http://www.nvvr.org>.

Rauma & Willging 2005

D. Rauma & T. Willging, *Report of a Survey of United States District Judges' Experiences and Views Concerning Rule 11, Federal Rules of Civil Procedure*, Federal Judicial Center 2005, te vinden op <http://www.fjc.gov/>.

Reason & Fairhead 2010

A. Reason & B. Fairhead, 'Don't get wasted!', *New Law Journal* 2009, p. 737-738.

Regeerakkoord VVD-CDA (Bijlage) 2010

Bijlage bij het Regeerakkoord VVD-CDA, *Vrijheid en Verantwoordelijkheid*, 7 oktober 2010.

Reimann 2010

M. Reimann, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. General Report* (IACL XVIIIth International Congress), 2010, tot augustus 2010 te vinden op <http://www.wcl.american.edu/events/2010congress/reports/index.cfm>. Het rapport is daar niet meer te vinden, maar verschijnt volgens de website van uitgever Springer begin 2012 in een bundel: K.B. Brown & D.V. Snyder (red.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of*

Comparative Law/Rapports Généraux du XVIIIeme Congrès de L'Academie Internationale de Droit Comparé, Springer 2012.

Van Rhee 1997

C.H. van Rhee, 'De traagheid van de civiele procedure: een eeuwenoud fenomeen', in: B.C.M. Jacobs (red.), *De rechtspraak in beeld. Van Justinianus tot de Duitse bezetting*, Tilburg: Tilburg University Press 1997, p. 57-67.

Van Rhee (red.) 2004

C.H. van Rhee (red.), *The Law's Delay: Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Van Rhee 2004

C.H. van Rhee, 'The Law's Delay: An Introduction', in: Van Rhee (red.) 2004, p. 1-21.

Van Rhee (red.) 2008

C.H. van Rhee (red.), *Judicial case management and efficiency in civil litigation*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Roëll 2007

T. Roëll, 'Twintig jaar van kleur vershietende proceskosten', *TREMA* 2007, p. 210-211.

Sagaert & Samoy 2007

V. Sagaert & I. Samoy, 'De wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat', *Rechtskundig Weekblad* 2007, p. 674-698.

Samuelson & Zeckhauser 1988

W. Samuelson & R. Zeckhauser, 'Status Quo Bias in Decision Making', *Journal of Risk and Uncertainty* 1988, p. 7-59.

Schäfer & Müller-Langer 2009

H. Schäfer & F. Müller-Langer, 'Strict Liability versus Negligence', in: M.G. Faure (red.), *Tort Law and Economics* (Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition, Volume 1), Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 3-45.

Van Schaick 2000

A.C. van Schaick, 'Proceskosten en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000, nr. 7, p. 313-315.

Van Schaick 2009

A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Kluwer: Deventer 2009.

Scheir 2009

T. Scheir, 'De politie van de terechtzitting: Contempt of court naar Belgisch recht', *Rechtskundig Weekblad* 2009, p. 346-358.

Scholten 1899

P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Scheltema & Holkema 1899.

Schrage 2007

E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 2007.

Schwarzer 1988

W.W. Schwarzer, 'Commentaries. Rule 11 Revisited.', *Harvard Law Review* 1987-1988, p. 1013-1025.

Shapard e.a. 1995

J. Shapard e.a., *Report of a Survey Concerning Rule 11, Federal Rules of Civil Procedure*, USA: Federal Judicial Center 1995.

Shavell 2004

S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (MA): Belknap Press of Harvard University Press 2004.

Shepherd 1999

G.B. Shepherd, 'An Empirical Study of the Economics of Pretrial Discovery', *International Review of Law and Economics* 1999, p. 246-263.

Shepherd 2006

G.B. Shepherd, 'The Impacts of the European Rule for Fee-Shifting on Litigation Behavior', *Emory Law and Economics Research Paper* 2006, p. 381-387.

Sijmonsma 2010

J.R. Sijmonsma, *Het inzagerecht. Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

Sluijter 2008

P. Sluijter, *De veroordeling in de proceskosten op basis van procedureel gedrag*, Den Haag: BJu 2008.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* (4^e druk), Deventer: Kluwer 2007.

Snijders, Ynzonides & Meijer 1997

H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* (2^e druk), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Snyder & Hughes 1990

E.A. Snyder & J.W. Hughes, 'The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory', *Journal of Law, Economics and Organization* 1990, p. 345-380.

Solovy e.a. 2004

J.S. Solovy e.a., 'Sanctions under Rule 11: A Cross-Circuit Comparison', *Loyola of Los Angeles Law Review* 2004, p. 727-763.

Spier 1992

K.E. Spier, 'The Dynamics of Pretrial Negotiation', *The Review of Economic Studies* 1992, p. 93-108.

Storme (red.) 1994

M. Storme (red.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1994.

Sunstein (red.) 2000

C.R. Sunstein, *Behavioral Law & Economics*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Sunstein, Schkade & Kahneman 2000

C.R. Sunstein, D. Schkade & D. Kahneman, 'Do People want Optimal Deterrence?', *Journal of Legal Studies* 2000, p. 237-254.

Sunstein & Thaler 2008

C.R. Sunstein & R. Thaler, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven: Yale University Press 2008.

Taruffo (red.) 1999

M. Taruffo (red.), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural fairness*, Den Haag: Kluwer Law International 1999

Teuben 2004

K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Leiden: Meijers-reeks 2004.

Tillema 2011

I. Tillema, 'De rekening voor het eigen gedrag?' in: Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenbergh (red.) 2011, p. 331-350.

Van der Torre 2005

A. van der Torre, *Advocaat met korting. Een analyse van de prijsgevoeligheid van de rechtsbijstand*, Den Haag: SCP 2005.

Tuil 2010

M.L. Tuil, 'The Netherlands. General Overview and Trends', in: Hodges, Vogenauer & Tulibacka (red.) 2010, p. 401-419.

Tuil & Visscher (red.) 2010

M.L. Tuil & L. Visscher (red.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar 2011.

Vairo 1999

G. Vairo, 'Rule 11 and the Profession' *Fordham Law Review* 1998-1999, p. 589-648.

Vandenbergh, Carrico & Bressman 2011

M.P. Vandenbergh, A.R. Carrico & L.S. Bressman, 'Regulation in the Behavioral Era', *Minnesota Law Review* 2011, p. 715-781.

Veljanovski 2006

C. Veljanovski, *The Economics of Law*, Londen: Institution of Economics Affairs 2006, <http://ssrn.com/abstract=935952>.

Van Velthoven 2001

B.C.J. van Velthoven, 'Misdad en straf', in: B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2001, p. 377-421.

Van Velthoven & Ter Voert 2003

B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC Onderzoek en Beleid 219, Den Haag: BJu 2003.

Van Velthoven 2008

B.C.J. van Velthoven, 'Rechtseconomie tussen instrumentaliteit en normativiteit', *R&R* 2008, p. 29-48.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2009

B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, WODC Onderzoek en Beleid 283, Den Haag: BJu 2009.

Van Velthoven 2011

B.C.J. van Velthoven, 'Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland', *RM Themis* 2011, p. 7-16.

Venhuizen 2006

S.M.A.M. Venhuizen, 'Is Rapport Voor-Werk II thans aanvaard?', *PP* 2006, p. 135-140.

Venning 2006

H.J. Venning, 'Alternatives to Activity Based Costing – the New Zealand Approach', 24th AIJA Annual Conference Paper 2006, <http://www.aija.org.au/ac06/Venning.pdf>.

Verduyn 2008

C.J. Verduyn, 'Een nieuwe maatstaf voor heroverweging van bindende eindbeslissingen', *TCR* 2008, p. 73-78.

Verkerk 2011

R. Verkerk, 'Burgerlijk Procesrecht en ideologie', *R&R* 2011, p. 6-30.

Verkijk 2007

R. Verkijk, 'Lichtzinnig procederen afgestraft', *Advocatenblad* 2007, p. 164-168.

Verkijk 2010

R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces* (diss. Maastricht), Den Haag: BJu 2010.

Verpaalen 1983

O.A.C. Verpaalen, *De handhaving van de orde en de tucht in de civiele procedure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Visscher 2006

L. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006.

Visscher & Schepens 2010

L. Visscher & T. Schepens, 'A law and economics approach to cost shifting, fee arrangements and legal expense insurance', in: Tuil & Visscher (red.) 2010, p. 7-32.

Visser 2010

D. Visser, 'De uitzondering op de regel; een veroordeling in de werkelijke proceskosten in familiezaken', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2010, 2.

Van Vlooten 2011

R. van Vlooten, 'Implementatie van artikel 14 Handhavingsrichtlijn: lost in translation?', in: Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenbergh (red.) 2011, p. 231-255.

Voet 2011

S. Voet, 'Kanttekening. Rechtsplegingsvergoeding per gerechtelijke band: Where will it al end?', *Rechtskundig Weekblad* 2011, p. 888-894.

Vranken 1999

J.B.M. Vranken, 'Rechtsvergelijkende gezichtspunten bij de herziening van het civiele procesrecht in eerste aanleg', in: W.D.H. Asser & J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 1999.

Wackie Eysten 2004

P.A. Wackie Eysten, 'De afstraffende kostenveroordeling', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2004, nr. 63, p. 168ff.

Wagner 2007

K. Wagner, *Sancties in het burgerlijk procesrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Maklu 2007.

Waldfogel 1998

J. Waldfogel, 'Reconciling Asymmetric Information and Divergent Expectations Theories of Litigation', *Journal of Law and Economics* 1998, p. 451-476.

Ward 2007

D.L. Ward, 'New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36', *Modern Law Review* 2007, p. 278-293.

Wefers Bettink & Hoefnagel 2010

W. Wefers Bettink & J. Hoefnagel, 'Artikel 1019h Rv en de indicatietarieven: toepassing in de praktijk', *IER* 2010-4, nr. 47.

Wesseling-van Gent 1993

E.M. Wesseling-van Gent, 'Proceskostenveroordeling', in: Wesseling-van Gent, Minkjan & Holzhauser 1993, p. 1-13.

Wesseling-van Gent, Minkjan & Holzhauser 1993

E.M. Wesseling-van Gent, E.E. Minkjan & R.W. Holzhauser, *De kosten van een procedure* (NVvP-reeks), Deventer: Kluwer 1993.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004.

Wijnbergen 2007

L. Wijnbergen, 'Is de reële proceskostenvergoeding binnen handbereik?', *Executief* 2007, nr. 4, p. 38-42.

Wilkinson-Ryan 2009

T. Wilkinson-Ryan, 'Do Liquidated Damages Encourage Efficient Breach? A Psychological Experiment', *SSRN* 2009, <http://ssrn.com/abstract=1299817>.

Winters 2001

J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2001, p. 161-214.

Woolf 1996

Lord H.K. Woolf, *Access to Justice: final report to the Lord Chancellor on the civil justice in England and Wales*, London: DCA 1996, <http://www.dca.gov.uk/civil/final/>.

Yablon 2004

C. Yablon, 'Hindsight, Regret, and Safe Harbors in Rule 11 Litigation', *Loyola of Los Angeles Law Review* 2004, p. 599-644.

Ydema 2011

M. Ydema, 'Ruime toepassing van de exhibitieplicht', *NJB* 2011, nr. 4, p. 238-239.

Zöller Zivilprozessordnung 2009

R.Zöller / R. Geimer e.a., *Zöller Zivilprozessordnung*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2009.

Zon 2008

M.A. Zon, 'Proceskostenperikelen', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2008, p. 43-51.

Zuckerman 1999

A.S. Zuckerman, 'Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure', in: Zuckerman (red.) 1999, p. 3-52.

Zuckerman (red.) 1999

A.S. Zuckerman (red.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Zuckerman 2006

A.S. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.

Zuckerman 2009

A.S. Zuckerman, 'Litigation Management under the CPR – A Poorly used Management Infrastructure', *Civil Litigation Costs Review* 2009, laatst geraadpleegd in augustus 2009 via de tijdelijke projectwebsite op <http://www.judiciary.gov.uk>. Inmiddels gepubliceerd in D. Dwyer (red.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Bijlage I: Jurisprudentieanalyse en jurisprudentieregister

De tabellen in deze bijlage horen bij de systematische jurisprudentieanalyse, die is beschreven in hoofdstuk 4, paragraaf 4.9.

Steekproef (Rechtspraak.nl: handelszaken rechtbanken en hoven 1-1-1999 t/m 1-11-2008)	10.799
Aantal hits met trefwoorden (Waaronder dubbele hits)	1.146
Waarvan relevante uitspraken (Relevant zijn zaken met vordering of beslissing m.b.t. kosten en procesgedrag)	139

Tabel I.1: Algemene steekproefgegevens

Trefwoord	Hits	Relevant*
proceshouding	61	11
nodeloos/nodeloze	228	69
kansloos/kansloze	75	8
lichtvaardig	130	4
zinloos/zinloze	100	2
werkelijke (proces)kosten	76	12
volledige (proces)kosten	86	6
liquidatietarief	379	25
integrale (proces)kosten	11	3
<i>Totaal</i>	1146	139
*Dubbele hits worden slechts geteld bij het bovenste trefwoord in de lijst		

Tabel I.2: Hits en relevante hits per trefwoord

Rechtbanken		LJN's
<i>Totaal rechtbanken</i>	83	
Rb Alkmaar	4	BB0493; BB3965; BE8708; BC3129
Rb Almelo	3	AE1390; AR6970; AU9204
Rb Amsterdam	1	BF0503
Rb Arnhem	19	AP3693; AR2982; AR8832; AS2656; AW2754; AY8833; AZ9469; AZ9633; BA5507; BA5538; BA6373; BA9612; BB1634; BC0967; BC8810; BD3436; BD6209; BG1584; BG4488
Rb Assen	2	AU2868; AV7664
Rb Breda	3	AB2578; AS3373; AZ7368
Rb Dordrecht	1	AY4946
Rb 's-Gravenhage	3	AT3217; AT3152; BD1049
Rb Groningen	0	
Rb Haarlem	3	AQ6546; AR2243; AZ1193
Rb 's-Hertogenbosch	10	AO8896; AT1401; AT9852; AT9857; AY6919; BA5307; BA9605; BB1252; BC9863; BD6512
Rb Leeuwarden	1	AT6517
Rb Maastricht	4	AF0407; AN9933; AN9910; AV1308
Rb Middelburg	2	BB2853; BC4870

Rb Roermond	3	AT1040; AW1349; BD3971
Rb Rotterdam	10	BA5742; BB1179; BB1232; BB9245; BC1150; BC4045; BC9387; BD4066; BD7172; BG2480
Rb Utrecht	2	AA8881; AU6168
Rb Zutphen	4	BB0906; BA7280; BC9360; BD7182
Rb Zwolle-Lelystad	8	AS5963; AV4835; AZ7805; AZ4573; BA9919; BE8907; BG2715; BG4171

Tabel I.3: Relevante zaken per rechtbank (incl. sector kanton) met landelijk jurisprudentienummer (LJN)

Gerechtshoven		LJN's
<i>Totaal hoven</i>	56	
Hof Amsterdam	5	BB4641; BB0057; BB8851; BC9788; BD6223
Hof Arnhem	20	AB2979; AT6594; AO1742; AT6602; AS8331; AT6609; AT9444; AU1588; AU5050; AU5425; AV2102; AZ9174; BA0367; BA6584; BB8613; BC4744; BD4221; BF7503; BD8655; BG1910
Hof 's-Gravenhage	2	AE8414; AT1762
Hof 's-Hertogenbosch	20	AA8444; AB1193; AB1327; AE8758; AF0958; AF1048; AF3483; AF3483; AR4586; AS9623; AS7175; AQ5647; AZ9600; AY0436; AY8212; AZ3942; BA9569; BC4947; BC8868; BD9895
Hof Leeuwarden	9	AE3182; AU3915; AX6405; AZ5529; BA1344; BA9777; BB2269; BD2428; BG1458

Tabel I.4: Relevante zaken per gerechtshof met landelijk jurisprudentienummer (LJN)

In onderstaand jurisprudentieregister staan de overige uitspraken waarnaar in dit boek wordt verwezen. De uitspraken uit bovenstaande schema's zijn daar slechts in opgenomen, wanneer daar ook buiten de systematische analyse expliciet naar wordt verwezen:

EHRM

EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376 (*Airey vs Ierland*)

EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 (*Tolstoy vs Verenigd Koninkrijk*)

EHRM 19 juni 2001, no. 28249/95 (*Kreuz vs Polen*)

EHRM 6 april 2006, *EHRC* 2006, 68 (*Stankiewicz*), m.nt. Fernhout

Nederland

HR 10 december 1926, *NJ* 1927, p. 261 e.v. m.nt. E.M. Meijers

HR 23 december 1955, *NJ* 1956, 164

HR 15 april 1965, *NJ* 1965 (*Snel/Ter Steege*)

HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik*)

HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (*Amercentrale*)

HR 23 maart 1979, *NJ* 1980, 125

HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34

HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 600

HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 415 (*Varkenspest*)

HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 547

HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378

HR 28 november 1986, *NJ* 1987, 380
HR 23 januari 1987, *NJ* 1987, 962
HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, m.nt. CJHB
HR 10 juni 1988, *NJ* 1989, 30
HR 17 maart 1989, *NJ* 1989, 768, m.nt. JBMV
HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 216
HR 26 april 1990, *NJ* 1991, 455
HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 64
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*) m.nt. CJHB
HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 163
HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 68
HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257
HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 347 m.nt. JBMV
HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (*Lindeboom/Beusmans*)
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (*Jeffrey*)
HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 603 (*W./Staat*)
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 614
HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 651
HR 15 februari 2002, *NJ* 2002, 197
HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151
HR 2 mei 2003, *JOL* 2003, 259
HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50, (*Bravenboer/London*)
HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460 (*Regiopolitie/Hovax*)
HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 200
HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 201, m.nt. Snijders
HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 553
HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324, m.nt. JBMV
HR 24 juni 2005, *NJ* 2006, 46 (*Dimopoulos/Van Mierlo*)
HR 12 augustus 2005, *NJ* 2006, 98
HR 30 september 2005, *LJN* AS8376, *JOL* 2005, 228 (*ECC/CellOne*)
HR 22 september 2006, *NJ* 2007, 188
HR 6 oktober 2006, *NJ* 2006, 656
HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527
HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353
HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241
HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 92
HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 553 (*De Vries/Gem.Voorst*)
HR 30 mei 2008, *LJN* BC2153, *NJ* 2008, 556 (*Endstra-tapes*)
HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Snijders
HR 5 september 2008, *LJN* BD4161
HR 3 oktober 2008, *NJ* 2008, 530
HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 234, m.nt. Wortmann
HR 11 december 2009, *VR* 2010, 46
HR 29 januari 2010, *LJN* BK5014, *NJ* 2010, 68
HR 26 februari 2010, *LJN* BK5756, *JBPr* 2010, 30 (*Jaap.nl*)
HR 19 maart 2010, *LJN* BL1116, *RvdW* 2010, 34
HR 7 mei 2010, *AA* 2010, p. 615, m.nt. Polak
HR 26 november 2010, *NJ* 2010, 634

HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 650
HR 4 februari 2011, *LJN* BP2975, *VN* 2011, 10.7
HR 11 februari 2011, *LJN* BO7108 (*First Data/Attingo*)
HR 11 februari 2011, *LJN* BO9673, *RvdW* 2011, 249
HR 11 maart 2011, *LJN* BN9967
HR 11 maart 2011, *LJN* BO9549
HR 18 maart 2011, *LJN* BP0571
HR 18 maart 2011, *LJN* BP4977

Hof Amsterdam 10 februari 1970, *NJ* 1971, 130
Hof Amsterdam 27 juli 2010, *LJN* BN3065
Hof Amsterdam 30 november 2010, *LJN* BO7193
Hof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128
Hof 's-Gravenhage 7 november 2007, *LJN* BC0157
Hof 's-Gravenhage 29 maart 2011, *LJN* BP9443
Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2010, *LJN* BL2339
Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2009, *JBP*r 2010, 24, m.nt. Bannier
Hof Leeuwarden 11 november 2008, *LJN* BG5466
Hof Leeuwarden 19 november 2008, *LJN* BG4803
Hof Leeuwarden 1 juni 2010, *LJN* BN0223
Hof Leeuwarden, 3 augustus 2010, *LJN* BN3290

Rb Alkmaar 21 juli 2010, *LJN* BN3048
Rb Amsterdam 10 september 2008, *LJN* BF0503
Rb Arnhem (vzr.) 28 november 2007, *LJN* BC0967
Rb Arnhem 2 juli 2008, *LJN* BD6209, *JIN* 2008, 619, m.nt. Wijnbergen
Rb Arnhem (vzr.) 28 oktober 2008, *LJN* BG4488
Rb Breda 15 november 2002, *NJ* 2003, 57
Rb 's-Gravenhage 22 mei 2002, *NJ* 2002, 588
Rb 's-Gravenhage (vzr.) 11 september 2008, *LJN* BF1784
Rb 's-Gravenhage 3 maart 2010, *LJN* BL6449
Rb Haarlem 17 juni 2010, *LJN* BM8466
Rb Leeuwarden 27 juli 2005, *NJF* 2005, 425
Rb Maastricht 7 maart 2007, *JBP*r 2007, 54, m.nt. Van Rijssen
Rb Maastricht 2 februari 2011, *LJN* BP3258, *Prg* 2011, 69
Rb Rotterdam 5 januari 2011, *LJN* BP1893
Rb Rotterdam 3 februari 2011, *LJN* BP5131
Rb Utrecht 28 juli 2010, *LJN* BN2268

Ktr Assen 10 augustus 2010, *LJN* BN4826
Ktr Delft 7 oktober 2010, *LJN* BO4502
Ktr Eindhoven 18 februari 2010, nr. 09-5673
Ktr Haarlem 9 maart 2011, *LJN* BP7603
Ktr Nijmegen 1 juni 2007, *LJN* BA6373
Ktr Roermond 3 juni 2008, *LJN* BD3971
Ktr Sittard-Geleen 23 september 2009, *LJN* BJ9117
Ktr Terneuzen 17 mei 1991, *NJ* 1992, 19
Ktr Utrecht 16 maart 2011, *LJN* BP7371

Hof van Discipline 18 oktober 1999, *Advocatenblad* 2000, p. 632
Hof van Discipline 13 december 2002, *Advocatenblad* 2004, p. 420

België

Hof van Cassatie 2 september 2004, *RW* 2004-2005, 535
Hof van Cassatie 16 november 2006, *RW* 2006-2007, 1128
Grondwettelijk Hof 19 april 2006, *RW* 2005-2006, 1614
Grondwettelijk Hof 14 juni 2006, *RW* 2006-2007, 38
Grondwettelijk Hof 18 december 2008, *RW* 2008-2009, 29
Vrederegerecht Overijse-Zaventem 21 mei 2008, *RW* 2008-2009, 302
Rechtbank van Koophandel Antwerpen 13 maart 2009, *RW* 2009-2010, 809

Canada

1465778 Ontario Inc v 1122077 Ontario Ltd. (2006) 82 OR (3d) 757 (CA)
British Columbia (Minister of Forest) v. Okanagan Indian Band, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371
Meditel Inc. v. Baldhead Systems Inc., 2008 CanLII 68173 (ON S.C.)
DiBattista v Wawanesa Mutual Insurance Co (2005) 78 OR (3d) 445 (CA)
Lanty v Ontario (2007) 61 RPR (4th) 161 (Ont HC)
Venture Refractories Inc v Technical Strategies Inc [2007] CarswellOnt 3392 (SCJ)

Engeland & Wales

Yonge v Toynbee [1909] 1 KB 215
Ridehalgh v Horsefield [1994] Ch 205, CA
General Mediterranean Holdings SA v Patel [1999] 3 All ER 673, QBD (Comm)
Amoco [2002] BLR 135, (Comm) QBD
Medcalf v Mardell [2002] UKHL 27, [2003] 1 AC 120
Balmorel Group Ltd v Borealis [2006] EWHC 2531 (Comm) QBD
National Westminster Bank plc v Rabobank [2007] EWHC 1742 (Comm) QBD
R v Staffordshire County Council [2007] EWHC 241
Noorani v Calver [2009] EWHC 592 (QBD), [2009] WL 648828
Equity Solicitors v Javid [2009] EWCA Civ 535
Williams v Telefonica 02 UK Ltd [2009] EWHC 3299 (QBD)
Patel v Air India Ltd & Anor [2010] EWCA Civ 443

Nieuw-Zeeland

Bradbury v Westpac Banking Corporation [2008] PRNZ 859

Verenigde Staten (federaal)

Nix v. Hedden, 149 U.S. 304 (1893)
Roadway Express Inc. v Piper, 447 U.S. 752, 765 (1980)
Christan v. Mattel, Inc., 286 F. 3d 1118, 1121 (9th Cir. 2002)
Jenkins v. Methodist Hospitals of Dallas Inc., 478 F. 3d 255 (5th Cir. 2007)
Ware v. Jolly Roger Rides, Inc., 857 F.Supp. 462, 464 (D.Md.1994)

Bijlage II: Topic list

Introductie

-Onderzoeksvragen en onderzoeksdoelen vertellen.

-Garanderen anonimiteit. Vertellen dat ik het gesprek opneem en de transcripties zelf maak of dat ik gebruik maak van een student-assistent die ook anonimiteit moet beloven. Opnames worden na transcriptie gewist. Bespreken grens geheimhoudingsplicht, terugkoppeling beloven.

Gegevens geïnterviewde

(Tot persoon herleidbare gegevens worden niet gepubliceerd)

1. Leeftijd (+ geslacht noteren)
2. Hoe lang werkt u al als rechter/raadsheer? Raio/Rio, andere juridische functies voorheen?
3. Hoe lang in deze functie en bij deze sector?
4. Met welke procedurevormen en rechtsgebieden houdt u zich voornamelijk bezig? Ook IE-zaken? Zaken met familiale banden tussen partijen?
5. Bent u rolrechter (geweest)?

Verstorend procesgedrag: definitie

(Uitleggen dat ik begin met open begrippen voor het checken van definities en daarna wat specifiekere vragen zal stellen)

6. In mijn onderzoek bekijk ik bestaande en mogelijke nieuwe remedies tegen onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag van partijen. Hoe kijkt u aan tegen de grens tussen 'nodig' en 'onnodig'? --> doorvragen, eventueel naar visie op rol rechter bij bepalen van grens.
7. Geven eigen definitie (op papier uitgeschreven). *Wanneer de extra tijd en kosten voorzienbaar niet leiden tot een betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit of wanneer deze betere uitkomst en/of procedurele kwaliteit kennelijk ook door een minder belastende gedraging bereikt had moeten worden.* Vindt u dat deze definitie de lading dekt? Zo nee, waarom niet?

Verstorend procesgedrag: concrete gedragingen

8. Komt er in de zaken die u als zaaksrechter behandelt onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag voor? Zo ja, frequentie? Kunt u hier meer over vertellen? --> eventueel naar specifieke procedurevormen vragen.
9. (Alleen bij rolrechter of verleden als rolrechter: komt u bij uw werkzaamheden als rolrechter onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag tegen?)

10. Geven van de lijst uit de literatuur (op papier) en kort vertellen hoe deze is samengesteld. Welke van de gedragingen vormen een probleem? Ontbreken er nog gedragingen op de lijst? Zou u een top-3 kunnen formuleren van de gedragingen (van de lijst + aanvullingen) die naar uw mening tot de meeste overlast leiden? Als respondent vraagt om ‘overlast’ te definiëren: extra tijd en kosten voor alle procesbetrokkenen.

- Liegen / bedriegen / simuleren
- Evident kansloos proces I: Geen belang
- Evident kansloos proces II: Geen (deugdelijke) onderbouwing
- Kansloze stellingen en verweren
- Overdreven hoge vordering
- Overbodig of prematuur proces
- Late stellingen en feiten
- Laat inbrengen van bewijsstukken
- Late verandering of vermeerdering van eis
- Onvoorbereid, ondeugdelijk vertegenwoordigd of niet verschijnen ter zitting
- Het evident onterecht weigeren om bewijsstukken over te leggen
- Fishing expedition
- Overbodige processuele verrichtingen

11. Heeft u een idee over de oorzaken en motieven die achter onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag liggen?

Afronding verstorend procesgedrag

12. Heeft u zelf nog opmerkingen met betrekking tot de ervaringen die u heeft met onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag?

Gebruik kostenconsequenties

13. Gebruikt u de proceskostenveroordeling wel eens als consequentie voor bepaald procesgedrag? --> wanneer nodig, uitleggen dat gevraagd wordt wanneer wordt afgeweken van standaardveroordeling volgens liquidatietarief of compensatie bij gedeeld (on)gelijk. Afwijking is: nodeloze kosten, hogere/lagere veroordeling, etc. Afwijking IE-zaak/familie overleggen wanneer nodig. --> ook doorvragen naar motief compensatie bij familie zaken

14. Uit literatuur en eigen onderzoek rechtspraak.nl volgt dat niet of nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de kostenveroordeling als prikkel tegen onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag. Herkent u zich hierin?

15. Zijn er volgens u goede redenen om terughoudend te zijn met het gebruiken van de kostenveroordeling als consequentie voor verstorend procesgedrag? Zo ja, welke?

16. Voor zover onder 15 niet genoemd, vragen in hoeverre bepaalde factoren wel en niet meespelen volgens respondent:
- Andere (betere?) remedies dan kostensancties zijn beschikbaar
-->doorvraag: zijn er gedragingen waarop u nu andere remedies moet toepassen (nietigheid, weigeren stukken, etc.) waar u liever een kostensanctie zou kunnen toepassen?
 - Sancties worden niet vaak gevorderd
 - Taken en bevoegdheden rolrechter vs zaaksrechter
 - Geautomatiseerd uitrekenen kosten liquidatietarief
 - Kostenveroordeling in staartje eindvonnis
 - Nadruk op materieel conflict
17. Wat vindt u van de huidige (on)mogelijkheid om de advocaat rechtstreeks en persoonlijk in de kosten te veroordelen (eigen beursje)? --> doorvragen naar behoefte om een dergelijk instrument te gebruiken.

Afsluiting

18. Samenvatting gesprek geven. Aangeven hoe de bijdrage van waarde is voor het onderzoek.
19. Herhalen dat teruggekoppeld zal worden.

Trefwoordenregister

Er wordt verwezen naar de paragraafnummers.

- Aardigheidscultuur 5.6.4, 7.3.2.1, 8.8.2, 9.4.1, 9.4.2
Administratieve kosten 2.2.4, 7.4.3-7.4.6, 8.2.2, 8.2.3, 9.4.2
Advocaat-cliëntrelatie 7.1.2, 9.1
Afschrikking (zie *deterrence*)
Agency theory (zie principaal-agenttheorie)
American rule (zie ook: compensatiestelsel) 4.2, 4.3.6, 6.4.1, 6.8.2, 6.8.3, 6.8.5, 7.5, 7.5.1-7.5.4, 8.2.1
8.2.4
- Bedongen kosten 4.7, 4.9.3
Behavioural law and economics 1.3, 7.3.1, 7.4.8, 7.4.8.5, 8.2, 9.1
Beroepsaansprakelijkheid 7.3.2.2, 8.6.1, 8.6.2, 8.6.4.3, 8.6.5, 8.6.5.2, 8.6.5.4, 8.6.6, 8.8.1
Bindende eindbeslissing 3.3.7, 5.3.2.1, 5.5.1, 8.7.1.4, 8.8.2
Buitengerechtelijke kosten 4.6, 4.6.1-4.6.6, 4.7, 4.10, 5.3.3, 5.4.3.2, 7.5.1
Buitengewone omstandigheden 4.3.5, 4.3.6, 4.5.3, 4.9.4.3, 6.7.1, 8.2.2
- Comparitie van partijen (zie ook: zitting) 1.2, 2.2.2, 3.3.8, 3.3.10, 4.3.5, 4.3.6, 4.9.3, 5.3.1.3, 5.3.2.1,
5.3.2.3, 5.4.1, 5.5.1, 7.3.2.2, 7.4.4, 8.4.1, 8.5.4, 8.7.1.2, 8.7.1.4, 8.8.2
Compensatie (kosten-) 4.3.2, 4.3.3, 4.3.6, 4.9.1-4.9.3, 4.10, 5.4.1, 5.4.2, 5.5.2, 6.3, 6.5.5, 6.8.3, 6.8.4,
8.2.3
Compensatiefunctie 7.6.3, 8.7.3
Compensatiestelsel (zie ook *American rule*) 4.2, 4.3.6., 6.3, 7.5
Conditional fee agreement 6.5.2
Continentaal stelsel 4.3.1, 4.3.5, 4.3.6, 4.5.2
Contingency fee 6.5.5, 6.8.2, 7.3.2.1, 7.3.2.2
Control aversion 7.4.8.3
- Deelgeschilprocedure 4.6.5, 4.6.6
Deterrence 1.3, 6.8.4, 6.8.5, 7.4, 7.4.5.1, 7.4.6, 7.4.7, 8.1, 8.3.2.1, 8.5.2, 8.6.1, 8.7, 8.8.1, 9.1
Discovery 5.3.2.1, 6.8.2-6.8.4, 7.3.2, 7.3.2.2, 9.2.5
Dominus litis 8.6.2, 8.6.6
Doorlooptijd 1.1.1, 1.2, 2.2.3, 2.3, 3.4, 5.5.2, 6.2, 9.4.4
- Eigen beursje 4.4, 4.9.4.5, 5.2.5, 5.4.1, 5.4.4, 5.5.3, 6.3, 6.8, 6.8.6, 8.6, 8.6.4, 9.1
English rule 4.2, 4.3.6, 7.5, 7.5.3, 9.4.2
- Familiale banden 1.1.3, 4.3.2, 5.4.1
Fishing expedition 3.3.11, 3.3.12, 5.3.2.1, 5.3.2.3, 5.5.1, 6.8.4, 7.3.2.2, 9.2.5
Front-loading 7.3.2.2, 7.7, 8.5.2, 9.4.3
- Gedragseconomie (zie *behavioural law and economics*)
Geheimhoudingsplicht 3.3.11, 7.4.4, 8.6.4.1, 8.6.5.4
Geraden gevolgtrekking 3.3.10, 6.7.1, 6.7.3, 8.3.3, 8.7.2, 9.2.1, 9.2.4
Geschil binnen het geschil (zie *satellite litigation*)

Geschillencommissie advocatuur 8.6.5.3, 8.6.5.4, 8.6.6, 9.2.3
Gesubsidieerde rechtsbijstand 2.2.4, 4.8, 6.5.2, 7.6.2, 8.6.4.1
Goede procesorde 1.2, 3.3.1, 3.3.7, 3.3.9, 3.5, 5.3.2, 5.3.2.1, 6.8.5, 8.7, 8.7.1.4, 9.3.2
Griffierechten (kostendekkende) 2.2.4, 3.4, 4.8, 5.4.1, 6.5.2, 6.6.1, 6.8.2, 7.3.2, 8.7.1.1, 9.4.2

Hindsight bias 7.4.8.1, 7.4.8.5

Hired gun 8.6.2, 8.6.6

Illicit utility 7.4.7, 8.5.1, 8.5.2, 8.5.4

In beginsel strakke regel 4.3.5, 8.7.2

Incident (wrakings-, bevoegdheids-, 843a-) 3.2, 3.3.13, 4.3.4, 5.3.1.1, 5.3.2.1, 5.4.1, 5.4.3.1, 5.5.1, 6.6.3, 8.8.2

Indemnitiestelsel (zie ook *English rule*), 4.2, 4.3.1, 4.3.6, 4.5.1, 7.5

Indemnity basis 5.6.3, 6.3, 6.5, 6.8.1, 7.4.6, 8.5, 8.5.5, 8.7, 8.8.1, 9.1

Indicatie tarieven 4.5.2, 4.5.3, 4.9.1, 4.10, 5.4.1, 8.2.4, 8.4.1, 9.2.2, 9.2.4

Informatieasymmetrie 5.3.1.1, 5.5.1, 7.3.1, 7.3.2.1, 7.3.2.2, 7.4.5.1, 7.5.1, 8.6.4.1

Informatie-uitwisseling 6.5.2, 7.3.2, 7.3.2.2, 7.7, 9.2.5

Informeel prikkels 8.7.1.2, 8.7.4, 9.1, 9.2.1

Kansloos proces 3.3.3, 5.3.2.1, 5.3.2.3, 6.5.4

Law and economics 1.3, 7.2, 7.3.2.1, 7.4.8.3, 7.4.8.5, 8.1, 8.2.2

Liquidatietarief 4.3.5, 4.3.6, 4.5.1, 4.7, 4.9.3, 4.9.4.3, 5.4.1, 5.4.3, 5.5.2, 7.4.6, 7.5.4, 8.2, 8.3.3, 8.8.1, 9.1, 9.2.2, 9.2.4

Loss aversion 7.3.1, 7.4.8.1, 7.4.8.5, 7.5.1, 7.5.2

Margin-based fee shifting 7.6.1, 7.6.1.1, 7.6.5

Materiële consequenties 5.3.2.1, 5.6.2, 7.4, 7.4.6, 8.7, 8.7.1.4, 8.7.2, 9.1, 9.2.1

Misbruik van procesrecht 3.3.1, 3.3.3, 4.3.5, 4.6.2, 4.10, 5.3.2, 5.3.2.1, 6.4.1, 7.4.6, 8.6.2, 9.2.4, 9.3.2

Negligence (zie schuldaansprakelijkheid)

No cure no pay 6.6.2, 7.3.2.1

Nodeloze kosten 4.3.1, 4.3.4, 4.3.6, 4.9.3, 4.9.4.3, 5.4.1, 8.2.3, 8.8.1, 9.2.4

Nuisance suit 4.3.6, 7.5.1, 7.5.3, 7.5.4, 8.2.1

Offer to settle 6.3

Onnodig vertragend en/of kostenverhogend procesgedrag (zie verstarend procesgedrag)

Opzet 3.3.2, 5.3.1.1, 5.3.3, 5.5.1, 7.4.7, 7.4.9, 8.5.1, 8.5.2, 8.5.5

Overprecaution 7.4.6, 7.4.7, 7.4.9, 8.5.2

Pakkans 7.4, 7.4.5, 7.4.5.1, 7.4.6, 8.2.3

Partijautonomie 2.1, 9.3.1

Pre-action protocol 6.5.2, 6.5.6, 7.3.2.2

Preventieve werking (zie ook *deterrence*)

Pricing 7.1.2, 7.4.7, 7.4.8.3, 7.4.9, 8.2.3, 8.5.1, 8.5.2, 8.6.4.1, 8.7.3, 8.8.1, 9.4.3

Principaal-agenttheorie 7.3.2.1

Procedurele waarborgen 5.4.4, 7.4.5.1, 7.4.5.2, 7.6, 7.7, 8.1, 8.2.2, 8.4.3, 8.5.4

Processuele boete 8.5.4, 8.5.5, 8.7.1.1

Punitive damages 6.5.5, 6.8.2, 7.4.6, 8.5.4

Rauwelijks dagvaarden 3.2, 3.3.6, 5.3.2.1, 6.6.4, 8.6.2

Rechtsbijstandsverzekering 2.2.4, 6.6.2, 7.6.2, 7.6.4, 7.6.5, 8.7.1.3

Rechtseconomie (zie *law and economics*)

Rechtsplegingsvergoeding 6.3, 6.4.1

Regiefunctie 1.1.2, 1.2, 8.7.1.2, 9.3.1

Repeat player 5.3.1.3, 5.3.2.1, 5.3.2.3, 5.3.3, 5.5.1, 5.6.3, 7.3.2.2, 7.4.2, 7.5.2, 8.5.2, 9.4.3

Reputatie 7.3.1, 7.4.8.3, 8.6.3.2, 8.6.5.4, 9.4.1

Risicoaansprakelijkheid 7.1.2, 7.4, 7.4.3, 7.4.4, 7.4.5.1, 7.4.7, 7.4.9, 8.6.3, 9.3.2

Risicoaversiteit 7.2, 7.3.1, 7.5.1, 7.5.4, 7.6.4, 9.4.2

Rolrechter 4.9.4.5, 5.2.2, 5.3.1.1, 5.3.1.3, 5.4.3.2, 5.4.3.3

Satellite litigation 5.4.3.1, 5.4.3.3, 5.5.2, 5.5.3, 6.8.1, 7.4.4, 7.4.5.2, 7.5.1, 7.6.1.2, 8.1, 8.2.2, 8.6.1, 8.8.1, 9.1, 9.4.4

Scherpe normen 6.3, 6.7, 8.3, 8.4, 8.5.3, 8.6.4.3, 8.8.1, 9.1, 9.2.5

Schuldaansprakelijkheid 7.4.1, 7.4.3, 7.4.4, 7.4.5.1, 7.4.8.1, 7.4.9, 8.6.5.2, 9.3.2

Selection bias 5.2.2

Self-serving bias 7.3.1, 7.3.2.1, 7.3.2.2, 7.4.8.1, 7.4.8.5, 7.5.1

Status quo bias 8.3.2, 8.3.2.2, 8.3.3, 8.4.1, 9.1

Strict liability (zie risicoaansprakelijkheid)

Substantiëringsplicht 1.2, 3.3.6, 3.3.7, 4.3.6, 4.9.3, 5.3.2.1, 5.3.2.3, 5.5.1, 5.6.4, 7.3.2.2, 8.4.3, 8.5.2, 8.7.3, 9.4.3

Tuchtrecht 4.4, 8.6.3.2, 8.6.5, 8.6.5.1, 8.7.1.3

Uitstel 3.3.13, 4.9.4.5, 5.3.1.1, 5.3.1.3, 5.3.2.1, 5.3.2.2, 8.7.1.1, 9.4.1

Underdeterrence 7.4.3, 7.4.5.2, 7.4.6, 7.4.9, 7.6, 8.1, 8.2.2-8.2.5, 8.4.1, 8.4.4, 8.7

Validiteit 5.2.6

Verstorend procesgedrag:

-Definitie 3.2, 5.3.1, 5.3.1.2

-Frequentie 5.3.1.3, 5.3.2.1, 5.4.3.1, 5.5.1, 5.6.1, 5.6.3

Verzoekschriftprocedure 1.1.3, 4.3.2, 4.6.1, 9.2.5

Volledige proceskosten (zie werkelijke proceskosten)

Voorspelbaarheid 2.1, 6.4.1, 7.3.1, 7.4.5.2, 7.4.9, 7.6.4, 7.7, 8.1, 8.2.1, 8.2.3, 8.2.4, 8.3, 8.4, 8.7.2, 8.8.1, 9.1, 9.2.2

Waarheidsplicht 1.1.2, 5.3.2.1, 8.6.5.2

Wasted costs order 6.8.1, 6.8.4, 6.8.5, 7.4.5.1, 8.6, 8.6.4.1, 8.6.5.4

Werkelijke proceskosten 4.3.5, 4.9.3, 4.10, 5.4.1, 5.4.2, 5.5.2, 6.5.7, 9.4.4

Willekeur 5.4.3.1, 5.4.3.2, 7.4.5.1, 7.4.5.2, 7.6.4, 8.2.5, 8.8.1, 9.1

Zitting (niet-, onvoorbereid of ondeugdelijk vertegenwoordigd verschijnen ter) 1.1.2, 3.3.10, 5.3.1.3, 5.3.2.1, 5.3.2.3, 5.4.1, 5.5.1, 7.4.2, 7.4.4, 7.4.6, 8.2.3, 8.6.2, 8.7.1.2, 8.7.1.4, 9.2.1, 9.2.4