

# **Verbetering van hoger beroep?**

**Kosten en baten van voorstellen uit 12 systemen van  
procesrecht**

**J.M. Barendrecht  
M.W. de Hoon  
(red.)**

## Voorwoord

Hoger beroep is een stevig onderdeel van het gebouw van de rechtspraak. Procespartijen maken er niet veelvuldig gebruik van, maar de hoger beroepprocedure hangt wel als een schaduw over de procedure in eerste instantie. De mogelijkheid van hoger beroep beïnvloedt het procesgedrag van partijen en de rechter. Verder is hoger beroep een relatief kostbaar onderdeel van de rechtspraak, doordat veelal meer rechters, die hoger gekwalificeerd zijn, onder minder tijdsdruk aan een zaak kunnen werken. Daarom is het niet verwonderlijk dat er behoefte ontstond aan een kader om voorstellen tot verbetering te beoordelen.

In dit onderzoek – uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Justitie onder auspiciën van het WODC – is zo'n kader ontwikkeld en zijn maatregelen tot verbetering van hoger beroep uit 12 rechtssystemen bekeken en beoordeeld. Het ging om het hoger beroep in Nederland, Duitsland, Frankrijk en Engeland/Wales en dan steeds in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht. De kosten en de baten van deze maatregelen zijn zoveel mogelijk benoemd. Dit maakte het mogelijk om kansrijkere van minder kansrijke maatregelen te onderscheiden en ook om richtingen aan te geven waarin nog andere verbeteringen zouden kunnen worden gezocht.

De opzet van het onderzoek is als volgt. Deel I is het kerngedeelte van het onderzoek. Het is een rechtsstelsel en rechtsgebied overstijgend Engelstalig paper. Deel II bestaat uit de landenrapporten, die per rechtsgebied zijn opgesteld. Er is voor gekozen om het kerngedeelte van het onderzoek te publiceren in de Engelse taal. De resultaten van dit rechtsvergelijkende onderzoek zijn van belang voor hoger beroep in het algemeen. Daarom leek het verstandig om naar een ruimere verspreiding te streven. Voorts is dit een gebaar naar de buitenlandse experts die questionnaires hebben beantwoord en een *expert meeting* in Amsterdam bijwoonden, waarin de conceptresultaten intensief werden doorgesproken. Daarvoor danken wij: David Chekroun, Dr. Detlef Hass, Dr. Matthias Killian, Prof. Paul Oberhammer, Pierre-François Racine, Gabriëlle Scheuer, John Stacey, Steve Uttley, Master Roger A Venne, Prof. Thomas Weigend en Prof. Nancy Welsh.

Aan dit onderzoek werkten van de kant van de Universiteit van Tilburg mee: Boudewijn de Waard, Korine Bolt, Joep Simmelink, Machteld de Hoon (projectmanager), Maurits Barendrecht (projectleider), Jan Vranken en Marc Groenhuijsen (adviescommissie). De onderzoekers zijn veel dank verschuldigd aan de begeleidingscommissie, die bestond uit Prof. A.M. Hol (Universiteit Utrecht), mr. R. Hartendorp (Raad voor de Rechtspraak), mr. R.H. van den Hoogen (Ministerie van Justitie), mr. dr. H.O. Kerkmeester (College van Beroep voor het Bedrijfsleven en Universiteit van Antwerpen), mw. mr. Y. Visser (WODC) en Prof. N. Verheij (Ministerie van Justitie en Universiteit Maastricht). Ben van Velthoven leverde waardevol schriftelijk commentaar. Janneke van der Linden, Ianika Tzankova, Valerie Verberne, en Paul Sluijter leverden ieder een bijdrage aan het welslagen van de *expert meeting* en de verdere gang van het onderzoek.

Maurits Barendrecht  
Machteld de Hoon

# Inhoudsopgave

<b>Inleiding</b> .....	<b>1</b>
1. <i>Achtergrond en aanleiding</i> .....	1
2. <i>Het doel van het onderzoek</i> .....	1
3. <i>Methode en verantwoording</i> .....	2
4. <i>Opzet van het onderzoek</i> .....	3
<b>Deel I</b> .....	<b>4</b>
<b>Evaluatie</b> .....	<b>4</b>
<b>Appeal Procedures: Evaluation and Reform</b> .....	<b>5</b>
I. <i>Introduction</i> .....	5
II. <i>Tendencies in French, German, English, and Dutch law</i> .....	7
A. <i>No Appeal If Stakes Are Low</i> .....	7
B. <i>From Rehearing to Review</i> .....	7
C. <i>Finality of First Instance</i> .....	8
D. <i>Fewer Restrictions in Criminal Cases</i> .....	9
E. <i>Improving the Interaction between First, Second and Third Levels</i> .....	9
III. <i>Framework for evaluation</i> .....	12
A. <i>Costs of Appeal for Parties and Courts</i> .....	12
B. <i>Functions: Benefits of Appeal for Parties and Future Users</i> .....	15
1. <i>Correcting Errors</i> .....	16
2. <i>Re-evaluation</i> .....	17
3. <i>Supervision</i> .....	18
4. <i>Ensuring Uniformity and Law Making</i> .....	19
5. <i>Selection for the Third Level</i> .....	20
6. <i>Benefits in other areas</i> .....	22
C. <i>The Decision to File an Appeal</i> .....	22
D. <i>Preliminary Conclusions: Most Relevant Costs and Benefits</i> .....	23
IV. <i>Evaluation of possible measures</i> .....	25
A. <i>Restrictions in Tasks of Appeal Courts</i> .....	25
1. <i>Leave for Appeal</i> .....	25
2. <i>Limiting Grounds for Overturning Judgments on Appeal</i> .....	28
3. <i>No Appeals in Specific Cases</i> .....	31
4. <i>Restriction of New Issues</i> .....	31
5. <i>Limiting Appeal to Issues Brought up by Parties</i> .....	34
6. <i>Limiting Appeal to Stakes with a Certain Value</i> .....	36
B. <i>Changing the Incentives to Use Appeal</i> .....	37
1. <i>Price Increases</i> .....	37
2. <i>Introducing or Increasing the Probability of Worse Outcomes</i> .....	38
3. <i>Changing the Incentives on Lawyers</i> .....	39
C. <i>Changes in Dealing with Appeal Cases</i> .....	39
1. <i>Special Track for Straightforward Cases</i> .....	39
2. <i>Single Judges</i> .....	40
3. <i>Case Management</i> .....	41
4. <i>Different Procedures for Evidence and Argumentation</i> .....	42
5. <i>Obligations to Use Legal Representation</i> .....	43
6. <i>Postponing Judgment Writing</i> .....	44
7. <i>Specialised Appeal Courts</i> .....	45
8. <i>Decreasing Time Limits for Appeal</i> .....	46
D. <i>Alternatives To Appeal</i> .....	47
1. <i>Easier Access to Other Correction Mechanisms</i> .....	47
2. <i>Means to Settle a Case Out of Court</i> .....	47

3.	Prevention.....	48
E.	Adding up Several Mechanisms.....	49
V.	<i>Discussion and Conclusions</i> .....	51
A.	Limitations of this Study and Suggestions for Future Research.....	51
B.	Enhancing Benefits and Decreasing Costs.....	52
C.	Most Promising Measures.....	53
	<i>Samenvatting</i> .....	56
1.	Inleiding.....	56
2.	Hoger beroep in ontwikkeling: een dwarsdoorsnede.....	56
3.	Vier soorten maatregelen tot verbetering.....	57
4.	Raamwerk voor evaluatie.....	58
4.1	De kosten voor partijen en de rechterlijke macht.....	58
4.2	Functies van hoger beroep: de baten voor (toekomstige) partijen.....	60
5.	Belangrijkste uitkomsten van de analyse.....	61
5.1	Voordelen maximaliseren en kosten verlagen.....	61
5.2	Veelbelovende maatregelen.....	63
6.	Tot slot.....	65
	<b>Deel II</b> .....	<b>66</b>
	<b>Landenrapporten</b> .....	<b>66</b>
	<i>Bestuursrecht</i> .....	67
1.	Recent in Nederland ingevoerde of voorgestelde maatregelen.....	67
1.1	Enkele kenmerken van het huidige recht.....	67
1.2	Reeds ingevoerde maatregelen.....	69
1.3	Een selectie van de voorgestelde maatregelen.....	72
2.	In Duitsland, Engeland en Frankrijk ingevoerde of voorgestelde maatregelen.....	75
3.	Inbedding in het Nederlandse recht van de onder 2 genoemde maatregelen.....	87
4.	Invloed internationale recht op specifieke maatregelen.....	88
5.	Gemeten of voorspelde gevolgen van de maatregelen.....	89
Lijst van verkort aangehaalde werken.....		91
	<i>Civiel Recht</i> .....	95
1.	Recent in Nederland ingevoerde of voorgestelde maatregelen.....	95
1.1	Enkele kenmerken van het huidige recht.....	95
1.2	Reeds ingevoerde maatregelen.....	96
1.3	Een selectie van de voorgestelde maatregelen.....	96
2.	In Duitsland, Engeland en Frankrijk ingevoerde of voorgestelde veranderingen.....	99
3.	Inbedding in het Nederlandse recht van de onder 2 genoemde maatregelen.....	108
4.	Invloed internationale recht op specifieke maatregelen.....	109
5.	Gemeten of voorspelde gevolgen van de maatregelen.....	110
Lijst van verkort aangehaalde werken.....		114
	<i>Strafrecht</i> .....	118
1.	Recent in Nederland ingevoerde of voorgestelde wijzigingen van het hoger beroep.....	118
1.1	Enige kenmerken van het huidige recht.....	118
1.2	Reeds ingevoerde maatregelen.....	119
1.3	Meer wijzigingen: het ‘wetsvoorstel stroomlijnen hoger beroep’.....	122
2.	In Duitsland, Engeland en Frankrijk ingevoerde of voorgestelde maatregelen.....	124
3.	Inbedding in het Nederlandse recht van de onder 2 genoemde maatregelen.....	132
4.	Invloed internationale recht op specifieke maatregelen.....	133
5.	Gemeten of voorspelde gevolgen van de maatregelen.....	134
Lijst van verkort aangehaalde werken.....		134
	<b>Bijlage I</b> .....	<b>137</b>
	<b>Bijlage II</b> .....	<b>139</b>

# **Inleiding**

## **1. Achtergrond en aanleiding**

Na een procedure voor de rechter is meestal hoger beroep mogelijk bij een tweede rechter. Hoger beroep is in bijna ieder Europees land in ontwikkeling, in het strafrecht, het bestuursrecht en in de civielrechtelijke procedure. Redenen om hoger beroepsprocedures te herzien zijn onder andere: vermindering van kosten, verbetering van doorlooptijden, het weren van hoger beroep procedures die ingesteld worden om te vertragen of de onderhandelingspositie te versterken en de verbetering van de kwaliteit van hoger beroep procedures.

Het Nederlandse civiele hoger beroep is – na de onlangs gewijzigde procedure in eerste aanleg – in discussie. Het eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht bevat voorstellen die willen voorkomen dat het hoger beroep een algehele herbeoordeling wordt. De herziening van het strafrechtelijk hoger beroep is in een verder gevorderd stadium. De ontwikkelingen in het bestuursrecht zijn diffuus: waar hoger beroep in het telecommunicatierecht juist is beperkt, worden in het vreemdelingenrecht en het belastingrecht de mogelijkheden om in hoger beroep te gaan juist verruimd. Andere rechtsstelsels vertonen een vergelijkbaar beeld; de achtergrond, de uitwerking en het stadium van herziening verschillen per rechtsgebied en rechtsstelsel, maar feit is dat de (invulling van de) tweede aanleg breed ter discussie staat. De gedachte dat de rechtsgang, waaronder hoger beroep, doelmatiger ingericht zou kunnen worden, speelt een rol in elke discussie. Deze brede discussie over stroomlijning van de tweede aanleg is de aanleiding voor dit onderzoek.

## **2. Het doel van het onderzoek**

Dit onderzoek heeft in de eerste plaats als doel om in kaart te brengen welke maatregelen ter verbetering of stroomlijning van het hoger beroep in het civiele recht, het bestuursrecht en het strafrecht recentelijk in Nederland en andere Europese landen zijn ingevoerd of voorgesteld. Het tweede doel is het analyseren van de effecten – in de zin van kosten en baten – van de bovengenoemde maatregelen. Er blijkt weinig empirisch materiaal beschikbaar over de effecten van de maatregelen die elders al ingevoerd zijn. Bovendien, als er al cijfers beschikbaar zijn, dan kunnen daar maar moeilijk conclusies uit getrokken worden, in ieder geval voor Nederland. Daar komt bij dat de kwalificatie ‘kosten en baten’ al snel afhankelijk blijkt van het perspectief. Een specifieke beperking van hoger beroep zal door de één als een voordeel bestempeld worden en door de ander als een nadeel, bijvoorbeeld vanuit de rol als partij, als rechter, als (overheids)financier, of van andere betrokkenen. In dit onderzoek is een objectief beoordelingskader ontwikkeld, waarin de kosten en baten voor gebruikers van het rechtssysteem centraal staan, naast de kosten voor de overheid voor het instandhouden van rechtspraak (voorzover niet bekostigd uit bijdragen van partijen). Onder gebruikers verstaan wij niet alleen degenen die een concrete procedure voeren, maar ook de mogelijke toekomstige gebruikers van rechtspraak, of van geschilbeslechting die in de schaduw daarvan plaatsvindt, bijvoorbeeld in onderhandelingen.

De onderzoeksvraag is: “Welke elders onlangs voorgestelde of ingevoerde maatregelen ter verbetering van hoger beroep zijn kansrijk om het Nederlandse hoger beroep te verbeteren?” Deze vraag splitst zich uit in 6 deelvragen:

1. Welke maatregelen ter verbetering of stroomlijning van het hoger beroep in het civiel recht, het bestuursrecht en het strafrecht zijn recentelijk in Nederland ingevoerd of voorgesteld?
2. Welke maatregelen ter verbetering of stroomlijning van het hoger beroep in het civiel recht, het bestuursrecht en het strafrecht zijn recentelijk in andere Europese landen ingevoerd of voorgesteld?
3. Zijn er redenen waarom de onder 2 genoemde maatregelen niet (zonder meer) ingebed kunnen worden in het Nederlandse recht?
4. Op welke wijze heeft het internationale recht de (discussies over de) regeling en vormgeving van de specifieke maatregel beïnvloed?
5. Wat zijn de gemeten dan wel in wetenschappelijke publicaties benoemde theoretische gevolgen van de onder 1 en 2 gevonden maatregelen tot verbetering en stroomlijning van procedures in hoger beroep?
6. Wat zijn de meest kansrijke maatregelen ter verbetering dan wel stroomlijning van het hoger beroep?

### **3. Methode en verantwoording**

Het inventariserende deel (de eerste vijf onderzoeksvragen) is verricht op basis van onderzoek van literatuur, jurisprudentie en regelgeving, aangevuld met contacten met experts. De experts zijn hiervoor benaderd met een vragenlijst (zie bijlage II). Gekozen is voor een systematische opzet per rechtsgebied (bestuursrecht, civiel recht en strafrecht), waarbij gestreefd is naar een zo schematisch mogelijke weergave van de reeds ingevoerde of voorgestelde wijzigingen. Uitvoerige beschrijvingen van het geldend recht in de rechtsgebieden en rechtssstelsels zijn hierbij achterwege gelaten. Alleen de meest evidente afwijkingen van het Nederlandse recht voor zover direct van belang voor de procedure in hoger beroep zijn beschreven. Gekozen is voor een inventarisatie van het Franse, Duitse en Engelse procesrecht. In deze drie landen hebben onlangs ingrijpende wijzigingen plaatsgevonden in de procedure in tweede aanleg. Duitsland en Frankrijk hebben een juridische en organisatorische vormgeving van het hoger beroep die – in grote lijnen – qua uitgangspunten vergelijkbaar is met die in Nederland, maar mede door recente wetswijzigingen, zijn er ook een aantal duidelijke verschillen met Nederland. Engeland is – afgezien van de recente ingrijpende wijzigingen direct ingegeven door redenen van doelmatigheid – in het bijzonder interessant omdat het een andere rechtscultuur (common law) kent.

De laatste onderzoeksvraag is beantwoord door middel van een kosten/baten analyse. De analyse is verricht aan de hand van een algemeen en objectief toetsingskader (*framework for evaluation*), waarmee in beginsel de gevolgen van elke maatregel tot herziening van de tweede aanleg in kaart gebracht kunnen worden. De analyse is rechtsgebied en rechtssstelsel overstijgend. Het is een theoretisch kader,

waar slechts met de nodige voorzichtigheid conclusies aan verbonden kunnen worden. Lastige kwesties zijn er genoeg. Zo is het moeilijk de precieze voordelen voortvloeiend uit procedurele rechtvaardigheid (in het bijzonder het feit dat een tweede, meer ervaren rechter naar de zaak gekeken heeft) te 'wegen' in een kosten/baten analyse. Welke waarde kun je hieraan toekennen? En hoe kan de waarde afgewogen worden tegen concrete kosten posten? Het *framework* blijft het antwoord op deze vragen schuldig, maar in ieder geval wordt wel inzichtelijk welke prijs betaald wordt voor procedurele rechtvaardigheid.

Ook is er nauwelijks empirisch materiaal voorhanden om de theoretisch ingeschatte effecten al dan niet te onderbouwen. Slechts enkele Engelse en Duitse rapporten over effecten van veranderingen in het civiele recht bevatten empirisch getoetste gegevens, vaak over een specifiek onderwerp, zoals aantallen hoger beroep of impressies van kosten en zonder dat de achterliggende causale relaties verhelderd (kunnen) worden. Dit betekent dat de uitkomsten gebaseerd zijn op het theoretische toetsingskader. Wel zijn het *framework for evaluation* en de belangrijkste uitkomsten voorgelegd aan experts uit de diverse rechtsstelsels en rechtsgebieden (zie Bijlage I). Uit deze *expert meeting* bleek eens te meer dat het gebrek aan empirisch materiaal ook in andere rechtsstelsels als een gemis ervaren wordt, hoewel men ook sceptisch is over de precieze bruikbaarheid van dergelijke gegevens. De meeste theoretische gevolgen werden op basis van eigen ervaringen onderbouwd.

#### **4. Opzet van het onderzoek**

Het eerste deel is het evaluerende deel. Het vangt aan met het rechtsgebied en rechtsstelsel overstijgende Engelstalige paper over de meest kansrijke maatregelen. Dit geeft een dwarsdoorsnede van de op de landenrapporten gebaseerde belangrijkste ontwikkelingen in hoger beroep, waarna het *framework for evaluation* is uitgewerkt. De evaluatie geschiedt per categorie maatregel (we onderscheiden er vier). Tot slot volgen de conclusies en aanbevelingen. Een Nederlandse samenvatting van de hoofdlijnen sluit het eerste deel af. Het tweede deel is het inventariserende deel. Dit bestaat uit de landenrapporten van de drie verschillende rechtsgebieden. Het ligt aan het evaluerende deel ten grondslag. Op basis van deze landenrapporten zijn onder meer de maatregelen ter evaluatie geselecteerd. Omdat het uiteindelijk van ondergeschikt belang is en het evaluerende deel zich bovendien leent voor zelfstandige bestudering, is ervoor gekozen de landenrapporten na het evaluerende deel op te nemen.

# **Deel I**

## **Evaluatie**



# Appeal Procedures: Evaluation and Reform

*J.M. Barendrecht, K.F. Bolt, M.W. de Hoon*<sup>1</sup>

## I. Introduction

Many jurisdictions are currently streamlining their appeal procedures.<sup>2</sup> The reasons to consider changing appeal procedures are manifold. They include high costs, delay in dealing with disputes, or too high rates of appeal in certain areas. The impression may be that appeals are sometimes used as a stalling tactic, or for strengthening a position in negotiations with a weaker party. Last but not least, improving the quality of adjudication could be a goal.

In this paper, we will discuss the recent changes in appeal procedures and proposals for change that are being considered in four European jurisdictions. We will cover civil procedure, administrative procedure, and criminal procedure.<sup>3</sup> These changes usually affect both the costs of the appeal system and the quality of justice that the appeal system provides. We will try to assess the effects of these changes systematically. What are the likely costs and benefits for the parties and for future users of the court system? How do they influence the costs of maintaining the appeal system?

The costs and benefits we will deal with are therefore those of the stakeholders in appeal proceedings. These stakeholders include both the parties to appeal proceedings, and future users of the civil, administrative, or criminal justice system who may benefit as a result. The state incurs the greater part of the costs of maintaining the appeal courts, which are only partly borne by the parties.

We will not consider the benefits of appeals for lawyers and judges. Their job satisfaction and their interests in earning a living will not be taken into consideration.

---

<sup>1</sup> The authors wish to thank the international experts participating in the *expert meeting* on 23 March 2005 in Amsterdam for their valuable comments on an earlier version: David Chekroun, Dr. Detlef Hass, Dr. Matthias Killian, Prof. Paul Oberhammer, Pierre-François Racine, Gabriëlle Scheuer, John Stacey, Steve Uttley, Master Roger A. Venne, Prof. Thomas Weigend and Nancy Welsh.

<sup>2</sup> The need to restrict appeals is increasingly discussed. See, for example, J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure* (2000), Cambridge: Cambridge University Press, Chapter 16, Managing Overload in Appellate Courts: 'Western' Countries, 328-351, who gives an overview of different western legal systems. For the English procedure rules, see The Bowman Report, Review of the Court of Appeal (Civil Division, 1997), The Lord Justice Auld, Review of the Criminal Courts of England and Wales, 2001 and many following evaluations, reports, and proposals for changes in civil, criminal, and administrative procedure rules, available at <<http://www.dca.gov.uk/procedurerules.htm>>. For changes in French civil law, see L. Cadiet, Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay, The French Perspective, in: A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (1999), Oxford: Oxford University Press, 291-346. An evaluation of the recent German reform on civil appeals is given by G. Debusmann and B. Hirtz, in: M. Huber (et. al.), *Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte zum 65. Deutschen Juristentag* (2004), München: Beck Verlag.

<sup>3</sup> We define 'appeal' as any procedure in a second instance, which means any procedure subsequent to the decision in first instance, which comes before a court higher than the court of first instance, and which is sometimes followed by a decision in third instance. For problems defining 'appeal' in a comparative study, see Jolowicz, *supra* note 2, at 329.

We do this for practical reasons: it is difficult to assess these benefits. We also assume that decisions regarding the appeal system, taken by legislators, will not take these interests into account.

In Section II, we will start with an impression of the changes that are under way in the European appeal systems. The interaction between the appellate level and the other levels of the court system will also be discussed. What happens in an appeal may influence the pre-trial phase, in which the parties discuss and sometimes settle their dispute, and will certainly have an impact on the dealings before a court of first instance. “Above” the appeal courts, generally there are third level (supreme) courts.

Section III sets the stage for the evaluation of possible changes in appeal proceedings. First, we will identify the categories of the costs of appeal that are borne by the parties and the courts. We will also consider the possible side effects of mechanisms on other parts of the system: first-level courts, third-level courts, and out-of-court dispute resolution (III.A). Then we will discuss the different functions attributed to appeal proceedings in the legal and the law and economics literature. Each of these functions will be translated into concrete benefits to parties and future users of the court system (III.B). As an intermediate result, some preliminary conclusions will be drawn as to the most effective general strategies for cutting costs and increasing benefits (III.C).

Then we will proceed to the changes themselves (Section IV), categorized in several groups. First, there are mechanisms that limit the tasks of appeal courts, such as the introduction of a leave for appeal and restrictions on new issues (IV.A). A second mechanism is changing the incentives on using the right to appeal, e.g., by increasing court fees, increasing the possibility of worse outcomes, and changing the incentives on lawyers (IV.B). Then there are mechanisms that change the way courts deal with appeal procedures. Examples are fast track proceedings for certain appeals and appeals heard by one judge instead of three judges (IV.C). The fourth and last category is the one of alternatives to appeal: prevention, mediation, or correction procedures connected to the first-level courts (IV.D). Of course, these mechanisms can be used jointly (IV.E). In each category, we will assess the most common mechanisms under consideration. Are they likely to lead to the expected cost savings, or to the expected improvements? What do we know empirically about the effects of these mechanisms? We will report evaluation studies of these mechanisms, usually undertaken some years after their introduction.

Section V contains the conclusions. What are the most promising mechanisms? What general lessons can be learnt?

## **II. Tendencies in French, German, English, and Dutch law**

Five general tendencies underlie most changes and proposals in civil, administrative and criminal appeals in the legal systems we studied. First, there is a widespread tendency to limit appeal to cases with a certain ‘value’. Less widespread but at least as important is the second tendency to change from rehearing to review proceedings. The increased finality of the judgment at the first level is the third tendency. The fourth is the notion to make fewer restrictions on appeals in criminal cases. Improving the interaction between first, second and third levels is the fifth general tendency discussed.

### **A. No Appeal If Stakes Are Low**

The first main tendency is that appeal is limited to cases with important stakes for the parties.<sup>4</sup> One way to limit the use of appeal procedures is to allow appeals only if the ‘value’ of the case reaches a certain level. This method of limitation will be discussed with the other mechanisms described in section IV.

How is it determined whether a case is of (too) little importance to allow an appeal procedure and who decides that it is? If the financial value of a case can easily be determined, it is an attractive option to make a financial threshold for appeal proceedings. Financial thresholds are very clear because the barriers for appeal proceedings can be defined. No extra judgment is necessary.

In civil cases, the financial value of the claim can determine the value of the case while in criminal law cases, the level of the penalty imposed is the easiest starting point. In public law, it is not as easy to assess the value of the case, because many disputes in this area, e.g., the ones involving a government permit, cannot easily be expressed in terms of financial value. This is probably the reason why we have found less use of putting up financial barriers as a streamlining measure in administrative law. If administrative decisions relate to fines, the level of the imposed penalty can be used.

The ‘low stake-cases’ are in some systems filtered by a statutory provision prohibiting appeals beneath a certain value. In other systems, these cases are filtered from appeal by a leave for appeal mechanism.<sup>5</sup>

### **B. From Rehearing to Review**

One of the most prominent ways in which legislators have tried to make the appeal proceedings more efficient in the systems studied, is that appeals develop from procedures of rehearing into procedures of review. In a rehearing, the dispute is handled as if it were a case in first instance. The appeal court evaluates the case with a totally fresh look. In a review, the appeal court only checks the decision of the court of first instance. All restrictions that have been made in first instance are taken into

---

<sup>4</sup> See also Jolowicz, *supra* note 2, at 334-335.

<sup>5</sup> More on this in IV.A.6.

account. In other words: the appeal procedure is not a second chance in which the parties can completely alter or renew their positions or views on the dispute. The character of review manifests itself in features such as the object of appeal being the facts established at the first level and restrictions to bringing forward new facts, new issues, and/or new evidence.<sup>6</sup>

Roughly, we can classify the English and German civil appeals as procedures of review, as well as the English criminal appeal.<sup>7</sup> The French and Dutch civil and criminal appeal are typical procedures of rehearing, and so is the German criminal appeal.<sup>8</sup> In administrative law, we found that the appeal court mostly has a choice between focusing on the decision that the administrative authority has made, or the judgment of the court of first instance. If the decision is the object of appeal, this is a form of a rehearing; if the judgment of the court of first instance is the object, this is a review.

### C. Finality of First Instance

Common law and civil law systems differ on the issue whether the decision at the first instance is final in principle.<sup>9</sup> The finality of the decision of the first instance is an important feature of common law systems, while most civil law systems historically consider appeal as ‘just another stage’ in the proceedings. Though such a sharp distinction between common law and civil law systems cannot be made in these days, many features of both fundamentals are still visible in the legal systems. The exceptional nature of appeal is, for example, underlined by the need to ask for permission to appeal in English proceedings. An example of not underlining the finality of first instance judgments is allowing new evidence, facts and issues in appellate courts. The suspensive effect of appeal in relation to first instance judgments, which occurs in some civil law jurisdictions, is another one.

Most civil law systems tend to adopt instruments that underline the finality of the decisions in the first instance. The German civil appeal system, for example, is no longer intended as just another stage in the procedure. Instead, appellate courts focus on the judgment at the first level. Introducing new facts, issues and evidence is restricted in the reformation implemented in January 2002.<sup>10</sup> Furthermore, the need to ask for permission to appeal is introduced in German civil and criminal proceedings as well, though restricted to specific cases and procedures.<sup>11</sup> In French civil

---

<sup>6</sup> Most features are being evaluated in section IV, see for example IV.A.4.

<sup>7</sup> Of course it is only a very rough indication. All the systems mentioned have different standards of review and rehearing, for different type of decisions (for example decisions on points of law or points of fact) in different kind of courts. In literature, different standards of review are distinguished. See for example K. M. Clermont, *Principles of Civil Procedure* (2005), St. Paul: Thomson/West, 129-131. He refers to a plenary review, which is almost a rehearing, a middle-tier review, which is a clearly erroneous test and finally the highly restricted reviews. See also Zander, *Cases and Materials on the English Legal System* (9th ed. 2003), Cambridge: Cambridge University Press, 637 ff.

<sup>8</sup> Though a full rehearing, appeals can be restricted significantly by ways of partial appeal, as is for example known in German criminal appeals.

<sup>9</sup> See Jolowicz, *supra* note 2, at 333-334 and F.J.H. Hovens, *Civil Appeal, A Comparative Research into the Functions of Appeal in Civil Case* (2005), Deventer: Kluwer, 315-321 (English summary).

<sup>10</sup> More on this in IV.A.4.

<sup>11</sup> More on this in IV.A.1.

procedures the suspensive effect of first instance judgments is being discussed.<sup>12</sup> Too many appeals seem to originate in the desire to stop the enforcement of the judgment in first instance.

#### **D. Fewer Restrictions in Criminal Cases**

In criminal procedure, the limitations on access to appeal are less pronounced. This fourth tendency may be explained by the interests of the accused and by the imbalance in comparison to the prosecution. Appeal in criminal procedure is seen as an extra safeguard against the abuse of power by police and prosecution.<sup>13</sup>

The special position of appeal in criminal cases is acknowledged by Art. 14.5 International Covenant on Civil and Political Rights and Art. 2 Seventh Protocol European Convention of Human Rights. However, both rules give states wide discretion on how to regulate access to appeal.<sup>14</sup> The restrictions that are made in criminal appeals are mostly methods of partial appeal and filtering appeals in trivial cases.<sup>15</sup>

#### **E. Improving the Interaction between First, Second and Third Levels**

An appeal procedure is just one element of a system of dispute resolution, that is often pictured as a pyramid. At the broad basis of the pyramid, parties interact between themselves and with the help of lawyers, mediators, or others (level 0). Some disputes enter the level of proceedings in first instance (level 1). Some cases go to appeal (level 2), which may be followed by proceedings at the Supreme Court level (level 3). The four levels interact. A quick and simple procedure before a court of first instance may lead to a relatively high number of errors that need to be corrected in a more thorough second level. A thorough and extensive procedure at the first court level will be too expensive for many parties, so they will stay at the pre-trial level and try to settle their dispute there. This thoroughness may even raise the question of whether a rehearing in the appeal phase is necessary. Similarly, a sophisticated and high quality review on appeal (level 2) may reduce the need for review on supreme court proceedings (level 3).

The mere fact that there is more than just one level making decisions may have specific benefits. Many commentators believe, for instance, that citizens will have more confidence in their court system if the system consists of multiple levels.<sup>16</sup> Sceptics may point out, however, that private dispute resolution systems (arbitration

---

<sup>12</sup> Décret n° 2005-1678, 28 décembre 2005.

<sup>13</sup> See, for example, P.F. Smith, S.H. Bailey & M.J. Gunn, *On the Modern English Legal System* (4th ed. 2002), London: Sweet & Maxwell, 10-014 and 18-014.

<sup>14</sup> See Smith, Bailey & Gunn, *supra* note 13 and Hovens, *supra* note 9, at 316. See also Andrews, who gives a clear and extensive overview of the impact of human rights on English civil appeals (N. Andrews, *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System* (2003), Oxford: Oxford University Press, 7.01-7.144.

<sup>15</sup> See for example the German and English criminal appeals, where partial appeal is common (at least possible) and a leave for appeal is required in trifle cases in some courts, see for English criminal appeals Zander, *supra* note 7, at 631 and for German criminal appeals § 313 and 322a StPO.

<sup>16</sup> Several participants to the *expert meeting* expressed this view.

organisations) rarely offer a two-level system, and that private “supreme courts” are unknown.

The interdependency of levels, however, is not a fixed matter. It provides opportunities for intervention that are now well recognised by legislators. If the quality of the procedure in first instance is high, the pressure on the appeal courts will be lower. At level 2, there will then be more time for law making and setting precedents. The English system is an example of this, but it also shows that a sophisticated first instance may have a price. Access may become so costly that very high percentages of cases are settled before they reach the courts. In the US this even happens in criminal procedure, where plea-bargaining is a common way to resolve criminal cases. The ADR programmes set up in the US, with extensive mediation and non-binding arbitration opportunities within the court system, might even be seen as the introduction of a new level in the system (level 0.5). Sophisticated first-level proceedings also increase the demand for summary proceedings (the Dutch “kort geding”), for settlement conferences in which courts give some indication of the likely outcome, and for reconsideration of government decisions within the administration with some procedural protection. In systems with thorough first level proceedings, almost no cases need to reach level 3 for error correction, so the courts at that level can devote their time to setting precedents and settling controversial legal issues.

This type of system can be contrasted with the German system of civil procedure. In Germany, many more disputes are decided by the court of first instance, which is operating rather fast and at fixed, rather low costs.<sup>17</sup> Such a first level attracts extra cases from level 0 and will also put more pressure on level 2. This may explain German attempts to reduce the access to level 2, and to increase the incentives to stay on level 0.<sup>18</sup> We could think of such a system as more trial-and-error based. Level 1, or level 0.5, is used to obtain a quick ‘preliminary’ decision, whereas the second level is meant to provide the final decision if the decision at the first level is not acceptable.<sup>19</sup> First-level decisions are rather fast and inexpensive and there is a fair chance that the outcome will be acceptable to both parties. If not, appeal comes to the rescue. The German civil court system even has a quite substantial third level that deals with thousands of cases per year, in a supreme court (*Bundesgerichtshof*) that consists of several chambers, assisted by specialised courts for some areas, such as employment matters.

Until now, few attempts have been made to improve the interaction and the division of labour between the levels. The legal systems we studied are far apart in this respect, and as yet there is no consensus on how to structure that interaction. A theory

---

<sup>17</sup> A.A.S. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (1999), Oxford: Oxford University Press, 3-53.

<sup>18</sup> For instance, the fees lawyers can charge for settlements were increased to 1.5 times the rate (determined on the basis of the value of the case) compared to 2.5 times this rate for litigation in first instance. For settlements during proceedings the fee is 2.3. Also the difference between fees for appeal (2.8) and for proceedings in first instance (2.3) were lowered, see the *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz* (RVG) and the accompanying *Vergütungsverzeichnis* under 1000, 3100, 3104, 3200 and 3202.

<sup>19</sup> This type of procedure is typical for civil law systems; common law systems do not know such type of proceedings, see for instance The Bowman-rapport 1997, *supra* note 2, at 155: “An appeal should not be seen as an automatic further stage in a case”.

of the optimal division of labour between levels of the dispute resolution pyramid is lacking, as far as we know.

For now, we may conclude that analysing appeal proceedings as an isolated element of proceedings is difficult. We will, however, focus on appeal proceedings as the level that is placed between an “average” first level dealing with facts and issues of law and the third level, that exclusively deals with specific cases and issues of law. The influences of choices in organising this second level on the first and third levels, are taken into account as side effects. In the mean time, we will not close our eyes to the possibility to make a strategic choice in the way the interdependency of levels is organised.

### III. Framework for evaluation

What criteria exist for the evaluation of present appeal proceedings, or improvements thereof? In the following, we will use a framework that incorporates the costs of the procedure and the benefits. We build on earlier studies that developed frameworks to study appeal. Jolowicz identified the benefits of appeal systems, but did not break down the costs or the benefits in factors, which makes it possible to gauge the effects of measures to improve the appeals process in a systematic way.<sup>20</sup> Other studies focused on one or several benefits of appeal, such as supervision of lower courts,<sup>21</sup> or error correction.<sup>22</sup> The framework we developed is the first more encompassing framework for evaluating appeal systems with a break down of different costs and benefits that we know of.

#### A. Costs of Appeal for Parties and Courts

The costs of litigation for parties are usually high; appeal proceedings are no exception. However, surprisingly little effort has been done to measure the costs for the parties of concrete proceedings, let alone for appeal procedures. The following is an attempt to identify the most common types of costs of litigation for the parties.

There are four main types of costs:

- Out of pocket expenses (lawyers' fees, court fees, fees for experts and others involved, travel costs);
- Time spent by parties and their employees (instructing lawyers, collecting evidence, attending hearings, consulting and deciding on strategy);
- Costs of delay (loss of opportunities because of uncertainty, devaluation of assets);
- Emotional costs (stress, costs of risk aversion).

The out of pocket expenses are rather easy to calculate from bills. The other types of costs are notably more difficult to measure. However, we tried to identify the most important determinants of the level of costs

<b>The costs of appeals for the parties</b>		
<i>Type of costs</i>	<i>Most important categories</i>	<i>Remarks about factors determining costs and measurement</i>
<i>Out of pocket expenses</i>	Lawyers' fees	Depend on: - the range of issues, - the amount of information needed for a decision on each issue, - the difficulty of (re)producing this
	Court fees	
	Fees for experts, witnesses, translation, bailiffs, court reporters, etc.	

<sup>20</sup> Jolowicz, *supra* note 2, at 328 ff.

<sup>21</sup> S. Shavell, The Appeals Process And Adjudicator Incentives, 35 *The Journal of Legal Studies* 1, 1-29 (2006).

<sup>22</sup> S. Shavell, The Appeals Process as a Means of Error Correction, 24 *The Journal of Legal Studies* 379, 379-462 (1995).



	Travel costs	information, - the structure of the proceedings, - the personal attitude of the judges, and - the interaction between the parties. Rather easy to calculate from bills, etc. Little information is available.
<i>Time spent by parties and their employees</i>	Instructing lawyers	Depend on: see above
	Collecting evidence	To be measured as opportunity costs of time.
	Attending hearings	- labour costs, - value of free time for non-professionals.
	Consulting and deciding on strategy	Little information is available. Likely to be substantial (hundreds of hours, fewer for the most simple proceedings, much more for corporate litigation)
	Informing stakeholders, press, etc.	
	Travel	
<i>Costs of delay</i>	Devaluation of assets in dispute because of uncertainty	These costs will increase over time, so the number of months that appeal proceedings take, which is rather easy to measure, will be an indicator of these costs.
	Loss of opportunities because of uncertainty regarding future of relationships	Another factor to take into account is the value in dispute. The last (and most difficult to measure) factor is the loss of value per month.
<i>Emotional costs</i>	Stress, etc.	Uncertainty leads to extra costs for persons who prefer a certain outcome over a range of possible outcomes with the same value. Surveys report high levels of stress for litigants. <sup>23</sup>
	Costs of risk aversion	

*Table I: The Costs of Appeals for the Parties*

We can assume that the most relevant factors that determine the costs are the number of issues, the value in dispute, the amount of information needed and the difficulty of (re)producing it, the structure of the proceedings, the personal attitude of parties and judges, and the interaction between the parties, the length of the procedure, and the amount of uncertainty on outcomes. The length of the procedure has a big influence on all types of costs, while the other factors seem to influence one or two types of costs in particular. *Table I* gives an overview of these types of costs, the most important categories of costs along with some remarks on the factors determining the amount of costs.

If we proceed to the costs for the judiciary, we can assume that appeal procedures are rather costly elements of procedural systems. Compared to courts at the first level, appeal courts generally employ judges that are paid better and can devote more time to each case. Appeal courts also sit more often with three judges rather than one, so appeals may be rather expensive elements of the judicial system. There are at least three types of costs for the judiciary:

- Costs of judges (screening of cases, dealing with issues of appeal proceedings, preparation of hearings, hearings, decision making, writing judgments/court opinions);

<sup>23</sup> Hazel Genn (et al.), *Paths to justice: what people do and think about going to law* (1999), London: Hart Publishing.

- Costs of other court personnel (preparation and organisation of appeal procedure, attending and reporting hearings);
- Extra costs of hearings (courthouses, costs of safety measures, bailiffs, service desks).

The total amount of costs arguably depends mostly on the first type of costs, the costs of judges. The amount of these costs will in their turn, depend much on some of the same factors determining the costs for the parties: the range of issues in dispute, the amount of information needed for a decision on each issue, the difficulty of (re)producing this information, the structure of the proceedings, the personal attitude of the judges and the interaction of the parties. Other factors are the number of judges per case, the number of cases, and the salary level of appeal judges. All types of costs are relatively easy to measure.<sup>24</sup> *Table II* gives an overview of the types of costs for the judiciary, the most important categories, and the factors determining the amount of costs.

<b>The costs of appeals for the judiciary</b>		
<i>Type of costs</i>	<i>Most important categories</i>	<i>Remarks about factors determining costs and measurement</i>
<i>Costs of judges</i>	Screening of cases	Depend on: <ul style="list-style-type: none"> <li>- the range of issues,</li> <li>- the amount of information needed for a decision on each issue,</li> <li>- the difficulty of (re)producing this information,</li> <li>- the structure of the proceedings,</li> <li>- the personal attitude of the judges,</li> <li>- the interaction between the parties.</li> </ul> Other factors: <ul style="list-style-type: none"> <li>- the number of judges per case,</li> <li>- the number of cases,</li> <li>- the salary level of appeal judges.</li> </ul> Rather easy to measure. Judges' salaries, offices, secretarial support, and other overhead. Little information is available.
	Dealing with issues of appeal procedure	
	Preparation of hearings	
	Hearings, including pre-trial settlement hearings	
	Decision making	
Writing judgments/court opinions		
<i>Costs of other court personnel</i>	Preparation and organisation of appeal procedure;	Depend on the complexity of the appeal procedure and the length of the hearings. Likely to be a small part of the total costs of appeal.
	Attending and reporting hearings	
<i>Extra costs of hearings</i>	Courthouses, hearing rooms	Depending on the number and length of the hearings.
	Costs of safety measures, bailiffs, service desks	

*Table II: The Costs of Appeals for the Judiciary*

Moreover, appeal procedures, or changes therein, may affect other elements of the judicial system, such as superior courts or courts of first instance. More generally,

<sup>24</sup> Important work on this field is published by CEPEJ in 2002. This report contains figures and numbers of the judicial systems of 40 member states, including the number of judges, the salary of judges and the average length procedures is specific types of cases, see *European Judicial Systems, Facts and figures*, CEPEJ 2002.

changes in procedures may influence the streams of cases through the “Paths to Justice”: from the first entry into the legal system when legal advice is sought, through the negotiation process between the parties, and the different levels of the court system.

For example, supervision of a higher level may cause parties and courts becoming sloppy because they know there will be a second opportunity. Another side effect on the third level is that this level needs to deal with more complex procedural issues because of appeal. These side effects are difficult to measure. Little information is available and much depends on the structure of the proceedings. *Table III* shows some side effects of measures taken in appeal proceedings on the first and third instances.

<b>Costs in other areas (side effects)</b>		
<i>Area</i>	<i>Types of Costs</i>	<i>Remarks about factors determining costs and measurement</i>
<i>In negotiations</i>	Access to appeal will influence the effect of a threat of claiming in court, because the expected total costs for the parties of proceedings increase. Thus, settlements may become less balanced, in favour of stronger parties.	Depend on: - the costs for parties at the first level, - other mechanisms to correct imbalances of power.
<i>In first instance</i>	Parties become sloppy because they know there is a second chance.	Depend on: - possibilities to correct errors of judges and parties at the second level, - the quality of the supervision.
<i>In supreme court proceedings</i>	Dealing with procedural appeal issues.	Depend on: - structure of proceedings; the more complex the structure, the more procedural issues at the third level.

*Table III: Costs in other areas (side effects)*

One final remark about the costs: complex appeal proceedings are almost inevitably laid down in complex rules, by legislation, or in court decisions. The more complex the rules are, and the larger the number of cases in which these rules have to be applied, the higher the costs.

## **B. Functions: Benefits of Appeal for Parties and Future Users**

The second part of our framework for evaluation relates to what the appeal procedure should achieve. Appeal proceedings have several functions. Most frequently mentioned is the one of correcting errors made at the first level. Law making and ensuring uniformity are other functions of appeal proceedings.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> For different functions of appeal proceedings, see Christopher R. Drahozal, *Judicial Incentives and the Appeals Process*, 51 *SMU Law Review* 469 (1998); Andrews, *supra* note 14, at 38; and Jolowicz,

To distinguish the promising mechanisms from the less promising ones, it is necessary to get a clear picture of the effects of the mechanisms. Who is affected and in what way? The drawbacks can quite easily be described as the costs of a specific measure. But what about the benefits? How can a certain effect be tagged as a benefit? It can be said that a leave for appeal may benefit the parties because the chance that a party abuses appeal proceedings to buy time will be reduced. Others argue that such a system would not benefit the parties, because they lack a chance of re-evaluation of the case.

Some may see it as a political choice whether or not a certain consequence of a measure can be described as a benefit. However, we believe that it is possible to analyse the effects objectively in terms of the benefits for persons affected by appeal procedures.

The first element of this analysis is to determine these effects from the perspective of the different functions of appeal proceedings. Three functions of appeal proceedings were already mentioned: correcting errors, ensuring uniformity, and law making. Other functions mentioned in literature are: re-evaluation, supervision, and selection for the third level<sup>26</sup> Clear definitions of all these function do not seem to exist. More importantly, the meaning of these functions varies in common law and civil law systems.<sup>27</sup> However, we think that, in essence, these are the most important functions that should be distinguished, despite the differences in the law systems.<sup>28</sup>

The second element is that, for each function, we will try to establish which persons actually benefit from it, and in what way. We will focus on the appellant, the appellee, and the future users of the legal system of which the appeal court forms a part.

### 1. *Correcting Errors*

Correcting clear errors made at the first level is probably the most important function of appeal procedures. In civil law systems, appeal is used to correct errors made by the parties as well as by the judges. In common law systems, however, the possibility to correct errors made by parties is highly restricted.<sup>29</sup> For our analysis, it is helpful to distinguish error correction and correction of first-instance decisions on the basis of a different appreciation by the appeal court. Error refers to decisions made by parties or judges that are based on an evidently incorrect or incomplete perception of facts or

---

*supra* note 2, at 330-332. See for a comparative analysis of the functions of appeal proceedings also Hovens, *supra* note 9.

<sup>26</sup> Obviously, the authors do not define all functions mentioned in the same way, However, these seem to be the most common ones.

<sup>27</sup> See Hovens, *supra* note 9, at 266-270.

<sup>28</sup> The latest developments in Germany and England in appeal proceedings seem to justify the conclusion that the gap between the two law systems has narrowed. Although, in England, the finality of a judgment is still the leading principle, the English appellate court can decide the matter itself instead of referring the case back to the first level. Nowadays, it even seems that the Court of Appeal is less reluctant to interfere with findings of facts or to receive new evidence, Andrews, *supra* note 14, at 38.32. In Germany, on the other hand, the appeal process has since January 2002 no longer been intended to be a second trial. It is meant to be a review of judgment at the first level, although in practice, the appeal procedure is in most cases more a rehearing than a review, see for an evaluation of the reform Huber et al., *supra* note 2.

<sup>29</sup> Andrews, *supra* note 14, at 38.01-38.02.

matters of law, and to a clear failure to act according to certain procedural rules. Decisions that are made within a judge's discretion of how to decide a case do not fall under this definition.<sup>30</sup> This type of "rectification" will be discussed under the heading of re-evaluation.

In case of an error, the appellant benefits from the rectification of the outcome, an improvement that he was entitled to. The appellee suffers a corresponding worsening of the outcome, but it was an undeserved one. Therefore, the net result in outcomes can be considered to be positive, because we may assume that getting what a person is entitled to is more valuable than receiving an undeserved advantage.

The main factor that determines the net value of the benefits is the value of a change of outcome caused by the error. Some errors will not affect the outcome, or only alter it slightly. The value of the change in outcome also depends on the value in dispute. Whether the case is about an all or nothing issue, or about an issue which is a matter of degree, is relevant as well.

The value of error correction by appeal procedures also depends on the quality and costs of other error correction mechanisms. Examples are internal quality management systems by courts, or other measures that detect errors before the judgments are issued. The higher the quality of other correction mechanisms in the system, the lower the net benefits of error correction by hearing appeals will be. The higher the costs of other correction mechanisms, the higher the net benefits will be. According to Shavell, appeal proceedings are likely to be a more attractive correction mechanism than, for example, investing in the prevention of errors because, in appeal proceedings, error correction depends on the parties' initiative. This means that not all errors need to be corrected, which makes appeal proceedings in general a correction mechanism at lower costs.<sup>31</sup>

## 2. *Re-evaluation*

Re-evaluation, in our view, means a second chance for evaluation of an aspect of the case that falls within the discretionary power of judges. The first outcome is not wrong, but a different outcome can be justified.<sup>32</sup> Not all appeal courts have the power to re-evaluate in this sense. In England and Germany, there is discussion on whether civil appeal proceedings should be focused on rehearing or on review. The difference between the two was discussed earlier. Review is often restricted to correcting errors, which means that re-evaluation will be an exception. The English Civil Procedure Rules (CPR) contain a system that, though more review than rehearing, has elements of both; the same applies more or less for the German *Zivilprozessordnung* (ZPO).<sup>33</sup> The Dutch appeal system can be categorised as a rehearing procedure.

---

<sup>30</sup> See for instance H.J. Snijders, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht* (2002), Deventer: Kluwer, at 31-32.

<sup>31</sup> Shavell, *supra* note 22.

<sup>32</sup> See also P. Loughlin & S. Gerlis, *Civil Procedure* (2004), London: Cavendish, 595: "If the appeal is against the exercise of a discretion then the appellate court should interfere only when it considers that the judge in the lower court has not merely preferred an imperfect solution which the court of Appeal might or would have adopted, but has exceeded the generous ambit within which a reasonable disagreement is possible".

<sup>33</sup> 52.10-52.11 CPR: Appeal court has all the powers of the lower court (which refers to rehearing); however, most appeals are limited to a review of the decision of the lower courts.

If appeal courts do have the power to re-evaluate, the parties are the beneficiaries. However, an improvement of the outcome for one party is set off against a decrease in outcome for the other one, which means that the net result in outcomes is zero. The net result is positive if another type of benefit is focused upon: both parties benefit from the idea that a second, more senior judge has evaluated the case. Being heard in a neutral, trustworthy court and being treated respectfully is likely to have an intrinsic value, as procedural justice research suggests.<sup>34</sup> It is to be expected that these considerations of procedural justice are particularly relevant in criminal cases, where the impact of decisions on the life of the defendant can be enormous. Whether the benefits of being heard by a second level court are as high as the benefits of being heard for the first time by a court is uncertain. We tend to think that there will be decreasing returns on being heard more often. But still, being heard (again) counts as benefits. What otherwise determines the net value of those benefits? The degree of trust in judges in general (two judges know more than one) and also the difference in degree of trust in judges at the first level and judges at the second level may be relevant. If the quality difference (and hence the degree of trust) is higher, the benefits will be higher as well.

### 3. *Supervision*

Error correcting and re-evaluation are, what Jolowicz calls, private functions of appeals.<sup>35</sup> The private purposes behind the right of appeal are reconsideration and ensuring that justice is done between two parties. The public purposes of appeals are strongly related to maintaining public confidence in the administration of justice. Obviously, it is an essential public purpose of every legal system to maintain the public confidence. Appellate courts contribute to public confidence mostly by supervising the lower courts, but also by making new law if needed and by ensuring uniformity in law.

The preventive effect of supervision is described in detail by Drahozal. According to this author, appeal proceedings provide incentives for judges at the first level to avoid errors. Unlike judges, arbitrators have to compete for each new case, which is their incentive to avoid errors and to maximise the benefits of the parties. The lack of appeal proceedings in arbitration can be explained from this point of view. Judges do not have these kinds of incentives, since they usually have an overload of cases automatically brought to them.

For an analysis of the benefits of supervision by appeal courts, it is necessary to understand the incentives for judges. What do they value most in their work? Among other preferences, judges value prestige and respect, promotion to a higher court and little reversal by higher courts.<sup>36</sup> A high reversal rate often reduces the chance of

---

<sup>34</sup> T.R. Tyler, *Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform* (Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context), 45 *American Journal of Comparative Law* 871 (1997).

<sup>35</sup> Jolowicz, *supra* note 2, at 331 ff.

<sup>36</sup> The other preferences identified in literature are: 1) deciding: judges derive utility from deciding cases according to ideological reasoning or, more often, according to professional norms of legal reasoning; 2) discretion: judges value a certain amount of discretion in deciding; 3) leisure: although most judges will not explicitly express their value for leisure time as a factor of influence on a concrete

promotion to a higher court. Even judges who do not have such aspirations usually experience less satisfaction in their work if their decisions are regularly overturned by higher courts.<sup>37</sup>

Future users of court systems in particular seem to benefit from the supervision function. The incentives that judges at the first level experience may improve their decisions, which reduces the risk of appeal. Parties in appeal proceedings will not benefit from this function, since they already made it to the second level. We expect that the following factors determine the net value of the benefits: 1) the probability of errors at the first level; the lower the probability of error at first level, the lower the benefits,<sup>38</sup> 2) the probability of errors caused by the supervisor (second level court); the higher the chance of errors made by the supervisor, the lower the benefits, 3) the difference in probability of errors made by courts at the first and second levels, and 4) the quality and costs of alternative mechanisms for supervision.

#### 4. *Ensuring Uniformity and Law Making*

In particular in common law countries, appellate judges often decide cases that provide precedents for future cases.<sup>39</sup> In civil law countries the ‘precedent effect’ of appellate decisions is, from historical origins, less important. Future users of court systems, as well as the parties can benefit from this function. The first-mentioned group benefits from this function because predictability of decisions may lead to cost savings, for instance, because of earlier settlements. The parties also benefit from the idea of having been treated equal to others in similar positions. Research on procedural justice shows that this particular benefit should not be underestimated. The feeling of having been treated equally by a neutral judge in a fair and equitable way is one of the key elements that people value highly.<sup>40</sup>

The overall factor that determines the net value of these benefits is the increase in uniformity in judgments in general. The increase in uniformity depends on factors such as the degree of coordination between the first and second levels, the number of appeal courts, and the tendency to generalise in judgments of the second level.

This being said, the law making function of the appeals system should not be overestimated. The number of useful precedents that result from the appeals process, however, seems to be rather limited, because the third level of the court system is often in a better position to set precedents, because there are hesitations in many courts whether law making is the business of courts at all, and because there may be other, more efficient mechanisms to ensure uniformity, or to design more general rules.

---

decision, it seems only natural that this value does indeed influences decisions as well (see Drahozal, *supra* note 25 ).

<sup>37</sup> See Drahozal, *supra* note 25, at 478. See also Andrews, *supra* note 14, at 38.07.

<sup>38</sup> See also Shavell, *supra* note 22, who compared the costs of decreasing the probability of errors at the first level with the costs of correcting errors and supervising the first level. According to Shavell, the costs of correcting and supervising will be lower as long as the initiative to mobilise the supervisor rests with the parties themselves.

<sup>39</sup> This can easily be explained by its historical origins, see Jolowicz, *supra* note 2, at 11 ff.

<sup>40</sup> Tyler, *supra* note 34.

An interesting comment on the law making function is brought forward by Shavell, who argues that courts (or similar institutions) can develop new rules, without an appeal brought forward by the parties. If there is a need for law making, the courts could just hear interested parties, or do any other enquiry that would be necessary to establish rules for future cases.<sup>41</sup>

A useful indicator of the precedent value of an appeals process may be the number of precedents that are cited in other judgments or legal literature, divided by the number of appeals. It may very well be that some appeal systems need to process several hundreds of appeal cases, in order to produce one precedent that really gives future users of the system the guidance that they need to save substantial costs.

##### 5. *Selection for the Third Level*

The third levels' function is clearly law making and ensuring uniformity in law. It is generally accepted that, once at this level, the interests of the parties are of minor importance compared to the interests of society as a whole. Only cases that benefit society are allowed to enter the third level. To a lesser extent, appeal proceedings have also the function of law making and ensuring uniformity. The most important difference is, at least in civil law systems, that the third level does not deal with factual matters, only matters of law that are of relevance to society as a whole. It is clear that only a few cases will comply with this standard.

One of the functions of appeal proceedings is selection for the third level. This selection is generally not sufficient to weed out all cases that are not to be dealt with at level 3. An extra selection mechanism is necessary in all systems. Some systems use a leave for appeal at the third level as a back-up selection; others have fast-track procedures for cases that do not meet the standard. Still, the appeal procedure does some selection for the third level.

Who will benefit from this function? Mostly the court systems and their sponsors, because they have to spend less time and money on cases that do not meet the standard for review at the third level. Perhaps also the future users of court systems, as far as the selection means that less time and money is spent on procedures that are not likely to contribute to the uniformity of the law. However, it seems likely that this function will primarily benefit courts instead of the clients of the courts. Which factors determine the net value of the benefits? The number of cases that are admitted to the first level, the quality of the selection of cases that are relevant for uniformity of law making and, finally, the quality and costs of other selection mechanisms (for example, a leave for appeal to the supreme court).

*Table IV* shows an overview of the functions of appeal proceedings and the benefits for the parties and future users of court systems.

---

<sup>41</sup> Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), Harvard: Harvard University Press, at 463.



<b>The benefits of appeal proceedings for the parties and future users of the court system</b>		
<i>Function of appeal proceedings</i>	<i>Type of benefits</i>	<i>Remarks about factors determining benefits</i>
<i>Correction of obvious errors made by judges</i>	<p>Appellant: improvement of the outcome (the value thereof), that he was entitled to.</p> <p>Appellee: corresponding decrease in outcome, but it was an undeserved one.</p> <p>Net result of the outcome is positive.</p>	<p>Value of change in outcome caused by the error. This depends on:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- value in dispute,</li> <li>- all or nothing issue.</li> </ul> <p>Quality and costs of other error correction mechanisms.</p>
<i>Correction of obvious errors made by parties</i>	<p>Appellant: improvement of the outcome (the value thereof), that he was entitled to.</p> <p>Appellee: corresponding decrease in outcome, but it was an undeserved one.</p> <p>Net result of the outcome is positive.</p>	<p>Value of change in outcome caused by the error. This depends on:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- value in dispute,</li> <li>- all or nothing issue.</li> </ul> <p>Quality and costs of other error correction mechanisms.</p>
<i>Re-evaluation: a different outcome can be justified, but the first outcome is not wrong.</i>	<p>Improvement of the outcome for one party is set off against decrease in outcome for the other.</p> <p>Net result of the outcome is zero.</p> <p>Both parties benefit from the idea that a second, more senior judge, has evaluated the case.</p> <p>Net result of the outcome is positive.</p>	<p>The lower the trust in judges at the first, level the higher the value of the appeal possibility.</p> <p>Amount of extra dose of trust because of higher quality in appeal court compared to court at the first level</p>
<i>Supervision</i>	<p>Future users have a smaller probability of error at the first level; in case of error, see under benefits for error corrections.</p>	<p>The lower the risk of error at first level, the lower the benefits.</p> <p>The decrease in risk of error caused by supervision.</p> <p>The difference in probability of error made by courts at the first level and appeal courts.</p> <p>Quality and costs of other error correction mechanisms.</p>
<i>Ensuring uniformity and law making</i>	<p>Appellant and appellee: feeling of being treated fairly and equally.</p> <p>Future users: predictability of outcomes may lead to cost savings.</p> <p>Net result is positive.</p>	<p>The increase in uniformity in judgments. This depends on:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- the degree of coordination between first and second levels,</li> <li>- the number of appeal courts, and</li> <li>- The tendency to generalise in judgments of the second level.</li> </ul>
<i>Selection for third level</i>	<p>Future users: by increased uniformity (see above) because the highest court has fewer cases to deal with, that do not lead to</p>	<p>Number of cases that are admitted to the third level.</p>

	decisions which increase uniformity	Quality of selection of cases for appeal that are relevant for uniformity or law making.  Quality and costs of other selection mechanisms for the third level.
--	-------------------------------------	--

Table IV: The Benefits of Appeal Proceedings for the Parties and Future Users of Court Systems

## 6. Benefits in other areas

Appeal proceedings and the measures taken to improve them also generate benefits in other areas. The side effects on the first and third levels are complicated. As we saw, improving the accessibility of the lower level will increase the number of cases that come to the next level. Some other effects are mentioned in Table V.

<b>Benefits in other areas (side effects)</b>		
<i>Area</i>	<i>Type of benefits</i>	<i>Remarks about factors determining benefits</i>
<i>In first instance</i>	Appeal may lead to costs savings. If the parties know they can appeal, they will probably give it a try in the first instance, spending less than they would do when they would have only one chance.	These cost savings have a downside: the quality of first instance judgments may be lower, if parties (and courts) know there is a second chance.
<i>In supreme court proceedings</i>	(Unrestricted) access to appeal leads to a big pool of cases to select from for the third level. It also decreases the pressure on third level courts to allow appeals directly from the first level courts, for instance, if their decisions are clearly wrong. Two instances will weed out more mistakes by courts than one.	

Table V: Benefits in other areas (side effects)

## C. The Decision to File an Appeal

In order to gauge the effects of measures to improve the appeal system, it is also important to focus on the decision of the party that issues the appeal. The number of cases an appeal court has to face and the type of cases that enter the appeal system critically depend on those decisions. Rational choice would predict a party will appeal, if the costs for that particular party exceed the benefits for that party.

The benefits are the prospect of success, the estimate of the chance that the judgment in first instance will be overturned, multiplied by the expected change in outcome if the judgment is overturned. So, in situations where the stakes are very high, even a low (but non-negligible) prospect of success is often a sufficient incentive to start appeal proceedings. For some parties, the benefits of getting procedural justice (voice, respect) in appeal will also count.

A party that appeals may, however, also have to face the probability of an outcome that is worse than it obtained in the first instance. This, of course, only applies if it gained something in first instance: a partial recovery, or a criminal sentence that could even have been higher.<sup>42</sup>

Some common cognitive errors may change the picture, however. There is substantial evidence that disputants suffer from overoptimism, in particular in ambiguous situations.<sup>43</sup> They are likely to overestimate the prospects of success in their case by as many as 10 percentage points, leading to a higher number of cases entering the appeal system. Moreover, the sunk costs error may apply. Many parties will have the idea that they already invested so much in winning the procedure, that they better go on trying.<sup>44</sup> The rational choice approach suggests that a party should only weigh the extra costs for the appeal, against the potential benefits of the appeal. Giving parties better information about the probability of a successful appeal, and of the likely costs that they will incur, may improve their decision making.

The costs of the appeal procedure will consist of the sum of legal costs, court fees, travel expenses, time spent, costs of witnesses and experts, costs of delay, and emotional costs. Tinkering with one cost-element, for instance raising court fees, is not likely to have a substantial effect, because the impact on the total picture of costs and benefits will be limited. Thus, only a small percentage of appeal decisions at the margin are likely to be influenced by such measures.

The costs will sometimes come in phases. A relatively limited investment of the appealing party may be sufficient to enter the screening phase of the appeal, for instance in a leave for appeal system, or if legal advice is sought to determine the likelihood of success of an appeal. More substantial costs may have to be made if the appeal is allowed. A low cost screening procedure, will obviously attract more cases than a high cost one.

#### **D. Preliminary Conclusions: Most Relevant Costs and Benefits**

Is there any general picture? Before we discuss individual measures to improve appeal systems, it may help to get an understanding of the most important costs and benefits of appeals and of the main ways in which the decisions of disputants can be influenced. For the parties, the main benefits of appeal procedures seems to arise from the possibility of error correction. The magnitude of the error, and thus the value of the correction, depends on the extent of the change in outcome the correction will cause. In turn, that depends on stakes and on the relevance of the issue on which the court erred for the outcome. Other benefits for the parties evolve from procedural justice: the feeling that yet another neutral, respectful and trustworthy court hears the case, and from the feeling of being treated equally to other people in the same situation. The magnitude of these other benefits depends critically on the difference in the quality of the treatment the parties receive from appellate courts, in comparison to the treatment by the court in first instance.

---

<sup>42</sup> See for this incentive not to use the right to appeal IV.B.2.

<sup>43</sup> J. Baron, *Thinking and Deciding* (3rd ed. 2000), Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>44</sup> Baron, *supra* note 43.

The costs of appeal proceedings seem to depend on what could be called the extent of the appeal procedure: How many issues? And what amount of (extra) information does the appellate court need? How difficult is it to (re)produce this information? How many exchanges of views between the parties? How many years from filing the notice of appeal to the final judgment in the appeal phase?

The positive effects of appeals for future users of the court system come from supervision, ensuring uniformity, and law making. The benefits of these functions is likely to increase with the effectiveness of the feed-back by the appellate courts. Do courts of first instance listen to appeal courts? Does the information they get from appeal courts really improve the quality of the first instance? A critical factor is the usefulness of the precedents appeal courts set for future users. Do appeal judgments lead to increased predictability and thus to easier settlement and first instance proceedings?

The costs of the courts (if not borne by the parties) are a relevant factor as well. They primarily depend on the number of judges that decide in appeal cases. Again, the extent of the appeal procedure is important.

As to the incentives on the parties to initiate appeal proceedings, measures that improve the information the parties obtain regarding the prospects of success of the appeal seem useful. Then, parties will increasingly self-select the cases that have a real chance of leading to a change in the outcome. But the total costs of appeal proceedings will also determine whether appeal will be launched or not, as well as the probability of deterioration of the outcome, or benefits of an appeal such as suspension of enforcement of the decision in first instance.

Summarising, and very roughly, appeal proceedings are most effective if they are able to correct the biggest errors in the simplest proceedings. Supervision, uniformity, and law making are mostly a matter of organising the best possible learning effects for lower level judges and disputants.

## IV. Evaluation of possible measures

In the following paragraphs, we evaluate possible mechanisms for improving appeal proceedings. In our evaluation framework, an improvement can come from a decrease of costs, or from an increase of benefits. In each paragraph, we will first define the mechanism, giving examples from the jurisdictions we studied. If mechanisms come in a variety of types, we will give examples.

Then we will proceed to the costs and benefits that can be expected from introduction of the mechanism. Starting point of the analysis is an appeal procedure that is a complete rehearing of the case: we take as our *reference point* an appeal procedure that has no more restrictions than a procedure in first instance. In this reference procedure, the appeal court considers the same issues as a court in first instance would, and both the appeal court and the parties have the same procedural options and rights. This point of reference is not very realistic, because in the systems we studied appeal is usually restricted. Using this point of reference, however, enables us to study the consequences of each measure that is suggested to improve the appeal system separately. Moreover, for a cost-benefit analysis of several options, the point of reference is rather arbitrary, as long as the same point of reference is used for each option.<sup>45</sup>

We will discuss the changes in costs and benefits that can be expected from the introduction of the mechanism. Starting with the costs for the parties, we will proceed to the costs for the judiciary, onwards to the benefits. Where empirical studies give indications of the scope of effects, we will mention them. Using these studies as indications of the size of possible effects in other jurisdictions, is usually problematic, however. These studies tend to report the effects of a new mechanism in an existing appeal system that may have particularities that are not present in other systems. Moreover, measures are usually effectuated in systems that already have some measures to improve appeal in place, and may not have the same effects in systems with other restrictions to appeal. Still, some empirical studies give an idea of what effects could be. We will conclude the discussion of each mechanism by giving a short summary of the expected effects.

In the concluding paragraph E, we will discuss the possible effects of introducing several mechanisms in an appeal system next to each other. What happens, for instance, if leave for appeal is introduced in a system that has already limited appeal in other ways?

### A. Restrictions in Tasks of Appeal Courts

#### 1. *Leave for Appeal*

In some appeal systems, the parties are allowed access to an appeal procedure only if a court permits this. We call such mechanisms “leave for appeal”. The procedural arrangements for getting leave for appeal can vary. Sometimes, the court of first

---

<sup>45</sup> See for example Peter H. Rossi et al., *Evaluation: A Systematic Approach*, (7th ed., 2004), Edinburgh: Mosby, at 343 ff.

instance is to give leave for appeal. Sometimes the appeal court takes that decision. A combination is also possible. In the English Civil Procedure Rules, the lower court can give a leave for appeal. If the lower court refuses an application for permission to appeal, a further application for permission to appeal may be made to the appeal court.<sup>46</sup> Similar rules exist in English criminal appeal procedures and in the German administrative procedures.<sup>47</sup>

The effects of this mechanism depend on the selection criteria that are used. Some systems give the court that makes the selection broad discretion in granting or refusing appeals. In the English civil appeal system, permission is given 1) if appeal has a real prospect of success or 2) if there is some other compelling reason why the appeal should be heard.<sup>48</sup> In practice, however, courts explicitly or implicitly develop more narrow criteria to allow the appeal in their case law. In other systems, more narrow criteria can already be found in the rules that deal with the selection of cases for appeal. In the German administrative appeal system, leave for appeal is given in case of 1) strong doubts that the judgment at first level is valid, or 2) legal matters of interest, 3) the case is of fundamental importance, 4) divergence from judgments of higher courts or 5) a procedural defect that may have had serious impact on the substance of the judgment.<sup>49</sup>

In the systems we have studied, the following criteria were used to determine whether appeal should be allowed:

**Criteria leave for appeal**

- probability of the success of the appeal;<sup>1</sup>
- strong doubt on the validity of the judgment at the first level<sup>1</sup>
- case is of fundamental importance;<sup>1</sup>
- legal matters of interest;<sup>1</sup>
- divergence from higher level judgments;<sup>1</sup>
- procedural defect affecting the substance of the judgment

How will the mechanism of a leave for appeal influence the costs and the benefits of appeal procedures?

*Costs for the parties and for courts*

---

<sup>46</sup> CPR 52.3 (3).

<sup>47</sup> §§ 124 and 124a VwGO. In English criminal procedure, leave is required for the Court of Appeal, see Zander, *supra* note 7 at 639-640. In German civil appeals, a leave for appeal system is known in cases with a financial value lower than €600 (§ 511 (2) ZPO); in German criminal appeals, a leave for appeal is required also in cases with low stakes, see § 313 StPO.

<sup>48</sup> CPR 52.3 (6).

<sup>49</sup> § 124 II VwGO. In England, leave for appeal is considered in administrative procedures as well (White paper 'Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals', <[www.tribunalservice.gov.uk](http://www.tribunalservice.gov.uk)>).

Deciding whether to give leave for appeal is an extra procedure. This leads to extra costs for the parties and for the courts (the costs of screening). If no leave for appeal is given, costs are saved (the costs of appeal procedures). Much depends on the number of cases in which appeals are granted.

Leave for appeal leads to cost savings only if the number of cases in which appeal is not allowed is sufficiently high to compensate for the extra screening costs. Moreover, the lower the screening costs, the higher the cost savings. The higher the appeal costs in comparison to the screening costs, the higher the cost savings.<sup>50</sup>

Screening costs will be lower if the criteria are easier to apply by the parties and by the judge. What can we expect to happen with the screening costs under the various criteria we found? Giving judges wide discretion in the screening procedure is likely to lead to high screening costs, in particular for the parties: they will more or less want to make their appeal case before the screening judge. A criterion such as the value of the case, however, is relatively easy to apply. Whether the decision in first instance departs from existing case law may be more difficult to establish. The probability of success of the appeal is not very attractive from the perspective of cost savings for the parties: this screening criterion may require both parties to make most of the costs they would make in the appeal anyhow.<sup>51</sup>

If a criterion is chosen that tends to lead to high screening costs, it may still be possible to save costs by altering the design of the screening procedure. Procedural rules may, for instance, impose limits on the size of the documents to be filed, or time limits in a hearing. The screening costs will thus also depend on the structure of the screening proceedings, the attitude of the officials doing the screening, and the interaction between the parties. Extensive screening procedures will become an extra burden for the parties.<sup>52</sup> The same applies for the delay caused by the screening procedures.

### *Benefits*

How will a screening procedure influence the benefits of the appeal procedure? Much depends (again) on the screening criteria:

- The benefits of the appeal for the appellant are likely to be affected, if it is the victim of an error. These benefits are high if the change in outcome expected by the error correction is high. Screening criteria that throw out cases with a

---

<sup>50</sup> If screening costs are  $C_S$ , the costs of deciding on the appeal are  $C_A$ , and the number of cases in which appeals are allowed is  $p$ , the cost savings amount to:  $(1-p)C_A - C_S$ .

<sup>51</sup> Leave for appeal does reduce the number of appeals with evidently no real prospect of success, see the annual report of the Court of Appeal published at <[www.courtservice.gov.uk](http://www.courtservice.gov.uk)> and the interviews with judges at the Court of Appeal, the High Court and the County Courts (see the reports of J. Plotnikoff and R. Woolfson, published at <<http://www.dca.gov.uk/research/2003/res03fr.htm>>. Whether or not these are real cost-saving measures for courts depends, of course, on the screening costs.

<sup>52</sup> Written procedures are sometimes considered to be less costly than oral ones, though the cost savings may mostly be the courts, and not by the parties. In a recent experiment in England, written procedures to grant permission for appeal were independently shadowed by oral ones. It showed that the outcomes of the two procedures were the same or even better for the parties in written procedures in approximately 85 % of the cases. The study by Genn and Gray led to a proposal to change the CPR (see H. Genn & L.A. Gray, *Court of Appeal, Permission to Appeal Shadow Exercise, Final Report in Confidence* (2005). See also the Consulting Paper, September 2005, Proposed Changes to Civil Appeal Rules, <<http://www.dca.gov.uk/consult/civil-appeal/civil-appeal-cp2005.htm>>).

high probability of correction in high stakes cases are therefore disadvantageous. If possible, the easiest detectable errors, with the greatest effects on outcomes, should be correctable, and thus be granted the leave for appeal.

- The benefits the parties will obtain from re-evaluation will decrease by screening. We saw these benefits – mostly the benefits of having a second court take a look at the case – are higher if the quality difference between lower courts and appeal courts is higher.
- As to the benefits of supervision for (future) users of the appeal system, the picture is less clear. If a smaller number of cases is investigated by the appellate court points may lead to fewer benefits of supervision. But more intensive scrutiny of the remaining cases, and increased “teaching” by the appellate court, may very well compensate for this.
- If the appellate court can select cases that may become suitable precedents, and if it indeed renders a judgment that gives relevant information regarding the law (a precedent that makes it easier to settle or decide future cases), then the benefits of ensuring uniformity and law making can increase. This depends, however, primarily on how well the appellate court manages the extra time it creates. Will it really devote its energy to writing decisions with a higher value as a precedent? What are its incentives to do so?
- Any constraint on the number of cases that go to the second level also affects the pool of cases that the third level will select from. Much depends on the selection criteria again. If those are similar, or more lenient than the selection criteria for the third level, there will be no impact. If the second level really refuses cases that are deemed interesting for the third level, the impact will be bigger.

Leave for appeal procedures may thus lead to substantial improvement, but the design is crucial: low screening costs (criteria which are easy to apply, if possible by disputants themselves), a high proportion of cases in which appeal is not allowed, and selection of cases in which appeal has the highest benefits are essential. If possible, the easiest detectable errors, with the greatest effects on outcomes, should be correctable, and thus be granted the leave for appeal. Appeal should also be allowed for cases with a high potential to become a precedent that enables many future parties to settle their differences (or have them decided at an earlier stage). For this category of cases, the benefits also vitally depend on the manner in which the court organises its law making work. Introducing a leave for appeal procedure will certainly not automatically lead to increased law making benefits.

## 2. *Limiting Grounds for Overturning Judgments on Appeal*

Civil appeal in Germany is only permitted 1) if legal norms are wrongfully applied or not at all and 2) if fact-finding at the first level is incorrect or incomplete.<sup>53</sup> In systems like this, appeal is restricted to specific grounds for appeal. Appeal is not a complete

---

<sup>53</sup> § 513 ZPO.



rehearing of the case. The appeal court only considers some reasons to overturn a decision.

Similar to the effects of leave for appeal, the effects of limited grounds depend on the criteria used. In the systems we have studied, the following criteria were used to determine whether application for an appeal should succeed:

**Criteria grounds for overturning judgments in appeal**

- probability of success of appeal;<sup>54</sup>
- strong doubt of validity of judgment at the first level<sup>55</sup>
- legal norms were wrongfully applied or not at all<sup>56</sup>
- fact-finding at first level was incorrect or incomplete<sup>57</sup>
- case is of fundamental importance;
- legal matters of interest;<sup>58</sup>
- divergence from higher level judgments;<sup>59</sup>
- procedural defect affecting the substance of the judgment

The effects of limiting grounds for overturning a decision on appeal are similar to those of introducing leave for appeal. The main difference between the two mechanisms is the moment of establishing whether sufficient reasons for an appeal procedure exist. In a leave for appeal system, most of the screening takes place before the main appeal procedure. In a system with limited grounds, the selection takes place as part of the appeal procedure.

*Costs for Parties*

The calculation of cost savings is similar. Again, they are only likely to occur if the number of cases in which appeal is not allowed is sufficiently high to compensate for the extra screening costs. The lower the screening costs, the higher the cost savings. The higher the appeal costs in comparison to the screening costs, the higher the cost savings.<sup>60</sup>

Screening costs for the parties under this mechanism can be low if the criteria are clear-cut and easy to apply. If this is so, parties can assess whether the appeal will be allowed before they start appeal proceedings. They will save costs for themselves and for courts, because they are not entering appeal procedures with a low prospect of success.

---

<sup>54</sup> CPR 52.3 (6).

<sup>55</sup> § 124 II VwGO.

<sup>56</sup> § 513 ZPO.

<sup>57</sup> § 513 ZPO.

<sup>58</sup> § 124 II VwGO.

<sup>59</sup> § 124 II VwGO

<sup>60</sup> If screening costs are  $C_S$ , the costs of deciding on the appeal are  $C_A$ , and the number of cases in which appeals are allowed is  $p$ , the cost savings amount to:  $(1-p)C_A - C_S$ .

The screening costs may be rather high insofar as screening takes place at a late stage within the appeal procedure. This may happen if the criteria for allowing appeal are vague, so that the outcome of the screening is unpredictable. If that is the case, many of the parties using the appeal procedure may still have to make the same costs for the appeal they would have made prior to introduction of the mechanism. The only effect on them would be that their benefits would diminish: limited grounds lower their chances of a better outcome. This reduction in benefits is not compensated by any cost savings.

### *Costs for Courts*

The cost savings for the judiciary depend first on the way the criteria are set, because they influence screening costs. If the criteria are clear for the parties, the parties can do the screening themselves.

If the criteria are open and vague, the courts may still save costs if this mechanism is introduced, depending on the way they organise their work. If they are able to first weed out the cases that have no valid grounds for appeal, and then to decide on the cases that are to be considered in appeal, the cost savings can be substantial, even if the criteria are unclear. The amount of screening costs depends on: 1) the amount of information needed, 2) procedural requirements, and 3) the number of ‘screeners’. Procedural requirements may influence the level of costs. It may make a difference whether the screening procedure is in writing, or requires an oral hearing, and also whether reasons for refusal need to be given, summarily, or more extensively.

Another way in which this mechanism leads to cost savings is the effect of lowering the prospect of success in appeal proceedings. This happens mostly under clear-cut criteria, because this will decrease the over-optimism of the appellant, and to some extent even under vague criteria, if the parties learn that the chance that the appeal changes the initial outcome is smaller. The number of appeals that are issued is then likely to drop.

### *Benefits*

The analysis of the changes in benefits under this mechanism closely resembles the one under the leave for appeal mechanism. Much depends (again) on the screening criteria. Summing up:

- Screening criteria that lead to refusal of cases with a high probability of correction in high stakes cases are disadvantageous. If possible, the easiest detectable errors, with the greatest effects on outcomes, should be correctable .
- The benefits the parties will obtain from re-evaluation will decrease by screening. We saw these benefits – mostly the benefits of having a second court take a look at the case – are higher if the quality difference between lower courts and appeal courts is higher.
- The benefits that (future) users of the appeal system will obtain from supervision, uniformity, and law making (useful precedents) depend on the way the appellate courts will use the extra time made available by the reduction of their case load and costs of dealing with cases.

- Constraints on the number of cases that go to the second level, also affect the pool of cases that the third level will select from. Much depends on whether the screening criteria are similar to the selection criteria for the third level.

Thus, the effects of restricted grounds are similar to those of leave for appeal. The main difference is the moment of evaluation, which will increase the costs for the parties, and those of the courts probably as well. This will in particular be true if selection criteria cannot be applied easily by the parties themselves.

### 3. *No Appeals in Specific Cases*

Statutory provisions prohibit appeal in some specific cases. In the Netherlands, for example, appeal is not possible in cases of termination of employment contracts. Subject to strict conditions, however, appeal is possible directly to the third level.

#### *Costs for parties and courts*

Clearly, the parties that do not have the possibility of appeal will save the costs of appeal. The same will apply to the courts. It will be different if the screening criteria are difficult to apply.<sup>61</sup> Normally, it will be quite easy to develop clear screening criteria. Only a few borderline cases are to be expected if appeal is prohibited in specific type of cases. A negative side effect is to be expected at the third instance: there will be an increase of cases at the third level unless the criteria for review at the third instance are very strict or if third level appeal is excluded completely.

#### *Benefits*

Not allowing appeal in specific cases obviously decreases the benefits arising out of all the functions. However, a more careful appraisal shows us that prohibiting appeal in a specific type of cases may not affect the benefits of appeal that much. First, the cases excluded from appeal are likely to be those in which the risk of grave errors are very low. Secondly, the judiciary may find other ways to organise law making and uniformity. A formula for severance payments to former employees, for example, has been developed by a committee consisting of Dutch lower court judges that deal with dismissal. This formula contributes significantly to uniformity of the first (and final) instance judgments. Thirdly, prohibiting appeal in specific types of cases might save courts time that they can spend on cases that need more supervision. This effect depends on the number of cases that are affected by this measure.

In short, this measure is easy to implement, and it decreases the costs with limited negative effects. The measure is worth considering in situations where grave errors are unlikely and where other mechanisms exist for supervision, law making and ensuring uniformity.

### 4. *Restriction of New Issues*

The restriction of the possibility to introduce new issues on appeal is an important measure to decrease the amount of work that needs to be done at the second level. Two situations can be distinguished. Is it allowed to bring up new facts that occurred after the judgment in first instance, or arguments connected to them? Is the appellant

---

<sup>61</sup> On the screening costs, see IV.A.1 and IV.A.2.

allowed to bring up facts or arguments that could have been brought up at an earlier stage, but did not choose to do?

In German civil procedure, this is an important topic. Some of the most important changes in the reform of the Civil Procedure Rules in 2002 were related to the restriction of new issues on appeal. New facts and arguments are now only allowed under strict conditions.<sup>62</sup> New exceptions concerning the authority of the courts cannot be brought up at the second level.<sup>63</sup> For common law countries, the ban on bringing forward new issues in civil appeal procedures is deeply rooted in the system. The finality of decisions at the first level is a leading principle in English civil procedure. Among other things, it means that parties are not allowed to bring in new evidence or new facts.<sup>64</sup> Exceptions traditionally were admitted in the event of clear errors made by the court in first instance.<sup>65</sup> Nowadays, some additional exceptions have been created in the light of the overriding objective to deal with cases justly.<sup>66</sup> In the UK, administrative appeal procedures are limited to legal matters only, which means an indirect restriction on bringing in new facts, evidence, and arguments as well.<sup>67</sup>

#### *Costs for parties and courts*

A restriction as to new issues means a decrease of costs for both the parties and courts. A new issue may change the procedure radically, with negative consequences on the cost side. Allowing a new issue may lead to a delay of the procedure, the necessity of collecting new evidence, consulting and deciding on a new strategy, more hearings, etc. Moreover, investments already made (a costly expert witness for example) may become useless because of a change in the procedure, which may be added to additional stress as a result of not knowing what might happen next.<sup>68</sup>

But – again – screening costs will be made, because new issues have to be distinguished from existing issues. The screening costs depend on the criteria for allowing new issues: the more vague and open the criteria, the higher the costs. Then the risk of having to deal with “newness” increases, and more debate will take place on whether or not the new issue is allowed. The German civil procedure rules contain the following criteria: 1) new issues are allowed if courts at the first level have obviously overlooked or misjudged an important issue, 2) and the claimant cannot be blamed for not introducing that argument at the first level.<sup>69</sup> According to the English Civil Procedure Rules, new evidence is allowed if 1) the evidence could not have

---

<sup>62</sup> New arguments are only allowed 1) if courts at the first level have obviously overlooked or wrongly determined an important issue and 2) the claimant cannot be blamed for not introducing that argument at the first level, § 531 (2) ZPO. Courts of second instance are bound by the facts established in first instance. However, the facts are re-established in the event of reasonable doubt about the correctness or completeness of the determination of the facts in first instance. In practice, this means that the appellate court is often not bound by the determination of the facts at the first level. Some doubt about the correctness or completeness of the determination of the facts in first level can easily be established, see Huber (et al.), *supra* note 2.

<sup>63</sup> § 513 (2) ZPO.

<sup>64</sup> 52.11 (2) CPR.

<sup>65</sup> Jolowicz, *supra* note 2, at 283-284, Andrews, *supra* note 14, at 38.27-38.32.

<sup>66</sup> Andrews, *supra* note 14, at 38.34-38.39.

<sup>67</sup> White paper ‘Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals’, <[www.tribunalservice.gov.uk](http://www.tribunalservice.gov.uk)>.

<sup>68</sup> Genn (et al.), *supra* note 23.

<sup>69</sup> § 531 ZPO.

been obtained with reasonable diligence for use at the trial, 2) the evidence probably has an important influence on the result of the case, and 3) it is apparently credible evidence, although not necessarily indisputable.<sup>70</sup>

**Criteria for allowing new issues (facts, arguments, evidence)**

- courts at the first level have obviously overlooked or misjudged an important issue
- the claimant cannot be blamed for not introducing an argument at the first level
- the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial
- the evidence probably has an important influence on the result of the case
- it is apparently credible evidence, although not necessarily incontrovertible

As to the decrease in costs of the appeal proceedings, it seems to be irrelevant who is to blame (if anyone is) for not having dealt with the issues before. Therefore, the distinction between issues that are really new and those that are not really new, but for some reason were not brought before the lower court, is irrelevant for these costs. It might even be that the costs savings will tend to disappear if the responsibility criterion is used, especially in systems where courts are - to a relatively high extent - responsible for managing the case. Then the appellant has good reasons to try to shift the responsibility to the lower court. If this strategy turns out to be successful in many cases, the system of not allowing new issues will not work, but it will probably lead to additional screening costs.<sup>71</sup>

The last two criteria mentioned - evidence that may have big impact and is apparently credible - are probably more easy to apply, with few negative consequences for the parties. Evidence that is not important for the result or is not credible will not be helpful anyway. The other criteria, however, seem rather open and vague and leave much room for debate, especially the first one (the first level overlooked or misjudged an important issue). This criterion seems to need serious refinement before it becomes practicable.

Restriction of new issues is likely to have important effects on the first level. Because the parties know that they have to be careful to bring forward all their points and evidence in first instance, they will tend to make more costs in the first instance. If new issues are allowed on appeal, the parties can try to reach a satisfactory outcome by bringing forward the essential issues and the evidence that is rather easy to collect in first instance. This strategy is precluded by rules that restrict new issues later in the procedure. This front-loading of costs is well documented in relation to a procedural measure with similar effects: the introduction of pre-action protocols in English civil

---

<sup>70</sup> The English CPR provides that evidence which was not put before the lower court is not allowed (CPR 52.11 (2)). The exceptions mentioned above have been made in case law, before the reform. They still seem to be of relevance, though now the appellate court can draw any inference of fact which it considers justified on the basis of the evidence, see Andrews, *supra* note 14, at 38.27 ff. On criminal English appeals, see Zander, *supra* note 7, at 675 ff.

<sup>71</sup> Huber (et al.), *supra* note 2.

procedure.<sup>72</sup> Thus, the restriction of new issues changes the division of labour between level 1 and level 2, and probably not in a way that decreases the total costs of the legal system. Some might argue that the quality of the first instance will increase, but it is questionable whether this quality increase is necessary for all first instance cases, and certainly whether it outweighs the costs front loaded to the first instance.

A final remark on the cost is necessary. Even if the screening criteria are easy to apply and the division of responsibility between parties and courts is clarified, the total costs may still increase. The parties that were not allowed to bring up new issues will sometimes start a new procedure.

### *Benefits*

Restricting new issues on appeal may increase benefits that arise from re-evaluation: the (procedural justice) benefits of being heard again. If new issues are allowed on a large scale, re-evaluation will be impossible in many cases. Instead, appeal will be a more or less new procedure. A true re-evaluation means that a second judge makes a new decision based on the same facts and evidence. Restricting new issues will mostly benefit parties that value the idea of having a second (supposedly more skilled) judge to re-evaluate the case. The extra amount of trust that parties have in appeal courts compared to the courts at the first level is important here.

On the other hand, restricting new issues is likely to decrease benefits that arise from correcting errors. It depends on the criteria used: the benefits from correction of errors made by judges will not decrease if new issues are allowed in cases where the lower court obviously overlooked or misjudged issues. The benefits arising out of correction of errors made by the parties themselves are decreased if a 'responsibility' criterion is used. The other criteria do not affect the benefits arising out of error correcting.

The benefits arising out of the public functions of appeal (supervision, ensuring uniformity, law making, and selection for the third level) are not dramatically affected by restricting new issues.

Summarising, whether this measure leads to an increase or decrease of costs is not easy to say. The main question seems to be whether the new issues would really lead to a major change in the procedure. If this is the case, it may be better to exclude them and leave it up to the parties to start a new procedure. If not, the benefits of excluding them will probably not outweigh the costs, in particular because high screening costs are likely. An important side effect of prohibiting new issues, however, is that costs are front-loaded onto the lower levels, which makes exclusion of new issues a risky measure.

## 5. *Limiting Appeal to Issues Brought up by Parties*

The measure of limiting the appeal to issues brought up by the parties means that the parties have to describe the object of appeal themselves. Issues that are not brought up by the parties will not be taken into account by the appellate court. The consequences of this measure depend on the type of procedure on appeal. It might have bigger

---

<sup>72</sup> J. Peysner & M. Seneviratne, *The Management of Civil Cases: The Courts and Post-Woolf Landscape* (2005), <[http://www.dca.gov.uk/research/2005/9\\_2005.htm](http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005.htm)>.

consequences in law systems with a rehearing procedure on appeal than it would have in law systems with a review procedure. In a rehearing procedure, like Dutch civil procedure, courts are now obliged (within boundaries) to check all relevant arguments mentioned in first instance if these arguments have some relevance.<sup>73</sup> A limitation to issues brought up by the parties would mean that the courts are no longer responsible for the search for the right issues in appeal. Related to this topic is the discussion in Dutch criminal appeal procedures to introduce partial appeal, in which only a specific part of the decision is reconsidered.<sup>74</sup> In a review procedure, like the English civil and administrative procedure, it might still be a helpful measure. A limitation to issues brought up by the parties means that the parties have to describe exactly to what part of the decision they object.<sup>75</sup>

#### *Cost for parties and courts*

A limitation to issues that are brought up by the parties will, at first sight, lead to a decrease in costs for courts. Their focus can be narrower. Dealing with issues of appeal procedure, sorting out appeals that are likely to be successful, the preparation of hearings, decision-making and writing judgments will therefore take less time. However, a measure like this will encourage the appellant to define issues broadly, so that he can be relatively sure that the court has all the arguments to decide the case in his favor. The courts will have to deal with vaguely described points of fact and law, which may ultimately result in an increase of costs for courts and parties. In other words, a limitation of issues brought up by the parties will only lead to costs savings for the courts and the parties if both parties have incentives to be precise and to limit their case. An obvious way to do this is by requiring precise arguments, but this will again lead to screening costs.

The costs of the parties may decrease as well, because they can limit their attention to specific points. This focusing could lead to extra costs as well, however. For instance, it precludes the parties from just repeating their arguments in first instance, and letting the court re-evaluate the case.

More or less the same reasoning applies for partial appeals. A partial appeal will only lead to real cost savings if the parties have incentives to use it; otherwise a full appeal is just a free opportunity to have all arguments reviewed. Choosing a partial review instead of a full one for the same price would just be foolish. Introducing lower court fees for partial appeals, or perhaps even a fee per hearing or written page to be reviewed might be helpful incentives.

#### *Benefits*

On the benefits side, changes will mostly occur in the field of the private functions of appeal, not the public ones. The benefits arising out of error correcting will decrease a

---

<sup>73</sup> Hovens, *supra* note 9, at 230.

<sup>74</sup> M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (eds.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001* (2002), Deventer: Kluwer, 344. In Germany and France, partial appeal in criminal cases is allowed, see for German law § 318 StPO. In France, the object of appeal is the specific grounds of appeal. Those not mentioned are not subject to appeal.

<sup>75</sup> According to the English Civil Procedure Rules, the appellants need to describe their complaints in an appellants' notice. This notice is the object of appeal. Courts are not allowed to go beyond this notice, but they are allowed to inform the appellants that some parts are missing in their notice.

little, both for errors made by parties and for errors made by judges. As long as parties themselves are capable of revealing the error, the benefits are not affected.

In practice, however, courts may be tempted to help parties who have not pointed out errors which appeal courts are able to see. If appeal courts consider it to be their job to give every appellant a “just outcome”, they will often create ways to correct errors that are not identified by the appellant, maybe because he has a lawyer of insufficient quality. Then, the cost savings of this measure may disappear. The appellee, for instance, may have to anticipate that the court itself broadens the scope of the appeal and will have to bring up more points, and the court will spend time looking in files for possible issues.

In short, whether this measure leads to cost savings depends on the incentives for parties to specify the arguments on which their appeal is based. The effect on the benefits is neutral, provided that most parties themselves are capable of revealing the errors to be corrected and arguments to be re-evaluated. If courts start helping the parties, the cost savings will tend to disappear.

#### 6. *Limiting Appeal to Stakes with a Certain Value*

The limitation of the right to appeal to certain interests at stake is the next measure we studied. In Germany, civil appeal is not allowed in cases with a financial interest below € 600.<sup>76</sup> In Dutch civil appeals, the financial interest should be higher than € 1,750.<sup>77</sup> English civil appeals do not have such limitations, though a low value interest may affect the decision to grant leave for appeal.

##### *Costs for parties and courts*

The costs for parties and courts again depend on the screening costs. Clear and easy to apply criteria will restrain the costs; the more vague and open the criteria, the higher the screening costs will be. With the exception of the English criterion, the criteria mentioned are obviously clear and easy to apply. The screening costs for the English procedure were described earlier, in the section on leave for appeal.

##### *Benefits*

The benefits from error correcting are not affected drastically, assuming that errors in cases with low interests at stake generally have minor consequences for the parties. The same applies for re-evaluation, although procedural justice benefits may not be directly connected to the value at stake. The problem with this measure may be that it is difficult to establish the real interests at stake. A low financial value does not always reflect what really matters to the parties. Furthermore, ensuring uniformity and law making seems also to be affected. Cases with a low financial value can still be important for the public functions of appeal.

Therefore, a high (financial) threshold combined with a leave for appeal system for cases below the (financial) threshold may be an attractive option.<sup>78</sup> In such a system, parties are entitled to appeal without restrictions if the value is relatively high. In all

---

<sup>76</sup> § 511 ZPO.

<sup>77</sup> Article 332 Dutch Code of Civil Procedure.

<sup>78</sup> See also Jolowicz, *supra* note 2, at 335.



other cases, they are entitled to appeal if they can explain the interests at stake have a high value for them.

## **B. Changing the Incentives to Use Appeal**

Now we proceed to measures focused on the incentives for getting a second decision. We have found three different types of measures which influence the decision of parties on whether or not to appeal. These measures increase the price of appeal proceedings, introducing the possibility or increasing the probability of a worse outcome of the appeal procedure, and changing the incentives for lawyers.

### *1. Price Increases*

Increasing the price of appeal influences the decision on whether or not to file an appeal. Two possible measures are increasing court fees and introducing options to order the appellant to pay the costs of the proceedings, for instance, in administrative procedures.

#### *Costs for parties and courts*

Higher court fees will lead to an increase of the out of pocket expenses for the parties. Usually these fees go to the state. The judiciary does not automatically receive these fees and will therefore not directly benefit from them. The problem with the effectiveness of this measure, however, is that, in most situations, court fees are only a small proportion of the expected total costs of the appellant. These primarily consist of lawyers' fees, together with the costs of time spent by the parties, as well as costs of delay and emotional costs. In order for this disincentive for using the appeal system to work, the court fees should be raised substantially; a three- or even tenfold rise may be necessary. Such a rise may be attractive for yet another reason. Appeal is a second chance, and it might be conceivable to let the parties pay for this second chance, so that it requires no state funding and waiting lists will tend to disappear.

Introducing or enlarging the option that the party that has lost the case on appeal has to pay the costs of the proceedings that the other party has made is another way of increasing the price for the parties. At this moment, in Dutch administrative and civil procedure, the party that loses is not always ordered to pay all the costs that the other party has made. In Dutch civil law, for example, the cost award will be limited to about a quarter of the real costs. In English civil procedure, however, all the costs can be recovered from the party that loses the appeal. This may be one of the reasons why the number of civil appeals in England seems to be rather limited. In Dutch administrative procedure, citizens can be forced to pay the costs of the proceedings only if they have misused the judicial system. If the appellant is a governmental authority, it is normal that the appellant, if it loses the case, has to pay the appellee's costs of the proceedings. Another specific example worth mentioning in this context is the English provision in criminal procedures, according to which an unsuccessful appeal initiated by the convicted party may lead to an unfavourable cost decision. With this measure, convicted parties are stimulated not to appeal in cases with no real prospect of success.

Price increases will affect all decisions to file an appeal. They may be most effective in relation to appeals with a low prospect of success, because the price of the appeal is of primary importance if the appellant tries to make a rational evaluation of the advantages and disadvantages of an appeal.

### *Benefits*

High court fees could lead to a decrease of appeal proceedings. However, the impression is that parties will not be influenced much by the height of the court fees, because these fees will always be a relatively small part of all the costs that parties have to make in judicial proceedings.<sup>79</sup> Introducing the possibility to order the citizen party to pay the costs of proceedings could lead to fewer appeal cases.

The higher the risk and the higher the costs that the appellant has to pay if he loses the case, the higher the chance that he will be influenced by this risk. Measures in this area will have some influence on the benefits side. It is not likely that, if a party thinks that the judge or the party itself has made an obvious error in first instance, he will not appeal because of the risk of being ordered to pay the costs. The function correction of errors made by judges or parties will therefore not be affected. On the other hand, the benefits that parties get from the re-evaluation function will be affected negatively. A party that would only like to get a second opinion from a higher judge is likely to be influenced by financial risks that lodging an appeal will bring. Other benefits that stem from the functions supervision, ensuring uniformity and law making, and selection for the third level will be reduced if a party decides not to appeal. A party will not easily run the risk of high costs if only a matter of legal interest is at stake, for example, law making. In that way, price increases could lead to the loss of these kinds of public functions of appeal proceedings. A way to overcome such effects would be to introduce some form of subsidy in cases of general interest.

Summarising, introducing somewhat higher court fees is not a measure that will have a great impact on the efficiency of the procedure. Changes in court fees should be substantial. Increasing the risks for the parties of being ordered to pay the costs may have a positive impact on the efficiency, without losing too many benefits.

## 2. *Introducing or Increasing the Probability of Worse Outcomes*

Paying court fees and paying for the costs of the procedure is one thing, but having a chance of getting a worse outcome on appeal is another. Some systems, especially criminal procedure systems or administrative law procedures (for foreigners applying for residence permits, for instance) may have very few disincentives to use an appeal procedure. In criminal procedure, the defendant is sometimes even protected from obtaining a heavier sentence. Parties might be deterred from using appeal proceedings if they could end up with a worse result than they obtained in first instance.<sup>80</sup> The

---

<sup>79</sup> The experts had the feeling that increasing the court fee did not influence the parties' decision whether or not to file an appeal. For example, in Austria, the court fees are extremely high, but that does not stop the parties from filing appeals.

<sup>80</sup> In the English criminal appeal system, a strong incentive not to make a frivolous application on appeal is given by the so-called 'time loss rules'. According to these rules, the time spent by appealing does not count towards the sentence. Though rarely exercised, this power had an enormous impact on the applications on appeal. The number of criminal appeals were almost halved, see Zander, *supra* note 7, at 641.

bigger the difference between the judgment in first instance and on appeal, and the greater the chance of worse outcomes on appeal, the more likely it is that parties will take this aspect into consideration before lodging an appeal.

#### *Costs for parties and courts*

The costs for both courts and the parties will decrease because the number of appeals will go down. On the other hand, the costs for the parties who lodge an appeal will increase, in particular the emotional costs involving uncertainty and higher risks. The increase of costs for parties will depend on personal features, such as risk aversion and the interests at stake.

#### *Benefits*

Obviously, if the parties decide to refrain from lodging an appeal because of the risk of worse outcomes, all the benefits arising out of the functions of appeal proceedings are affected. If, on the other hand, appeals are lodged in spite of the risk of worse outcomes, the benefits are not affected. This measure will tend to select cases for appeal where the outcome in first instance was at the extreme end of possible outcomes. In such cases, disadvantaged parties will still have reasons to appeal. Appeals in which a party just gives it another try will be discouraged.

Summarising, whether the decrease of costs for courts outweighs the increase of costs and decrease of benefits for the parties depends on the number of appeals, the interests at stake, and the risk the outcome will actually be less favourable.

### 3. *Changing the Incentives on Lawyers*

A lawyers' incentive to lodge an appeal may be the higher fees received in appeal procedures, or a relatively attractive fee although the costs of processing the case made by the lawyer are relatively limited. German civil procedure contains such incentives.<sup>81</sup> Changing incentives for lawyers may reduce the number of appeals. For example, by introducing a 'no cure no pay system' for appellants, the number of appeals will be limited to those with a chance of success that outweighs the extra costs of the appeal. The costs and benefits of this measure depend on the type of changes in incentives. It is likely, however, that these incentives have a substantial impact on both the costs and the benefits. As a result, it is important to identify and analyse them, and change them if they lead to higher costs for parties and courts.

## **C. Changes in Dealing with Appeal Cases**

### 1. *Special Track for Straightforward Cases*

In some cases, the outcome of the procedure is evident: it is clear that the court is not competent to give a decision, that the appeal is not admissible, or that the appeal is unfounded, or, on the contrary, clearly well-founded. In these situations, it is not necessary to follow the normal procedure; a more effective way is an immediate decision of the court.

---

<sup>81</sup> See *supra* note 18.

Courts nowadays have greater powers to dismiss an appeal without a formal hearing if it has no prospect of success in a fast track procedure.<sup>82</sup> German criminal procedure contains a specific provision to the effect that cases that are apparently unfounded are dismissed without a formal hearing.<sup>83</sup> In Dutch administrative procedure, courts have the authority to decide immediately in straightforward cases.<sup>84</sup> Of course, these special fast track procedures only make sense if the straightforward cases were not filtered out of the system at an earlier stage.<sup>85</sup>

A fast track procedure for other cases than straightforward ones is also conceivable. In French administrative procedure, for example, there is a special fast track procedure for cases that all relate to one legal issue. A single judge, no hearing, and shorter time limits are the main features of this procedure.<sup>86</sup>

#### *Costs for parties and courts*

If a straightforward case is handled in a fast track procedure, the costs of the courts will decrease, because these short proceedings cost less time and money than a normal, longer procedure. The set-up of the procedure is important, however, because the parties may well be induced to do all the work they would have done for a full appeal.

#### *Benefits*

In a fast track procedure, the judge will generally be able to identify clear errors made in first instance. If an evident error was made, the judgment in first instance can be reversed immediately in this fast track procedure. The fast track procedure will also be used if there are clearly no errors. The benefits that come from the function of correcting errors will therefore not be eroded. The function of re-evaluation, on the other hand, will not benefit from a fast track procedure. Although another judge looks at the case, it will be such a superficial look that the parties will not be satisfied on this point. Even in a fast track procedure, the judge may have enough time to supervise the judgments of first instance and see if these judgments deviate from the normal case law. Therefore, the benefits that arise from the functions of supervision and ensuring uniformity/law making may not be affected.

All in all this could be a useful measure when many appeals are being lodged, and resources are limited. It makes the procedure definitely more time and cost efficient, whereas the benefits derived from re-evaluation will probably be the only ones that are affected negatively. Clear errors will often be easily detectible. It is the careful re-evaluation that causes most of the costs of an appeal.

## 2. *Single Judges*

Appointing a single judge in appeal procedures is the second measure in this category. The number of appeal judges varies in different procedures in different countries. In most systems (with the exception of criminal procedures), a cut in the number of

---

<sup>82</sup> § 522 ZPO.

<sup>83</sup> § 313 (2) StPO.

<sup>84</sup> Article 8:54 Dutch General Administrative Law Act.

<sup>85</sup> As, for instance, in the leave of appeal system in English civil procedure.

<sup>86</sup> This type of procedure is known as an *ordonnance*, Article R. 222-1 CJA. See also article 8.2.4. of the Dutch General Administrative Law Act.

judges that hear appeals has at least been taken into consideration, or has already been implemented.<sup>87</sup> In German civil appeals, for example, the categories of cases dealt with by a single appeal judge have been extended.<sup>88</sup> The Court of Appeal in England normally has a panel of three judges, whereas the county court normally has two. In French administrative procedure, the appeal court nowadays normally consists of three judges rather than five.<sup>89</sup> Obviously, a single judge will be the most efficient option. Therefore, we will mainly identify the effects of introducing a single judge in appeal procedures.

#### *Costs for parties and courts*

That a single judge deals with the case does not influence the costs of the parties. It does not make a difference whether a case is handled by one or more judges. The costs of the judiciary obviously will decrease, because there will be less to pay in salaries. The costs of other members of the court and the extra costs of hearings are independent from the number of judges that decide a case.

#### *Benefits*

On the benefits side of appeal proceedings, several changes will take place if only one judge looks at a case again. As more judges know more than one judge, the correction of obvious errors cannot be guaranteed, although clear errors will still be discovered most of the time, especially if the parties point them out. The functions of ensuring uniformity and law making may also be affected slightly. The benefits for the future users of the system of re-evaluation, supervision, and selection for the third level will not be influenced dramatically by the number of judges.<sup>90</sup>

For the courts, this is an efficient measure. It will not lead to any substantial cost savings for the parties, and may influence their benefits somewhat, in particular in appeal systems that also focus on re-evaluation. This may explain why this measure is not a very popular one with lawyers and parties.

### 3. *Case Management*

Case management is a measure that is applied in particular at the first level of procedures. In fast track and multi track procedures, it has been the most important cultural change in English civil procedure law induced by the Woolf reforms. Shifting the responsibility for the management of civil litigation from the litigants and their legal advisors to the courts has had substantial effects: cooperation between the parties and the courts has been improved, delays have been reduced and the number of settlements in an early stage of the procedure have increased. However, the costs have probably increased as well. In particular, the legal costs are now 'front-loaded'.<sup>91</sup> In Germany, civil courts also have been given still more responsibility for the management of civil litigation, although they were already very

---

<sup>87</sup> See also Jolowicz, *supra* note 2 at 344.

<sup>88</sup> § 526 ZPO. A single judge normally deals with cases that were dealt with by a single judge at the first level, are not very complicated, are no matter in principle and were never dealt with by a full panel of judges.

<sup>89</sup> Article R. 222-26 CJA, Décret no 2001-710, 31 July 2001.

<sup>90</sup> In French administrative law, research has been done on the question of whether introducing an *unus iudex* in illegal immigration cases affected the function of ensuring uniformity. This was not the case.

<sup>91</sup> Peysner & Seneviratne, *supra* note 72.

much involved in the process in comparison with their English counterparts. There are no concrete figures on the effects of the latest changes yet.<sup>92</sup> Whether case management in appeal procedures has similar effects is even more uncertain.

#### *Costs for parties and courts*

If case management is organised in such a way that parties are obliged to exchange information intensively and to negotiate at an early stage in the appeal procedure, the result will probably be that fewer cases reach the decision stage of the second level. However, as the English results show, whether the total amount of costs for courts and parties is really decreased, instead of just shifted to the front, is doubtful. Still, managing civil litigation in appeal procedures in such a way that the cooperation between the parties and the parties and the courts is enhanced might lead to some cost savings for the parties, in particular if the case management begins before they file extensive briefs and documents. At the same time, it will probably increase the upfront workload of court personnel, although this may be compensated by having to deal with fewer issues, in a less complex way, later in the proceedings. Furthermore, complex rules of case management can lead to new costs of upholding the rules. This effect seems to be limited, however: the English experience is that there are only a limited number of appeals on case management decisions.<sup>93</sup>

#### *Benefits*

The measure is mostly considered for reducing costs and delays instead of increasing the benefits for the parties. Case management does seem to have a neutral impact on the benefits of appeal, those arising out of the private functions of appeal as well as the public ones, though much depends on the way case management is organised. A more active judge may be perceived as a judge who gives more voice and more respect to the parties, however.

In short, the measure may have a neutral effect on the benefits, depending on how case management is organised. Furthermore, the measure tends to shift the costs from one level to another, instead of decreasing the costs. Cost savings for the parties are likely when case management is done early in the procedure.

#### 4. *Different Procedures for Evidence and Argumentation*

Changes in the way parties can bring forward their arguments and give evidence can result in faster and less costly procedures. The following measures have been considered in Dutch civil law: parties are obliged to give reasons for their requests to hear witnesses, the court can refuse to hear witnesses if it is unlikely that hearing the witness will contribute to the just resolution of the case, and courts use written witness statements rather than oral ones. In Dutch criminal law, measures regarding the supply of evidence have been taken recently in order to make appeal proceedings more efficient. For example, the appellant has to announce at an early stage which witnesses he wants to call, so a single judge can hear these witnesses before the trial in court before a three-judge panel.

---

<sup>92</sup> First impressions are given in Huber (et al.), *supra* note 2.

<sup>93</sup> Peysner & Seneviratne, *supra* note 72, at ii.

The most drastic way to make the appeal proceedings more efficient in this respect is by excluding new evidence in appeal proceedings, i.e., evidence that was not submitted before the court in first instance and that should have been submitted at that stage of the proceedings.

#### *Costs for parties and courts*

Measures in the sphere of the way parties can provide evidence may lead to extra out of pocket expenses for the parties, because they are not free to choose the cheapest way of giving evidence. Measures that exclude evidence in appeal will probably also lead to more expenses for the parties in the first instance. They will try to make sure that they have given all evidence in first instance, because the appeal procedure will not work as a safety net. On the other hand, the parties will save the costs of hearing witnesses or considering other evidence.

The courts may save money by such rules. In the first place, they will sometimes refuse evidence. In the second place, it will be easier to assess the value of the evidence that has been produced. They only have to do a re-evaluation, instead of assessing the value of extra evidence.

#### *Benefits*

Accepting only certain evidence this will lead to some loss on the benefits side for the parties. There would be less opportunity to correct errors made by judges in first instance, because the parties are bound by these rules of evidence. The benefits that arise out of the functions of supervision, ensuring uniformity/law making, and selection for third instance will not be affected.

Summarising, limiting the amount of evidence on appeal may lead to some cost savings, in particular for the courts. For the parties, it is likely to turn out as an extra procedural hurdle. The function of error correction is likely to suffer.

### 5. *Obligations to Use Legal Representation*

Parties are not always obliged to be represented by a lawyer. Introducing an obligation on this point might improve appeal proceedings, provided that these lawyers have special knowledge and skills concerning the procedure in question. This type of measure has been taken in French administrative procedure.<sup>94</sup> Some legal systems not only oblige a party to have a lawyer in appeal proceedings, but this lawyer must be specialised in appeal proceedings as well. This instrument is known in German civil law.

#### *Costs for parties and courts*

If the obligation to use legal representation leads to hiring a lawyer whereas the party otherwise would not have hired one, obviously this will increase the out of pocket expenses for this party. These expenses will increase if the parties have been represented by a lawyer in the first instance and are forced to hire a different (specialised) lawyer in the appeal procedure. A specialised lawyer is likely to be more

---

<sup>94</sup> Article R. 811-7 CJA, Décret no 2003-543, 24 June 2003.

expensive, and extra time will have to be spent on the instruction of the (specialised) lawyer. Some delay may be caused by this as well.<sup>95</sup>

The costs for the judiciary will possibly decrease somewhat, because (specialised) lawyers will probably give a clearer picture of the dispute and of the relevant judicial arguments than non-lawyers would. In that way, (specialised) lawyers can make the job for judges easier. Specialised lawyers may know more about the way appeal courts screen their cases, so they may provide better information on the prospects of success for the appellant, leading to fewer appeals. They may have to think about their reputation with the appeal court, and thus may bring fewer cases to the court with negligible prospects of success. On the other hand, specialised lawyers bring in their own incentives. Their introduction may even tend to make proceedings more complicated.<sup>96</sup>

### *Benefits*

The benefits of appeal proceedings for the parties may increase somewhat if more errors are detected by the specialised lawyers. This is not likely to make much difference for the errors with the gravest consequences, however. They may also have a better feeling for cases that are suitable for law making, if this is an important function of the (level 2) appeal.

Introducing this measure means that the parties have to spend more money if they want to appeal. The magnitude of this effect is hard to estimate, but legal costs form a substantial proportion of the total costs. An obligation to use a (specialised) lawyer may well impose higher extra costs than, say, a rise in court fees. The effects are thus rather similar to the effects of other price increases. Cost savings for courts are not very likely. The increase in benefits is not likely to be very substantial.

## 6. *Postponing Judgment Writing*

In criminal procedures, the writing of judgments in first instance is sometimes postponed. Judgments in first instance normally have two parts: the outcome of the procedure (the decision itself), and the reasoning that led to this decision (the opinion). One way to increase the pace of procedures in first instance is to render the decision and leave out the opinion. The opinion will be written only if one of the parties appeals against the decision. Another option is to give the judgment orally, and not in writing. Only if parties appeal against the decision, will the judgment be put in writing.

### *Costs for parties and courts*

This measure is atypical, because the savings in costs for the judiciary will primarily occur at level 1. The effect might not be so great, however, because evidently every judgment needs to be motivated. Writing down the motivation will cost some extra time, but not very much. Writing the opinion will take extra time if the judgment is not written down immediately but after some time, because an appeal has been

---

<sup>95</sup>The English experts thought that if this measure were introduced, the parties might save costs as well, because now they sometimes invest time and money that would not have been invested if they had had proper advice.

<sup>96</sup>The experts we consulted were positive that the introduction of specialised appeal lawyers does not contribute in a significant way to cost savings, or to greater benefits for the parties.



lodged. Yet, in some legal systems, like in American civil law, not writing down judgments is the starting point. The lower the appeal rate, the more effective this measure will be because, if a large proportion of the judgments does not have to be motivated, the procedure (in first instance) becomes less costly. The parties will not save any costs. They may suffer delay in the event of an appeal, because the court will need time to do the writing.

### *Benefits*

The functions of appeal, and the corresponding benefits, are not affected by introducing this measure, but there is a possible side effect that has to be mentioned: ensuring uniformity and law making in first instance may be negatively affected.

## 7. *Specialised Appeal Courts*

Specialisation is rather common in the legal systems we studied. Germany has special courts for tax matters, employment matters, and social security matters. Its highest courts have a tradition of specialisation between different divisions as well. Sometimes, one level 1 court is the only court for a certain type of case (patent cases, trade mark cases, for instance) and the territorial division of labour between appeal courts then also leads to specialisation at level 2. An example of a specialised Dutch appeal court can be found in military criminal law: the Court of Arnhem is specialised in this type of cases. In Dutch administrative law, three courts of appeal exist, all three with their own competence: the Trade and Industry Appeals Tribunal is specialised in economic administrative law, the Central Appeals Tribunal in social security and civil servant cases and the Administrative Law Division the Council of State in all other areas of administrative law.

### *Costs for parties and courts*

The out of pocket expenses, more specifically the travel costs, for the parties will be slightly higher because, in contrast to what is normal in most cases, the parties will have to go to a certain court that is not necessarily near their residence. However, travel costs tend to be a tiny proportion of total costs, and this cost increase is compensated by cost saving which can be quite substantial. If parties can expect that a court knows the real issues, the relevant facts and the relevant law, the parties can limit the amount of information they submit to the court. Moreover, they are likely to be able to save costs, because they can anticipate the way a specialised court manages its cases.

The costs for the judiciary will decrease by introducing this measure. The costs of the judges and the costs of other court personnel will decrease, because the court personnel will have more knowledge of certain cases. Therefore, they need less time to prepare cases and write judgments.<sup>97</sup>

### *Benefits*

Specialisation can contribute to a legal system in which equal cases are treated equally, and therefore the function of ensuring uniformity can be positively affected if this measure is introduced. Errors can be detected more easily by specialised courts. The procedural justice benefits of being heard by a knowledgeable court may be

---

<sup>97</sup> See also Jolowicz, *supra* note 2, at 343.

higher as well. One possible drawback is that the function of ensuring uniformity and law making could be endangered, if there is specialisation in areas that overlap with other areas as concerns the general aspects. For example, in Dutch administrative law, the three appeal courts sometimes differ in opinion about topics concerning general administrative law. As a result, the case law of the three courts diverges on some points. In that way, specialisation does not always contribute to the function of ensuring uniformity. An additional mechanism to reconcile such differences may be necessary. Another consequence is the risk of “group think”.<sup>98</sup> The downside of specialisation is that a ‘fresh look’ from outsiders may be lacking. Letting the same judges decide the same issues for too many years is not advisable. Some mechanism for rotation will be necessary, and possibly other organisational measures to encourage innovation.

Summarising, specialisation seems to be an attractive option. The drawbacks seem to be limited and are likely to be remediable.

#### 8. *Decreasing Time Limits for Appeal*

Decreasing the time limit for appeal will affect the number of appeals somewhat. In Dutch law, the time limit in civil law is in principle three months, in administrative law six weeks, and in criminal law fourteen days. What will be the costs and benefits of shortening time limits?

##### *Costs for parties and courts*

The costs for the parties could increase somewhat: if they have a shorter time to appeal, it might become more expensive to appeal in time. If a party is really in a hurry, a lawyer might charge a higher fee. Moreover, the time limit may become too short for a well-considered decision on whether to appeal, which may lead to a larger number of appeals which may not all be withdrawn at a later stage. On the other hand, if the parties suffer costs of delay, a shorter time limit is also in their own interest. However, shortening the time span for an appeal procedure, which will often take around a year or more, with a few weeks will not contribute much to decreasing the costs of delay.

##### *Benefits*

If a party loses his right to appeal because he exceeds of a time limit, this will affect the functions ‘correcting errors’ and ‘re-evaluation’. The party does not have the opportunity to get a judgment that corrects an error, or another opinion on the same case from another judge. If the time limit is short, some parties may miss it.

Summarising, this measure will not contribute much to less costly appeal proceedings, because it would not substantially change the number of appeals, or even lead to more appeals, and may lead to a decrease in benefits for those who miss the deadline for appeal.

---

<sup>98</sup> C.R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent* (2003), Cambridge: Harvard University Press.

## D. Alternatives To Appeal

### 1. *Easier Access to Other Correction Mechanisms*

Easier access to other correction mechanisms is another possible measure. An example of another correction mechanism is a first level's authority to correct its own draft decisions on the basis of the reactions of the parties.<sup>99</sup>

#### *Costs for parties and courts*

The costs for courts on appeal will obviously decrease. The downside is that the costs of the other correction mechanism increase. In the event of a minor error, the decrease of costs of appeal courts will outweigh the increase of costs of the other correction mechanism. As soon as the other correction mechanism has the same amount of work to do as the appeal court, the costs will only be transferred, not increased. The same will probably apply for the costs of the parties.

#### *Benefits*

The benefits are not dramatically affected by this measure, provided that the other correction mechanism has the same standard in quality. The drawback of letting the lower court correct its own errors is obviously that it may not always be trusted by the parties to do so. Some kind of supervision by the appeal court may be the solution. For re-evaluation, this mechanism seems unsuitable.

In sum, if correction of (clear) errors is an important goal of the system, this measure may be attractive. Some kind of incentive on the lower level court to reconsider its decision seriously may be needed.

### 2. *Means to Settle a Case Out of Court*

One way to reduce the number of appeals is to expand the means to settle a case out of court. Mediation is one example.<sup>100</sup> Other forms of ADR that may be relevant are arbitration or specific boards of conciliation in employment cases.<sup>101</sup> In some jurisdictions, the courts have the power to force the parties to negotiate, but in most jurisdictions, these alternative dispute resolution mechanisms are only accessible on a voluntary basis.<sup>102</sup> These means to settle a case without court judgment are not

---

<sup>99</sup> See, for example, Articles 31 and 32 of the Dutch Civil Procedure Code. Courts have the authority to complement a judgment under strict conditions or to correct 1) a clear 'slip of the pen' or 2) other simple errors which can easily be corrected. Some claim that this specific correction mechanism should be expanded to other types of errors, see W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans: Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht* (2003), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 206. § 139 of the German ZPO contains an approach which is in line with this. This article obliges judges to inform the parties if they have failed to provide all information needed to make a judgment, which prevents "surprise decisions".

<sup>100</sup> The Council of Europe explicitly recommends this type of Alternative Dispute Resolution in various fields (family law, administrative law, and criminal law). For an overview of the practice of mediation in several law systems, see the European Commissions Green Paper on ADR 2002 and also the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

<sup>101</sup> Van Rhee provides an overview of specific means of conciliation in several European law systems, see C.H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure* (2005), Antwerpen: Intersentia, at 185-187.

<sup>102</sup> In England, attempts to settle cases must be reviewed in the light of the overriding objective of dealing with cases justly. This means that parties are under an obligation to avoid litigation. In pre-

specific measures to improve appeal procedures. Often they are most effective if used at an early stage in the procedure, but some cases settle through mediation at the appeals level.<sup>103</sup>

#### *Costs for parties and courts*

The costs for courts will obviously decrease (provided that the alternative means are out of court means), but the costs for the parties are difficult to measure. It depends on the cost of the alternative dispute resolution mechanism. Figures on this area are ambiguous.<sup>104</sup> At the appeal stage, ADR mechanisms will mostly be out of court negotiations (with or without a mediator), since the parties have obviously already chosen to litigate. From a cost perspective, both parties may think that trying to settle the case by negotiating (with or without mediation) is yet another source of costs, with little chance of success at this stage. As mentioned, the means to settle a case out of court are often most effective if used at an early stage in the procedure.<sup>105</sup>

#### *Benefits*

Whether or not the benefits are affected by this type of measure depends on the type of alternative dispute resolution system. If mediation is the alternative dispute resolution system, the benefits seem, oddly enough, to decrease. Errors are not directly corrected in mediation, re-evaluation is not an issue either, and supervision, law making and ensuring uniformity are not achievable through mediation procedures. These are, however, the specific goals of appeal procedures, not the goals people may try to achieve by dispute resolution. Mediation is a procedure that typically focuses on other goals people might have, like reaching an interest-based solution and meeting their need for procedural justice. Comparing this measure on a benefit scale therefore implies that the benefits need to be expanded to general goals people might have in resolving disputes.

### 3. *Prevention*

Preventing appeal procedures is the last measure explored. Instead of investing time and money in improving appeals, resources may also be used to prevent the types of errors or need for re-evaluation that induce the parties to use their right to lodge an appeal.<sup>106</sup> Prevention of errors at the first level can occur in many ways. Quality programme, improved selection, and education of court personnel at level 1, simple

---

action protocols, the parties are forced to exchange information. If they do not comply with this obligation, they may face an unfavourable cost decision. The results are phenomenal: Peysner and Seneviratne mention that 60 to 80% of the cases in fast and multi-track procedures are settled in the eight courts they examined (*supra* note 72). Furthermore, English courts, as well as Dutch, French, and German courts, encourage alternative dispute resolution mechanisms whenever parties may be able to settle the case, see Van Rhee, *supra* note 101, at 186-187.

<sup>103</sup> However, a recent Dutch experiment shows that an attempt to settle prior to appeal procedures is often successful. According to the researchers, this can be explained by the fact that the court's judgment at the first level provides parties with further directions on how to deal with the conflict. See W.L. Valk & C.G. ter Veer, *De comparitie na aanbrengen in hoger beroep*, *Nederlands Juristenblad*, 1985-1987 (2005).

<sup>104</sup> See Tyler (*supra* note 34), who compared the cost of mediation with the costs of a judicial procedure. The total amount of costs stayed the same. The decrease of costs per case was set off against an increase in cases that were brought up before a neutral third person.

<sup>105</sup> See, however, *supra* note 103.

<sup>106</sup> See also the final conclusion of Jolowicz: "Only a reduction in the demand for appeals can provide a satisfactory solution; supply side controls can be nothing but a palliative" (*supra* note 2, at 351).

measures like reading each others judgments before they are issued, and sharing more information on similar cases are examples. The parties themselves can also contribute to the prevention of errors, for example, if they are obliged to come up with their most important arguments, facts and evidence at an early stage in the procedure. § 139 of the German *ZPO* may be an example of a simple measure that prevents appeals because the parties want a rehearing. This article obliges judges to discuss all the important issues with the parties, and to inform the parties if they have failed to provide all the information needed to make a judgment. This prevents “surprise decisions”, which may be an important cause for appeals that could be avoided.

#### *Costs for parties and courts*

The costs of this type of mechanisms for the parties and the courts are probably shifted from the second level to the first one. Considering the amount of costs of facilitating the (rather expensive) second level, a decrease of the total amount of costs is thinkable, though we need to take into consideration that only a limited number of cases will go to appeal.<sup>107</sup> Whether or not this measure leads to real cost savings depends on the way the prevention is organised, the total number of cases that go to appeal and the resources spend on appeal compared to what is spent on improvements at the first level.

#### *Benefits*

The benefits of appeal are not affected by this measure. On the contrary, a side effect may be that the benefits to the parties of the first level decision and procedure may be enhanced.

### **E. Adding up Several Mechanisms**

In most appeal systems, several mechanisms to restrict access to appeal are in place. A threshold for the value at stake, for instance, is very common. On top of this, many appeal systems have at least some sort of screening device, in which rules restricting access to appeal are applied: leave for appeal, restrictions applied in the appeal procedure itself, fast track proceedings, or limitations to issues brought up by the parties. What are the likely effects if more than one mechanism is applied within one appeal system?

Every successful mechanism will lead to a reduction in the number of cases heard on appeal. The next mechanism will, therefore, only have effect on the remaining pool of cases. If many cases in which stakes are small are already excluded by a threshold, a new mechanism that uses the value of the stakes as an access criterion will be less successful in limiting the number of cases to be heard.

Applying different mechanisms cumulatively may also lead to multiple screening moments, which can be inefficient. Giving leave for appeal, and then establishing in the appeal procedure that the appeal does not meet the criteria for hearing a case on appeal after all, is an inefficiency which may not always be avoidable, but if this is a recurring event, there may be ways to optimize the screening at the leave for appeal phase. Much depends, again, on the manner in which the courts organise their work.

---

<sup>107</sup> Shavell, *supra* note 22.

In a leave for appeal system, it may be possible not only to select cases that are allowed to go to appeal, but also to establish what cases can be decided in a fast track, because the likelihood of a successful appeal is very high. An outcome of a leave for appeal screening may also be a set of instructions for the appeal procedure, which limits the costs for the parties and the courts to deal with the case.

## **V. Discussion and Conclusions**

### **A. Limitations of this Study and Suggestions for Future Research**

In this paper, we investigated the likely costs and benefits of measures that may improve appeal systems. We studied their impact on the costs of the appeal procedure for the parties, the costs for the judiciary borne by the state, and we tried to gauge the benefits for the parties and for future users of the court system. We also took into account the possible effects of those measures on pre-trial dispute resolution, the first level of the court system, and the third level of the court system.

First, a word of caution. What we have developed is a framework for analysis. We established cost factors and benefits that are likely to occur. We subsequently used this framework to evaluate measures with the help of experts on appeal systems. We did find some empirical studies that support this analysis, but they are few in number, so the results critically depend on the quality of our theoretical framework.

Another critical factor is that appeal is a second level, embedded in a system that has at least one level “below” it, and one level above. The effects on these other levels are not always easy to estimate, but they are sometimes essential for the outcomes presented here. In particular, the effects of appeal procedures on the first instance can be substantial. In that respect it would be helpful if a good model existed for the evaluation of the benefits and costs of first level proceedings. In a sense, it is strange to do this type of analysis and to start with the second level, instead of trying to get a better understanding of level 1 first.

An issue that warrants further study is the optimal division of labour between the different levels of the court system. Anglo-American procedures and continental civil law systems have very different ways in dealing with this. The introduction of new, intermediary levels in the form of mediation, summary judgments, and settlement conferences suggest that there is some demand for faster, low cost decisions in first instance, backed up by a more extensive procedure at higher levels. However, some measures we discussed in this paper seem oriented towards improving the first instance, and relieving the pressure on the appeal phase, with the risk of frontloading of costs to the lower level(s). A fundamental choice, it seems, is the one between a rather fast and cheap first instance, with ample correction mechanisms, and an extensive first instance, with hardly any need for improvement of the decision at level 2. Another fundamental choice is whether level 2 should make a serious contribution to law making, or leave that to level 3.

Generally, and tentatively, we suggest as an hypothesis for follow-up research that the benefits of the appeal system are highest, and the costs lowest, if the appeal system performs other functions than the level 1 courts, and in particular those functions that support and enhance the level 1 courts work: error correction, law making, and ensuring uniformity.

## B. Enhancing Benefits and Decreasing Costs

In Section III.A and B we developed a framework for evaluating the costs and benefits of appeal procedures, and in particular we translated the different functions of appeal into concrete costs and benefits for courts, parties, and future users of the court system. This already led to some general conclusions (Section III.D), to which some other general insights can now be added, after we discussed the costs and benefits of concrete mechanisms suggested to improve appeal proceedings.

Our analysis first shows that error correction is the function of appeal with the clearest benefits.<sup>108</sup> The larger the change in outcome induced by the error, the higher these benefits. We distinguish error correction from re-evaluation where changes in outcome may also occur, but within the margin of discretion of the courts. Here, the value of appeal to the parties is limited to that of additional procedural justice (being heard and listened to by another respectful, neutral and trustworthy court), which may not outweigh the costs of appeal for the parties and the state.<sup>109</sup>

Public goals of the appeal process (benefits for future parties) may be achieved if the appeal process renders useful precedents that enable earlier and less costly settlement of future disputes or prevents future errors by lower courts. Moreover, an effective appeal system may contribute somewhat to the trust in the justice system as a whole, but it is unclear whether this trust is a benefit that is independent from what the appeal court actually performs in delivering other benefits.<sup>110</sup> The first general conclusion directly follows: the more the appeals process focuses on correcting and preventing the errors with the highest impact on outcome, the higher the benefits. Our recommendation therefore is: *focus on errors that have a big effect on outcome, in particular if these errors are easily detectable.*

Secondly, the more useful precedents an appeal system generates, the greater its benefits. This information enables future users of the court system to settle their differences earlier and thus to save costs, as well as the costs of the court system. However, as we saw, the appeal system may not be very efficient in producing useful precedents, and it competes with other law making devices that may be more efficient. An appeal court needs resources to create useful precedents. Protecting it from being overburdened by limiting the number of cases it hears does not automatically lead to more useful precedents. The appeals court should also use its resources efficiently in order to deliver precedents that are really useful for future users. Thus, *if law making is the goal of an appeal system, establish whether there are more efficient ways to create law, free up resources for this function, and organise the work of the court in such a manner that it generates more useful precedents (information that enables large numbers of future users of the court system to save costs in their dispute).*

For some court decisions, the procedural justice value of appeals may be a very relevant factor, for instance, in case of a criminal sanction of some severity, such as a long prison sentence or a high fine. Whether having a second day in court at the appeals level contributes significantly to the procedural justice a disputant perceives is

---

<sup>108</sup> See III.B.1.

<sup>109</sup> III.B.2.

<sup>110</sup> III.B.3.



yet unclear, because this has not been researched. What can be said, however, is that allowing appeal for this reason assumes that procedural justice is generally available for these cases at the first instance. In some systems, many cases cannot be heard in any court at all, because hearing them in first instance is too costly, so that these cases are settled, or plea-bargained. The added value, from a procedural justice perspective, would arguably be higher if these cases at least could be heard by one court, instead of allowing some cases to get a second hearing. This argument becomes even more pressing if the appeal court is a more expensive court. Our third recommendation is therefore: *if the court system lacks the resources to give a certain type of disputants a day in court at the first level, do not use the costly appeals system for re-evaluation in order to give some disputants of this same type a second day in court.*

Generally, therefore, improving the appeal system is a matter of enhancing the benefits. This can be done by a selection of cases in which the benefits of appeals are likely to be high (improving incentives for self-selection by the parties or selection by the courts). It is also a matter of organising the appeals process in such a way that the benefits are highest. Case management – organising the interaction with the parties – can contribute to devoting the resources to the issues that are most likely to lead to the highest benefits. But it is also a matter of organising the work of the court itself. *An appeal court should not only manage the interaction between disputants, but also develop internal procedures, routines for composing judgments and possibly new tools, enabling it to deliver the highest benefits to the parties and to future users of the court system.*

On the side of the costs, we distinguished between the costs for the judiciary and the costs for the parties. Many measures we discussed are being considered by the judiciary, or by the government institutions sponsoring the judiciary. It is therefore not surprising that their focus is on the costs for the judiciary, and not so much on the costs for the parties and for future users of the court system. These costs are outside the view of the judiciary, that has only limited knowledge of the true costs of litigation experienced by users of the court system. In this study, however, we tried to focus on these costs as well. We found some measures that may decrease the costs for courts, but which may lead to cost increases for the parties, or to decreased benefits, with no corresponding decrease in costs. In particular, screening criteria that give appeal courts wide discretion in hearing appeals or not, but that make screening decisions highly unpredictable for the parties, may have this effect. Another example is restricting the possibility to bring forward new issues, which can lead to some cost savings for courts and the parties at the appeal stage, but may lead to extensive front-loading of costs in the first instance.

### **C. Most Promising Measures**

Now we proceed to the measures that we reviewed. Restrictions in tasks for appeal systems (see IV.A) can be achieved in several ways, such as a leave for appeal system, a system limiting grounds for appeal, not allowing appeals for certain types of cases, restrictions on new issues, limiting appeals to issues brought up by parties, and limits to stakes of a certain value. The effect of these measures critically depends on the screening costs, the amount of costs saved in the appeals process, and the possible decrease of benefits.

Screening costs will be low if criteria are easy to apply with sufficient predictability. Disputants will subsequently self-select and be able to save costs. Generally, the earlier the screening takes place, the more cost savings are possible, so leave for appeal is more attractive than limiting grounds.

In order to render the highest benefits, screening criteria should allow appeals for errors with a big impact on outcome (big errors in cases with a high value to disputants). If an appeal system is to have an important public function, cases should be selected that have the potential of leading to a precedent that enables a high number of future disputants to save costs in settling their differences.

Restrictions on new issues can lead to high screening costs. Moreover, they may lead to new procedures.<sup>111</sup> The most prominent disadvantage, however, is that all parties in all procedures will become more eager to raise all their possible points in first instance. This mechanism is known as front-loading of costs. It is well documented in relation to the introduction of pre-action protocols in the UK.

Forcing the parties to name issues and to limit their appeals will only work if there are incentives to be precise and to limit the scope of the case. This will not be the case if the appeal allows a full re-evaluation. Such a mechanism may be a great tool for self-selection, however, if the appealing party must show the size of its possible benefit (a high probability of a large change in outcome), or that of future users of the court system, in order to be admitted to the appeals process. If this can be combined with a system with leave for appeal, it will also save the court screening costs.

Exclusion of low stakes cases seems consistent with our costs-benefits analysis. For medium value cases, a leave for appeal system could be effective, and for very high value cases (the severest criminal sanctions, civil cases with very high stakes, and administrative cases with a great and direct impact on the interests of many people) a presumption that an appeal should be heard.

If we turn to incentives (see IV.B), increasing prices by raising court fees leads to self-selection. It only works in case of a large increase, because court fees are only a minor part of the total costs incurred by the parties, that also include the fees of lawyers, time spent, and other costs such as delay.

Improving incentives for lawyers seems to be an important issue, because they are likely to influence the decision making of clients, in particular, in ambiguous situations where the probability of success of the appeal is unclear.

We studied several measures to deal with appeal cases more efficiently once an appeal is allowed (IV.C). A fast track procedure for straightforward cases that can be decided easily may lead to some cost savings, but this is less so if these cases already self-select because of clear criteria. It may very well be that a successful fast track procedure should be seen as a sign that the screening criteria can be made more explicit.

---

<sup>111</sup> IV.A.4.

Of the various manners in which cost savings can be achieved, we concentrated on single judges hearing appeals instead of three or more judges. Hearing appeals by single judges is a measure that is widely applied. It leads to high savings for the judiciary, and a relatively small decrease in benefits, but not to cost savings for the users of the system. It may be interesting to study other ways to save costs at the appeal level, in particular if appeals processes are oriented towards correcting big errors which are more or less easily detectable (in particular if they have to be identified by the disputants themselves). This suggests, for instance, that identifying errors can be delegated to lower level personnel.

Case management is a good thing if the parties can save costs, but front-loading of costs is a substantial danger, so appeal courts should be careful not to order the parties to give more information, at least not without taking into account the costs of producing the information.

Specialised appeal courts seem to have many advantages: more law making, lower costs of appeals, more self-selection by disputants. The main disadvantage is “group think”: a limited number of judges and lawyers determines the law in a certain area. A third level court which is not specialised or intensified supervision by the legislator may provide safeguards here. Another disadvantage may be that specialization leads to different approaches of common (for instance, procedural) issues by specialised courts. This may – in some situations – lead to extra costs for future parties, or to unacceptable differences in procedural justice parties receive, but whether this is a substantial problem should be researched more thoroughly and, if possible, empirically. The experience with the German third level appeal system, however, seems to suggest that these downsides are manageable, if necessary by an ad hoc procedure to settle differences in approaches between the highest courts.

There are several measures which do not seem advisable or only after more careful consideration: specialised lawyers, limitations on evidence, and decreasing time limits for appeal. Postponed judgment writing may lead to a cost saving in first instance, and this may work if the number of appeals is low.

As to the alternatives for appeal (IV.D), they may be an important area for further research. Appeal is a rather expensive mechanism for error correction, and may (because of the high number of cases that have to be processed for one useful precedent to emerge) be an expensive way to make law as well. Preventing errors at the first level may be an efficient option. This can be achieved, for instance, by rather simple measures such as letting judges interact and comment more on each other’s work, or by procedures that prevent surprise decisions.

## Samenvatting

### 1. Inleiding

Hoger beroep is in bijna ieder Europees land in ontwikkeling, in het strafrecht, het bestuursrecht en in de civielrechtelijke procedure. Redenen om hoger beroepsprocedures te herzien zijn onder andere: vermindering van kosten, verbetering van doorlooptijden, het weren van hoger beroep procedures die ingesteld worden om te vertragen of de onderhandelingspositie te versterken en de verbetering van de kwaliteit van hoger beroep procedures. In dit paper proberen we de effecten van verschillende maatregelen tot herziening voor zowel partijen, als het rechterlijk apparaat, als toekomstige gebruikers van het rechtssysteem systematisch in te schatten. Dit systematisch inschatten doen we door middel van een kosten/baten analyse, waarbij zowel de kosten als de baten zoveel mogelijk gespecificeerd zijn (wie heeft welke voor- dan wel nadelen van welke maatregel). Op deze manier toetsen we de belangrijkste maatregelen tot herziening van hoger beroep procedures in civiel recht, strafrecht en administratief recht. De rechtssystemen zijn die van Nederland, Duitsland, Engeland en Frankrijk.

### 2. Hoger beroep in ontwikkeling: een dwarsdoorsnede

Uit de landenrapporten blijkt dat vijf ontwikkelingen kenmerkend zijn voor hoger beroep procedures in de diverse rechtsgebieden van de verschillende rechtssystemen.

- Hoger beroep is doorgaans uitgesloten in bagatelzaken. Soms gebeurt dit door middel van een financiële drempel, soms door een drempel die ziet op de hoogte van de straf en soms door een limitatieve opsomming van redenen om in hoger beroep te gaan. Alleen in het administratieve recht gebeurt dit minder.
- Er is een verschuiving van *rehearing* naar *review* procedures. Hoger beroep wordt vaak niet meer gezien als een volledig nieuwe kans waarin partijen hun eisen, verweren en bewijsmiddelen (al dan niet aangepast) onbeperkt aan een tweede instantie kunnen voorleggen. Grofweg komt het erop neer dat het vonnis in eerste aanleg steeds meer het richtpunt is, waarbij de tweede aanleg zich op een toets van de juistheid van dit vonnis concentreert. Deze ontwikkeling uit zich in maatregelen, zoals een verlofstelsel, de limitatieve opsomming van gronden om hoger beroep in te stellen, de mogelijkheid partieel appel in te stellen en een verbod tot het aanvoeren van nieuwe feiten, stellingen en bewijzen.
- Hiermee samenhangend: het vonnis in eerste aanleg wordt steeds meer als eindbeslissing gezien, in plaats van een ‘tussenstation’ in het verloop van de procedure. Het finale karakter van het vonnis in eerste aanleg is in het bijzonder herkenbaar als sprake is van een verlofstelsel; een stelsel wat in meer en meer rechtsgebieden ingevoerd dan wel overwogen wordt. Ook het afschaffen van opschorting van de tenuitvoerlegging door hoger beroep ligt in deze lijn.

- Strafrechtelijke hoger beroep procedures hebben een bijzondere plaats. Ze hebben minder beperkingen. Een verklaring is mogelijk de zwaarte van de belangen van de verdachte, en de ongelijkheid van beide partijen in het strafproces. De bijzondere positie van hoger beroep in strafzaken is met name erkend in artikel 14.5 *International Covenant on Civil and Political Rights* en artikel 2 *Seventh Protocol European Convention of Human Rights*. Beide artikelen geven minimumvoorschriften, maar evengoed veel vrijheid in hoe de toegang naar hoger beroep georganiseerd wordt.
- Er wordt meer en meer nagedacht over verbetering van de interactie tussen de fase voorafgaand aan een rechterlijke procedure, de eerste, de tweede en de derde aanleg in procedures. Hoger beroep is slechts een schakel in het geheel; veranderingen in één van deze fasen hebben effect op de andere fasen. Een stevige pre-trial of *trial* fase in eerste aanleg vermindert bijvoorbeeld de noodzaak om het hoger beroep te beperken, omdat minder zaken zullen doorstromen. Een systeem waarbij eerste aanleg laagdrempelig is, met de mogelijkheid snel en tegen lage kosten een vonnis te krijgen, legt meer druk op hoger beroep, maar is per saldo misschien niet duurder en hoeft ook niet tot minder rechtvaardige einduitkomsten te leiden.

### 3. Vier soorten maatregelen tot verbetering

Op basis van de landenrapporten onderscheiden we vier soorten maatregelen tot verbetering.

- *Vermindering in de aard en de hoeveelheid taken van hoger beroep rechters.* Het invoeren van een verlofstelsel is een voorbeeld. Andere voorbeelden zijn: het limitatief opsommen van de gronden voor hoger beroep, het uitsluiten van hoger beroep in specifieke situaties, het verminderd toelaten van nieuwe feiten, stellingen, bewijzen en weren, de beperking tot ‘grievens’ door partijen aangevoerd en tot slot het uitsluiten van hoger beroep in bagatelzaken.
- *Veranderingen in de prikkels om in hoger beroep te gaan.* Voorbeelden zijn het verhogen van de prijs voor hoger beroep, het introduceren van de mogelijkheid om in hoger beroep slechter af te zijn en veranderingen in prikkels voor advocaten om in hoger beroep te gaan.
- *Veranderingen in de manier waarop de hoger beroep procedure is ingericht.* Hieronder vallen de bijzondere (vaak versnelde) procedures voor duidelijke zaken, vermindering van het aantal rechters per zaak, *case management*, veranderingen in de bewijsvoering, de verplichte procesvertegenwoordiging, het uitstellen van het schrijven van een vonnis, gespecialiseerde rechters in hoger beroep en kortere beroepstermijnen.
- *Alternatieven voor hoger beroep*, waaronder een verbeterde toegang tot andere correctiemechanismen, het bevorderen van schikkingen en het voorkomen van de noodzaak tot hoger beroep procedures.

## 4. Raamwerk voor evaluatie

### 4.1 De kosten voor partijen en de rechterlijke macht

Bij de kosten/baten analyse maken we onderscheid tussen de kosten voor partijen en voor de rechterlijke macht. De kosten voor partijen onderscheiden zich in vier categorieën: de directe uitgaven (*out of pocket expenses*), kosten die ontstaan door tijdsinvesteringen, verdragingskosten en emotionele kosten. Voorbeelden van directe uitgaven zijn: honorarium van de advocaat; griffierecht, uitgaven die worden gedaan bij het voorbereiden van de zaak, kosten ten behoeve van deskundigen en getuigen, vertaalkosten en ten slotte reiskosten.

Verschillende de factoren beïnvloeden de hoogte van deze kostenposten. Zo hangen de *out of pocket expenses* onder andere af van de complexiteit van de zaak, van de hoeveelheid informatie die benodigd is, van de structuur van de procedure, van de houding van de rechter en van de interactie die partijen onderling hebben. De omvang van de *out of pocket expenses* is vrij gemakkelijk te bepalen aan de hand van rekeningen etc., maar tot dusver zijn weinig pogingen ondernomen een goede schatting te maken van kosten voor partijen in concrete procedures. Ook is weinig informatie beschikbaar over de omvang van de kosten door tijdsbesteding van partijen en hun rechtshulpverleners. Het gaat dan bijvoorbeeld om de kosten van (arbeids)tijd die anders aangewend had kunnen worden. Te verwachten is dat dit een substantiële kostenpost is in het totaalbeeld. De verdragingskosten bestaan uit het verlies van kansen door een onzekere uitkomst van de procedure. Factoren die de omvang bepalen zijn onder meer de duur van de onzekerheid en de waarde van het geschil. Onzekerheid over de uitkomst van de procedure leidt ook tot extra emotionele kosten, in ieder geval bij diegenen die risico-avers zijn.

De kosten voor partijen in een schema:

De kosten van hoger beroep voor partijen		
Soort kosten	Belangrijkste categorieën	Opmerkingen over de factoren die de omvang bepalen
'Out of pocket expenses'	Honoraria advocaten	Afhankelijk van: - Het aantal geschilpunten in een zaak, - De hoeveelheid benodigde informatie voor een beslissing op elk punt, - De moeilijkheidsgraad om de informatie op tafel te krijgen, - De structuur van de procedure, - De houding van de rechter, - De interactie tussen partijen.
	Griffierechten	
	Honoraria en andere kosten voor experts, getuigen, deurwaarders, tolken en vertalers, etc.	
	Reiskosten	
Gespenseerde tijd (door partijen en rechtshulpverleners)	Instrueren advocaten	Afhankelijk van: zie boven In te schatten als <i>opportunity costs</i> . - Kosten van arbeid - Waarde van vrije tijd Waarschijnlijk substantiële kostenpost (honderden uren, minder in de meest simpele procedures, meer in complexe procedures)
	Bewijs verzamelen	
	Bijwonen zittingen	
	Strategie bepaling	
	Informatie verschaffen aan belanghebbende, de pers, etc.	
Reizen		
Kosten van vertraging	Waardevermindering kapitaal door onzekere uitkomst	Deze kosten nemen toe naarmate meer tijd verstrijkt. Het aantal maanden dat de

	Verlies van kansen door onzekere uitkomst	procedure voort duurt, is een indicator van deze kosten, evenals de omvang van de belangen in het conflict.
<i>Emotionele kosten</i>	Stress, etc.	Onzekerheid leidt tot extra kosten voor partijen die risico-avers zijn. Onderzoek toont hoge mate van stress aan voor partijen in een procedure.
	Kosten van risico-aversie	

Schema I: De kosten van hoger beroep voor partijen

De kosten van de rechterlijke macht zijn de kosten van de rechters, de kosten van ander gerechtelijk personeel en de kosten die aan het houden van zittingen verbonden zijn. Deze kosten zijn deels afhankelijk van dezelfde factoren die hierboven zijn aangegeven bij de *out of pocket expenses* van de partijen (de ingewikkeldheid van de zaak, de hoeveelheid informatie die benodigd is, de structuur van de procedure, de houding van de rechter en de interactie tussen partijen). Deels zijn ook andere factoren relevant, zoals het aantal rechters dat per zaak wordt ingezet, het aantal geschilpunten waarover rechters zich moeten buigen en de hoogte van het salaris.

De kosten voor de rechterlijke macht in een schema:

<b>De kosten van hoger beroep voor de rechterlijke macht</b>		
<i>Soort kosten</i>	<i>Belangrijkste categoriën</i>	<i>Opmerkingen over de factoren die de omvang bepalen</i>
<i>Kosten van rechters</i>	Screening van zaken	Afhankelijk van: - Het aantal geschilpunten in een zaak, - De hoeveelheid benodigde informatie voor een beslissing op elk punt, - De moeilijkheidsgraad om de informatie op tafel te krijgen, - De structuur van de procedure, - De houding van de rechter, - De interactie tussen partijen. Andere factoren: - Het aantal rechters per zaak, - Het aantal zaken per rechter, - Het salaris van hoger beroep rechters.
	Behandeling van geschilpunten in hoger beroep	
	Vorbereiding van zittingen	
	Zittingen, inclusief <i>pre-trial settlement hearings</i>	
	Beslissingen nemen/vonnis wijzen	
	Vonnis / <i>court opinions</i> schrijven	
<i>Kosten van andere medewerkers van het rechterlijk apparaat</i>	Vorbereiding en organisatie van hoger beroep	Afhankelijk van de complexiteit van hoger beroep procedures en de duur van zittingen.
	Bijwonen en rapporteren zittingen	
<i>Extra kosten van zittingen</i>	Rechtbanken, ruimtes voor zittingen	Afhankelijk van het aantal en de duur van zittingen.
	Kosten van beveiliging, deurwaarders en overige vormen van informatieverstrekking en dienstverlening	

Schema II: De kosten van hoger beroep voor de rechterlijke macht

Hoger beroep is slechts een schakel in een rechtsgang. De mogelijkheid om in hoger beroep te gaan, en het doorvoeren van veranderingen in hoger beroep procedures, hebben effect op andere niveaus van (buiten-)gerechtelijke beoordeling, te weten onderhandelingen, de procedure in eerste aanleg en in derde instantie. Deze neveneffecten zijn soms ook kostenposten. Hoger beroep kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat partijen slordiger procederen in eerste aanleg, omdat zij weten dat hen nog een hoger beroepsprocedure ter beschikking staat. In de tweede plaats zorgt een tweede feitelijke instantie voor een toename van procedurele geschilpunten in de derde instantie.

Door het indirecte karakter van deze kostenposten is de omvang moeilijk vast te stellen, maar wel zijn er factoren te noemen die de omvang doorgaans beïnvloeden. De factoren die bijvoorbeeld bepalen of het hiervoor genoemde effect van slordig procederen zal optreden, zijn de mogelijkheden om in hoger beroep fouten te herstellen en de kwaliteit van het toezicht dat hoger beroepsrechters uitoefenen. De meest bepalende factor voor de toename van procedurele geschilpunten is de structuur van de procedure (meer procedurele kwesties in een complexe structuur).

#### 4.2 *Functies van hoger beroep: de baten voor (toekomstige) partijen*

Aan de andere kant van het beoordelingskader staan de voordelen van hoger beroepsprocedures voor de partijen. Daarbij gaat het zowel om de partijen in een lopende procedure als om de toekomstige gebruikers van het rechtssysteem. Wij hebben de voordelen van partijen en toekomstige gebruikers van het rechtssysteem in kaart gebracht met behulp van de functies van hoger beroep procedures, zoals die algemeen aanvaard worden in de literatuur:

- herstel van fouten,
- herbeoordeling van zaken,
- toezicht op lagere rechters,
- rechtsvorming en rechtseenheid en
- selectie van zaken voor de derde instantie.

De eerste twee noemen we ook wel de private functies van hoger beroep, de derde, vierde en vijfde de publieke functies.

Herstel van fouten gemaakt door de rechter in eerste aanleg levert voor de appellant het voordeel op dat de uitspraak in hoger beroep in zijn voordeel wordt gewijzigd. Het gaat om een voordeel waar hij bovendien recht op had, want de rechter in eerste aanleg heeft een fout gemaakt die nu in hoger beroep hersteld is. Daartegenover staat een nadeel voor de andere partij, maar dat bestaat in de ontneming van een onterecht verkregen voordeel. De factoren die bepalend zijn voor de omvang van het voordeel zijn de waarde van de kwestie in geschil en de vraag of de kwestie een punt van alles-of-niets is. Ook zijn van belang de kwaliteit en de kosten van andere mechanismen om fouten te corrigeren. Op vergelijkbare wijze kunnen de baten voortvloeiend uit de andere functies van hoger beroep weergegeven worden, zie het volgende schema:

<b>De baten van hoger beroep voor partijen en toekomstige gebruikers van het rechtssysteem</b>		
<i>Functie van hoger beroep</i>	<i>Type baten</i>	<i>Factoren die de omvang bepalen</i>
<i>Correctie van duidelijk aanwijsbare fouten gemaakt door rechters</i>	Appellant: verbetering van de (waarde van de) uitkomst. Geappelleerde: verslechtering van de uitkomst, maar dit was een onverdiende uitkomst; het netto resultaat is positief.	Afhankelijk van: - de waarde van de verandering in uitkomst veroorzaakt door de fout. Dit is weer afhankelijk van: o de waarde in geschil, o alles-of-niets-zaak. - kwaliteit en kosten van alternatieve mechanismen om fouten te herstellen.
<i>Correctie van duidelijk aanwijsbare fouten gemaakt door partijen</i>	Appellant: verbetering van de (waarde van de) uitkomst. Geappelleerde: verslechtering van de uitkomst, maar dit was een	Afhankelijk van: zie boven



	onverdiende uitkomst; het netto resultaat is positief.	
<i>Herbeoordeling (een andere uitkomst kan gerechtvaardigd worden, maar de eerste uitkomst is niet verkeerd)</i>	Verbetering van de uitkomst van één partij weegt op tegen de verslechtering van de uitkomst van de andere partij; het netto resultaat is nul.  Beide partijen hebben voordeel van het idee dat een tweede, meer ervaren rechter de zaak herbeoordeelt; het netto resultaat is positief.	Afhankelijk van: <ul style="list-style-type: none"> <li>- het vertrouwen in rechters in eerste aanleg,</li> <li>- het verschil in vertrouwen in rechters in eerste en in tweede aanleg.</li> </ul>
<i>Supervisie</i>	Toekomstige gebruikers hebben een kleinere kans op fouten in eerste aanleg.	Afhankelijk van: <ul style="list-style-type: none"> <li>- het risico op fouten in eerste aanleg,</li> <li>- de verkleining van de kans op fouten door supervisie,</li> <li>- het verschil in waarschijnlijkheid van fouten, gemaakt door rechters in eerste en in tweede aanleg,</li> <li>- de kwaliteit en kosten van andere mechanismen om fouten te herstellen.</li> </ul>
<i>Rechtseenheid en rechtsvorming</i>	Partijen hebben het gevoel eerlijk berecht te worden.  Toekomstige gebruikers: voorspelbaarheid kan leiden tot kostenbesparingen.	Afhankelijk van: <ul style="list-style-type: none"> <li>- de mate van coördinatie tussen eerste en tweede aanleg,</li> <li>- het aantal hoger beroepsinstanties,</li> <li>- de tendens om de uitspraken in hoger beroep te generaliseren.</li> </ul>
<i>Selectie voor de derde instantie</i>	Toekomstige gebruikers: hoogste instantie kan meer tijd besteden aan zaken die werkelijk van belang zijn voor rechtsvorming en rechtseenheid (zie boven).	Afhankelijk van: <ul style="list-style-type: none"> <li>- het aantal zaken in de derde instantie,</li> <li>- de kwaliteit van de selectie,</li> <li>- de kwaliteit en kosten van andere selecterende mechanismen.</li> </ul>

*Schema III: De baten van hoger beroep voor partijen en toekomstige gebruikers van het rechtssysteem.*

Ook hier zijn neveneffecten op andere ‘niveau’s’ in de procedure te benoemen. Hoger beroep kan bijvoorbeeld tot kostenbesparing in eerste aanleg leiden. Dit zal zich voordoen als partijen de zaak in eerste aanleg gemiddeld wat minder grondig (en dus minder kostbaar) aanpakken, vanuit de gedachte dat in hoger beroep – indien gewenst – alsnog een grondige herbeoordeling kan plaatsvinden.

## **5. Belangrijkste uitkomsten van de analyse**

### *5.1 Voordelen maximaliseren en kosten verlagen*

Uit de analyse blijkt dat, voor wat betreft de private functies van hoger beroep, het herstel van fouten de functie is met de duidelijkste voordelen voor partijen en toekomstige gebruikers. De voordelen zijn groter naarmate de uitkomst meer beïnvloed is door de gemaakte fout. Voor de functie van herbeoordeling geldt dat de voordelen vooral zitten in procedurele rechtvaardigheid: het gevoel dat een tweede, meer ervaren rechter er nog een keer naar kijkt. Welke waarde precies aan dit

voordeel toegekend moet worden is niet duidelijk, maar het is aannemelijk dat de voordelen in een aantal procedures niet op zullen wegen tegen de aanzienlijke kosten voor partijen en de staat (zie ook de derde conclusie).

De publieke functies van hoger beroep leveren vooral voordelen op voor de toekomstige gebruikers van het rechtssysteem. De voordelen zullen zich openbaren als precedents leiden tot snellere en gemakkelijkere schikkingen of tot kwaliteitsverbetering van de uitspraken in eerste aanleg. Verder is denkbaar dat een tweede aanleg het vertrouwen van de maatschappij in rechtspraak in het algemeen vergroot, maar het is onduidelijk hoe dit vertrouwen concreet in verband staat met de specifieke voordelen die partijen en toekomstige gebruikers van de tweede aanleg genieten. Zonder specifieke voordelen op betrekkelijk brede basis zal het vertrouwen in de rechtsgang niet noemenswaardig beïnvloed worden. *Een eerste aanbeveling is dan ook dat de meeste voordelen behaald worden uit hoger beroep procedures die gericht zijn op het herstellen en voorkomen van fouten die van wezenlijke betekenis zijn voor de uitkomst.* Niet iedere vernietiging in hoger beroep heeft evenveel waarde. Een afgestrafte procedurefout, of een net iets ander uitvallend oordeel van een tweede rechter, kan heel betrekkelijk van waarde zijn.

Een tweede conclusie ziet op de rechtsvormende functie van hoger beroep. Hoger beroep is echter niet erg efficiënt in het leveren van precedents. Er zijn veel zaken nodig om tot één bruikbaar precedent te komen. *Als hoger beroep inderdaad een rechtsvormende functie moet hebben, dan is het niet voldoende om tijd daarvoor vrij te maken, maar zal de hoger beroepsrechtspraak ook daadwerkelijk gericht moeten worden op het vormen van meer bruikbare precedents, dat wil zeggen informatie op basis waarvan grotere aantallen toekomstige gebruikers gemakkelijk kosten kunnen besparen bij het oplossen van een geschil.*

In sommige zaken is de procedurele rechtvaardigheid een erg belangrijk punt, bijvoorbeeld in zaken met een zware strafrechtelijke sanctie. De precieze voordelen van een tweede aanleg in termen van procedurele rechtvaardigheid zijn nooit onderzocht en daarom onduidelijk. Maar het doen van een tweede toetsing om redenen van procedurele rechtvaardigheid is vreemd, als er in eerste aanleg niet aan de eisen van procedurele rechtvaardigheid kan worden voldaan. Soms zijn er onvoldoende middelen om in eerste aanleg een zaak volledig te behandelen. Onze derde aanbeveling luidt daarom: *als in een rechtsgang onvoldoende middelen aanwezig zijn om zaken in eerste aanleg in behandeling te nemen, gebruik dan het kostbare hoger beroep niet (uitsluitend) voor herbeoordeling van sommige zaken van hetzelfde type: de eerste keer procedurele rechtvaardigheid bieden, lijkt prioriteit te hebben boven een tweede keer.*

Verbetering van hoger beroep procedures komt kort gezegd neer op het vergroten van de voordelen voor de partijen en toekomstige gebruikers. Dit kan enerzijds door een betere selectie van zaken waarbij de baten aantoonbaar opwegen tegen de kosten (ofwel door prikkels van zelfselectie in te bouwen, ofwel door een selectieprocedure voor het hoger beroep). Anderzijds is het ook een kwestie van het inrichten van hoger beroep op een zodanige manier dat de voordelen het grootst zijn. *Case management* – het organiseren van de interactie tussen de betrokkenen – kan een methode zijn om het grootste deel van de middelen te besteden aan de kwesties die de grootste voordelen op zullen leveren. Maar ook met interne procedures en routines kan meer winst geboekt worden. *Een hoger beroepsinstantie zou niet alleen de interactie tussen partijen moeten managen, maar ook interne procedures en routines moeten scheppen, die de voordelen voor partijen en toekomstige gebruikers vergroten.*

Aan de kant van de kosten onderscheiden we tussen de kosten voor partijen en die voor de gerechten. Veel voorgestelde maatregelen komen uit de hoek van de gerechten en de overheid die hen financiert. Het gevaar dreigt dat de kosten voor partijen – die voor gerechten vaak moeilijk zichtbaar zijn – uit het oog worden verloren. Sommige maatregelen verhogen waarschijnlijk de kosten voor partijen, of verminderen de baten, zonder dat daar een kostenverlaging tegenover staat. Dat geldt bijvoorbeeld voor selectiecriteria die de rechter veel ruimte geven, en de partijen in onzekerheid laten. Ook het niet toelaten van nieuwe argumenten of bewijs heeft een grote schaduwkant (zie hierna).

## 5.2 *Veelbelovende maatregelen*

### *Beperking aard en hoeveelheid taken in hoger beroep*

Voor de eerste categorie maatregelen geldt kort gezegd dat het effect van de maatregel vooral afhangt van: 1) de hoogte van de selectiekosten (*screening costs*), 2) de omvang van de kostenbesparing in de appelprocedure en 3) de omvang van de vermindering van de baten.

De kosten van selectie zijn laag als de criteria eenvoudig toepasbaar zijn met een hoge mate van voorspelbaarheid. In dat geval gaat er een zelf selecterend vermogen van de criteria uit, waardoor alle betrokkenen kosten besparen. In het algemeen geldt dat de kosten van selectie het laagst zijn als de selectie zo vroeg mogelijk in de procedure plaats vindt; dat maakt een verlostelsel een aantrekkelijkere maatregel dan een maatregel met limitatief opgesomde gronden.

De meeste voordelen kunnen behaald worden als de selectiecriteria gericht zijn op de fouten met grote invloed op de uitkomst. In procedures waarbij de publieke functie belangrijker is dan de private, zouden de criteria gericht moeten zijn op zaken met een hoge precedentwaarde, die bovendien een grote groep toekomstige gebruikers in staat stelt kosten te besparen bij het oplossen van een geschil.

Bij het aanbrenge van beperkingen in het aanvoeren van nieuwe feiten, stellingen en bewijzen bestaat een reële kans op verhoogde selectiekosten, die mogelijk niet opwegen tegen de voordelen. De ontwikkelingen in het Duitse civiele recht op dit punt zijn hiervan een goed voorbeeld. Daar komt bij dat deze maatregel kan leiden tot nieuwe procedures. Het meest klemmende nadeel van de maatregel is echter dat het kan leiden tot een *front-loading* aan kosten. Partijen zullen geneigd zijn alle mogelijke stellingen, werven en bewijzen in eerste aanleg aan te voeren, waardoor de kosten in een eerdere fase aanzienlijk zullen toenemen. Concrete cijfers uit Engeland die betrekking hebben op de introductie van pre-action protocols bevestigen dat dit gevaar reëel is.

Partijen vragen om de punten te noemen die zij beoordeeld willen hebben, heeft alleen zin als er redenen zijn om daar precies in te zijn en om het appel te beperken. Het uitsluiten van bagatelzaken is een zinvolle maatregel volgens ons kosten/baten systeem. In zaken met een gemiddeld belang lijkt een verlostelsel een effectief systeem, voor zaken met een groot belang (de zwaarste strafrechtelijke sanctie, de grootste civielrechtelijke belangen en de administratieve zaken met een groot en direct effect op de belangen van een grote groep mensen) zou een presumptie van toelating tot appel kunnen gelden.

### *Veranderingen in prikkels om in hoger beroep te gaan*

Van de maatregel die ziet op de verhoging van griffierechten gaat een zelfselecterende werking uit als het om een forse prijsverhoging gaat. Kleine prijsverhogingen hebben

geen effect, omdat de griffierechten normaliter slechts een kleine kostenpost in het geheel zijn. Het verbeteren van de prikkels voor advocaten om de kosten te beheersen is een veelbelovende maatregel, vooral in zaken waarin meer onzekerheid bestaat over de uitkomst van het hoger beroep.

#### *Veranderingen in de inrichting van hoger beroep procedures*

Een *fast track* procedure voor zaken die snel en gemakkelijk afgedaan kunnen worden zou tot besparing van kosten kunnen leiden. De positieve effecten hiervan zullen echter aanzienlijk minder groot zijn als deze zaken door een selectie aan de poort in belangrijke mate weggefilterd zijn. Het feit dat een dergelijke *fast track* procedure noodzakelijk is, zou zelfs een teken kunnen zijn dat de selectiecriteria niet adequaat zijn.

Unusrechtspraak kan leiden tot een aanzienlijke kostenbesparing, met slechts een marginale vermindering van de voordelen. In dit verband kan het ook aantrekkelijk zijn te onderzoeken hoe een andere werkverdeling tussen rechters en overige juridische medewerkers tot kostenbesparingen kunnen leiden. De eerdere vaststelling dat hoger beroep de meeste voordelen genereert als het enerzijds gericht is op preventie en anderzijds op de correctie van gemakkelijk traceerbare fouten met grote invloed op de uitkomst biedt mogelijk een aanknopingspunt om tot een verschuiving van taken te komen.

*Case management* is een veelbelovende maatregel, maar het gevaar van *front-loading* van kosten is ook hier reëel. Het zo vroeg mogelijk op tafel krijgen van zoveel mogelijk informatie is bijvoorbeeld om die reden op zichzelf weinig aantrekkelijk. De kosten die gemoeid zijn met het procederen en overleggen van die informatie zou een belangrijke factor moeten zijn bij de afweging partijen tot iets dergelijks te verplichten.

Gespecialiseerde gerechtshoven hebben grote voordelen, bijvoorbeeld meer en betere rechtsvorming, lagere kosten en een betere zelf selectie door de betrokkenen. Het belangrijkste nadeel is *group think*: een beperkt aantal rechter en advocaten vormen het recht op een bepaald terrein. Dit nadeel kan gecompenseerd worden door een niet gespecialiseerde derde instantie. Een ander nadeel is de mogelijkheid van de ontwikkeling van verschillende lijnen in vergelijkbare kwesties door de afzonderlijke gespecialiseerde gerechten. Dit kan leiden tot onvoorspelbaarheid van de uitkomsten, maar ook tot een groter gevoel van onvrede over de uitkomst. Het bestaan en de omvang van dit probleem zou empirisch onderzocht kunnen worden. Het uitstellen van het schrijven van een vonnis kan tot kostenbesparingen leiden in eerste instantie, mits het aantal ingestelde hoger beroepen laag is.

De maatregelen die op basis van onze kosten/baten analyse niet aanbevelenswaardig zijn, zijn de volgende: gespecialiseerde advocaten, beperkingen in de bewijsvoering en beperking van appeltermijnen.

#### *Alternatieven voor hoger beroep*

De maatregelen gericht op het verder uitbouwen van alternatieven voor hoger beroep lijken op het eerste gezicht veelbelovend. Hoger beroep is een behoorlijk kostbaar mechanisme voor foutencorrectie en rechtsvorming, dit laatste door het grote aantal zaken dat behandeld moet worden zonder dat er precedentwerking vanuit gaat. De mogelijkheden om fouten in eerste aanleg te voorkomen zouden meer onderzocht kunnen worden. Hierbij kan gedacht worden aan meer interactie tussen rechter waarbij ze commentaar geven op elkaars conceptvonnissen of aan procedures die verrassingsbeslissingen moeten voorkomen.

## 6. Tot slot

Met behulp van het *framework* kan een objectieve en systematische inschatting gemaakt worden van de effecten van maatregelen tot herziening. Het *framework* is zo ingericht dat het in feite op elk rechtsstelsel en rechtsgebied toepasbaar is. Het is een theoretische inschatting, welke nauwelijks onderbouwd kan worden met empirisch materiaal. Empirisch onderzoek is dus noodzakelijk om de kosten en baten daadwerkelijk inzichtelijk te maken. Desondanks denken wij – gesteund door de internationale experts – dat de inschatting een beeld geeft van de kosten en baten van verschillende maatregelen. De uitkomsten van deze inschatting kunnen geïsoleerd bekeken worden, maar beter zou het zijn als ze in een breder kader geplaatst worden. Hoger beroep is immers slechts een schakel in een groter geheel.

Een belangrijk terrein voor nieuw onderzoek is ons inziens het bereiken van een optimale verdeling van middelen over de verschillende niveau's van rechtspleging: onderhandeling en andere vormen van interactie tussen de partijen, de eerste, tweede en derde aanleg. Huidige rechtssystemen kennen ook tussenliggende niveau's, zoals *summary judgments*, *settlement conferences* en *court annexed mediation*. Elke schakel in het geheel heeft een eigen kosten patroon voor partijen, eigen kansen op fouten in de besluitvorming en eigen gebreken in het bereiken van een oplossing in het geschil. De verdeling van middelen over al deze verschillende schakels verschilt enorm in de verschillende rechtsgebieden en rechtsstelsels, wat aangeeft dat er ruimte is voor optimalisatie. Als hypothese voor dit verdere onderzoek zou kunnen gelden dat de voordelen van hoger beroep het hoogste zijn, en de kosten het laagste, als hoger beroep andere functies vervult dan de eerste instantie, en in het bijzonder functies die de eerste instantie ondersteunen en versterken: foutencorrectie, rechtsvorming en het bevorderen van rechtsgelijkheid.

# **Deel II**

## **Landenrapporten**

# Bestuursrecht

*K.F. Bolt en B.W.N. de Waard*

## 1. Recent in Nederland ingevoerde of voorgestelde maatregelen

### 1.1 Enkele kenmerken van het huidige recht

De Algemene wet bestuursrecht regelt verschillende fasen die een zaak kan doorlopen: van primaire bestuurlijke besluitvorming, via de bezwaarprocedure tot beoordeling van de besluitvorming in het beroep bij de rechter. Het hoger beroep is vooralsnog geregeld in afzonderlijke procesregelingen. Voor een belangrijk deel bestaan deze proceswetten uit bepalingen die het Awb-procesrecht, zoals dat in procedures bij de rechtbank geldt, van overeenkomstige toepassing verklaren. De regering is van plan met een wetsvoorstel te komen dat de bepalingen inzake het hoger beroep overbrengt naar de Awb (zie paragraaf 1.3 onder f). De gang van zaken in een bepaalde fase kan belangrijke gevolgen hebben voor een volgende fase. Die fasen worden daarom wel beschouwd als elementen van een besluitvormingsketen. Waar het gaat om bescherming tegen reeds genomen bestuursbesluiten is de bezwaarschriftprocedure de eerste relevante fase in die keten. Bestaan en vormgeving van de bezwaarprocedure kunnen belangrijke invloed hebben op het vervolg. Gebleken is dat deze procedure in het algemeen een belangrijke zeefwerking vervult. Als er na bezwaar wél beroep wordt ingesteld, zorgt de bezwaarprocedure er vaak voor dat de zaak beter uitgekristalliseerd aan de rechter wordt voorgelegd. (Zie voor een en ander Rapport Commissie Evaluatie Awb II, p. 9) Als hoofdregel geldt dat de bestuursrechter niet benaderd kan worden als niet eerst een voorprocedure (doorgaans: de bezwaarschriftprocedure uit de Awb) heeft plaatsgevonden. Sinds 1 september 2004 geldt een wettelijke uitzondering op de hoofdregel: de bezwaarschriftprocedure kan onder omstandigheden met wederzijds goedvinden worden overgeslagen (art. 7:1a Awb). Vooralsnog is het gebruik dat van deze nieuwe procedurele mogelijkheid wordt gemaakt overigens verwaarloosbaar klein. En in de gevallen dat men wél verzoekt om toepassing van deze mogelijkheid, wordt de zaak tamelijk vaak met gebruikmaking van art. 8:54a Awb door de rechtbank teruggewezen om alsnog in bezwaar te worden behandeld. (Beide evaluatieve opmerkingen zijn ontleend aan Van der Meulen, Litjens en Freriks 2005, p. 76.)

In het bestuursrecht is het niet in alle gevallen mogelijk om hoger beroep in te stellen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep zijn in een aantal gevallen de rechterlijke instantie in eerste en enige aanleg. Als omvangrijke gebieden waarop geen hoger beroep mogelijk is, kunnen het milieurecht, het ruimtelijke ordeningsrecht, voor zover dat betrekking heeft op bestemmingsplannen, en het economisch bestuursrecht worden genoemd.

Hoewel het kabinetsstandpunt luidt dat het voor de kwaliteit van de rechtspraak niet nodig is om altijd een tweede instantie beschikbaar te hebben, en er dan ook geen juridische noodzaak is om voor het gehele bestuursrecht rechtspraak in twee instanties in te voeren (Zie TK 2003-2004, 25 425, nr. 7), bestaat er een tendens om op steeds meer bestuursrechtelijke terreinen hoger beroep mogelijk te maken; zie hieronder paragraaf 1.2 onder b en paragraaf 1.3 onder a. In paragraaf 1.2 onder a is te

zien dat er ook uitzonderingen zijn: in de Telecommunicatiewet is het hoger beroep juist afgeschaft.

Verder geldt voor het algemeen bestuursrecht dat geen appel mogelijk is van andere beslissingen dan de uitspraak in de hoofdzaak. Dat betekent dat bijvoorbeeld geen - zelfstandig - hoger beroep mogelijk is tegen beslissingen op verzoeken tot wraking, maar ook, dat geen hoger beroep mogelijk is tegen beslissingen op verzoeken om een voorlopige voorziening (bestuursrechtelijk kort geding).

Er geldt geen algemene uitsluiting van zaken met een gering financieel belang. Een dergelijk belang zou in de meeste bestuursrechtelijke zaken moeilijk te bepalen zijn. Wel is het zo dat de griffierechten in hoger beroep hoger zijn dan in eerste aanleg. Hieronder een overzichtje van de meest voorkomende griffierechten (art. 8:41 Awb, en o.m. art. 40 Wet RvS).

<i>Griffierechten</i>	<i>rechtbank</i>	<i>hoger beroep</i>
natuurlijke personen	€141	€207
andere dan natuurlijke personen	€281	€422

In hoger beroep is behandeling door een meervoudige kamer wettelijk uitgangspunt en ook regel in de praktijk. Als de zaak geschikt is voor behandeling door een enkelvoudige kamer kan de zaak naar deze kamer worden verwezen. (Art. 39 Wet RvS, art. 21 Beroepswet, art. 22 Wbb.) Dit in tegenstelling tot het uitgangspunt van het procesrecht voor de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken. Daar geldt 'enkelvoudig, tenzij' (art. 8:10 Awb).

Uit de wetsgeschiedenis van de Awb c.a. blijkt, dat de hoger beroepsmogelijkheden volgens de regering naast de functie van controle van de uitspraak van de eerste rechter en bewaking van de rechtseenheid in ieder geval ook de functie van herkansing dienen te hebben. Daarmee is nog niet duidelijk in hoeverre het hoger beroep, de terminologie uit het *framework for evaluation* van dit onderzoek gebruikend, een *rehearing* dan wel een *review* behelst. Bij een *rehearing* wordt het geschil in hoger beroep behandeld als ware het geschil aan de rechter in eerste aanleg voorgelegd. Partijen krijgen daardoor een volledige herkansing. Bij een *review* staat de uitspraak in eerste aanleg in het hoger beroep centraal. De rechter houdt in hoger beroep rekening met de wijze waarop het geschil in eerste aanleg is beperkt; hoger beroep vormt vanuit dit gezichtspunt dus geen volledige tweede kans waarin partijen hun standpunten compleet kunnen wijzigen. In de praktijk van de rechtspraak is verschil van benadering te zien tussen met name twee van de hoogste bestuursrechtshouders. De Centrale Raad van Beroep pleegt veel meer ruimte toe kennen aan de herkansingsfunctie dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. (Hierna, onder 1.2, wordt er concreter op ingegaan waarin die verschillen zich manifesteren.) Ook placht de Centrale Raad traditioneel niet alleen de uitspraak van de eerste rechter te bezien, maar ook 'door de uitspraak van de eerste rechter heen' te kijken naar het onderliggende bestuursbesluit. (Widdershoven e.a., 2001, p. 217.) De onderzoekers die het bestuursrechtelijk hoger beroep evalueerden, hebben het standpunt ingenomen dat in hoger beroep de uitspraak van de eerste rechter centraal hoort te staan, en niet het onderliggende bestuursbesluit. Dit standpunt brengt mee dat in het hoger beroep geen onderdelen van het bestuursbesluit aan de orde kunnen komen die in eerste aanleg niet in geschil waren. Verder stellen de onderzoekers dat als hoofdregel zou moeten gelden dat het appel een ruime herkansing biedt. Voor de



‘strengere’ benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak zien zij met name plaats in meerpartijengeschillen (Widdershoven e.a. 2001, p. 227 e.v.). De evaluatiecommissie deelt het standpunt van de onderzoekers dat in het hoger beroep de uitspraak van de rechter het object van het geding dient te zijn, en onderschrijft het pleidooi van de onderzoekers voor een gedifferentieerd stelsel waar het de invulling van de herkansingsfunctie betreft (Rapport Commissie Evaluatie Awb II, 2002, resp. p. 34 en 35).

## 1.2 Reeds ingevoerde maatregelen

### *Mogelijkheid tot instellen hoger beroep*

#### a. Afschaffen hoger beroep (telecommunicatierecht)

In de Telecommunicatiewet is, middels een wetwijziging van 22 april 2004, Stb 2004, 189, de mogelijkheid om beroep in te stellen in twee feitelijke instanties voor sommige besluiten afgeschaft. Op grond van art. 17.1 lid 1 Telecommunicatiewet staat tegen bepaalde besluiten genomen op grond van deze wet, slechts beroep in eerste en enige aanleg open bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Verder is ook de bezwaarprocedure ten aanzien van bepaalde besluiten afgeschaft. Dit alles moet een snellere procedure opleveren die past bij het dynamische karakter van de elektronische communicatiesector (zie TK 2002-2003, 28 851, nr. 22, p. 6-7).

#### b. Openstellen hoger beroep (vreemdelingenrecht en belastingrecht)

Op twee grote deelterreinen van het bestuursrecht is het tamelijk recent mogelijk geworden om hoger beroep in te stellen. Met de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 op 1 april 2001 is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevoegd geworden om in hoger beroep te oordelen over vreemdelingenrechtelijke zaken. In belastingzaken is het Hof met ingang van 1 januari 2005 de hoger beroepsinstantie, en is het niet meer, zoals voorheen, de bevoegde rechter in eerste en enige aanleg. Het zijn nu de rechtbanken die de belastingzaken in eerste aanleg behandelen.

De aanleiding om hoger beroep open te stellen in het vreemdelingenrecht is dat de regering hierdoor meer rechtseenheid en meer rechtsbescherming wilde creëren (zie TK 1998-1999, 26 732, nr 3 p. 10). In het belastingrecht wilde de regering met het invoeren van hoger beroep bereiken dat fouten, gemaakt door partijen of door de rechter, hersteld konden worden. Omdat een tweede feitelijke instantie ontbrak, werden wegen gezocht om aan de Hoge Raad toch een oordeel over de feiten te ontlokken. Dientengevolge werd de Hoge Raad belast met een stroom nogal bewerkelijke motiveringsklachten (zie TK 2003-2004, 29 251, nr 3 p. 2). Ontlasting van de Hoge Raad is derhalve een argument geweest bij de invoering van twee feitelijke instanties. Daarnaast zouden ook de Hoven ontlast kunnen worden, die geconfronteerd werden met veel relatief eenvoudige zaken (zie de motie Van Oven, TK 27 181, nr. 8 en de Contourennota modernisering rechterlijke organisatie, TK 2000-2001, 26 352, nr. 47, p. 5). Bovendien vond men het met het oog op artikel 14 lid 5 IVBPR raadzaam om twee feitelijke instanties in te voeren. Een fiscale boete vormt een ‘veroordeling’ in de zin van deze bepaling. Het was omstreden of de toen geldende rechtsgang waarbij slechts cassatieberoep kon worden ingesteld bij de Hoge Raad voldeed aan de eis, die wordt gesteld in artikel 14 lid 5 IVBPR, dat het mogelijk moet zijn om hoger

beroep in te stellen als er sprake is van een veroordeling (zie TK 2003-2004, 29 251, nr 3 p. 3).

Met het invoeren van hoger beroep op deze deelgebieden, is aan de orde gekomen hoe men deze procedure het beste kan inrichten. In het vreemdelingenrecht is getracht om een zo *efficiënt* mogelijke procedure te creëren. Men verwachtte grote aantallen hoger beroepszaken en wilde deze aantallen binnen korte termijnen kunnen afhandelen, zodat er zo spoedig mogelijk zekerheid gegeven kan worden of een vreemdeling in Nederland kan blijven of niet. Dit is wenselijk vanuit het oogpunt van de vreemdeling, maar ook voor de Nederlandse samenleving. Men heeft getracht middels een aantal instrumenten, dat hierna aan de orde komt, een efficiënte procedure te bereiken. In het belastingrecht werd het niet nodig geoordeeld bijzondere procesrechtelijke maatregelen te nemen ter verhoging van de efficiëntie in het hoger beroep. Anders dan in het vreemdelingenrecht verwachtte men in belastingzaken juist geen problemen met de efficiëntie van het afhandelen van de hoger beroepszaken. Omdat het Hof van rechter in eerste aanleg hoger beroepsinstantie werd en er minder beroepen in hoger beroep zullen zijn dan in eerste aanleg, is er voldoende capaciteit bij de Gerechtshoven om de zaken af te handelen (zie TK 2003-2004, 29 251 nr 3, p. 5-6). Daardoor bestond niet zoals in het vreemdelingenrecht behoefte aan een afwijking van de Awb-procedure om een zo efficiënt mogelijke procedure in hoger beroep te maken. In de hierna genoemde maatregelen gaat het vaak om maatregelen die uit de Vreemdelingenwet 2000 afkomstig zijn; waar dit zo is, wordt dit vermeld.

#### *Drempel voor hoger beroep*

##### c. Verhoging griffierechten (algemeen)

Per 1 februari 2004 zijn de griffierechten met 15% verhoogd, en nadien via indexering nader aangepast (bij wet van 4 december 2003, Stb. 2003, 500.) De verhoging beoogde een stimulans te vormen om conflicten zonder tussenkomst van de rechter op te lossen. Teneinde slagvaardige rechtspraak te waarborgen, is het van belang dat de burger zorgvuldig gebruik maakt van de mogelijkheid de rechter te benaderen, aldus de memorie van toelichting (TK 2002-2003, 28 740, p. 2). De wet had niet alleen betrekking op bestuursrechtelijke zaken, maar ook op civielrechtelijke.

#### *Functie van hoger beroep*

##### d. Uitsluiten argumenten en bewijzen (algemeen)

De trechterwerking binnen het bestuursprocesrecht ziet op de vraag in hoeverre een belanghebbende nieuwe bewijzen of argumenten kan aanvoeren die hij in een eerdere fase van de procedure nog niet had aangevoerd. De te onderscheiden fasen zijn hierbij de aanvraagfase, de fase waarin bedenkingen of zienswijzen kunnen worden ingebracht, de voorprocedure van bezwaar of administratief beroep, de rechterlijke beoordeling in eerste aanleg, de rechterlijke beoordeling in hoger beroep en het cassatieberoep. Overigens zijn niet al deze fasen in alle bestuursrechtelijke zaken aanwezig. Deze trechterwerking is niet expliciet via de wet ingevoerd, maar is de afgelopen jaren ontwikkeld in de jurisprudentie.

De trechterwerking werd in het milieurecht afgeleid uit de figuur van de getrapte actio popularis. In het milieurecht kon een ieder beroep instellen, mits men vanaf het begin had meegedaan in de procedure, wat in het milieurecht betekende vanaf het indienen van bedenkingen tegen het ontwerpbesluit. De

Afdeling leidde uit het getrapte karakter van de actio popularis af dat belanghebbenden in bezwaar en beroep ook inhoudelijk waren gebonden aan wat zij van meet af aan naar voren hadden gebracht. Zij konden inhoudelijk dus niet van koers veranderen. De actio popularis is afgeschaft. Wel blijft het getrapte karakter behouden middels een aanpassing van art. 6:13 Awb. Op grond van deze bepaling kunnen slechts belanghebbenden die in de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (hierna: uov) hun zienswijze over het ontwerpbesluit naar voren hebben gebracht, beroep instellen bij de bestuursrechter (Aanpassingswet uniforme uitgebreide voorbereidingsprocedure TK 2003-2004, 29 421, nr. 3, p. 5-8). De beperking van de kring van beroepsgerechtigden die in de aanpassing van art. 6:13 Awb is vastgelegd, geldt voor alle besluiten die worden genomen met inachtneming van de uov. Het is de vraag in hoeverre belanghebbenden inhoudelijk gebonden zijn aan hetgeen zij in de uov naar voren hebben gebracht. Uit de memorie van toelichting blijkt dat belanghebbenden in elk geval slechts de onderdelen van het besluit kunnen bestrijden die zij vanaf het indienen van hun zienswijzen bestreden hebben. Ten aanzien van deze onderdelen mogen zij wel nieuwe argumenten en bewijzen aanvoeren. Maar blijkbaar mag dit niet ongeclusuleerd, want er wordt in de MvT vermeld dat dit anders is als de belanghebbende redelijkerwijs kan worden verweten deze bewijzen en argumenten niet eerder te hebben ingebracht (TK 2003-2004, 29 421, nr. 3, p. 8.).

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de meest stringente benadering van alle hoger beroepsinstanties in het bestuursrecht. Partijen kunnen niet zo maar nieuwe argumenten en bewijzen aanvoeren in hoger beroep die zij niet eerder aanvoerden, tenzij hen niet verweten kan worden dat zij deze niet eerder aanvoerden. De Centrale Raad van Beroep is coulanter ten aanzien van het aanvoeren van nieuwe bewijzen en argumenten. Vaak wordt erop gewezen dat in geschillen waarin slechts twee partijen betrokken zijn, te weten het bestuursorgaan en de burger, de trechterwerking minder strak gehanteerd hoeft te worden dan in geschillen waarin meer partijen betrokken zijn. Het instrument van de trechterwerking is een niet uitdrukkelijk op de wet gebaseerde wijze om een (hoger beroep) procedure te stroomlijnen.

e. Het object van appel: grievenstelsel (vreemdelingenrecht)

In aanvulling op artikel 6:5 Awb moet de appelland in hoger beroep een of meer grieven aanvoeren; zie art. 85 lid 1 Vw 2000 (zie TK 2003-2004, 29 262 nr 3 p. 82). In deze grieven moet de appelland ten eerste aangeven met welke onderdelen van het dictum van de rechtbankuitspraak hij zich niet kan verenigen. Ten tweede moet de appelland motiveren waarom hij het niet eens is met die overwegingen of onderdelen. Deze eisen strekken verder dan de op grond van artikel 6:5 lid 1 sub d Awb in het bestuursprocesrecht geldende eis dat er gronden moeten worden aangegeven. Als de appelland geen grieven aanvoert, wordt hij niet-ontvankelijk verklaard. (Zie over het grievenstelsel, en over de mogelijkheid om dit stelsel breder in te voeren in het bestuursprocesrecht het rapport Grieven in het bestuursprocesrecht, Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht, Raad van State april 2005).

f. Aanvulling beroepschrift uitgesloten (vreemdelingenrecht)

De mogelijkheid om het (pro-forma) beroepschrift, inclusief de grieven, later aan te vullen, is in hoger beroep in vreemdelingenzaken uitgesloten in art. 85 lid 3 Vw

2000. In dit artikel wordt namelijk bepaald dat artikel 6:6 Awb niet van toepassing is.

#### *Inrichting van hoger beroepsprocedures*

- g. Vereenvoudiging procedure benodigde stukken (vreemdelingenrecht)  
Het gaat hier om de mogelijkheid dat de griffier van de rechtbank de stukken onverwijld zendt naar de Afdeling (in plaats van binnen een week) en dat hij niet noodzakelijkerwijze een proces-verbaal van de zitting hoeft mee te sturen.
- h. Versnelde procedure (vreemdelingenrecht)  
Een andere opmerkelijke regeling uit de Vreemdelingenwet is dat in alle gevallen de versnelde procedure, zoals beschreven in titel 8.2.3 Awb wordt toegepast op grond van art. 89 lid 1 Vw 2000. In het gewone bestuursrecht wordt deze versnelde behandeling alleen toegepast in spoedeisende zaken.
- i. Unusrechtspraak (vreemdelingenrecht)  
In afwijking van het normale appelprocesrecht is in het vreemdelingenrecht unusrechtspraak het uitgangspunt; zie art. 88 Vw 2000 jo art. 8:10 Awb.
- j. Mogelijkheid tot kortsluiting (vreemdelingenrecht)  
In afwijking van de regel dat kortsluiting (hetgeen betekent het doen van een uitspraak in de hoofdzaak bij de behandeling van het verzoek tot voorlopige voorziening) in hoger beroep niet mogelijk is als de zaak in eerste aanleg door een meervoudige kamer is afgedaan, mag er in vreemdelingenrechtelijke zaken altijd worden kortgesloten; art. 88 lid 2 Vw 2000 jo art. 39 Wet RvS.
- k. Uitsluiting verzet (vreemdelingenrecht)  
Verzet tegen een uitspraak die vereenvoudigd is afgedaan in hoger beroep, is in vreemdelingenrechtelijke zaken uitgesloten (art. 88 Vw 2000 jo 8:54 Awb).

#### *1.3 Een selectie van de voorgestelde maatregelen*

##### *Mogelijkheid tot instellen hoger beroep*

- a. Openstellen hoger beroep (milieurecht)  
In het milieurecht staat de omgevingsvergunning op stapel; deze vergunning zal een omvattende vergunning zijn ten behoeve van het realiseren van een fysiek project. De bedoeling is dat degene die een plan heeft dat de ruimtelijke omgeving beïnvloedt, niet allerlei verschillende vergunningen, ontheffingen e.d. moet aanvragen, maar dat één aanvraag en één procedure volstaat. Dit betekent echter ook dat er één rechtsbeschermingsprocedure zal openstaan tegen de beslissing op de aanvraag. In milieuzaken en bestemmingsplanzaken, zaken die onder de overkoepelende omgevingsvergunning zullen gaan vallen, staat op dit moment slechts beroep in één instantie open. In andere zaken die straks onder de omgevingsvergunning gaan vallen, is momenteel beroep in twee instanties mogelijk, zoals tegen kap- en bouwvergunningen. Het is de vraag of er tegen de omgevingsvergunning beroep in één of in twee instanties opengesteld moet worden. Uit onderzoek blijkt dat het voor de hand ligt om te kiezen voor het invoeren van beroep in twee instanties; zie Uylenburg 2005.

b. Incidenteel appel (algemeen)

Het algemeen bestuursprocesrecht kent op dit moment geen mogelijkheid van incidenteel hoger beroep. In het belastingrecht bestaat die mogelijkheid wel, in artikel 27m van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. De Evaluatiecommissie Awb II heeft gepleit voor het invoeren van een vorm van incidenteel beroep in het algemene bestuursprocesrecht. Het kabinet is van oordeel dat dit in beginsel nuttig is, en acht het aannemelijk dat door invoering van incidenteel hoger beroep tevens een meer weloverwogen gebruik van het hoger beroep zou kunnen worden bevorderd. Een wetsvoorstel van die strekking mag derhalve verwacht worden, al zijn er volgens het kabinet nog wel enige vraagpunten die nadere bestudering vergen (brief in het kader van 'Rechtsstaat en Rechtsorde' d.d. 19 juli 2004, TK 2003-2004, 29 279, nr. 16, p. 7). De huidige stand van zaken (mei 2006) is dat in het concept-wetsvoorstel 'Wet aanpassing bestuursprocesrecht' incidenteel beroep is opgenomen; zie hierover onder e.

*Drempel voor hoger beroep*

c. Geen verlostelsel; nog geen grievensstelsel (algemeen)

In de, hierboven al genoemde, brief van 19 juli 2004 (TK 2003-2004, 29 279, nr. 16, p. 17) wordt de gedachte aan een verlostelsel besproken. Met dat instrument kan een duidelijker taakverdeling worden nagestreefd tussen de hogere en lagere rechter. Dat komt de rechtsvormende taak van de hoogste rechter ten goede, omdat deze rechter dan de zaken kan selecteren die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling. In het bestuursprocesrecht zoals dat thans is vormgegeven, is in mindere mate sprake van een dergelijke taakverdeling. De ministers schrijven dat invoering van een verlostelsel voor het rechtsgebied van het bestuursrecht daarom minder voor de hand ligt (dan in stelsels waarin na twee feitelijke instanties cassatie mogelijk is). Een grievensstelsel zou volgens de ministers wel kunnen bijdragen aan een goede taakverdeling. Maar daarvan werd afgezien in verband met het hieronder onder g genoemde voornemen om een voorstel te doen voor een rechtseenheidsvoorziening (t.a.p., p. 17).

*Inrichting van hoger beroepsprocedures*

In een brief van de ministers van justitie en van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties d.d. 28 april 2004 (25 425, nr. 7) die gaat over de derde fase herziening rechterlijke organisatie worden vier wetsvoorstellen aangekondigd, te weten:

- Herkaveling bevoegdheden tussen ABRvS en het CBb;
- Aanpassing bestuursprocesrecht ter verruiming mogelijkheden definitieve geschilbeslechting en regeling hoger beroep in de Awb;
- Instellen rechtseenheidskamer ABRvS/CRvB/CBb;
- Instellen Afdeling wetgeving van de Raad van State.

Hieronder zal besproken worden wat er van deze aankondiging geworden is. Eerst moet nog worden opgemerkt dat een andere opvallende keuze uit deze brief is, om *niet* over te gaan tot verdergaande integratie van de bestuursrechtspraak in de gewone rechterlijke macht (zie ook TK 2003-2004, 29 279, nr. 16, p. 16).

d. Concentratie van zaken; herverkaveling bevoegdheden ABRvS en CBb

In het bestaande stelsel van bestuursrechtelijk hoger beroep is in zekere zin al sprake van concentratie van bepaalde zaken bij bepaalde colleges: het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelt - kort gezegd - op het terrein van het

economisch bestuursrecht. De Centrale Raad van Beroep oordeelt in ambtenarenzaken en sociale verzekerings- en sociale voorzieningenzaken. De bevoegdheid van de ABRvS als hoger beroepscollege strekt zich uit over het overig bestuursrecht. De bestaande afbakening van deelgebieden binnen het bestuursrecht is echter niet op alle onderdelen consistent. Daarom wordt een wetsvoorstel voorbereid dat een beperkte herverkaveling van bevoegdheden zal inhouden. Het gaat om beperkte 'grenscorrecties', die relatief geringe aantallen zaken betreffen.

e. Verruiming mogelijkheden definitieve geschilbeslechting

Het aangekondigde wetsvoorstel inzake de aanpassing van het bestuursprocesrecht ter verruiming van de mogelijkheden tot definitieve geschilbeslechting is inmiddels uitgewerkt in het concept-wetsvoorstel 'Wet aanpassing bestuursprocesrecht'. Dit concept behelst drie deelvoorstellen.

Het eerste voorstel behelst het overhevelen van de regels over het hoger beroep vanuit de instellingswetten van de appelcolleges naar hoofdstuk 8 van de Awb. Inhoudelijk gezien verandert er daardoor niets.

Het tweede voorstel heeft wel betrekking op de inhoud: het gaat over een verruiming van de mogelijkheden om tot definitieve geschilbeslechting te komen. Het gaat onder andere om de verruiming van de mogelijkheid om gebreken in een besluit op grond van art. 6:22 Awb te passeren. Verder is voorgesteld om over te gaan tot de invoering van een 'bestuurlijke lus', dat wil zeggen de mogelijkheid dat het bestuursorgaan, daartoe uitgenodigd door de rechter in een tussenuitspraak, tijdens de beroepsprocedure een nieuw besluit neemt, dat dan meteen door de rechter beoordeeld kan worden in de lopende procedure. Ook wordt voorgesteld de artikelen 6:18 en 6:19 Awb te stroomlijnen en om de procedure met betrekking tot het uitnodigen van belanghebbenden voor het horen in bezwaar-, beroeps- en klachtprocedures aan te passen. Er worden enkele wijzigingen voorgesteld voor wat betreft het aantal rechters dat oordeelt in hoger beroepszaken: het moet enerzijds mogelijk worden om in een zogenoemde grote kamer van vijf rechters recht te spreken en anderzijds moet het mogelijk worden dat één rechter uitspraak doet in hoger beroep, ook in die gevallen waarin de zaak door de rechtbank in eerste aanleg door een meervoudige kamer is afgedaan. Tot slot wordt voorgesteld om incidenteel hoger beroep mogelijk te maken.

Het derde deelvoorstel betreft de implementatie van enige bepalingen uit de EG-verordening 1/2003. Deze verordening heeft betrekking op het toezicht op de naleving van de communautaire mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG-verdrag. Een bepaling uit deze verordening is uitgewerkt in de Mededingingswet; het is de bedoeling om deze uitwerking te verplaatsen naar de Awb.

f. Rechtseenheidskamer

De meest ingrijpende van de in de brief van 28 april 2004 voorgestelde maatregelen is de instelling van een bestuursrechtelijke rechtseenheidskamer. Volgens de brief zou nog in 2004 een daartoe strekkend wetsvoorstel worden ingediend. Dat voornemen is herhaald in een brief van 19 juli 2004 (TK 2003-2004, 29 279, nr. 16, p. 17), maar het is thans (april 2006) nog niet gerealiseerd.

- g. Afdeling wetgeving van de Raad van State  
Het instellen van een Afdeling wetgeving heeft een tweeledig doel. Het ene doel, het behoud en verbeteren van de kwaliteit van de wetgevingsadvisering, heeft weinig van doen met dit onderzoek. Het andere doel, het versterken van de wettelijke waarborgen voor de objectieve onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak, is hier wel van belang. Door het instellen van een aparte Afdeling wetgeving, en door een actieve controle op 'Procola-gevoelige' zaken, wordt de objectieve onpartijdigheid van de rechtspraak beter gewaarborgd. Ook dit vierde wetsvoorstel is nog in ambtelijke voorbereiding.

#### *Alternatieven voor hoger beroep*

- h. 'Vervallenverklaring' in plaats van hoger beroep

Bij de eerste evaluatie van de Awb is aan de orde gekomen dat soms behoefte bestaat aan een mogelijkheid om rechterlijke uitspraken *ambtshalve* vervallen te verklaren, terug te nemen, met name in gevallen waarin de rechter een fout heeft gemaakt of zich gebaseerd heeft op gegevens die achteraf gezien onjuist waren. (Bijvoorbeeld: een beroep is niet-ontvankelijk verklaard omdat het griffierecht niet tijdig zou zijn bijgeschreven op de rekening van het gerecht, maar dat oordeel blijkt op een administratieve vergissing te berusten.) Daarbij gaat het om gevallen die niet goed onder het bereik van het rechtsmiddel 'herziening' (vgl. art. 8:88 Awb) passen, en waarin een hoger beroep ook vaak geen uitkomst biedt, al was het maar omdat het aan de uitspraak klevende gebrek alleen bij de rechter, en dus niet bij partijen bekend is. Zie Ten Berge, De Waard, Widdershoven 1996, p. 252 e.v. De aanbeveling om voor dit soort gevallen een wettelijke voorziening te treffen, is niet opgevolgd.

## **2. In Duitsland, Engeland en Frankrijk ingevoerde of voorgestelde maatregelen**

### **Duitsland**

Het Duitse bestuurprocesrecht vertoont op vele punten overeenkomsten met het Nederlandse bestuurprocesrecht. In het Duitse recht dient een belanghebbende in het algemeen voordat hij bij een rechter in beroep kan gaan tegen overheidshandelingen, een *Widerspruchsverfahren* te doorlopen. Deze voorprocedure bij het bestuur is door Nederlandse ogen bekeken een combinatie van de bezwaar- en de administratiefberoepsprocedure. In de rechterlijke procedure is het *Verwaltungsgericht* (hierna: VG) de bevoegde instantie in eerste aanleg. Het Nederlandse hoger beroep is vergelijkbaar met het Duitse *Berufung*. De regels over de het bestuurprocesrecht zijn te vinden in de *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO). Op het hoger beroep is hoofdstuk 12 VwGO van toepassing. De bevoegde instantie is het *Oberverwaltungsgericht* (hierna: OVG). Er is één hoger beroepsgerecht per Duitse deelstaat. In enkele deelstaten wordt het hoger beroepsgerecht het *Verwaltungsgerichtshof* genoemd. In cassatie (*Revision*) is het *Bundesverwaltungsgericht* bevoegd (zie hoofdstuk 13 VwGO). Sprongcassatie is mogelijk als het VG daar - met schriftelijke instemming van partijen - toestemming voor geeft (§ 134 Abs. 1 VwGO).

### *Mogelijkheid tot instellen hoger beroep*

#### a. Incidenteel appel (*Anschlussberufung*)

Een partij die zelf geen verlot heeft gevraagd voor een hoger beroep, kan zich bij het door een andere partij ingesteld hoger beroep aansluiten, door dat kenbaar te maken aan het OVG. Het aldus ingestelde incidenteel beroep is afhankelijk van het principale beroep: afzonderlijk verlot voor het incidenteel beroep is niet nodig, maar als het principale beroep wordt ingetrokken of niet-ontvankelijk wordt verklaard, vervalt ook het incidenteel beroep (§ 127 VwGO).

### *Drempel voor hoger beroep*

#### b. Appelverlot

Per 1 januari 1997 werd door het zesde VwGO-Änderungsgesetz een verlotstelsel (*Zulassungsberufung*) ingevoerd voor alle zaken (zie over het verlotstelsel Hufen 2005, p. 622 e.v.; zie over de wijzigingen die het zesde VwGO-Änderungsgesetz teweeg bracht: Millgramm, 1997). Volgens Kienemund heeft deze wijziging de daarmee nagestreefde doelen bereikt. De wijziging heeft er aan bijgedragen dat de totale duur van het bestuursproces bekort is, de OVG's ontlast zijn en de eerste aanleg structureel is opgewaardeerd, aldus Kienemund (Kienemund 2002, p. 1231).

Het invoeren van een verlotstelsel achtte men mogelijk naar aanleiding van een uitspraak van het Bundesverfassungsgericht (het constitutionele gerechtshof), waarin dit gerecht zegt dat men uit het Grundgesetz slechts kan afleiden dat men recht heeft op één feitelijke instantie (BVerfGE 4, 47, 95; 78, 88, 99). Vooral in combinatie met unusrechtspraak in eerste aanleg vonden velen het verlotstelsel op de grens van het grondwettelijk toelaatbare. Naar aanleiding van veel kritiek werden de §§ 124 en 124a VwGO opnieuw gewijzigd (per 1 januari 2002, door het *Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess*; 'Bereinigung' betekent zoiets als 'goedmaking', 'reconciliatie'; zie over deze wet Kienemund 2002, Kuhla/Hüttenbrink 2002, Laudemann 2002 en Seibert 2002). Deze wijziging hield in dat de rechter in eerste aanleg, dat is de rechter van het *Verwaltungsgericht*, zelf meteen kan zeggen dat hoger beroep mogelijk is. Daardoor hoeft de belanghebbende alleen een verzoek te doen tot toelating tot het hoger beroep als de rechter in eerste aanleg nog niet uit zichzelf heeft besloten dat hoger beroep mogelijk is. Het is nu als volgt geregeld in § 124a VwGO: Het VG kan hoger beroep toestaan door dit in zijn uitspraak te vermelden. Als het VG niet heeft bepaald dat hoger beroep toegestaan is, dan kan men hiertoe een aanvraag indienen. Het OVG beslist op de aanvraag. Als hoger beroep wordt toegestaan, dan geldt de aanvraag tot toelating direct als hoger beroepschrift.

Verder is bij de wijziging die per 1 januari 2002 in werking is getreden, de verplichting vervallen om verlot te vragen ingeval hoger beroep is ingesteld tegen andere rechterlijke beslissingen dan uitspraken in de hoofdzaak (§ 146 VwGO). Daardoor is het vragen van verlot onder meer niet nodig bij het aanvechten van beslissingen omtrent voorlopige voorzieningen (schorsingen; het ongedaan maken van krachtens wet of bestuurlijk besluit ingetreden opschortende werking; andere voorlopige maatregelen).

#### c. Beperking van de beroepsgronden

In § 124 II VwGO is bepaald dat hoger beroep slechts wordt toegestaan als een van de volgende vijf situaties van toepassing is:

- als er ernstige twijfel aan de rechterlijke uitspraak in eerste aanleg bestaat;



- als de zaak bijzondere feitelijke of juridische problemen opwerpt;
- als de zaak van principiële betekenis is;
- als de uitspraak afwijkt van een uitspraak van een hogere rechterlijke instantie en de uitspraak op deze afwijking berust; of
- als zich bij de aangevallen uitspraak een procedureel gebrek heeft voorgedaan, dat mogelijk heeft geleid tot een benadeling van de belangen van de verzoeker.

Overigens kan het VG alleen beslissen dat hoger beroep mogelijk is als de derde of de vierde toelatingsgrond van toepassing is. Over de andere toelatingsgronden kan alleen het OVG beslissen. De toelatingsgronden dateren van het zesde *VwGO-Änderungsgesetz*. Er is nogal wat kritiek op gekomen, mede vanwege de omstandigheid dat de criteria door de verschillende OVG's nogal uiteenlopend werden geïnterpreteerd. Ondanks de kritiek is de wetgever niet tot aanpassing overgegaan. Volgens Kuhla/Hüttenbrink is het een gemiste kans dat dit niet is gebeurd ter gelegenheid van de wetwijziging die per 1 januari 2002 in werking is getreden (Kuhla/Hüttenbrink 2002, p. 89). Ook Kienemund vermeldt als een van de centrale punten van kritiek die op het zesde *Änderungsgesetz* is geuit: 'Zersplitterung der Rechtsprechung zu den Zulassungsgründen' (Kienemund 2002, p. 1231).

#### d. Beroepstermijn

Als het VG verlof heeft gegeven voor het instellen van hoger beroep, is de beroepstermijn een maand. In andere gevallen moet binnen een maand verlof worden aangevraagd bij het VG. Deze termijnen zijn nog iets korter dan in het Nederlandse bestuursrecht, waarin de belanghebbende zes weken de tijd heeft om hoger beroep in te stellen. Na 1 januari 1997 moest het beroep binnen één maand na de bekendmaking van het aangevochten oordeel van het VG worden aangevuld met de gronden waar het hoger beroep op berust. Deze regeling werd vanwege de korte termijn wel aangeduid als het '*Rechtsanwalts- beschleunigungsgesetz*' ('wet ter versnelling van advocaten'; zie Kuhla/Hüttenbrink 2002, p. 85). De '*Bereinigungswet*' die per 1 januari 2002 in werking trad heeft die termijn verlengd tot twee maanden (§ 124a Abs 3 *VwGO*; zie ook Seibert 2002, p. 266).

#### *Functie van hoger beroep*

##### e. Het object van appel

In het Duitse recht ligt de drempel om toegelaten te worden tot een hoger beroepsprocedure door het invoeren van een verlostelsel vrij hoog. Als men echter wordt toegelaten tot de procedure, dan wordt in beginsel de zaak in zijn geheel overgedaan. (Zie hierover Willemsen 2005, p. 296 e.v.) Er is dus eerder sprake van een *rehearing* dan van een *review*. De hoofdregel is dan ook dat het OVG de zaak zelf af dient te doen. Slechts bij uitzondering mag het OVG de zaak terugwijzen naar de eerste rechter (§130 *VwGO*; zie ook Laudemann 2002, p. 71).

#### *Inrichting van hoger beroepsprocedures*

##### f. Verplichte procesvertegenwoordiging

Met het zesde *Änderungsgesetz VwGO* is voor hoger beroep procesvertegenwoordiging verplicht gesteld. Partijen moeten zich op grond van § 67 *VwGO* laten bijstaan. Er gelden voor burgers andere regels dan voor de bestuursorganen voor wat betreft wie hen mag vertegenwoordigen (vgl. eerste en derde zin van § 67 I *VwGO*). Het gevolg van verplichte

procesvertegenwoordiging zou kunnen zijn dat de procedures effectiever worden, omdat de procedure zakelijker wordt en de partijen zich eerder zullen beperken tot de kern van de rechtsstrijd. In verband met de kosten die procesvertegenwoordiging pleegt mee te brengen, kan verder een vermindering van de aantallen zaken worden verwacht.

g. Opschortende werking

Anders dan in het Nederlandse recht heeft het instellen van een voorprocedure of een rechterlijke procedure in eerste aanleg in beginsel tot gevolg dat de werking van het bestreden besluit opgeschort wordt; zie het eerste lid van § 80 VwGO. Er zijn echter uitzonderingen op deze regel; deze zijn te vinden in het tweede lid van §80 VwGO. Het Duitse stelsel lokt op deze manier vaak procedures uit die betrekking hebben op de vraag of in een bepaalde zaak wel of niet schorsende werking is ingetreden, wat zorgt voor een extra belasting van de gerechtelijke instanties (Zie De Waard 2006).

Op grond van § 80b VwGO, een bepaling die is ingevoerd middels de zesde wijzigingswet van de VwGO, geldt de opschortende werking niet meer tijdens de procedure in hoger beroep. Het Oberverwaltungsgericht kan op aanvraag beslissen dat de opschortende werking wel zal voortduren; zie § 80b II VwGO. Deze bepaling kan ook weer extra werk uitlokken als er veel procedures over de voortzetting van de schorsende werking gevoerd worden (Zie Millgramm 1997).

h. Concentratie / deconcentratie

Concentratie van zaken van een bepaalde soort bij één bepaald VG komt voor (zie Redeker / Von Oertzen, § 3 VwGO, Rn 1a, p. 66). Concentratie van zaken bij één OVG ligt niet voor de hand, omdat er per *Land* maximaal slechts één OVG mag zijn. Interessant is nog, dat sinds de wijziging d.d. 1 januari 2002 ook het 'omgekeerde' van concentratie mogelijk is: zaken die tot de relatieve bevoegdheid van een bepaald VG behoren kunnen worden gespreid over verschillende VG's. Dat zou een welkome bepaling zijn geweest in de tijd dat Bonn de hoofdstad van West-Duitsland was en de talrijke zaken die gaan over uitzetting van vreemdelingen onder het betreffende VG vallen (zie Laudemann 2002, p. 68), maar is nu een tamelijk theoretische mogelijkheid, omdat Berlijn een afzonderlijk *Land* vormt, met slechts één VG.

## Engeland

Het Engelse systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zit ingewikkeld in elkaar (zie De Waard, Bok en Gilhuis 2001, hoofdstuk 5). Om die reden volgt eerst een korte toelichting op hoofdlijnen. Uitgangspunt is dat de bestuursrechtspraak plaats kan vinden binnen de gewone rechterlijke macht. Het algemeen bevoegde rechtscollege voor het aanvechten van bestuurshandelingen in *judicial review* is het *High Court*. Binnen de *Queens Bench Division* van het *High Court* houdt het *Administrative Court* zich bezig met deze bestuursrechtspraak in eerste aanleg. Het *Court of Appeal* behandelt hoger beroepszaken. Tot slot is de *House of Lords* bevoegd in cassatieberoepen. Hoger beroep en cassatieberoep kan men slechts instellen als men vooraf verlof heeft verkregen. Naast de gewone rechterlijke macht bestaat er ook een veelheid aan bijzondere bestuursrechtelijke instanties, de *tribunals*.

Voor het instellen van beroep op een rechter bestaan twee verschillende routes. Ten eerste is er soms een wettelijk toegekend beroepsrecht, het *statutory appeal*. Aangegeven wordt dan waar beroep moet worden ingesteld. Vaak is dit een *tribunal*,

maar *statutory appeal* kan ook zijn opgedragen aan een instantie van de gewone rechterlijke macht. Dat is dan niet altijd het *High Court*: in sommige gevallen is een lager college, het *Magistrates Court*, als rechter van eerste aanleg bevoegd. De tweede route is het algemene rechtmatigheidsberoep dat men kan instellen bij de gewone rechterlijke macht: het al genoemde *judicial review* (*judicial review of administrative action*). Men dient hiertoe een verzoek in te dienen bij de rechter. Sinds oktober 2000 is de betreffende procedure geregeld in de *Civil Procedure Rules* (*CPR*). (Wat voorheen heette: ‘*Application*’ for *Judicial Review* (*AJR*) heet nu ‘*Claim*’ for *judicial review*; zie Fordham 2001, p. 5.) Als hoofdregel geldt dat deze algemene verzoekschriftprocedure niet gehanteerd kan worden in het geval er een bijzondere mogelijkheid van (hoger) beroep bestaat. Het verzoek om in de *Judicial Review*-procedure te worden toegelaten, wordt dan in beginsel afgewezen (Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1321).

Tegen uitspraken van de *tribunals* is hoger beroep mogelijk als dit uitdrukkelijk in de wet is opgenomen. Dit is niet altijd het geval. Is er wel hoger beroep mogelijk dan treden de meest uiteenlopende instanties op als hoger beroepsinstantie: soms is een ander *tribunal* bevoegd, soms een minister, soms een instantie van de rechterlijke macht. Als de bevoegdheid tot oordelen in hoger beroep is toegekend aan een instantie van de gewone rechterlijke macht, dan is dit onder het huidige recht meestal het *High Court*. In de *Tribunals and Inquiries Act 1992* is een dergelijk recht van hoger beroep op het *High Court* toegekend met betrekking tot een groep van *tribunals*, namelijk de *tribunals* die onder die wet vallen (Wade & Forsyth 2004, p. 941). Soms is niet het *High Court*, maar het *Court of Appeal* de bevoegde hoger beroepsrechter. Zie Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1309 e.v. Het *Court of Appeal* is onder meer bevoegd in hoger beroep tegen beslissingen van de volgende *tribunals*: het *Employment Appeal Tribunal*, het *Immigration Appeal Tribunal*, en het *Lands Tribunal*. Ontbreekt een mogelijkheid van *statutory appeal* dan kan men terugvallen op *judicial review*.

Men is bezig om het systeem van *tribunals* drastisch aan te passen naar aanleiding van het rapport van Andrew Leggatt ‘*Tribunals for users. One system, one service*’, dat in augustus 2001 uitkwam (zie over het rapport ook Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 48 e.v., en Wade & Forsyth 2004, p. 927). Er is een *Tribunals Service* opgericht binnen het *Department for Constitutional Affairs* (*DCA*). Deze dienst zal vanaf april 2006 in werking treden. Opmerkelijk is dat men in de *White Paper* ‘*Transforming public services: Complaints, Redress and Tribunals*’ (juli 2004) over deze hervorming vermeldt dat er erg weinig hoger beroep wordt ingesteld tegen uitspraken van de *tribunals* (‘onward appeals run at an extremely low level’). Een uitzondering geldt voor beslissingen op het terrein van het vreemdelingenrecht. Daar ligt het aantal beroepen juist uitzonderlijk hoog (zowel het rapport van Leggatt als de *White Paper* over dit onderwerp is te vinden op de website <[www.tribunalsservice.gov.uk](http://www.tribunalsservice.gov.uk)>, onder het kopje *background*).

Men veronderstelt dat het hoge aantal hoger beroepen in het vreemdelingenrecht niet zozeer te wijten is aan de kwaliteit van de uitspraken in eerste aanleg, maar aan het belang dat de vreemdeling heeft bij een zo lang mogelijk procedure, omdat hij dan langer in het Verenigd Koninkrijk kan verblijven. Men wil uitzoeken of het lage aantal ingestelde hoger beroepen in andere dan vreemdelingenrechtelijke zaken, wordt veroorzaakt doordat de uitspraken kwalitatief goed zijn of doordat dat de belanghebbenden het eenvoudigweg opgeven. Hiervoor wordt een systeem van ‘*peer review*’ binnen de *tribunals* gelanceerd (zie paragrafen 5.12 en 5.13 van de *White paper*).

## *Drempel voor hoger beroep*

### a. Verlofstelsel

Wat de voorgestelde hervorming van het tribunal systeem betreft geldt dat men een verlofstelsel wil invoeren dat gelijk is aan de regeling in *section 54* van de *Access to Justice Act* van 1999. Met het verlofstelsel wil men het instellen van kansloze hoger beroepen ontmoedigen (zie paragraaf 7.19 van de *White Paper*).

De hoofdlijn van de geldende regels omtrent verlof in *judicial review* is als volgt. De eerste stap is dat verlof wordt gevraagd bij het *High Court, Administrative Court Office*. Dat verzoek wordt schriftelijk behandeld, maar als het wordt afgewezen (of onder voorwaarden wordt toegewezen) kan de verzoeker een mondelinge behandeling vragen. Het criterium voor verlof is of de verzoeker een *'reasonable or arguable case'* heeft. Als een verzoek na een mondelinge behandeling is afgewezen kan de verzoeker binnen een week aan het *Court of Appeal* verlof voor hoger beroep vragen. Als het *Court of Appeal* positief op het verzoek wil beslissen dan kan het bepalen dat het *High Court* de zaak alsnog in *judicial review* dient te behandelen. Het *Court of Appeal* is overigens wel *bevoegd* de zaak zelf in behandeling te nemen (Smith, Bailey & Gunn 2004, p. 1318; Cornford & Sunkin 2001, p. 14), maar zal dat, volgens Fordham (Fordham 2001, p. 8), niet doen. Aldus leidt een positieve beslissing van het *Court of Appeal* op een verzoek om verlof om in hoger beroep te komen dus niet tot een hoger beroep, maar tot het alsnog toegang verlenen tot de rechter van eerste aanleg.

Als het *Court of Appeal* afwijzend beslist, dan eindigen de mogelijkheden daar: een weigering van verlof door het *Court of Appeal* kan niet bij het *House of Lords* worden aangevochten.

Voor het beroep op het *House of Lords* geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Als het *Court of Appeal* in een hoger beroep in de hoofdzaak heeft beslist, dan is die uitspraak in beginsel vatbaar voor beroep bij het *House of Lords* (en wel door de *Lords of Appeal in Ordinary*, ofwel de *Law Lords*). Ook daarvoor is verlof nodig, waarover aanvankelijk wordt beslist door het *Court of Appeal*. Bij afwijzing kan het *House of Lords* worden gevraagd alsnog verlof te verlenen. Over een dergelijk verzoek wordt beslist door het *Appeal Committee* binnen het *House of Lords*.

Over de vormgeving van het verlofstelsel nog het volgende. Bij de hervormingen die in oktober 2000 in werking zijn getreden naar aanleiding van het 'Bowman Report' (zie ook de maatregelen g, h en i) is een systeem ingevoerd waarbij ten behoeve van de beslissing op hun verzoek om verlof, partijen zelf van alles moeten ondernemen: de verzoeker moet binnen een week na indiening van het verzoek bij het *Administrative Court Office* dat verzoek en de begeleidende stukken ook aan de verweerder doen toekomen, evenals aan eventuele personen die de verzoeker beschouwt als direct belanghebbenden. Van die handelingen moet dan weer binnen een week aan het *Administrative Court* worden bericht. De verweerder die zich tegen het verzoek wil verzetten krijgt dan drie weken voor het indienen van een verweerschrift. Dat verweer hoeft niet volledig gedetailleerd te zijn: als het verzoek om verlof wordt toegewezen krijgt verweerder nog de gelegenheid om meer gedetailleerd verweer te voeren, binnen 35 dagen. Een derdebelanghebbende die over de procedure is bericht en daarin wil participeren, moet zich via een daartoe bestemd formulier aanmelden. De derde moet dan, net

als de verweerder, (summier gemotiveerd) aangeven of hij het verzoek wenst te bestrijden. De derde kan ook zelf weer andere derden noemen die tot de direct belanghebbenden gerekend zouden moeten worden, en dus uitgenodigd zouden moeten worden. Voorheen was dit alles niet nodig.

Fordham schrijft dat de aldus geëiste verhoogde activiteit ongetwijfeld méér kosten voor partijen meebrengt (Fordham 2001, p. 6 e.v.). Hij stelt dat er toch wel een rechtvaardiging voor de hogere eisen is, en wel een dubbele: ten eerste wordt de verweerder in dit systeem méér aan het denken gezet over de klacht, en dat dan in het allereerste begin van de procedure. Dit lijkt de kans te verhogen dat zaken alsnog kunnen worden geschikt, zonder dat het de rechter tijd heeft gekost. (Het aldus terugdringen van het beslag op de tijd van de rechter was inderdaad de expliciete bedoeling van het Bowman Report. Vóór invoering van de aanbevelingen kwam het verhoudingsgewijs vaak voor dat zaken *na verlening van het verlof* werden ingetrokken; zie Cornford & Sunkin 2001, p. 12 en 15) In de tweede plaats leidt de hogere partij-activiteit er toe dat het rechterlijk college al in de fase van het verlof goed over de zaak is geïnformeerd.

b. Kosten van hoger beroep voor partijen

De kosten van een verzoek om toelating tot *judicial review* bedragen £ 30. Wordt verlof verleend, dan moet binnen een week na het verlof nog eens £ 120 worden betaald. Over de kosten zegt de website <[www.publiclawproject.org.uk/simpleguide.html#3](http://www.publiclawproject.org.uk/simpleguide.html#3)> verder dat de kosten verhoudingsgewijs laag zijn als de zaak wordt geschikt nadat verlof is verkregen. Als de zaak wordt doorgezet tot een volledige behandeling, dan kunnen de kosten *massive* zijn: ‘probably over £ 20.000’, aldus de handleiding op deze voorlichtingssite van het onafhankelijke *Public Law Project*.

De kosten van een zaak bij een *tribunal* zijn verhoudingsgewijs laag. Bij veel, maar niet alle, *tribunals* is een griffierecht verschuldigd. Dat is dan een griffierecht van betrekkelijk geringe hoogte (*‘a small fee’ for the use of the services of the tribunal*). Men streeft ernaar die kosten laag te houden, omdat men toegankelijkheid erg belangrijk vindt en de geringe kosten van procedures bij *tribunals* worden gezien als belangrijke voordelen van *tribunals* boven de procedures bij de gewone rechterlijke macht. Toen dan ook werd beslist dat bij een bepaald *tribunal* de volledige kosten zouden worden doorberekend leidde dit tot ingrijpen van de regering waarbij een maximum werd gesteld van £ 500 (Wade & Forsyth 2004, p. 937). Het is gebruikelijk bij procedures voor *tribunals* dat partijen hun eigen kosten dragen, inclusief hun onkosten. Een enkel *tribunal* heeft wel de bevoegdheid tot kostenveroordeling (Wade & Forsyth 2004, p. 936).

*Functie van hoger beroep*

c. Beperking tot rechtsvragen

Een bij wet toegekend recht van hoger beroep op een hoger *tribunal* dan wel een rechtcollege van de gewone rechterlijke macht is - net als *judicial review* - in het algemeen beperkt tot rechtsvragen: *points of law* (Wade & Forsyth 2004, p. 941; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1309 e.v.). Door dit criterium vallen bepaalde vragen die kunnen worden gezien als ‘feitelijke’ vragen, of als ‘vóórvragen’, buiten de beoordeling in hoger beroep. Het onderscheid tussen beide is overigens, ook volgens Engelse auteurs, dikwijls moeilijk te maken (Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1314; Wade & Forsyth 2004, p. 943 e.v.). Zo kan de vaststelling van feiten door *tribunals* in hoger beroep bij het High Court wel worden aangevochten

als die feitenvaststelling niet op bewijs steunt. Dat ligt weer anders als de vaststelling van de betreffende feiten juist tot de deskundigheid en ervaring van het betreffende tribunal behoort. Bijvoorbeeld: de vaststelling hoe hoog een bepaalde huur dient te zijn. Dit is bij uitstek de deskundigheid van een *rent tribunal* of een *rent assessment committee*. De vaststelling door een dergelijke instantie kan dan niet worden aangevochten op de basis van *lack of evidence* (Wade & Forsyth 2004, p. 942).

#### *Inrichting van hoger beroepsprocedures*

##### d. Plannen om Tribunal systeem te wijzigen

Het huidige systeem van hoger beroep is een ratjetoe (sir Andrew Leggatt spreekt van een *'hotchpotch'*). Het voorstel in de hiervoor vermelde *White Paper* is om een simpel en coherent systeem te maken waarbij alleen zaken van bijzonder gewicht naar de rechterlijke macht gaan. Hoger beroep zou in beginsel binnen de nieuwe structuur van *tribunals* mogelijk moeten worden gemaakt (zie paragraaf 7.14 e.v.). Ook hier zal het aantal beroepen middels een verlofstelsel aan banden worden gelegd.

Tegen uitspraken in hoger beroep gedaan door een *tribunal*, zal in sommige gevallen nog weer hoger beroep openstaan door een gerecht dat onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht. Het is de bedoeling dat die taak terecht komt bij het *Court of Appeal*, en niet bij het *Administrative Court*, dat deel uitmaakt van het *High Court*. Slechts in belangrijke zaken kan men hoger beroep op het *Court of Appeal* instellen.

Als een bijzondere wettelijke (hoger) beroepsmogelijkheid ontbreekt is men aangewezen op de verloffprocedure in het kader van *judicial review*. Wat het hoger beroep betreft geldt dan de regeling die ook in (andere) civiele zaken geldt. Daarover bepaalt *section 55* van de *Access to Justice Act* dat geen hoger beroep op het *Court of Appeal* mogelijk is, tenzij:

- het hoger beroep een punt van groot principieel of praktisch belang aan de orde zou stellen, of
- er voor het *Court of Appeal* een andere dwingende reden is het hoger beroep in behandeling te nemen.

##### e. Unusrechtspraak

Bij het *Administrative Court* van het *High Court* is de hoofdregel dat recht wordt gesproken door een enkelvoudige kamer. Op die regel bestaan uitzonderingen, waarin een meervoudige kamer verplicht is (bijv. in hoger beroep van uitspraken van het *Law Society Disciplinary Tribunal*; een soort Hof van Discipline). En er worden in de praktijk uitzonderingen gemaakt in de zin dat bepaalde zaken meervoudig plegen te worden behandeld ook al eist de wet dat niet (bijvoorbeeld als hoger beroep is ingesteld tegen de weigering toegang tot de rechter te verlenen in zaken waarin punitieve sancties aan de orde zijn). Zie de *'Information about'* het *Administrative Court* op de website van *Her Majesty's Court Service* (<<http://www.hmcourts-service.gov.uk>>) onder *'Information About'*, *'Administrative Court'*.

##### f. Procesvertegenwoordiging

Bij procedures voor *tribunals* is rechtsbijstand niet verplicht. Een persoon kan in het algemeen worden bijgestaan door wie die persoon maar wenst. De gevallen waarin daar een uitdrukkelijke beperking aan is gesteld, zijn zeldzaam.

Bekostiging van overheidswege van procesvertegenwoordiging is slechts mogelijk bij enkele *tribunals* waar dat uitdrukkelijk is bepaald. Dat is uitzonderlijk, maar wel het geval bij enkele 'grotere' tribunals, zoals het *Employment Appeal Tribunal* en het *Immigration Appeal Tribunal* (Wade & Forsyth 2004, p. 935-936; Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1079-1084).

In procedures voor de colleges van de gewone rechterlijke macht is procesvertegenwoordiging in het algemeen niet verplicht, met uitzondering van een beroep bij het House of Lords. Daar moet de zaak naar voren worden gebracht *by counsel*. Waar procesvertegenwoordiging niet verplicht is kan die in de praktijk echter toch vaak moeilijk worden gemist.

In oktober 2000 zijn belangrijke nieuwe regels ingevoerd op basis van het - enkele maanden daarvoor verschenen - Bowman Report. De Commissie, genoemd naar voorzitter Sir Jeffery Bowman, bracht rapport uit in maart 2000. De Commissie beoogde voorstellen te doen:

'costed recommendations for improving the efficiency of the Crown Office List (...) that do not compromise the fairness or probity of proceedings, the quality of decisions, or the independence of the judiciary'. (Report, p. ii. NB: de 'Crown Office List' bestaat uit de verzameling bestuursrechtelijke zaken bij het *High Court* die sinds implementatie van het Bowman rapport worden aangeduid als de zaken van het '*Administrative Court Office*'.)

- g. Geen recht meer op mondelinge behandeling in verlofprocedure  
Hoofdregeel is sinds oktober 2000 dat verzoekers om verlof niet langer mondeling worden gehoord. Dit punt is overigens niet uitdrukkelijk geregeld in de procesregels (Cornford & Sunkin 2001, p. 13-14).
- h. Invoering plicht voor verweerder om op het verzoek om verlof te reageren  
Verweerder (en derden) dienen al vóórdat de rechter over het verlof beslist in de procedure te worden betrokken (zie hierboven, bij de bespreking van het verlofstelsel, en zie Cornford & Sunkin 2001, p. 13). Wat de derden betreft vormen de wijzigingen van oktober 2000 een duidelijke versterking van hun positie (zie ook Cornford 2000, p. 8).
- i. Rechterlijke bevoegdheid om 'zelf in de zaak te voorzien'  
Het Bowman Report deed ook de aanbeveling dat de rechter onder omstandigheden de bevoegdheid zou moeten hebben om zijn eigen beslissing in de plaats te stellen van die van een *tribunal*.

Overigens zijn Cornford & Sunkin kritisch over de aanbevelingen en daarop genomen maatregelen. Zij vinden dat de maatregelen eenzijdig belastend voor de verzoeker zijn. Belangrijke verbeteringen aan de verlofprocedure zouden ook gezocht kunnen worden in heel andere maatregelen dan door de Commissie zijn onderzocht.

Bijvoorbeeld het verhelderen van de verlofcriteria en het tegemoetkomen aan de behoefte aan informatie voor de verzoekers, waarop deze hun verzoek (of de beslissing om al dan niet een verzoek in te dienen) kunnen baseren. Het rapport is te gehaast tot stand gekomen en ontbeert empirische gegevens waarop de aanbevelingen gestoeld hadden kunnen worden. Schrijvers concluderen onder meer:

'As a general principle, changes which might affect the fairness of the system and the quality of judicial decision-making should not be made in the absence of

information which makes it possible to gauge their likely effects. Unfortunately on this occasion that principle has been breached' (a.w., p. 20).

### **Frankrijk**

De hoger beroepsinstanties voor bestuursrechtelijke zaken zijn de *Cours administratives d'appel*. Dit zijn relatief nieuwe gerechten; vanaf 1987 treden zij op als hoger beroepsinstantie. Daarvoor kon men hoger beroep bij de *Conseil d'Etat* instellen. Nu is de Conseil d'Etat slechts in een beperkt aantal gevallen bevoegd in hoger beroep; daarnaast heeft deze Franse Raad van State een taak als instantie in eerste en enige aanleg en als cassatierechter (zie voor de taken: De Waard, Bok en Gilhuis 2001, p. 24 e.v.).

Hieronder staan enkele maatregelen die het hoger beroep beperken of stroomlijnen. Sommige van deze maatregelen zijn (nog) niet ingevoerd, sommige zijn een tijd van kracht geweest maar zijn inmiddels weer afgeschaft, en sommige zijn op dit moment van kracht in het Franse appelprocesrecht.

NB: voorzover in het onderstaande geen nadere bronvermelding is gedaan berust een en ander op schriftelijk en mondeling verkregen informatie van onze respondent, de president van het Cour administrative d'appel in Parijs, M. P.-F. Racine. Dat geldt ook voor de geschatte getalsmatige gegevens m.b.t. het Cour administrative d'appel.

#### *Mogelijkheid tot instellen hoger beroep*

##### a. Beperking mogelijkheid instellen hoger beroep

In de jaren 2002 en 2003 bleek dat de Franse hoger beroepsinstanties de stroom aan hoger beroepen niet tijdig konden verwerken. Er bestond daarom de behoefte om het recht tot het instellen van hoger beroep sterk te beperken. Dit is gebeurd in art. R. 811-1 CJA (2<sup>e</sup> alinea, ingevoegd bij besluit n<sup>o</sup> 2003-543 van 24 juni 2003, doordat de meeste gevallen waarin op basis van art. R. 222-13 e.v. door het *Tribunal administratif* enkelvoudig is geoordeeld uit te sluiten van appel). Het uitgangspunt is dus: als een beroep in eerste aanleg door één rechter is afgedaan, is hoger beroep niet mogelijk. Chabanol spreekt van een 'fundamentele wijziging van de organisatie van het bestuursprocesrecht' (Chabanol 2004, p. 744). De invoering van deze maatregel in september 2003 leidde direct tot een vermindering van ongeveer 10% van de hoger beroepsprocedures. Daarbij moet echter nog het volgende worden bedacht: volgens de geldende Franse jurisprudentie moet men in alle zaken een rechtsmiddel kunnen instellen als het gaat om de uitleg van het recht. Met andere woorden, er moet altijd een vorm van hoger beroep of cassatieberoep openstaan. Een maatregel die leidt tot een verminderde instroom bij de *Cours administratives d'appel*, leidt daarom vrijwel automatisch tot een toename van beroepen bij de Conseil d'Etat.

#### *Drempel voor hoger beroep*

##### b. Geen appelverlof

De Franse bestuursrechtspraak kent geen appelverlof. Evenmin als het EVRM verplicht de Franse Grondwet tot het openstellen van beroep in twee instanties. Slechts voor strafrechtelijke zaken ligt dit anders: daar is beroep in twee feitelijke instanties wel verplicht. Desalniettemin is er nooit een verlofstelsel ingesteld in het Franse bestuursrecht en is het uitgangspunt dat er beroep in twee feitelijke instanties openstaat (zie voor de uitzondering op dit uitgangspunt de onder a genoemde maatregel).



c. Griffierechten verhogen

In Frankrijk heeft een tijd een opmerkelijke maatregel gegolden die vergelijkbaar is met het verhogen van het griffierecht. Van 1994 tot 2004 werd het griffierecht als zegelrecht geheven: de appellant diende een zegel ter waarde van 100 Franse Franc bij zijn beroepschrift te voegen op straffe van een niet-ontvankelijkverklaring. Dit leverde nogal wat praktische problemen op, zoals het simpele feit dat als men vanuit het buitenland een beroepschrift wilde indienen, deze Franse zegels niet voorhanden waren. Deze maatregel had bovendien geen substantieel effect op het aantal ingediende beroepschriften. In 2004 werd de maatregel, tot opluchting van velen, afgeschaft.

*Functie van hoger beroep*

d. Vereenvoudigde afdoening

In het Franse recht heeft zich de afgelopen jaren een fenomeen voorgedaan dat valt te scharen onder de wijziging van de functie van het hoger beroep van een *rehearing* naar een *review*. Recente jurisprudentie van de Conseil d'Etat geeft echter aan dat het tij (gedeeltelijk) gekeerd is, en dat er weer wordt geschoven richting *rehearing*. Om te begrijpen wat er gaande was, moet eerst gekeken worden naar de vereenvoudigde procedure in het Franse bestuursrecht. De hoger beroepsrechter heeft de optie om zaken vereenvoudigd af te doen bij beschikking (*par ordonnance*). De Code de Justice Administrative (hierna: CJA) maakt deze uitzondering op het uitgangspunt dat wordt rechtgesproken in meervoudige kamers mogelijk, voor zowel de gerechten van eerste aanleg als de bestuursrechtelijke gerechtshoven, in art. L. 222-1. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt door bij reglement een aantal zaken op te sommen die bij beschikking kunnen worden afgedaan (art. R. 222-1 CJA; vanaf het jaar 2000 steeds uitgebreid, zie Chabanol 2004, p. 143; en sindsdien nog verder, door het *décret* 2005-911, van 28 juli 2005, in werking getreden op 1 september 2005). Daaronder - naast wat wij in Nederland een aantal gevallen van 'kennelijke niet-ontvankelijkheid' zouden noemen - is de interessante mogelijkheid om op deze wijze verzoeken af te doen die deel uitmaken van een 'serie', dat wil zeggen: betrekking hebben op dezelfde rechtsvraag en dezelfde feiten, als in de betreffende materie uitspraak is gedaan die kracht van gewijsde heeft verkregen (art. R. 222-1, ten 6°).

De afdoening bij beschikking kenmerkt zich doordat er geen zitting wordt gehouden en slechts één rechter oordeelt over de zaak. Omdat de hoger beroepsgerechten moeilijkheden ondervonden van een te grote instroom van het aantal hoger beroepszaken, heeft de Conseil d'Etat bepaald dat deze vereenvoudigde afdoening mocht worden gebruikt in zaken waarin de appellant slechts beroepsgronden aanvoert tegen het bestreden besluit, en niet tegen de rechterlijke uitspraak die in eerste aanleg is gedaan. De ratio hiervan is dat het hoger beroep betrekking heeft op de uitspraak in eerste instantie, en niet zozeer op het besluit. Het aantal zaken dat op deze wijze wordt afgedaan is hierdoor aanzienlijk gestegen. Zo wordt zo'n 35% van de hoger beroepszaken die worden ingediend bij het Parijse hoger beroepsgerecht vereenvoudigd afgedaan, terwijl dat percentage zes jaar geleden nog op ongeveer 15 bleef steken. Of dit percentage van vereenvoudigde afdoening de komende jaren zo hoog zal blijven, is echter de vraag. De Conseil d'Etat lijkt zijn 'ruimhartige' benadering op dit punt enigszins bijgesteld te hebben, overigens zonder dat het college uitdrukkelijk is omgegaan,

waardoor de rechter minder snel tot een niet-ontvankelijkverklaring zal kunnen komen.

#### *Inrichting van hoger beroepsprocedures*

e. Vermindering aantal rechters

Om een efficiëntere werkwijze in hoger beroep bij de Cours administratives d'appel te krijgen is er vooral geschaafd aan het aantal rechters dat zich buigt over de zaak. Het was eerst gebruikelijk dat vijf rechters in de behandelende kamer zaten, maar nu is het uitgangspunt dat er drie rechters in de kamer zitten. (Art. R 222-26 CJA, Décret n° 2001-710, 31 juli 2001.) Als de aard of de moeilijkheid van de zaak daartoe aanleiding geeft, kan nog steeds een kamer van vijf rechters ingesteld worden (art. R. 222-27 CJA). In de praktijk worden bijna alle zaken door drie rechters afgedaan. In bijzondere gevallen zitten er in hoger beroep meer dan vijf, namelijk negen rechters. Dit heet de '*formation plénière*' (art. R. 222-29). Dit komt zelden voor. Ter illustratie: in het Cour administrative d'appel in Parijs komt dit ongeveer zes keer per jaar voor.

f. Unusrechtspraak en vereenvoudigde afdoening van de zaak

Het is de afgelopen jaren de tendens geweest om meer zaken via unusrechtspraak en zonder zitting vereenvoudigd af te doen; zie de onder d genoemde maatregel. Deze zaken resulteren na een vereenvoudigde afdoening niet in een uitspraak, maar in een *ordonnance*. Zoals gezegd wordt in Parijs ongeveer 35% van de appelzaken op deze manier afgedaan.

g. Unusrechtspraak en gewone afdoening van de zaak

Ook als de zaak niet vereenvoudigd wordt afgedaan, en er dus wel een zitting wordt gehouden, is het mogelijk dat één rechter de uitspraak doet. Dit gebeurt in het Franse bestuursrecht in de meeste zaken die betrekking hebben op illegale vreemdelingen. Racine, onze respondent, is van mening dat deze gang van zaken grote gevaren oplevert voor de rechtseenheid. Hij wijst er op dat het juist in hoger beroep onacceptabel is dat de uitspraken van de verschillende rechters divergeren. Na een onderzoek bleek dat er geen noemenswaardige verschillen bestonden tussen de uitspraken, maar volgens Racine zou dit mede te danken kunnen zijn aan dat er nog een basis ligt in de bestaande, en nog geldende jurisprudentie die de Conseil d'Etat heeft opgebouwd gedurende de jaren dat de de Conseil d'Etat de hoger beroepsrechter was. Aangezien het vreemdelingenrecht in Frankrijk, net als in de andere Europese landen, een onrustig bezit is, en er geregeld veranderingen van de geldende regels plaatsvinden, is te verwachten dat er in de toekomst meer problemen met de rechtseenheid zullen optreden, aldus Racine.

h. Verplichte procesvertegenwoordiging in hoger beroep

In het Franse bestuursrecht is er in het algemeen in eerste aanleg geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging. In hoger beroep daarentegen is het aantal zaken waarin de burger verplicht is om zich te laten vertegenwoordigen de laatste jaren steeds verder uitgebreid. Op dit moment is procesvertegenwoordiging in nagenoeg alle gevallen verplicht (art. R. 811-7 CJA, décret n° 2003-543, van 24 juni 2003). Deze eis geldt overigens slechts aan de kant van de burger. Aan de kant van de overheid is vertegenwoordiging niet verplicht. Dit levert op zichzelf nog geen schending van de eis van 'equality of arms' uit art. 6 EVRM op, volgens de Conseil d'Etat, in een uitspraak van 17 december 2003 (*Meyet*).

i. 'Bestuursrechtelijk OM' (*Commissaire du gouvernement*)

Het instituut van de zogenaamde *Commissaire du gouvernement*, een soort bestuursrechtelijke equivalent van het parket bij de Hoge Raad in Nederland, is nogal onder druk komen te staan na verschillende uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de mens. Het arrest *Kress v. Frankrijk* (EHRM 7 juni 2000, no 39594/98) had al discussie opgeroepen. In het arrest is uitgemaakt dat de omstandigheid dat in Frankrijk de *commissaire du gouvernement* aanwezig is bij de beraadslagingen van het rechterlijk college een schending oplevert van artikel 6 EVRM. (Zie ook De Waard, Bok en Gilhuis 2001, p. 66 en p. 186 e.v.) Een later arrest (EHRM 10 oktober 2002, *Théraube v. Frankrijk*) had twijfel opgeroepen hoe 'Kress' precies uitgelegd moest worden. Inmiddels heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat de enkele aanwezigheid van de commissaire een zekere invloed zou kunnen uitoefenen op de uitspraak, hetgeen een schending van art. 6 EVRM oplevert (EHRM 5 juli 2005, *Marie-Louise Loyer e.a. v. Frankrijk*, n<sup>o</sup> 55929/00). Vervolgens is in de literatuur geopperd dat de functie van de *commissaire du gouvernement* bij de *Tribunaux administratifs* en de *Cours administratives d'appel* misschien maar beter helemaal afgeschaft zou kunnen worden (zie Flauss 2005; en vgl. verder Andriantsimbazovina 2005, Vier 2005 en Poujade 2005).

Overigens is er in Frankrijk geen discussie omtrent de positie van de *commissaire du gouvernement* bij de *Conseil d'Etat*. Deze functie zal in ieder geval blijven bestaan.

j. Integratie bestuursrechtspraak in gewone rechterlijke macht

In de Franse academische wereld is gediscussieerd over de mogelijkheid om de aparte gerechten voor bestuursrechtspraak op te heffen (tweedaags colloquium aan de universiteit van La Rochelle; zie Van Lang 2005). De bestuursrechtspraak zou dan worden ondergebracht bij de gerechten die nu over burgerlijk recht gaan. Vanzelfsprekend is dit een zo ingrijpende verandering dat hierbij niet over een nacht ijs gegaan zal worden. Voor zover we kunnen nagaan is dit voorlopig een academische discussie (zie themanummer *AJDA* van 2005, p. 1760 e.v.).

k. Apart rechtsmiddel tegen trage rechtspraak

In Frankrijk is recent een aparte voorziening in het leven geroepen tegen trage afdoening van zaken door de bestuursrechtelijke rechterlijke colleges. Sinds een besluit van 28 juli 2005, kan op basis van art. R. 311-1 7<sup>o</sup> CJA een klacht bij de *Conseil d'Etat* worden ingediend als de behandeling te lang duurt.

### 3. Inbedding in het Nederlandse recht van de onder 2 genoemde maatregelen.

De maatregelen die getroffen zijn in de drie onderzochte buitenlandse stelsels, kunnen om verschillende redenen niet bruikbaar zijn in het Nederlandse rechtssysteem. Op sommige punten is het Nederlandse stelsel al efficiënter dan het stelsel van het te vergelijken land. Zo konden de Fransen bezuinigen op het aantal rechters dat oordeelt over de zaak, terwijl in Nederland wat dit betreft de bodem al bereikt is. Ook de Franse gedachte om het 'bestuursrechtelijke OM' in hoger beroep te schrappen, zal Nederlandse juristen slechts op het idee kunnen brengen dat dit instrument in Nederland wellicht beter niet kan worden ingevoerd. Soms verschilt het buitenlandse

recht slechts in zeer geringe mate van het Nederlandse. De Duitse beroepstermijn is iets korter dan de Nederlandse, maar van dit verschil van twee weken is geen groot heil voor de efficiëntie te verwachten. Een enkele keer komt het Nederlandse stelsel helemaal overeen met het buitenlandse; zowel het Nederlandse als het Engelse recht stellen procesvertegenwoordiging niet verplicht (bij de *House of Lords* is procesvertegenwoordiging wel verplicht). Bovendien moeten de verschillen tussen de stelsels niet zo groot zijn, dat een vergelijking bijna onmogelijk is. Het Engelse systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is dermate ingewikkeld en wijkt bovendien zo af van het Nederlandse bestuursprocesrecht dat het niet meteen aantrekkelijk lijkt om hieruit iets over te nemen. Tot slot zijn er efficiëntie bevorderende maatregelen die om andere redenen niet aantrekkelijk zijn. Het hebben van hele hoge proceskosten, zoals in Engeland, schrikt de mogelijke appellanten af, en dat zal ongetwijfeld leiden tot minder procedures. Uit een oogpunt van de toegankelijkheid van de rechter is dit echter geen aantrekkelijke maatregel.

De meest opvallende maatregelen die het overwegen waard zijn, omvatten ten eerste regels betreffende de selectie van zaken die in hoger beroep kunnen komen. Alle drie onderzochte buitenlandse stelsels hebben op dit punt maatregelen doorgevoerd. In het Duitse en het Engelse recht treft men een verlostelsel aan, terwijl in het Franse recht geselecteerd wordt via het mechanisme dat geen beroep openstaat tegen een door een enkelvoudige kamer genomen uitspraak.

Een tweede maatregel die het overwegen waard is, betreft een verschuiving van hoger beroepsprocedures richting een vorm van review, in plaats van een rehearing. In het Engelse recht is het duidelijkste gekozen voor een review. In het Franse recht wordt er net als in het Nederlandse recht in de praktijk geschoven tussen deze twee opties, zonder dat een eenduidig standpunt over de gehele linie van de rechtspraak te vinden is. In Duitsland houdt men vast aan een rehearing, maar dat wel in combinatie met een tamelijk streng verlostelsel. De verplichte procesvertegenwoordiging is een derde maatregel die voor wat betreft hoger beroepszaken in het Nederlandse stelsel zou kunnen leiden tot een hogere efficiëntie, zonder dat dit leidt tot onaanvaardbare belemmeringen in de toegang tot de rechter. Het Duitse en het Franse stelsel hebben al verplichte procesvertegenwoordiging voor wat betreft (de meeste) hoger beroepszaken ingevoerd.

#### **4. Invloed internationale recht op specifieke maatregelen**

De verlostelsels voor hoger beroep zoals deze in het Duitse recht zijn ingevoerd, leveren geen problemen op met het internationale recht. Artikel 6 EVRM geeft weliswaar recht op toegang tot de rechter, maar deze bepaling geeft geen recht op de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep. Misschien dat men met administratiefrechtelijke punitieve sancties moet oppassen dat een verlostelsel niet in strijd met art. 14 lid 5 IVBPR komt.

In Engeland maakt men zich terecht al een aantal jaren zorgen over de vraag of het (hoger) beroep wel aan de eisen van het EVRM voldoet. Er zijn verschillende problemen:

- een aantal (hoger beroeps-) *tribunals* voldoet niet aan de eis van onafhankelijkheid uit art. 6 EVRM. Dat is op zichzelf nog geen ramp, als daarna beroep mogelijk is op een wél onafhankelijk rechterlijk college;

- de onafhankelijke rechter moet bovendien ‘*full jurisdiction*’ hebben; en dat is niet het geval als een (hoger) beroepsmogelijkheid slechts kan leiden tot een ‘afstandelijke’ beoordeling op points of law (vgl. EHRM 17 december 1996, NJCM-Bulletin 1997, nr. 5, p. 617 m.nt. Viering (*Terra woningen v. Nederland*); EHRM 13 februari 2003, AB 2004, 52 m.nt. BdeW (*Chevrol v. Frankrijk*);
- wat *judicial review* betreft kan verder de vraag worden opgeworpen of deze procedure kan worden beschouwd als een *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM (zie Cane 2004, p. 128);
- en tenslotte heeft men - net als de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State - ‘Procola-risico’s’, d.w.z. problemen in verband met de door art. 6 EVRM geëiste onpartijdigheid, doordat cassatie plaatsvindt bij het House of Lords, waarin de zogenaamde *Law Lords* een dubbelfunctie hebben, en de *Lord Chancellor* zelfs een driedubbelfunctie (zie ook Masterman 2004, p. 49 e.v.). Deze problemen zijn overigens aangepakt via de *Constitutional Reform Act 2005*, die op 24 maart 2005 koninklijke goedkeuring heeft verkregen. De *Law Lords* verliezen hun parlementaire functie. Er is een nieuw ‘*Supreme Court*’ geformeerd dat in 2008 van start moet gaan (Dam, 2006, p. 22). De *Lord Chancellor* verliest zijn rechterlijke functies (zie over de wet ook de site van het *Department of Constitutional Affairs*, <<http://.dca.gov.uk/legist/constreform.htm>>).

## 5. Gemeten of voorspelde gevolgen van de maatregelen

In Nederland heeft het hele pakket van maatregelen in het vreemdelingenrecht gezorgd voor een heel efficiënte, en vooral ook snelle hoger beroepsprocedure. In de jaren 2002, 2003 en 2004 betrof de doorlooptijd respectievelijk 41, 58 en 91 dagen. In andere hoger beroepszaken was de doorlooptijd over dezelfde jaren 33, 35 en 41 weken (deze cijfers komen uit het jaarverslag van de Raad van State 2004). De doorlooptijden van andere hoger beroepszaken zijn misschien iets vervormd: het gaat hier om de doorlooptijden van de derde kamer die niet alleen hoger beroepszaken, maar ook overige zaken in eerste aanleg behandelt). Overige zaken zijn zaken die niet door de milieukamer en de ruimtelijke ordeningskamer worden behandeld.

Het gaat hier dus om aanzienlijke verschillen. Daarbij moet aangetekend worden dat niet iedereen tevreden is over de kwaliteit van de uitspraken in hoger beroep van de Afdeling op vreemdelingenrechtelijk terrein (zie bijvoorbeeld Spijkerboer 2002).

Het uitsluiten van nieuwe argumenten en bewijzen heeft tot gevolg dat het geschil beperkt wordt. Dit komt ongetwijfeld de efficiëntie ten goede. Er is veel kritiek op de ontwikkeling van de trechterwerking (zie bijvoorbeeld Damen 2000; De Bock 2004; Spijkerboer en Vermeulen 2005, p. 297-313 en Tak 2005, p. 1004-1014), maar er zijn ook voorstanders van de ontwikkelingen in het systeem (Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000).

De rechtsbescherming van individuele burgers kan door een strikt toegepaste trechter in het gedrang komen. Deze burgers lopen de kans door hun onervarenheid in het begin van de gehele procedure, bijvoorbeeld in de bestuurlijke voorprocedure, fouten te maken in het aandragen van argumenten en bewijsstukken die later niet hersteld kunnen worden. Dit klemt te meer omdat er in het bestuursprocesrecht geen verplichte procesvertegenwoordiging bestaat.

Voor het Duitse recht geldt dat invoering van het verlostelsel tot gevolg heeft gehad dat er minder hoger beroepschriften zijn ingediend (zie Kienemund 2002, p. 1231). Wel moeten de gerechten van eerste aanleg zich buigen over de verzoeken om hoger beroep in te mogen stellen. Dat kost ook tijd en mankracht.

Wat betreft het invoeren van verplichte procesvertegenwoordiging, zoals in het Franse en het Duitse recht in hoger beroep ingevoerd is, is het volgende te zeggen. Marseille wijst er op, naar aanleiding van een studie over verschillen in geschilbeslechting tussen het Duitse en het Nederlandse rechtsstelsel, dat verplichte procesvertegenwoordiging een schaduwzijde kan hebben (Marseille 2000, p. 387). Als belanghebbenden zich niet hebben laten afschrikken en een procedure zijn begonnen met gebruikmaking van procesvertegenwoordiging, dan is niet gezegd dat de zaken sneller zullen worden afgehandeld of dat de geschilbeslechtende functie van de procedure beter gewaarborgd zal worden. De professionele procesvertegenwoordiger zal de neiging hebben om het geschil te juridificeren en het besluit te laten vernietigen op een zwak onderdeel, waarmee het geschil niet de wereld uit is. Wellicht spelen deze tegenargumenten minder voor zover het gaat om verplichte procesvertegenwoordiging in hoger beroep. In het hoger beroep staan meer de juridische geschilpunten centraal; dit geldt te meer als de functie van hoger beroep verschuift van een rehearing naar een review. De professionele procesvertegenwoordiger zal beter dan de partij zelf in staat zijn om de juridisch relevante aspecten van het geschil naar voren te brengen.

Voor het Franse recht is opvallend dat het nogal vaak schijnt voor te komen dat veel beroepen worden ingesteld in 'dezelfde zaak' (een 'serie', zie boven, bij Frankrijk, onder d). Blijkens *La Lettre de la Justice Administrative*, uitgegeven door de Conseil d'Etat, van april 2006, p. 3, gaat het om ongeveer 10.000 van de bij de gerechten van een eerste aanleg ingeschreven zaken, op een totaal van 167.150. Dan moet de mogelijkheid tot vereenvoudigde afdoening in hoger beroep wel winst opleveren. Welke invloed het verplicht stellen van procesvertegenwoordiging op de efficiëntie van de procedure heeft, is niet zo gemakkelijk te zeggen. Misschien werpt de verplichting tot het inschakelen van een rechtshulpverlener een extra drempel op om überhaupt hoger beroep in te stellen. Ook kan men vermoeden dat de procedure soepeler verloopt, omdat de rechtshulpverlener ervaring met procederen heeft. Maar voor hetzelfde geld duurt de procedure langer, omdat de rechtshulpverlener minder tijd eraan kan besteden, of omdat de rechtshulpverlener een reden ziet om de procedure te traineren.

Het aantal zaken dat werd geregistreerd bij de bestuursrechtelijke gerechtshoven heeft in 2005 een spectaculaire stijging van 41% gekend. Die stijging wordt toegeschreven aan de omstandigheid dat per 1 januari 2005 de bevoegdheid inzake uitzetting van vreemdelingen is overgegaan van de Conseil d'Etat naar de gerechtshoven. Het aantal zaken bij de Conseil d'Etat daalde met 7%: de effecten van de overgang van de vreemdelingenzaken naar de hoven worden gedempt door een verhoging van het aantal cassatieberoepen (voor een mogelijke verklaring zie boven, bij Frankrijk, onder b.). Het aantal zaken dat door de bestuursrechtelijke gerechtshoven kon worden afgedaan is wel met 19% gestegen. Die stijging is ongetwijfeld mede veroorzaakt door de verruiming van mogelijkheden tot vereenvoudigde afdoening. De *Lettre de la Justice Administrative* van april 2006, p. 3, geeft de volgende cijfers:

2005	<i>Tribunaux administratifs</i>	<i>Cours administratives d'appel</i>	<i>Conseil d'Etat</i>
<i>geregistreerde zaken</i>	156.994	20.208	11.196
<i>afgedane zaken</i>	155.562	23.553	11.222
<i>voorraad per 31.12.2005</i>	210.043	31.861	10.089

NB: Het gaat in deze tabel om 'netto' cijfers: de 'serie'-zaken zijn geteld als 1 zaak.

## Lijst van verkort aangehaalde werken

Andriantsimbazovina 2005

J. Andriantsimbazovina, 'Comment dissiper le malentendu à propos de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré?', *Recueil Dalloz* 2005, p. 2617.

Ten Berge, De Waard, Widdershoven 1996

J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

De Bock 2004

R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Caillosse 2005

Jacques Caillosse, 'Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel', *AJDA* 2005, p. 1781-1786.

Cane 2004

Peter Cane, *Administrative Law*, fourth Ed., 2004.

Chabonal 2004

Daniel Chabanol, *Code de justice administrative. Annotations, Commentaires, Jurisprudence*, Parijs, 2<sup>e</sup> dr. 2004.

Cornford 2000

Tom Cornford, 'The New Rules of Procedure for Judicial Review', *Web Journal of Current Legal Issues* in association with Blackstone Press Ltd., 2000, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue5/cornford5.html>.

Cornford & Sunkin 2001

Tom Cornford & Maurice Sunkin, 'The Bowman Report, access and the recent reforms of the judicial review procedure', *Public Law*, 2001, p. 11-20.

Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul. De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht', in: *NTB* 2000, p. 214-221.

Dam 2006

Kenneth W. Dam, 'The judiciary and Economic Development', John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 287, March 2006, [http://ssrn.com/abstract\\_id=892030](http://ssrn.com/abstract_id=892030).

Damen 2000

L.J.A. Damen, 'Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', in: *AA* 2000, p. 61-69.

Flauss 2005

J.-F. Flauss, 'Retour sur la participation du commissaire du gouvernement au délibéré', *AJDA* 2005, p. 1593.

Fordham 2001

Michael Fordham, 'Judicial review: the new rules', *Public Law* 2001, p. 4-10.

Gabolde 2005

Chr. Gabolde, 'Plaidoyer pour le commissaire du gouvernement (Non merci M. Charasse)', *AJDA* 2005, p. 2369.

Hufen 2005

F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2005.

Kienemund 2002

Beate Kienemund, 'Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess', *NJW* 2002, p. 1231-1237.

Kuhla 2002

Wolfgang Kuhla, Jost Hüttenbrink, 'Neuregelungen in der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess (RmBereinVPG)', *DVBL* 2002, p. 85-91.

Labetoulle 2005

Daniel Labetoulle, 'L'avenir du dualisme juridictionnel. Point de vue d'un juge administratif', *AJDA* 2005, p. 1770-1777.

Van Lang 2005

Agathe Van Lang, 'Le dualisme juridictionnel en France: une question toujours d'actualité', *AJDA* 2005, p. 1760-1766.

Laudemann 2002

Gerd Laudemann, 'Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess', *Neue Justiz* 2002, p. 68-73.

Marseille 2000

A.T. Marseille, 'Snelle en effectieve beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in Nederland en Duitsland', *Bestuurswetenschappen* 2000, p. 375-391.

Masterman 2004

Roger Masterman, 'A Supreme Court for the United Kingdom: two steps forward but one step back on judicial independence', *Public Law* 2004, p. 48-58.

Mazars 2005



Marie-France Mazars, 'Le dualisme juridictionnel en 2005. Point de vue d'un juge judiciaire', *AJDA* 2005, p. 1777-1781.

Van der Meulen, Litjens en Freriks 2005

B.M.J. van der Meulen, M.E.G. Litjens en A.A. Freriks, *Prorogatie in de Awb. Invoeringsevaluatie rechtstreeks beroep*, WODC 2005.

Millgramm 1997

K.H. Millgramm, Das 6. VwGO-Änderungsgesetz- Darstellung und Bewertung, BDVR-Rundschreiben 1997, <[www.edvgt.de/BDVR](http://www.edvgt.de/BDVR)>.

Poujade 2005

B. Poujade, 'Merci Monsieur Charasse', *AJDA* 2005, p. 2033.

Rapport Commissie Evaluatie Awb II, *Toepassing en effecten van de Awb 1997-2001*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Seibert 2002

Max-Jürgen Seibert, 'Änderungen der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess', *NVwZ* 2002, p. 265-271.

Smith, Bailey & Gunn 2002

S.H. Bailey, J.P.L. Ching, M.J. Gunn and D.C. Ormerod, *Smith, Bailey & Gunn on the Modern English legal system*, Londen: Sweet & Maxwell, 4<sup>e</sup> dr. 2002.

Spijkerboer 2002

T.P. Spijkerboer, *Het hoger beroep in vreemdelingenzaken*, Den Haag: Sdu 2002.

Spijkerboer en Vermeulen 2005

T.P. Spijkerboer en B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Tak 2005

A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Truchet 2005

Didier Truchet, 'Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel', *AJDA* 2005, p. 1767-1770.

Uylenburg 2005

R. Uylenburg, *Omgevingsvergunning. Gevolgen van het invoeren van beroep in twee instanties*, Centrum voor milieurecht, Universiteit van Amsterdam, juli 2005.

Vier 2005

Ch.-L. Vier, 'Ne "sacrifions" pas le commissaire du gouvernement', *AJDA* 2005, p. 1865.

De Waard, Bok en Gilhuis 2001

B.W.N. de Waard, A.J. Bok en P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht. Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2001.

De Waard 2006

B.W.N. de Waard, 'Spoedprocedures vergeleken', in: *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (VAR-advies, nr 136), 2006.

Wade & Forsyth 2004

H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 9<sup>e</sup> dr. 2004.

Widdershoven, Schlössels en Stroink 2001

R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a., *Hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Willemsen 2005

P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief*, diss. UU, Deventer: Kluwer 2005.

# Civiel Recht

*M.W. de Hoon\**

## 1. Recent in Nederland ingevoerde of voorgestelde maatregelen

### 1.1 Enkele kenmerken van het huidige recht

Hoger beroep is in beginsel mogelijk tegen in eerste aanleg gewezen vonnissen (art. 332-356 Rv). De appeltermijn bedraagt gewoonlijk drie maanden. In het Nederlandse civiele procesrecht geldt het beginsel van rechtspraak in twee volledige instanties. Deze strekking van het civiele appel is controle van het vonnis in eerste aanleg, het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling, maar ook, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak (Zie Snijders 2002, p. 235; Happé e.a. 2003, p. 36, Hovens 2005 en Asser, Groen & Vranken 2003, p. 195) De zaak wordt volledig afgewenteld naar de rechter in hoger beroep (devolutieve werking van het appel). Dit betekent onder meer dat de appelrechter zonodig ambtshalve alle in eerste aanleg niet behandelde of verworpen stellingen en verweren die de geïntimeerde in appel handhaaft dient te onderzoeken. Binnen de grenzen van die stellingen en verweren van de geïntimeerde dienen alle in appel gehandhaafde stellingen en verweren van de appelland ambtshalve onderzocht te worden (zie Snijders 2002, p. 241). De appelrechter is, met uitzondering van het recht van openbare orde, gebonden aan de door partijen aangevoerde grieven (het grievenstelsel). De appelland en de geïntimeerde mogen nieuwe stellingen en verweren aanvoeren, ook is wijziging van de eis toegestaan. Excepties dienen in de memorie van antwoord naar voren gebracht te worden. Daarnaast geeft de memorie van antwoord gelegenheid tot incidenteel appel. De grenzen van de rechtsstrijd in appel worden bepaald door de appeldagvaarding, de memorie van grieven en het eventuele incidentele appel. In appel nemen partijen in beginsel slechts één conclusie van eis en één conclusie van antwoord. Partijen hebben daarnaast in beginsel recht op pleidooi. Op grond van de devolutieve werking dient de appelrechter de zaak zelf af te doen. Bij zijn uiteindelijke beslissing zal de appelrechter de op dat moment bestaande toestand tot uitgangspunt nemen.

Het beginsel van rechtspraak in twee instanties geldt niet onverkort. Zo is geen hoger beroep mogelijk in zaken met een financieel belang van minder dan €1.750. Verder gelden er soms bijzondere rechtsmiddelenverboden. Dit geldt voor zaken waarbij het niet zozeer gaat om de beslissing van een rechtsstrijd, maar om de vaststelling van een billijke regeling, bijvoorbeeld de beschikking inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 lid 1 BW). Ook wordt hoger beroep soms uitgesloten tegen bepaalde processuele beslissingen, bijvoorbeeld de beslissing op verzoeken tot wraking of verschoning (artt. 39 lid 5 en 41 lid 3 Rv) of de beslissing of na een comparitie nog mag worden geconcludeerd (art. 133 lid 4 Rv). Vaak is in deze gevallen wel cassatie mogelijk, zij het in geval van een kantonrechtersonnis alleen op beperkte gronden. In jurisprudentie is doorbreking van het rechtsmiddelenverbod in enkele gevallen toegestaan, bijvoorbeeld indien de rechter in eerste aanleg het recht op hoor en wederhoor heeft verontachtzaamd (zie HR 27 juni 1997, NJ 1998, 328 Schelhaas/Delta Lloyd).

---

\* Met dank aan J.M. Barendrecht, P. Sluijter en J. van der Linden.

## 1.2 *Reeds ingevoerde maatregelen*

Het civiele procesrecht is in 2002 ingrijpend gewijzigd. Bij deze wijziging is het hoger beroep, enkele uitzonderingen daargelaten, buiten beschouwing gelaten. Drie uitzonderingen zijn:

- a. Tussentijds appel is nog maar beperkt mogelijk; in beginsel is geen hoger beroep mogelijk tegen tussenvonnissen (art. 337 RV).
- b. In zaken met een financieel belang van minder dan €1.750 is geen hoger beroep mogelijk.
- c. Het gerechtshof is met uitsluiting van de rechtbank de enige appelrechter.

## 1.3 *Een selectie van de voorgestelde maatregelen*

Recentelijk zijn er veel voorstellen tot wijziging van het hoger beroep gedaan. In het hiernavolgende volgt een selectie van de belangrijkste voorgestelden maatregelen.

### *Drempel voor hoger beroep*

#### a. Appelverlof instellen

Een belangrijke aanpassing ter verhoging van de drempel voor appel zou de invoering van een algemeen geldend verlofstelsel voor hoger beroep zijn. Zie voor een dergelijk voorstel onder meer Snijders/Wendels 2003, p. 38. Minder vergaand is het voorstel van Hovens. In plaats van de huidige appelverboden zou gewerkt kunnen worden met een appelverlof. In dat geval kan een partij die bezwaren heeft tegen een beslissing de appelrechter verzoeken appel in te stellen onder een vermelding van de gronden daarvoor. Dit verzoek zou op redelijke korte termijn, door een enkelvoudige kamer beoordeeld kunnen worden, zie Hovens 2005 p. 303-305.

#### b. Griffierechten verhogen

Zie de brief van de Raad voor de Rechtspraak dd. 29 april 2004, p. 12. In deze brief pleit de Raad voor het behoud van de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Om de toegang tot het hoger beroep te beperken zou overwogen kunnen worden het griffierecht te verhogen.

#### c. Omvang belang hoger beroep aanpassen

In het huidige recht geldt al dat in zaken met een financieel belang van minder dan €1.750 geen hoger beroep mogelijk is. In aanvulling hierop zou gedacht kunnen worden aan een aanscherping van appel tegen een kostenveroordeling. Aanbeveling 8.4 Commissie verbetervoorstellen civiel: Er kan slechts appel tegen een kostenveroordeling worden ingesteld indien het bedrag van de kostenveroordeling de appलगrens te boven gaat (zie ook de brief van de Raad voor de Rechtspraak dd. 29 april 2004, p. 13). In Asser, Groen & Vranken 2003 overwegen de onderzoekers de appलगrens af te schaffen omdat niet gevreesd hoeft te worden voor een te grote toename van de werkbelasting. Deze suggestie is kritisch ontvangen, zie onder meer Snijders 2003, p. 1706 en Chorus 2003, p. 106. Eén van de kritiekpunten ziet op de disproportionele kosten voor partijen die hoger beroep in zaken met een gering financieel belang met zich mee brengt. In het eindrapport stellen de onderzoekers voor de grens op te trekken naar €2.000 (Asser, Groen & Vranken 2006 p. 186), hetgeen samenvalt met de grens van de

voorgestelde European Small Claims Procedure (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Small Claims Procedure, COM (2005) 87 final, 2005/0020 (COD), Brussel 15.03.2005).

*Functie van hoger beroep*

d. Het object van appel

Om de controlerende functie van hoger beroep procedures te versterken zou het object van appel in normale procedures kunnen zijn: de beslissing in eerste aanleg en de bezwaren die daartegen in appel worden aangevoerd, zie hiervoor onder meer Hovens 2005 p. 283-284, Happé 2003, p. 105, Asser, Groen & Vranken 2003, p. 206 e.v., Snijders 2003, Chorus 2003, p. 107 en Asser, Groen & Vranken 2006, p. 132 e.v. Voor een volle herstelkans pleit de adviescommissie in TCR 2004, nummer 1, p. 7. De reden hiervoor is dat de kans op fouten volgens de commissie vergroot is door de versnelling in eerste aanleg.

e. Nova uitsluiten / beperken

Volgens sommigen zou de appelrechter partijen erop (moeten) kunnen wijzen dat zij bepaalde feiten, bewijzen, stellingen, werven, gronden, vorderingen en verzoeken al in eerste aanleg hadden moeten aanvoeren. In dat geval zou de appelrechter in kunnen grijpen als ze geen voldoende rechtvaardiging kunnen geven. Hierbij kan gedacht worden aan de uitsluiting van nieuwe feiten, het weigeren van een te laat gedaan bewijsaanbod, het niet toestaan van een nadere memorie of akte of tot een kostenveroordeling. Zie bijvoorbeeld Asser, Groen & Vranken 2003, p. 206 e.v., Asser, Groen & Vranken 2006, p. 141 e.v. en Hovens 2005, p. 283-284. Kritisch over de deze plannen is Snijders, volgens wie het aanvoeren van nova geen wezenlijk knelpunt vormt en regels hierover bovendien alleen maar tijd gaan kosten discussies over de toelaatbaarheid van nova. Snijders bepleit een nog grotere concentratie van nova in de memorie van grieven en de memorie van antwoord, zie Snijders 2003, p. 1705-1706. Vergelijkbare kritiek heeft Bock, zie Bock 2004, p. 125 e.v.

*Inrichting van hoger beroep procedures*

f. Meer zittingen

Het gerechtshof te Arnhem heeft succesvol geëxperimenteerd met het houden van een comparitie onmiddellijk na het aanbrengen van de zaak (nog voor het nemen van de eerste conclusie). Het belangrijkste doel was het beproeven van een regeling, mede ingegeven door de gedachte dat partijen na het eindvonnis in eerste aanleg mogelijk wel bereid zijn te schikken. Meer hierover volgt in punt 5.

g. Concentratie van hoger beroepzaken bij gerechtshoven

Sinds 1 januari 2002 zijn de kantongerechten als 'sector kanton' in de rechtbanken opgenomen. Dit betekent dat hoger beroep procedures in beginsel door de gerechtshoven behandeld worden. In uitzonderlijke situaties is sprake van een specifieke concentratie van appelprocedures. Zo is het gerechtshof in Den Haag met uitsluiting van andere hoger beroep instanties bevoegd kennis te nemen van hoger beroep tegen beslissingen genomen door de Raad voor het Kwekersrecht.

h. Veranderingen in de bewijsvoering

Gedacht kan worden aan een systeem waarbij partijen hun verzoek tot het horen van getuigen dienen te motiveren, zie aanbeveling 5.2 Commissie

verbetervoorstellen civiel. Daarnaast zou de rechter meer mogelijkheden kunnen krijgen om een verzoek tot horen van een getuige te weigeren, zie hiervoor de brief van de Raad voor de Rechtspraak dd. 29 april 2004, p. 4. Ook zijn er voorstellen gedaan het getuigenverhoor te vervangen door schriftelijk getuigenbewijs, zie de brief van de Raad voor de Rechtspraak dd. 29 april 2004, p. 11. Tot slot is voorgesteld het voorlopig getuigenverhoor in hoger beroep te beperken, zie bijvoorbeeld aanbeveling 5.3 Commissie verbetervoorstellen civiel en de brief van de Raad voor de Rechtspraak dd. 29 april 2004, p. 4. In deze brief wordt voorgesteld het voorlopige getuigenverhoor te beperken tot 1) gevallen waarin niet kan worden gewacht op een eventuele bewijsopdracht en 2) het om gevallen gaat met een aanzienlijk financieel belang. Daarnaast zou het griffierecht voor verzoeken tot voorlopig verhoor van deskundigen omhoog kunnen.

i. Unusrechtspraak

Volgens de wet worden zaken in hoger beroep in beginsel afgedaan door een meervoudige kamer (art. 16 Rv). Bezuinigingen zijn vaak de achterliggende reden waarom zaken worden afgedaan door een enkelvoudige kamer in plaats van een meervoudige kamer. In de literatuur worden bezwaren geuit tegen unusrechtspraak (in het bijzonder in hoger beroep). De belangrijkste bezwaren zijn: 1) meer kans op fouten, 2) minder waarborg voor onpartijdigheid en 3) betere acceptatie van de uitspraak door de rechtszoekende (zie voor een overzicht Happé e.a. 2003, p. 140-141).

j. Versnelde regeling voor zinloze appelprocedures

Hierbij kan gedacht worden aan appelprocedures buiten de termijn, een appel tegen een tussenvonnis, of procedures waarin de appellant nauwelijks steekhoudende argumenten aanvoert, zie Hovens 2005 p. 310. Zie ook aanbeveling 2.3 Commissie verbetervoorstellen civiel: In geval van kennelijke niet-ontvankelijkheid of kennelijke onbevoegdheid kan de rechter de zaak, analoog aan het bestuursrecht, met een voorzittersbeschikking afdoen, gevolgd door de mogelijkheid van verzet daartegen.

k. Vermindering motiveringsvoorschriften/versneld vonnis wijzen

Aanbeveling 7.1 Commissie verbetervoorstellen civiel: de rechter dient de mogelijkheid te krijgen om ter zitting onmiddellijk mondeling uitspraak te doen. Het mondelinge vonnis wordt in een proces-verbaal neergelegd als appel is aangetekend.

l. Afschaffing procuraat

De regering overweegt het onderscheid tussen advocaat en procureur en de daaruit voortvloeiende dubbele rechtsbijstand op te heffen (zie onder meer de brief van de Minister van Justitie, TK 2004-2005, 24 252, nr 4). De redenen voor de afschaffing zijn de modernisering van de figuur van de dubbele rechtsbijstand in civiele procedures, het opheffen van het domeinmonopolie van de advocatuur en het efficiënter maken van de procesvoering voor burgers, advocatuur en/of de rechterlijke macht. Kort gezegd komt het erop neer dat het procuraat niet meer van deze tijd is. Een wetsvoorstel tot afschaffing van het procuraat is in voorbereiding. In plaats van het procuraat komt een landelijk advocatentableau, elektronisch berichtenverkeer en een stelsel voor griffierechteninning. Zie voor deze ontwikkeling ook aanbeveling 16.1 Commissie verbetervoorstellen civiel:

elektronische procesvoering tussen gerechten en advocaten in plaats van de verplichte procureurstelling en de daaruit voortvloeiende te verrichten handelingen.

m. Terugverwijzingsmogelijkheden

Aanbeveling 8.2 Commissie verbetervoorstellen civiel. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is het de appelrechter niet toegestaan na vernietiging van een einduitspraak de zaak terug te verwijzen naar de rechtbank, behoudens wanneer de eerste rechter zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard. Dit heeft als gevolg dat de zaak vaak pas in tweede aanleg inhoudelijk wordt beoordeeld. Door de wettelijke terugverwijzingsmogelijkheden te verruimen verplaatst het zwaartepunt zich weer naar de eerste aanleg. Zie voor een soortgelijke aanbeveling Asser, Groen & Vranken 2003, p. 210 en Hovens p. 291. Laatstgenoemde zou de terugverwijzingsmogelijkheden willen verruimen voor situaties waarin de eerste rechter in het geheel niet aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak is toegekomen, of bij de procedure in eerste aanleg sprake is van een ernstig vormverzuim (bijvoorbeeld schending van het beginsel van hoor en wederhoor).

*Andere rechtshulpverleners dan de appelrechter*

n. Meer herstelmogelijkheden voor de eerste rechter

Een betere herstelmogelijkheid binnen een instantie past beter in een open, moderne rechtsverhouding tussen rechter en procespartijen, zie onder meer Asser/Vranken 1995 nr 68 en Hovens 2005, p. 291. In vergelijkbare zin Asser, Groen & Vranken 2003, p. 206 onder a. Kritisch hierover zijn ondermeer Ten Kate en Korsten Krijnen (p. 160-161). Volgens hen past een dergelijke verruiming niet in het stelsel van de wet en gaat het ten koste van het rechtsbeschermingsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Zie voor een verruiming van de herstelmogelijkheden voor de rechter in eerste aanleg ook aanbeveling 7.4 Commissie verbetervoorstellen civiel: Partijen worden via een standaardbrief in de gelegenheid gesteld te reageren op een voorstel tot verbetering van een vonnis. Dit heeft als doel de verbetering van een vonnis zo snel en efficiënt mogelijk te laten verlopen.

o. Doorverwijzen naar mediation

Asser, Groen & Vranken 2003 p. 60-62 en 2006 p. 53-44: De auteurs pleiten voor een gericht en gefaseerd mediationbeleid. Vooralsnog geen verplichte doorverwijzing dus. De Raad voor de Rechtspraak opperde in dit verband de mogelijkheid partijen verplicht te stellen zich in het procesinleidende stuk uit te laten of partijen een poging hebben ondernomen het conflict door middel van mediation op te lossen en of tijdens de procedure doorverwijzing naar mediation wenselijk dan wel haalbaar wordt geacht (zie de brief van de Raad voor de Rechtspraak dd. 29 april 2004, zie ook Happé e.a. 2003, p. 212).

## **2. In Duitsland, Engeland en Frankrijk ingevoerde of voorgestelde veranderingen**

### **Duitsland**

In 2002 heeft in Duitsland een herziening van het procesrecht plaats gevonden. Eén van de doelen van deze herziening was zoveel mogelijk zaken definitief in eerste

aanleg af te doen. De notie van een tweede feitelijke instantie is in 2002 grotendeels losgelaten. Hoger beroep is veel meer een controlerende instantie geworden. In de memorie van toelichting worden drie bezwaren genoemd tegen het oude appelrecht: 1) door de nieuwe behandeling van de zaak kregen rechtzoekenden het idee dat in hoger beroep het hele proces nog een keer van voren af aan begon, ook als de rechter in eerste aanleg beslissingen had genomen die door rechtzoekenden wel als ordentelijk werden ervaren, 2) het zwaartepunt van de procesgang kwam steeds meer te liggen bij de procedure in tweede aanleg, in plaats van de procedure in eerste aanleg, 3) te vaak werd hoger beroep gebruikt om slordig procederen in eerste aanleg te herstellen (zie hiervoor Hovens 2005, p. 99-100, Gottwald 2004, p. 338 e.v. en Van Rhee 2005, p. 117). Revisie is in 2002 hervormd tot een rechtseenheids- en rechtsontwikkelingsinstrument. Het dient voortaan primair het algemene belang, in plaats van het partijbelang. Een beroep op dit laatste rechtsmiddel is slechts mogelijk als het Hof in tweede aanleg daartoe verlof verleent. De belangrijkste wijzigingen voor hoger beroep zijn:

#### *Drempel voor hoger beroep*

##### a. Verlof voor hoger beroep

Hoger beroep is alleen mogelijk als het gerecht in eerste aanleg daarvoor toestemming heeft gegeven (§ 511 lid 2 ZPO). Het gerecht in eerste aanleg verleent die toestemming als het financiële belang in appel hoger is dan €600, of als hoger beroep bijdraagt aan de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

##### b. Beperking van de beroepsgronden

Appel kan alleen nog maar worden ingesteld (§ 513 ZPO): 1) bij onjuiste toepassing van het recht (§ 546 ZPO), dat wil zeggen dat een rechtsnorm niet of niet juist is toegepast, of 2) als de feitenvaststelling in eerste aanleg onjuist of onvolledig is geweest (§ 529 ZPO). Bij deze laatste beroepsgrond is het voldoende als de appellatant aangeeft welke feiten wel zouden vaststaan en welke juist niet en welk bewijsaanbod ten onrechte is gepasseerd. Hij hoeft niet onomstotelijk te bewijzen dat de feitenvaststelling ondeugdelijk was, zie Baumbach 2005, p. 1651 en 1687. Daarnaast kent het Duitse civiele procesrecht een versnelde procedure voor zinloze appels. Als zinloos worden bestempeld: 1) zaken die geen uitzicht op succes hebben, 2) zaken die niet van principiële betekenis zijn 3) en zaken die niet bijdragen aan de rechtsontwikkeling of rechtseenheid (§ 522 ZPO), zie Hovens 2005, p. 104-105, Baumbach 2005, p. 1674 – 1677 en Schrader 2004, p. 465-467).

##### c. Omvang belang hoger beroep

In het Duitse recht kan in beginsel geen appel worden ingesteld in zaken waarin het financiële belang lager is dan €600 (§ 511 lid 2 ZPO). Voor zaken beneden dat bedrag geldt het verlostelsel. De financiële drempel is in 2002 overigens niet verhoogd, maar (iets) verlaagd. Voorheen was appel niet mogelijk bij een financieel belang lager dan DM 1.500.

#### *Functie van hoger beroep*

Naast de eerder gegeven beroepsgronden voor hoger beroep kunnen de volgende aanpassingen genoemd worden:

##### d. Het object van appel

De appelrechter is geen volledige feitelijke instantie meer. Het object van appel is:



- de in eerste aanleg vastgestelde feiten, voor zover niet aangetast door twijfels over de juistheid en volledigheid (§ 529 lid 1 onder 1 ZPO)
- de in eerste aanleg aangevoerde, maar niet vastgestelde feiten (devolutive werking)
- nieuw aangevoerde feiten, voor zover toelaatbaar (§ 529 lid 1 onder 2 jo § 531 lid 2 ZPO)

Deze nieuwe regeling is afgezwakt door een uitspraak van het *Bundesgerichtshof* (BGH 12 maart 2004, V ZR 257/03, NJW 2004, p. 1876). Bij concrete aanknopingspunten voor twijfels geldt al snel de uitzondering van § 529 lid 1, waarna de appelrechter alsnog de feiten opnieuw moet gaan vaststellen. Deze lijn is nog verder doorgetrokken in BGH 9 maart 2005, VIII ZR 266/03, zie hiervoor onder meer Hovens 2005, p. 105-107 en Baumbach 2005, p. 1687.

e. Nova uitsluiten / beperken

In het vernieuwde hoger beroep regelen zogenaamde preclusiebepalingen de verhouding tussen eerste en tweede aanleg. In grote lijnen komt het er op neer dat bevoegdheidsexcepties (§ 513 lid 2 ZPO) en in eerste aanleg terecht uitgesloten stellingen (§ 531 lid 1 ZPO) niet meer in hoger beroep kunnen worden aangevoerd. Nieuwe feiten, stellingen en bewijsmiddelen zijn slechts onder voorwaarden toelaatbaar: 1) indien zij een gezichtspunt betreffen dat door de eerste rechter over het hoofd is gezien of door deze niet relevant werd geacht, of 2) zij door een procedurele fout in eerste aanleg niet zijn aangevoerd, of 3) zij in eerste aanleg niet zijn aangevoerd zonder dat de desbetreffende partij daarvan een verwijt kan worden gemaakt (§ 531 lid 2 ZPO). Wijziging van de vordering, het instellen van een reconventionele vordering en het doen van een beroep op verrekening in hoger beroep zijn slechts toelaatbaar indien de wederpartij daarmee instemt of de rechter dit ter zake dienend acht én deze proceshandelingen gegrond zijn op feiten die de appelrechter ingevolge § 529 ZPO toch al in zijn overweging diende te betrekken. Dit betekent dat in dit verband geen nieuwe feiten kunnen worden aangevoerd die de grenzen van de rechtsstrijd zouden uitbreiden. Overigens mogen in appel wel nieuwe stellingen worden aangevoerd als de rechter in eerste aanleg zich niet actief genoeg heeft gemengd in het proces, in die zin dat hij de *Hinweis-* en *Aufklärungspflicht* (§ 139 ZPO) niet is nagekomen. Uit eerste evaluaties blijkt dat deze maatregel niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. Onduidelijkheid over de vraag wanneer nova nu wel en niet toelaatbaar zijn, heeft als gevolg dat in de praktijk de meeste nova toegelaten worden, zie Huber e.a. 2004, p. 43.

*Inrichting van hoger beroep procedures*

f. Versnelde regeling voor zinloze appelprocedures

Het appelcollege kan met eenparigheid van stemmen het beroep als ongegrond afwijzen indien het de overtuiging heeft dat 1) de zaak geen uitzicht op succes heeft, 2) niet van principiële betekenis is en 3) de uitspraak van de appelrechter niet vereist is in het kader van de rechtsontwikkeling of rechtseenheid (§ 522 ZPO). Van deze mogelijkheid mag echter geen gebruik worden gemaakt indien de zaak weliswaar juridisch ‘niet interessant’ is, maar wel kans van slagen heeft (Hovens 2005, p. 104-105, Baumbach 2005, p. 1674 – 1677 en Schrader 2004, p. 465-467).

- g. Meer mogelijkheden (en verplichtingen) van de rechter om zich met het proces te bemoeien.

In eerste aanleg geldt § 139 ZPO. De rechter dient de partijen actief te begeleiden. Hij zal letten op de volledigheid en het tijdig aanwenden van bewijsmiddelen en relevante feiten. Zaken die onduidelijk of tegenstrijdig zijn, dienen aan partijen worden gemeld en worden opgehelderd. Volgens § 279 lid 3 dient de rechter bovendien de gevolgen van de bewijslevering met partijen te bespreken. Laat de rechter dit in eerste aanleg na, dan kan dit ertoe leiden dat in appel nieuwe stellingen mogen worden aangevoerd, zie hiervoor o.m. Schrader 2004, p. 475.

- h. Unusrechtspraak

Hoofregel is in eerste aanleg behandeling door de unusrechter (§ 348 ZPO), maar daar kan per gerecht door middel van een verdelingsplan van worden afgeweken. Ook in hoger beroep kunnen zaken voortaan voor een unusrechter dienen (§ 526 ZPO). Bepaalde beslissingen kunnen echter alleen door een meervoudige kamer genomen worden, bijvoorbeeld de beslissing een zaak in een vroeg stadium af te wijzen omdat de kans op succes nihil is, zie Baumbach 2005, p. 1674. Sinds de hervormingen in januari 2002 gaan er echter stemmen op de regel van de alleensprekende rechter in hoger beroep af te schaffen. De belangrijkste reden is dat het vertrouwen in de rechtspraak te zeer aangetast zou zijn als in hoger beroep slechts één rechter de zaak in behandeling zou nemen, zie Huber e.a. 2004, p. 49-50.

- i. Concentratie van alle appelzaken bij het *Oberlandesgericht*

In eerdere wetsvoorstellen zijn pogingen ondernomen alle appels bij het *Oberlandesgericht* onder te brengen, maar die voorstellen zijn afgezwakt. Sommige zaken gaan vanuit het *Amtsgericht* naar het *Landgericht*, wanneer een deelstaat daar voor kiest

#### *Invoering van een bijzondere voorziening voor schending van hoor en wederhoor*

Mede onder invloed van artikel 6 EVRM is in Duitsland een apart rechtsmiddel voor schending van hoor en wederhoor van kracht gegaan. Het rechtsmiddel geldt sinds januari 2005 voor alle beslissingen waarvoor geen ander rechtsmiddel meer open staat. De instantie die een beslissing in strijd met hoor en wederhoor genomen heeft, krijgt de kans de beslissing zelf te herzien.

#### **Engeland**

Typerend voor het Engelse systeem is het principiële onderscheid tussen eerste en tweede aanleg. Ten opzichte van de eerste aanleg, dient de rechter in tweede meer een publieke functie: eenheid en rechtsontwikkeling. Voor het uitoefenen van deze functie is het minder van belang of in individuele zaken de feiten juist en volledig zijn vastgesteld. In de eerste aanleg staat de individuele zaak wel voorop: deze fase is bij uitstek ingericht feiten vast te stellen en te ordenen. In vergelijking met Nederland worden zaken in het Engelse recht in eerste aanleg grondiger behandeld. In appel geldt echter een strikter regime: geen voortzetting van het processuele debat, maar een ander type procedure, waarbij het vooral gaat om het bewaken van de rechtseenheid (zie hiervoor in het bijzonder Hovens 2005, p. 266-272). Cassatie kent het Engelse systeem niet. Wel een beperkte mogelijkheid tot een tweede appel bij het *Court of Appeal* (rule 52.13 CPR). Het gaat hier om beslissingen van een *county court of High Court*. De laatste instantie is de *House of Lords*, ook een appelrechter, maar slechts

een enkele zaak brengt het zover (ongeveer 60 zaken per jaar, zie Andrews 2003. nr. 38.71) . In beide gevallen geldt dat een hoger beroep procedure slechts mogelijk is als dit het publieke belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling dient (rule 52.13 CPR en rule 4.5 *Practice Direction House of Lords*).

Op 1 april 1999 zijn de *Civil Procedure Rules* (CPR) in werking getreden. Hiermee heeft de Engelse civiele rechtspleging een ingrijpende herziening ondergaan. De belangrijkste bezwaren tegen het oude recht waren: 1) de lange duur van procedures, en 2) de torenhoge kosten. Lord Woolf (toen voorzitter van de *Civil Division* van het *Court of Appeal*) kan worden gezien als de grondlegger van deze vernieuwingen. De *overriding objective* van rule 1.1 CPR beoogt te waarborgen dat bij de berechting van geschillen ook wordt gelet op het financiële gewicht van de zaak, de belangen voor partijen, de gecompliceerdheid van de zaak en de financiële positie van partijen. Zaken moeten snel en fair worden behandeld en daarbij zoveel aandacht krijgen als gerechtvaardigd is op grond van de bovengenoemde factoren. De *overriding objective* is mede ingegeven vanuit de gedachte dat de overheidsfinanciën niet onbeperkt zijn en op ons allemaal de verantwoordelijkheid rust om verstandig met de overheidsfinanciën om te gaan. De civiele procedure ligt in handen van de rechter; procespartijen en advocaten zijn verplicht de rechter te helpen bij het realiseren van de *overriding objective*). De betekenis en achtergrond van de *overriding objective* is in vrijwel alle handboeken het startpunt, zie bijvoorbeeld Zuckerman 2003, Loughlin/Gerlis 2003 en Andrews 2003, nr. 1.06.

Bijzonder zijn de verschillende type procedures in eerste aanleg. Zo is er een *small claims track*, voor claims met een financiële waarde lager dan £ 5.000. Deze procedure wordt gekenmerkt door een informele setting van de zittingen, standaard voorschriften wat betreft het verloop van de procedure en minder stricte voorschriften voor de bewijsvoering. Een ander type procedure is de *fast track*, voor (in grote lijnen) zaken met een financiële waarde tussen £ 5.000 en £ 15.000. De trial duurt in deze zaken niet langer dan een dag, dit betekent dat ook hier de bewijsvoering beperkingen kent (vooral de bewijsvoering met behulp van experts). De *multi-track* is de procedure voor de meest complexe zaken, of zaken met een groot financieel belang. De rechtbank stelt per zaak vast hoeveel *case management* benodigd is; met het oog hierop wordt vaak een *pre-trial review* gehouden, zie voor dit type procedures in eerste aanleg bijvoorbeeld Loughlin/Gerlis 2004, p. 241 – 279, Jolowicz 2000 p. 296 en Zuckerman 2004, p. 429 – 440.

De veranderingen in het Engelse civiele procesrecht brachten belangrijke beperkingen voor appelprocedures met zich. De achtergrond is niet alleen een betere besteding van schaarse middelen, maar ook de gedachte dat lagere instanties de verantwoordelijkheid dienen te dragen voor de rechtsgang en de uitkomst daarvan, aldus Zuckerman (2003, p. 721). De belangrijkste maatregelen voor beperking van hoger beroep zijn:

#### *Drempel voor hoger beroep*

##### a. Appilverlof

Het is aan de rechter om te beoordelen of er een gegronde reden is voor hoger beroep. Er bestaat sinds de invoering van de CPR een algemene regeling voor appelverlof: rule 52.3 CPR:

(1) An appellant or respondent requires permission to appeal a. Where the appeal is from a decision of a judge in a country court or the High Court (...) or b. as provided by the relevant practice direction. (...)

- (3) Where the lower court refuses an application for permission to appeal, a further application for permission to appeal may be made to the appeal court. (...)
- (4) Where the appeal court, without a hearing, refuses permission to appeal, the person seeking permission may request the decision to be reconsidered at a hearing. (...)
- (6) Permission to appeal will only be given where a. the court considers that the appeal would have a real prospect of succes; or b. there is some other compelling reason why the appeal should be heard.

Ook voor het tweede appel bij het *Court of Appeal* en het appel bij de *House of Lords* is verlof nodig. In het eerste geval wordt verlof verleend als appel een belangrijk principieel punt opwerpt of als er andere dringende redenen zijn waarom het appel verleend zou moeten worden (rule 52.13 CPR). Een voorbeeld van dit laatste geeft Zuckerman. Hier ging hier om de toelaatbaarheid van hulp bij zelfdoding van een ernstig ziek persoon. Deze zaak had zoveel maatschappelijke discussie op gang gebracht dat een hogere instantie zich hierover uit moest laten, zelfs als het hoger beroep kansloos was (zie Zuckerman 2003, p. 750, met een verwijzing naar *R (Pretty) v DPP* [2001] UKHL 61, [2002] 1 AC 800, [2002] 1 ALL ER 1). Voor het appel bij de House of Lords is het belang van de zaak voor de rechtsonwikkeling de belangrijkste factor. Sinds enkele jaren wordt een weigering tot verlof voor appel bij deze laatste instantie summier gemotiveerd, voorheen was dit niet of nauwelijks het geval, zie Smith, Bailey & Gunn 2002, p. 1304-1305.

Bijzonder is dat appelverloven beperkt kunnen worden tot bepaalde onderwerpen die de moeite waard zijn (rule 52.3(7) CPR). Ook kunnen bepaalde voorwaarden aan een appelverlof verbonden worden (rule 52.3(7) CPR). Zuckerman geeft een voorbeeld van dit laatste: een *repeat player* die hoger beroep vraagt met het doel een principiële uitspraak te verkrijgen kan bijvoorbeeld de verplichting opgelegd krijgen de proceskosten volledig te dragen, ongeacht de uitkomst van de procedure, zie Zuckerman 2003, p. 752.

#### *Functie van hoger beroep*

##### b. Het object van appel

In hoger beroep vindt een nieuwe behandeling van de zaak plaats, maar wel op grond van de stukken van eerste aanleg met een beperkte mogelijkheid om in appel nieuw bewijs bij te brengen (*review*; rules 52.10 en 52.11 CPR). Bijzonder is ook dat de *court* bij het geven van toestemming voor appel, haar toestemming kan beperken tot bepaalde kwestie (Loughlin/Gerlis 2004, p. 583).

In plaats van een *review* kan de appelrechter *rehearing* (een geheel nieuwe behandeling van de zaak) bevelen als hem dat zinvol lijkt. Op dit punt wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten beslissingen. In de eerste plaats de toetsing van een discretionaire rechterlijke bevoegdheid. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld de vaststelling van een termijn, het geven van uitstel of de beslissing om een proceshandeling niet toe te laten indien partijen de aanwijzingen van de rechter niet in acht nemen. Bij deze beslissingen is *review* de hoofdregel, *rehearing* de uitzondering. In de tweede plaats de toetsing van een eindvonnis met een inhoudelijke eindbeslissing. Gaat in bij een dergelijk eindvonnis om de toetsing van de feitenvaststelling door de rechter dan geldt ook hier dat *review* de hoofdregel is. Het is echter niet zo dat de feitenvaststelling van de eerste rechter onaantastbaar is, maar het is aan de appellant om aannemelijk te maken dat de eerste rechter niet tot het bestreden resultaat had mogen komen. Maakt hij dat aannemelijk dan kan de *Court of Appeal* of *High Court* zelfstandig

conclusies trekken over de waarde die aan een getuigenverklaring moet worden gehecht. Gaat het om een feitenvaststelling door de jury dan is de appelrechter nog terughoudender in het aantasten van het oordeel in eerste aanleg. Rechtsoordelen worden wel altijd ten volle getoetst, zie voor het bovenstaande onder meer Hovens 2005, p. 142 e.v., Zuckerman 2003, p. 770-771 en Loughlin/Gerlis 2004, p. 593-594).

c. Nova uitsluiten/beperken

In beginsel kunnen partijen in hoger beroep geen nieuwe feiten en bewijsmiddelen aanvoeren. Tot de invoering van de *CPR* gold een zeer strikte benadering: nieuwe feiten en bewijsmiddelen waren alleen toegestaan als a) aannemelijk is dat de bewijsmiddelen niet met redelijke zorgvuldigheid in eerste aanleg hadden kunnen worden aangevoerd, b) de bewijsmiddelen kunnen een belangrijke rol spelen bij de beslissing en c) de bewijsmiddelen zijn a prima vista geloofwaardig. Het kwam er op neer dat nieuw bewijsmateriaal zelden werd toegelaten. Een uitzondering werd gemaakt voor nieuwe feiten die pas zijn ontstaan na de trial in eerste aanleg. Deze strikte benadering is sinds de invoering van de *CPR* enigszins versoepeld omdat er meer gekeken wordt naar de *overriding objective* 'to deal with cases justly'. Wel worden de criteria van het arrest nog gebruikt om de wettelijke maatstaf verder in te vullen. Kort gezegd komt het erop neer dat het concentratiebeginsel (op grond waarvan in eerste aanleg alles aangevoerd moet worden) nog steeds erg belangrijk bevonden wordt. Slechts in bijzondere omstandigheden wordt verlof verleend voor het aanvoeren van nieuw bewijsmateriaal. Het oordeel om nova toe te laten is aan de appelrechter (Hovens p. 149-153, Loughlin/Gerlis 2004, p. 594 en Andrews 2003, nr. 38.27-38.47).

d. Wijziging of vermeerdering van eis / aanvulling van juridische grondslagen

In vervolg op het voorgaande is wijziging of vermeerdering van eis in hoger beroep in beginsel niet toegestaan. De rechter in hoger beroep kan zich niet uitlaten over een eis waarover in eerste aanleg niet al is beslist. Ook kan een procespartij in appel zich niet beroepen op een stelling die zijn in eerste aanleg niet heeft ingenomen. Dit strookt met de eerdere vaststelling dat nieuwe bewijslevering in hoger beroep in beginsel niet is toegestaan. Wanneer een partij echter na het wijzen van het vonnis in eerste aanleg tot de ontdekking komt dat zij een juridisch aspect over het hoofd heeft gezien, is herstel van dat verzuim echter niet altijd uitgesloten. De appelrechter zal rekening houden met de nieuwe stelling, mits dat geen nadere bewijslevering meer vergt.

*Inrichting van hoger beroep procedures*

e. Unusrechtspraak

Hoger beroep zaken worden door één rechter afgedaan in de lagere instanties (*circuit judge* en *High Court judge*). Voor de *Court of Appeal* geldt het volgende: op grond van *section 54* van de *Supreme Court Act* krijgt de *Master of Rolls* de bevoegdheid algemene richtlijnen te geven over de samenstelling van de *Court of Appeal* voor bepaalde categorieën van zaken. Daardoor worden niet alle zaken door een voltallige kamer van 3 rechters behandeld, maar soms door 1 of 2 rechters. Deze ontwikkeling wordt in de literatuur door sommigen kritisch ontvangen. Punten van kritiek zijn onder meer dat de meeste zaken als te complex ervaren worden om door één rechter te worden afgehandeld. Verder vreest men voor vervlakking van de rechtsontwikkeling. Eén samengesteld vonnis (*composite*

judgment) zal aansluiten bij wat over het algemeen als rechtens beschouwd wordt. Meerdere persoonlijke opinies die naast elkaar gelegd kunnen worden, geven doorgaans een breder en diepgaander beeld van verschillende argumentatiewijzen (zie hiervoor Andrews 2003, nr. 38.61-67 met veel verwijzingen aldaar). Appelzaken bij het *House of Lords* worden behandeld door een kamer van 5 rechters of meer.

- f. Veranderingen in de bewijsvoering  
Bewijsvoering in hoger beroep wordt slechts bij uitzondering toegelaten. Zie punt c (Nova uitsluiten/beperken).
- g. Versnelde regeling voor zinloze appelprocedures  
In het Engelse systeem werkt het appelverlof als een filter voor zinloze appelprocedures. Zinloze appels worden eenvoudigweg niet in de hoger beroep procedure toegelaten. Wel is het zo dat de weigering om verlof te verlenen partijen niet belet om in een mondelinge behandeling herziening van het verzoek tot appelverlof aan te vragen. Dit heeft als gevolg dat ook een zinloos verzoek om toegelaten te worden tot appel vaak in een mondelinge zitting behandeld wordt. Om kosten en tijd te besparen wordt overwogen de CPR aan te passen op dit punt. Een zinloos verzoek om toegelaten te worden tot de appelprocedure zou dan zonder mondelinge behandeling geweigerd kunnen worden, waarbij geëxpliciteerd wordt dat een hernieuwd verzoek met mondelinge behandeling geweigerd wordt (zie hiervoor Genn & Gray 2005)
- h. Concentratie van alle appelzaken bij één instantie  
Het Engelse recht wordt gekenmerkt door een hoeveelheid aan appelrechters. Ook bij de recentelijke hervormingen zijn geen pogingen ondernomen het appel te concentreren bij één instantie. “Appeals should be heard at the level most appropriate to the nature of the case”, aldus Lord Chancellor in *Access to Justice Act (1999)*. Hoger beroep procedures worden in sommige gevallen gevoerd bij de *Court of Appeal*, maar vaker bij *High Court* en andere rechters uit een hoger echelon (bijvoorbeeld van *Country Court District Judge* naar *County Court Circuit Judge* en van *High Court Master* naar een *High Court Judge*). Daarnaast is het bij de *Court of Appeal* in bijzondere gevallen mogelijk een tweede appelprocedure te voeren. Rule 52.13 CPR luidt:  
“(1) Permission is required from the Court of Appeal for any appeal to that court from a decision of a county court of the High Court which in itself was made on appeal.  
(2) The Court of Appeal will not give permission unless it considers that a. the appeal would raise an important point of principle or practice; or b. there is some other compelling reason for the Court of Appeal to hear it.”  
De *House of Lords* is de laatste appelrechter, maar, zo bleek al, slechts weinig zaken brengen het zover. Alleen zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling worden tot deze laatste appelprocedure toegelaten. Slechts bij hoge uitzondering kunnen nieuwe stellingen en bewijzen aangevoerd worden.
- i. Kortere appeltermijn  
De appeltermijn op grond van de CPR is 14 dagen, voorheen was het 6 weken (Andrews 2003, nr. 38.54)

## Frankrijk

Ook in Frankrijk wordt op dit moment nagedacht over een andere inrichting van hoger beroep procedures. Maar tot dusver zijn slechts weinig veranderingen doorgevoerd. Frankrijk kent een appelprocedure die erg lijkt op de Nederlandse van voor de herziening van het procesrecht van 2001. Er zijn ruime mogelijkheden van tussentijds beroep. Verschil is dat beroep in beginsel schorsende werking heeft (art. 539 NCPC), met als voorspelbaar gevolg dat veel beroepen worden ingesteld met het doel te vertragen of een betere onderhandelingspositie te verkrijgen. Verder is eisenwijziging in appel in principe niet meer mogelijk (art. 564 NCPC), maar de praktijk staat veel toe (zie Guinchard 2002, nr 5987). Het belangrijkste bezwaar tegen de huidige procedure is de duur van de procedure. Deze wordt over het algemeen als te lang ervaren. Onlangs heeft de Franse regering bekend gemaakt een wetsvoorstel in te dienen betreffende de hoger beroep procedures. Het wetsvoorstel is voor advies naar de Raad van State gestuurd. De bedoeling is dat de voorstellen in 2006 van kracht gaan.

### *Drempel voor hoger beroep*

#### a. Tenuitvoerlegging eerste vonnis

Het wetsvoorstel bevat een belangrijke wijziging ten aanzien van de tenuitvoerlegging van het eerste vonnis. Het idee is dat een door de rechter in eerste aanleg veroordeelde partij in beginsel slechts toegelaten wordt in hoger beroep als zij de in eerste instantie opgelegde sanctie provisioneel of voorlopig ten uitvoer heeft gelegd. Het is aan de president van het gerechtshof om te beoordelen of hoger beroep toegestaan is zonder dat het vonnis in eerste aanleg ten uitvoer is gelegd (décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005).

De achtergrond van deze regeling is de verkorting van de duur van de hoger beroep procedure. Nu stuit het hoger beroep op de ten uitvoerlegging van het oordeel van de rechter in eerste instantie, wat voor veel vertraging zorgt. Deze wijziging betekent een keerpunt in de functie van hoger beroep procedures. Van oudsher leeft in Frankrijk, net als in de meeste andere *civil law* rechtssystemen, de gedachte dat de beslissing in eerste aanleg allerm minst definitief is. Hoe meer instanties een zaak doorlopen heeft, hoe beter de beslissing zal zijn. De tweede instantie is duidelijk een voortbouwende instantie. Het voorstel hoger beroep procedures slechts toe te laten als reeds een aanvang is gemaakt met de tenuitvoerlegging van de beslissing in eerste aanleg, is dus meer dan alleen een praktische oplossing om vertraging in procedures te voorkomen. Het betekent dat de Franse wetgever loskomt van de gedachte dat de procedure in tweede aanleg een voortbouwende procedure is op dat wat zich in eerste aanleg heeft afgespeeld (zie hiervoor het rapport Magendie-rapport dat op 6 september 2004 is aangeboden aan de Minister van Justitie). Wel zijn de verwachtingen dat het aantal appelprocedures en de doorlooptijd zullen verminderen, zie hiervoor bijvoorbeeld Cadiet 1999, p. 328. Het voorstel krijgt in literatuur kritiek, onder meer vanwege de praktische bezwaren die hieruit voort kunnen vloeien en omdat het te veel een inbreuk zou maken op het recht op gedegen feitelijk onderzoek in een rechterlijke instantie, zie hiervoor bijvoorbeeld Villacèque 2006.

### *Inrichting van hoger beroep procedures*

#### b. Kortere appeltermijn

Het Franse recht kent een appeltermijn van één maand voor procedures in geschillen en 15 dagen voor procedures die een rechtstoestand vaststellen (art. 538

NCPC). Ook het indienen van grieven is een termijn gebonden van vier maanden (art. 915 NCPC).

c. Gebruik van elektronica

Het wetsvoorstel voorziet in de legalisering van het gebruik van elektronica voor de oproepingen, voor de overbrenging van stukken en diverse andere procedurele handelingen. De achtergrond is deformalisering en versnelling van de procedure.

d. Boete bij misbruik van appelrecht

In het huidige recht is nog interessant artikel 559 NCPC. Dit bepaalt dat een principaal appel dat wordt ingesteld om te vertragen of neerkomt of misbruik bestraft wordt met een boete van 15 tot 1500 Euro, onverminderd het recht op schadevergoeding. Een appel is *dilatoire oua abusif* wanneer het uitsluitend wordt ingesteld om tijd te winnen en aan verplichtingen te ontsnappen, of wanneer er geen echte grieven zijn. Dit is uiteraard niet snel het geval. Zo maakte een partij die uitsluitend het betoog uit de eerste instantie herhaalde, zonder een concreet bezwaar tegen het vonnis aan te voeren, nog geen misbruik van appelrecht, zie Guinchard 2002, nr 5961.

### 3. Inbedding in het Nederlandse recht van de onder 2 genoemde maatregelen

Van oudsher leeft in *civil law* rechtssystemen de gedachte dat hoe meer instanties een zaak doorlopen heeft, hoe beter de beslissing zal zijn. De tweede instantie is in die optiek een voortzetting van de rechtsstrijd, alleen nu bij een andere instantie. In *common law* houdt men echter van oudsher juist sterk vast aan de finaliteit van een rechterlijke uitspraak. De uitspraak van de rechter, ook in eerste aanleg, is bindend. Partijen moeten het hier meer doen. Om fouten te herstellen is er de mogelijkheid van hoger beroep. Dit is geen voortzetting van het debat voor een andere rechter. Het is een zelfstandige procedure met een eigen procesdoel, namelijk controle van het vonnis van de rechter in eerste aanleg. Het Engelse systeem kent om deze reden geen cassatie procedure of een revisiestelsel. Vanuit deze achtergrond beredeneerd zou kunnen gelden dat de Duitse en Franse maatregelen gemakkelijker in het Nederlandse recht te implementeren zijn dan de Engelse maatregelen.

Voor een aantal maatregelen in het Duitse civiele procesrecht geldt inderdaad dat zij zonder al te grote problemen in het Nederlandse recht kunnen worden geïmplementeerd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de verruiming van de mogelijkheden van de rechter om zich met het proces te bemoeien. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat in het huidige recht de rechter zich al vaak voorzichtig met het proces bemoeit. Zo informeert hij bijvoorbeeld naar beschikbare bewijsmiddelen, of zelfs voorzichtig of partijen al gedacht hebben aan een bepaald verweer tegen een bepaalde grondslag van de vordering. Dit neemt niet weg dat de bevoegdheden van de rechter om in eerste en in tweede aanleg zich meer met het proces te bemoeien explicieter gemaakt zouden kunnen worden, op vergelijkbare wijze als in het Duitse recht. Ook de ruimere herstellmogelijkheden voor de eerste rechter en de versnelde regeling voor zinloze appels kunnen zonder grote problemen geïmplementeerd worden. Andere maatregelen vergen echter een grotere aanpassing. Met de herziening in 2002 heeft de Duitse wetgever willen breken met de hoger beroep procedure als voortbouwende instantie. De herkansingsfunctie heeft plaats moeten maken voor de controlerende



functie. De gronden voor appel, het object van appel en de beperking van nova zijn hier op aangepast. Invoering van soortgelijke maatregelen in het Nederlandse rechtsstelsel zou betekenen dat men ook in Nederland primair kiest voor controle in plaats van herkansing.

Nog sterker geldt dit uiteraard voor de implementatie van de Lord Woolf hervormingen in Nederland. Daar komt nog eens bij dat overname van een *common law* appelsysteem niet goed mogelijk is zonder een gehele herziening van het procesrecht voor de eerste aanleg naar het *common law* model. Dit neemt niet weg dat bepaalde elementen van de taakafbakening tussen de eerste en de tweede aanleg overgenomen zouden kunnen worden (mits we bereid zijn te accepteren dat de herkansingsfunctie wat meer naar de achtergrond verdwijnt). Dit geldt bijvoorbeeld voor de inperking van de mogelijkheid om nieuwe stellingen, feiten en bewijsmiddelen aan te voeren aan banden te leggen. Vanaf 1 januari 2002 geldt er in Nederland een verscherpte concentratieplicht voor partijen in eerste aanleg. De achtergrond van deze plicht is dat zoveel mogelijk informatie in een zo vroeg mogelijk stadium van het proces op tafel komt. De regeling van de eerste aanleg en tweede aanleg sluiten op dit punt echter niet op elkaar aan. Een advocaat die later in de procedure een nieuwe stelling aan wil voeren, kan eenvoudigweg aansturen op hoger beroep als de rechter in eerste aanleg weigert de nieuwe stelling bij de zaak te betrekken. Hiermee dreigt het zwaartepunt naar de tweede aanleg te verschuiven. Een met het Engelse recht vergelijkbare beperking op dit punt zou de eerste en tweede aanleg beter op elkaar aan laten sluiten. In Duitsland zijn ook maatregelen op dit punt getroffen, maar juist over deze specifieke maatregelen bestaat in Duitsland onvrede, zie paragraaf 5.

#### **4. Invloed internationale recht op specifieke maatregelen**

Artikel 6 EVRM bevat waarborgen voor een *fair trial*. Het artikel stelt eisen aan bijvoorbeeld de motivering van de rechterlijke uitspraak, aan de onpartijdigheid van rechters en aan de openbaarheid van uitspraken, maar uit het artikel kan niet afgeleid worden dat een uitspraak gecontroleerd dient te worden door een tweede instantie. Dit laatste is beslist in het Delcourt-arrest (EHRM 17 januari 1970, serie A, vol. 11) en nadien herhaald in een reeks van uitspraken (zie voor een recent overzicht Andrews 2003, nr. 38.13-15) Ook aan andere internationale verdragsbepalingen kan geen recht op hoger beroep of cassatie worden afgeleid. De Hoge Raad heeft bovendien in een reeks van uitspraken beslist dat artikel 6 EVRM geen deuren naar de appelrechter kan openen waar de wet appel uitsluit (zie bijvoorbeeld HR 24 april 1992, NJ 1992, 671 en HR 19 januari 2001, NJ 2001, 232).

Dit betekent niet dat artikel 6 EVRM en vergelijkbare internationale bepalingen volledig zonder betekenis zijn voor de toegang tot de appelrechter. Een volledig beeld van de invloed van het EVRM geeft Hovens (zie Hovens 2005), hier volgt een verkorte weergave van de hoofdlijnen. In de zaak Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk (EHRM 13 juli 1995, serie A, vol. 323, NJ 1996, 544) werd geoordeeld dat een beperking van de toegang tot een hogere rechter een gerechtvaardigd belang moet dienen. In dit geval leidde dat ertoe dat het eisen van zekerheidstelling voor de proceskosten als zodanig geen ontoelaatbare inbreuk op het recht van toegang tot de appel- of cassatierechter oplevert. Bovendien moet er sprake zijn van proportionaliteit tussen de wijze waarop de toegang wordt beperkt en het daarmee te dienen doel. Dit laatste komt tot uitdrukking in het oordeel van de Europese Commissie voor de

rechten van de mens in een aantal zaken over het opleggen van een boete wegens het maken van misbruik van rechtsmiddelen. Een dergelijke boete is volgens de Commissie niet in strijd met het internationale recht, zolang de boete niet zodanig hoog is dat een rechtszoekende daardoor afgeschrikt wordt om gebruik te maken van een door de wet opengesteld rechtsmiddel (zie bijvoorbeeld de zaak ECRM 2 juli 1992, nr 12275/86 *Les Traveaux du Midi*/Frankrijk). Het komt er kort gezegd op neer dat beperkingen aan hoger beroep procedures, zoals een verlofstelsel, in beginsel vanuit een verdragsrechterlijke optiek toelaatbaar zijn. In civiele zaken hebben de lidstaten hierbij bovendien een grotere vrijheid dan in strafzaken.

Maar als de lidstaten voorzien in een procedure voor de appelrechter of de cassatierechter, dan moet die procedure wel voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM, aldus het hof in de eerder genoemde *Delcourt* zaak (EHRM 17 januari 1970, serie A, vol. 11). De wijze van toepassing van dit artikel is echter afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij vooral gewicht toekomt aan de rechtsgang als geheel en de plaats die het rechtsmiddel daarbij inneemt. Deze regel is onder meer verduidelijkt in de strafrechterlijke zaak *Monell & Morris/Verenigd Koninkrijk* (EHRM 2 maart 1987, serie A, vol. 115, NJ 1991, 165). Het ontbreken van een mondelinge behandeling in appel werd niet in strijd met artikel 6 EVRM geacht, omdat de veroordeelden in eerste aanleg een procedure hadden genoten die volledig voldeed aan de eisen van *fair trial*. Ook bleek (in een latere zaak) van belang of het gaat om een hoger beroep procedure waarbij opnieuw feiten worden vastgesteld, of een cassatie(achtige) procedure. In het eerste geval worden hogere eisen gesteld wat betreft het voeren van een mondelinge behandeling dan in het tweede geval (zie hiervoor bijvoorbeeld de Oostenrijkse strafrechterlijke zaak *Kremzow/Oostenrijk*, EHRM 21 september 1993, serie A, nr 268-B, NJ 1994, 358).

Het is moeilijk een schatting te maken in hoeverre de eisen van artikel 6 EVRM de maatregelen van Duitsland, Engeland en Frankrijk hebben beïnvloed. Hierover is, afgezien van een enkel concreet punt, weinig bekend. Wat het Engelse recht betreft heeft de verlofverlening door de *House of Lords* in dit verband onder vuur gestaan. Dit verlof is niet aan wettelijke vereisten gebonden en de beslissing wordt niet uitbundig gemotiveerd. Dat hoeft ook niet, zo blijkt in de zaak *Nerva/Verenigd Koninkrijk* (EHRM 11 juli 2000, 42295/98). Sinds april 2003 wordt een weigering tot het verlenen van verlof wel summier gemotiveerd, dit met het oog op de uit het internationale recht voortvloeiende eis van transparantie, zie hiervoor *Zuckerman* 2003, p. 723-724. In het Duitse recht is een speciale voorziening getroffen voor schending van hoor en wederhoor. Lagere instanties hebben de mogelijkheid een dergelijke schending zelf te herstellen (§ 321a ZPO). Voorheen gold deze mogelijkheid alleen voor vonnissen in eerste aanleg waartegen geen hoger beroep mogelijk was; sinds januari 2005 geldt deze mogelijkheid voor alle beslissingen waartegen geen rechtsmiddel meer open staat.

## **5. Gemeten of voorspelde gevolgen van de maatregelen**

In *Nederland* zijn in literatuur, rapporten en beleidsbrieven veel voorstellen gedaan tot herziening van de hoger beroep procedure. De meningen over de gevolgen van de diverse voorstellen zijn verdeeld. De belangrijkste controversie lijkt vooral betrekking te hebben op een verschil van inzicht over de functie van hoger beroep, minder over de effecten van de maatregelen op bijvoorbeeld de duur en kosten van de procedure. Kort gezegd komt het erop neer sommigen de herkansingsfunctie van de hoger beroep

procedure het belangrijkste vinden, terwijl anderen de hoger beroep procedure meer als een controlerende procedure in zouden willen richten. De eerste groep verwacht betere resultaten van maatregelen gericht op het verhogen van de drempel voor appel, zoals de verhoging van het griffiegeld. De tweede groep ziet graag maatregelen ingevoerd ter versterking van de controlerende functie van appel: het object van appel zou de beslissing in eerste aanleg moeten zijn en het aanvoeren van nieuwe feiten, stellingen, weren, gronden en vorderingen zou drastisch beperkt kunnen worden. Meer eensgezindheid lijkt er te bestaan over de aanpassing van de eisen in de bewijsvoering, een versnelde regeling voor zinloze appelprocedures, de verruiming van de mogelijkheden om terug te verwijzen, invoeren van mogelijkheden tot elektronische procesvoering en de vermindering van motiveringsvoorschriften.

Wat betreft de doorverwijzing naar mediation zijn eerste (over het algemeen positieve) ervaringen zijn opgedaan in het project Mediation naast Rechtspraak; in dit project werd mediation kosteloos aangeboden. Het vermeerderen van het aantal zittingen in een vroeg stadium in de appelprocedure is onlangs de inzet van een experiment van het gerechtshof te Arnhem geweest. Met als belangrijkste doel het beproeven van een regeling, mede ingegeven door de gedachte dat partijen na het eindvonnis in eerste aanleg mogelijk wel bereid zijn te schikken, heeft het gerechtshof Arnhem in een aantal zaken een comparitie gehouden onmiddellijk na het aanbrengen van de zaak, dus nog voor het nemen van de eerste conclusie. Van de 37 zaken waarin een comparitie is gehouden is een kleine 60 % geëindigd in een schikking. Hierbij moet opgemerkt worden dat voorafgaand een selectie heeft plaatsgevonden van het type zaak waarin een comparitie heeft plaats gevonden. De selectie vond onder meer plaats op basis van de kans van slagen. Waar partijen niet tot een schikking kwamen bleek de comparitie echter alsnog nuttig voor het vragen van inlichtingen en het maken van procesafspraken. Zie voor een verslag van het experiment Valk & Ter Veer 2005.

De herziening van het *Duitse* procesrecht is in 2004 geëvalueerd tijdens de *Deutscher Juristentag*. Hiervoor werd een preadvies opgesteld (Huber e.a. 2004). In grote lijnen zijn de meeste preadviseurs positief over de veranderingen. Eén van de preadviseurs (Gottwald) heeft verschillende rechters en advocaten geïnterviewd over hun ervaringen met de veranderingen. Veel rechters in eerste aanleg spraken van een verhoging van de werkdruk door de beperkingen aan hoger beroep (Gottwald 2004, p. 338-339). Moeilijk verklaarbaar is de constatering van diezelfde preadviseur dat het aantal zaken in eerste aanleg in 2002 nauwelijks gestegen was ten opzichte van het jaar 2001 (de herziening van het Duitse procesrecht trad per 01-07-2001 in werking), zie Gottwald 2004, p. 352. Daarnaast signaleren de preadviseurs klachten over enkele specifieke maatregelen, onder meer op de werkbaarheid van de regel dat de feitenvaststelling in beginsel uitsluitend in eerste aanleg plaats vindt (§ 529 (1) ZPO). Het komt er op neer dat de enkele mogelijkheid van twijfel over de juistheid van de volledigheid van de feitenvaststelling al voldoende aanleiding is voor de appelrechter om de feiten volledig opnieuw vast te stellen. De regel dat de appelrechter in beginsel uitgaat van de feitenvaststelling van de eerste rechter lijkt daardoor een dode letter, zie Huber e.a. 2004, p. 45-46 en 59-64. Ook de regel om nova te beperken heeft niet geleid tot het gewenste resultaat. Onduidelijkheid over wanneer nova nu wel en wanneer niet toegestaan zijn, heeft ertoe geleid dat in de praktijk nova doorgaans toegelaten worden, zie Huber e.a. 2004, p. 43.

Ook zijn de preadviseurs kritisch over de vergaande bemoeienis die van de rechter gevraagd wordt om het proces sneller te laten verlopen. De snelle doorgang

van het proces zou een gezamenlijke verantwoordelijkheid moeten zijn van partijen en van rechters. De balans is volgens sommigen te ver doorgeslagen naar de kant van de rechter. Een voorbeeld: de preclusiebepalingen kunnen in appel niet worden toegepast indien de appelland aannemelijk kan maken dat de rechter in eerste aanleg hem erop had moeten wijzen dat zijn stellingen tegenstrijdig waren of zijn bewijsaanbod te algemeen was. Verzuimt de rechter hierin, dan kan de desbetreffende partij in weerwil van de hoofdregel toch nieuwe stellingen in het geding brengen. Als gevolg van deze regel vragen veel advocaten in eerste aanleg expliciet of de stellingen helder zijn, voldoende onderbouwd zijn en of het bewijsaanbod voldoende concreet is. Bij een bevestigend antwoord bestaat er een kans dat in tweede aanleg de zaak een volledig nieuwe en andere wending krijgt, waardoor niet langer van een controle van het vonnis van de eerste rechter gesproken kan worden.

‘Harde cijfers’ zijn er nog niet (deze worden zeer binnenkort – medio 2006 – wel verwacht), maar de preadviseurs zijn als gezegd in grote lijnen positief over de veranderingen. Vooral door de twee bovengenoemde problemen hebben de veranderingen nog niet wezenlijk voor een lastenvermindering van het rechterlijk apparaat gezorgd. De justitieministers van de deelstaten hebben zich inmiddels in 2004 uitgesproken voor een nieuwe grootschalige herziening van de rechtspleging, waarbij in beginsel wordt uitgegaan van rechtspraak in twee instanties: na de eerste instantie staat er voor partijen dan nog slechts één rechtsmiddel open (zie <<http://www2.justiz.bayern.de/JuMiKo.htm>>, zie ook Van Rhee 2005, p. 117 met verwijzingen aldaar) .

Voor het *Engelse* civiele procesrecht geldt dat over het algemeen wordt aangenomen dat de invoering van de *CPR* (in het bijzonder rule 52.3 inzake het appelverlof) effectief werkt als filter voor zaken met een geringe kans van slagen. In de periode mei 1997 tot mei 1998 was ongeveer tweederde van het aantal verzoeken om appelverlof aan de Court of Appeal afgewezen. Het aantal succesvolle hoger beroep procedures in zaken waarin appelverlof vereist was, was 40%. Het aantal succesvolle hoger beroepen in zaken waarin geen appelverlof vereist was, was 20% (zie het jaarverslag van de *Court of Appeal* (Review of the Year 2003-2004), gepubliceerd op <[www.courtservice.gov.uk](http://www.courtservice.gov.uk)>). Hierdoor is het aannemelijk dat de eis van verlof effectief werkt als een filter om zaken met weinig kans op succes in appel te weren. Interviews met rechters bevestigen deze veronderstelling, zie Plotnikoff/Woolfson 2003. Een cijfermatige vergelijking voor en na de invoering van de *CPR* is echter zo goed als onmogelijk, omdat de categorie van zaken waarvoor verlof nodig is, drastisch is uitgebreid.

Genn en Gray hebben onderzoek gedaan naar de effecten van de maatregel om (de herziening van) het verzoek toegelaten te worden in appel schriftelijk in plaats van mondeling af te handelen. Dit zou tot een noemenswaardige besparing van kosten leiden. Om te onderzoeken of de mogelijke appelland in spé door deze maatregel benadeeld zou worden heeft de *Court of Appeal* geëxperimenteerd met een schaduwbeoordeling. Hernieuwde aanvragen tot appel zijn onafhankelijk van elkaar beoordeeld op basis van schriftelijke stukken en mondelinge zittingen. In ongeveer 70 % van de gevallen kwam de uitkomst overeen, in 15 % van de gevallen pakte de schriftelijke ronde in het nadeel van de rechtshulpbehoevende uit, in nog eens 15 % was de schriftelijke ronde juist in het voordeel van de rechtshulpbehoevende. Het argument dat een schriftelijke herbeoordeling nadelig zou zijn is hiermee ontkracht, zie Genn & Gray 2005. De uitkomsten van Genn en Gray hebben inmiddels geleid tot een voorstel tot aanpassing van de wet (Consulting Paper Civil Appeal 2005).

In juli 2003 is een rapport verschenen van Plotnikoff en Woolfson. Het rapport bevat de uitkomsten van een onderzoek naar de effecten van de veranderingen bij de *Court of Appeal*. Hiervoor zijn onder meer rechters ondervraagd naar hun tevredenheid over de aanpassingen. De meeste ondervraagde rechters van de *Court of Appeal* waren tevreden over de invoering van een algemeen appelverlof. Omdat de kansloze zaken worden geweerd houden ze meer tijd over voor de zaken die de aandacht wel verdienen. Verder bleek er een indrukwekkende verbetering in de verwerking van de *caseload* van de *Court of Appeal*. Wachttijden en de hoeveelheid wachtende zaken zijn significant afgenomen. Ook kwamen er een aantal minder succesvolle aspecten uit datzelfde onderzoek naar voren. Zo waren de rechters minder te spreken over de toegenomen werkdruk. Ondanks de verbetering in de doorlooptijd van de zaken, is de werkdruk verhoogd. Dit was onder meer te wijten aan de toegenomen complexiteit van de zaken, toegenomen administratieve lasten en toegenomen last om schriftelijke stukken te produceren in de beginfase van de procedure (zie Plotnikoff/Woolfson 2003).

In februari 2005 is een soortgelijk onderzoek gepubliceerd naar de effecten van de veranderingen bij de *High Court* en de *county courts*. Ook hier zijn onder meer rechters ondervraagd naar hun bevindingen. Anders dan de rechters van de *Court of Appeal* waren de appelrechters bij *High Court* en *county courts* verdeeld over de vraag of de wachttijden voor procedures verkort zijn. Bovendien waren de meeste rechters van mening dat de duur van de *hearings* niet veranderd was. De kwaliteit van de procedure had volgens de meerderheid van stemmen niet onder de maatregelen geleden. Een grote meerderheid vond de procedures te complex en de kosten (nog steeds) te hoog, vooral voor de *small claims*. En ook de appelrechters bij de *High Court* en de *county courts* noemden een toegenomen werkdruk als negatief effect. Een grote meerderheid was wel van mening dat het appelverlof op effectieve wijze de zinloze appelprocedures van de zinvolle filtert. Zie voor deze uitkomsten Plotnikoff/Woolfson 2005.

In november 2005 tot slot verscheen een rapport van Peysner en Seneviratne. Dit rapport bracht verslag uit van een grootschalig onderzoek naar de effecten van *case management* in *fast* en *multi-track procedures*. Een belangrijke wijziging in 1999 is de verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de procesgang van partijen naar de *courts*. ‘*Case management*’ werd het genoemd, en het kreeg vooral gestalte in *pre-action protocols* en *strike* regels voor *fast* en *multi-track procedures*. De ervaringen met *case management* zijn getoetst in interviews met rechters, *court officials* and advocaten. De uitkomsten zijn dat de CPR volgens alle betrokkenen hebben geleid tot een cultuuromslag. Er is een betere samenwerking partijen, rechters en andere justitiabelen. Ook is de doorlooptijd van de meeste zaken verminderd, en is het aantal zaken dat uiteindelijk voor de rechter gebracht wordt verminderd (in 1997 werden in totaal bij de 8 onderzochte gerechten 2.208.878 zaken aangebracht, in 2003 waren dat er nog maar 1.571.976, zie Peysner/Seneviratne 2005, Table One). Dit laatste is vooral te danken aan het hoge schikkingspercentage voorafgaand de *trial* fase (60 tot 80 % in de onderzochte gerechten). In de praktijk blijken de regels van *case management* over het algemeen goed te werken. Zo zijn er bijvoorbeeld maar weinig beroepszaken tegen *case management decisions*. Het slechte nieuws is dat rechters hun werkdruk zagen stijgen (zie ook de rapporten van Plotnikoff en Woolfson) en dat de totale kosten voor zaken (*the legal bill and the disbursements of a party*) in de *pre-trial* en *trial* fase is gestegen. In het bijzonder is sprake van *front-loading*; veruit de meeste kosten worden gemaakt in de beginfase. Dit betekent een forse verhoging van kosten in de *pre-trial* fase en een kleine vermindering van kosten in de *trial* fase (in

eerste aanleg, het eventuele vervolg van de procedure is niet in het onderzoek meegenomen). Kortom, de CPR hebben gezorgd voor betere samenwerking tussen alle betrokkenen, een betere doorlooptijd van de zaken en een forse verhoging van zaken die in een vroeg stadium geschikt worden, maar ook een verhoging van de werkdruk van rechters en een verhoging van de kosten van zaken in de *pre-trial* en *trial fase*. Zie hiervoor Peysner/Seneviratne 2005.

### **Lijst van verkort aangehaalde werken**

Adviescommissie 2004

Adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht n.a.v. het Interim rapport 'Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht', Advies aan de Minister van Justitie, *TCR* 2004, p. 2-9.

Andrews 2003

N. Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the new Civil Justice System*, Oxford University Press 2003.

Asser/Vranken 1995

J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser, Groen & Vranken 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans: Interim-rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd: Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Baumbach/Lauterbach, Albers & Hartmann 2005

W. Baumbach/W. Lauterbach, J. Albers & P. Hartmann (bew.), *Zivilprozessordnung*, Verlag C.H.Beck München 2005.

Bock 2004

R.H. Bock, "Herkansing in hoger beroep aan banden?", in: M.L. Hendrikse, A.W. Jongbloed, *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 4002, p. 125-139.

Cadiet 1999

L. Cadiet, "Civil justice reform: Access, Cost, and Delay, The French Perspective", in: A. A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press 1999, p. 291-346.

Chorus 2003

J.M.J. Chorus, Het hoger beroep in het Interim-rapport van mei 2003, *TCR* 2003, p. 104-109

Consulting Paper Civil Appeal 2005

Department for Constitutional Affairs, *Consulting Paper: Proposed Changes to Civil Appeal Rules*, September 2005. <<http://www.dca.gov.uk/consult/civil-appeal/civil-appeal-cp2005.htm>>.

Review of the Year 2003-2004

HMCS, *Review of the Year 2003-2004: The Court of Appeal, Civil Division*. <[www.courtservice.gov.uk](http://www.courtservice.gov.uk)>.

Genn & Gray 2005

H. Genn & L.A. Gray, *Court of Appeal, Permission to Appeal Shadow Exercise, Final Report in Confidence*, 2005.

Gottwald 2004

P. Gottwald, "Civil Procedure in Germany after the Reform Act of 2001", *Civil Justice Quarterly* (23) 2004, p. 338 – 353.

Guinchard 2002

S. Guinchard, *Droit en pratique de la procédure civile*, Dalloz 2002.

Happé e.a. 2003

R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Hovens 2005

F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep, een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, diss. Tilburg 2005.

Huber e.a. 2004

Huber e.a., *Die Reform der ZPO – eine Wirkungskontrolle, Berichte zum 65. Deutschen Juristentag*, Beck Verlag 2004.

Jolowicz 2000

J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge University Press 2000.

Ten Kate & Korsten-Krijnen 2005

Th. B. ten Kate & M.M. Korsten-Krijnen, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2005.

Loughlin & Gerlis 2004

P. Loughlin & S. Gerlis, *Civil Procedure*, Cavendish Publishing London 2004.

Magendie 2004

J.C. Magendie(e.a.), *Célérité et qualité de la Justice: la gestion du temps dans le procès*, 15 juni 2004, <<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-magendie.pdf>>.

Peysner & Seneviratne 2005

J. Peysner & M. Seneviratne, *The Management of Civil Cases: The Courts and Post-Woolf Landscape*, 2005, <[http://www.dca.gov.uk/research/2005/9\\_2005.htm](http://www.dca.gov.uk/research/2005/9_2005.htm)>.

Plotnikoff & Woolfson 2003

J. Plotnikoff & R. Woolfson, *Evaluation of the impact of the reforms in the court of Appeal (Civil Division)*, 2003, <<http://www.dca.gov.uk/research/2003/res03fr.htm>>.

Plotnikoff & Woolfson 2005

J. Plotnikoff/R. Woolfson, *Evaluation of appellate work in the High Court and the county courts*, 2005, <[http://www.dca.gov.uk/research/2005/7\\_2005.htm](http://www.dca.gov.uk/research/2005/7_2005.htm)>.

Raad voor de rechtspraak 2004

Raad voor de rechtspraak, *Interim rapport Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht – advies*, (op 29 april 2004 aangeboden aan de minister van justitie).

Rapport Commissie Verbetervoorstellen Civiel 2004

*Rapport Commissie Verbetervoorstellen Civiel, Eindrapport* (op 22 juni 2004 aangeboden aan de minister van justitie), <[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)>.

Van Rhee 2005

C.H. van Rhee (red.), *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford: Intersentia Antwerpen 2005.

Schrader, Steinert & Theede 2004

S. Schrader, K.F. Steinert & K.U. Theede, *Handbuch der Rechtspraxis* (Band 1 a, Zivilprozess), Verlag C.H.Beck München 2004.

Smith, Bailey & Gunn 2002

S.H. Bailey, J. Ching, M.J. Gunn & D. Ormerod, *On The Modern English Legal System*, fourth ed., London Sweet & Maxwell 2002

Snijders 2002

H.J. Snijders, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Snijders 2003

H.J. Snijders, 'They have a dream...een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, afl. 32, p. 1696-1707

Snijders & Wendels 2003

H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Deventer: Kluwer 2003.

Valk & Ter Veer 2005

W.L. Valk & C.G. ter Veer, "De comparitie na aanbrenge in hoger beroep", *NJB* 2005, p. 1985 - 1987.



Villacèque 2006

J. Villacèque, “A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile: perspectives et regrets”, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 539-544.

Zuckerman 2003

A. AS Zuckerman, *Civil Procedure*, London: Lexis Nexis Butterworths 2003.

# Strafrecht

*J. Simmelink*

## 1. Recent in Nederland ingevoerde of voorgestelde wijzigingen van het hoger beroep

### 1.1 *Enige kenmerken van het huidige recht\**

De behandeling van strafzaken in hoger beroep is opgedragen aan de gerechtshoven. In het algemeen staat tegen vonnissen van de rechtbank hoger beroep open voor de officier van justitie en de verdachte. Op deze regel bestaan twee uitzonderingen. De eerste ziet op gevallen waarin de verdachte is vrijgesproken; tegen een vrijspraak staat voor de verdachte geen rechtsmiddel open, omdat hij geacht wordt daarbij geen belang te hebben. De tweede uitzondering heeft betrekking op vonnissen betreffende overtredingen.\* Tegen deze vonnissen staat voor de verdachte en de officier van justitie geen hoger beroep open als de veroordeling enkel bestaat uit toepassing van artikel 9a Sr (het rechterlijk pardon) of als de opgelegde geldboete niet hoger is dan € 50.

Het hoger beroep is in de artikelen 404 e.v. Sv vormgegeven als een geheel nieuwe en volledige behandeling van de strafzaak. Bij deze behandeling staat voorop dat de appelrechter de zaak zoals die in eerste aanleg heeft gediend geheel opnieuw beoordeelt. Hierbij kan door de officier van justitie of de verdediging nieuwe informatie worden ingebracht en kunnen opnieuw getuigen en deskundigen worden gehoord.\* Verder is de appelrechter in geen enkel opzicht gebonden aan de oordelen van de rechter in eerste aanleg. De appelrechter dient zelfstandig te beslissen over de punten van artikelen. 348 en 350 Sv. Het resultaat hiervan kan zijn dat de appelrechter het vonnis van eerste aanleg geheel of gedeeltelijk vernietigt en opnieuw recht doet, dan wel dat hij door bevestiging van het vonnis de beslissingen van de eerste aanleg geheel voor zijn rekening neemt (art. 423 Sv).

Op de onbeperktheid van het hoger beroep kan door de verdachte of de officier van justitie maar een beperking worden aangebracht. Als in eerste aanleg meerdere strafbare feiten aan de rechter zijn voorgelegd, mag het hoger beroep tot een of meer van deze feiten worden beperkt. Een verderstreckende beperking van het hoger beroep tot bijvoorbeeld alleen de bewezenverklaring of de strafmaat is niet toegestaan (art. 407 Sv). Een andere bijzonderheid is dat de feitelijke grondslag van het onderzoek in eerste aanleg (de tenlastelegging) ook in hoger beroep nog kan worden gewijzigd. Het gevolg van toepassing van deze bevoegdheid is niet dat de appelrechter de zaak moet verwijzen naar de rechter in eerste aanleg voor een

---

\* Op deze plaats wordt volstaan met een korte aanduiding van enkele kenmerken van het hoger beroep in strafzaken. Uitbreider hierover: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Kluwer: Deventer 2002, het deelrapport van E.F. Stamhuis, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen', p. 200-206, en het deelrapport van M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu, 'Het hoger beroep', p. 329-355.

\* Op deze uitzondering is weer een uitzondering gemaakt: het hoger beroep staat wel open als de veroordeling betrekking heeft op een overtreding uit lagere regelgeving, zoals provinciale en gemeentelijke verordeningen.

\* In het wetboek wordt veelvuldig gesproken over het horen van getuigen en deskundigen. In de betrokken regelingen zijn de voorzieningen voor getuigen op gelijke wijze van toepassing op deskundigen. Om deze reden zal ter voorkoming van een veelvuldige herhaling van de woorden 'getuigen en deskundigen' in deze paragraaf enkel worden gesproken van 'getuigen'.

hernieuwde behandeling op basis van de gewijzigde grondslag, maar dat de appelrechter de zaak op grondslag van de gewijzigde tenlastelegging moet beoordelen.

De ‘partij’ die hoger beroep heeft ingesteld, is bevoegd om binnen een termijn van veertien dagen na de instelling van het beroep een schriftuur in te dienen. In deze schriftuur kan de verdediging opgeven welke getuigen en deskundigen in hoger beroep zouden moeten worden gehoord. Deze bevoegdheden laten onverlet dat de verdediging ook nog na de uitreiking van de oproeping voor de zitting in hoger beroep getuigen en deskundigen kan opgeven en direct na de voordracht van de zaak op de terechtzitting de bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg kan opgeven.

Voor bepaalde beslissingen van de rechter in hoger beroep gelden zogenaamde eenparigheidsregels. Als de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken, dan kan de appelrechter in het door de officier van justitie ingestelde hoger beroep alleen met eenparigheid van stemmen tot een bewezenverklaring komen. Eenzelfde eenparigheid is voorgeschreven voor een strafverzwaring als het hoger beroep alleen is ingesteld door de verdachte.

Strafzaken die in eerste aanleg door een enkelvoudige kamer zijn berecht, kunnen in beginsel ook in hoger beroep bij een enkelvoudige kamer worden aangebracht. De grens voor enkelvoudige berechting voor de eerste aanleg en voor het hoger beroep is echter niet gelijk. Voor berechting door de politierechter dient de zaak eenvoudig van aard te zijn en kan een straf van maximaal een jaar vrijheidsstraf worden opgelegd (art. 368 en 369 Sv). De bevoegdheid van de enkelvoudige kamer in hoger beroep is echter beperkt tot de zaken die in eerste aanleg zijn bestraft met maximaal zes maanden. De enkelvoudige rechter in hoger beroep is niet bevoegd om deze straf te verzwaren. Indien hij meent dat een zwaardere straf dan zes maanden moet worden opgelegd, dient de zaak te worden verwezen naar de meervoudige kamer (art. 411 Sv).

## *1.2 Reeds ingevoerde maatregelen*

In de loop der jaren zijn in de regeling van het hoger beroep uiteenlopende wijzigingen aangebracht ter verbetering van de kwaliteit van de appelrechtspraak of versnelling van de afdoening van strafzaken in hoger beroep. Gewezen kan worden op de volgende wetswijzigingen:

### *Inrichting van hoger beroep procedures*

#### a. Versnelde oproeping terechtzitting

De oproeping voor de terechtzitting in hoger beroep kan onmiddellijk worden uitgereikt bij gelegenheid van de instelling van het hoger beroep op de griffie door de verdachte of een gemachtigde namens de verdachte (art. 408a en 450 Sv). Deze wijze van uitreiking versnelt de afdoening in hoger beroep en creëert duidelijkheid over de ingang van de cassatietermijn. Uitreiking van de oproeping aan de gemachtigde geldt namelijk als betekening in persoon. De consequentie is dat de datum van het arrest in hoger beroep bepalend is voor de aanvang van de cassatietermijn van veertien dagen (zie de wet van 15 januari 1998, Stb. 1998, 31).

#### b. Concentratie appelrechtspraak bij de gerechtshoven

Bij gelegenheid van de incorporatie van de kantongerechten in de rechtbanken is de behandeling van het hoger beroep van kantongerechtsvonnissen door de rechtbank afgeschaft en is de appelrechtspraak geconcentreerd bij de

gerechtshoven (zie de Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 584 en van 18 december 2001, Stb. 2001, 582). Specifieke concentratie van appelzaken is er in zaken die betrekking hebben op de Wet militaire strafrechtspraak en de Wet militair strafrecht. Het gerechtshof te Arnhem is met uitsluiting van de andere gerechtshoven bevoegd van deze zaken kennis te nemen.

- c. Unusrechtspraak: verruiming van de bevoegdheid van de enkelvoudige kamer  
Bij de invoering van de unusrechtspraak in hoger beroep was de bevoegdheid van de alleensprekende rechter beperkt tot overtredingen en enkele misdrijven uit de wegenverkeerswetgeving. Door de druk op de justitiële capaciteit die uitging van de ‘bolletjesslikkers’ zijn de grenzen voor enkelvoudige afdoening in eerste aanleg en hoger beroep verruimd. De door de politierechter op te leggen maximumstraf is verhoogd van 6 maanden vrijheidsstraf naar 1 jaar (art. 369 Sv) en de bevoegdheid van de enkelvoudige kamer in hoger beroep is uitgebreid naar alle strafbare feiten waarvoor in eerste aanleg ten hoogste zes maanden vrijheidsstraf is opgelegd (art. 411 Sv), zie de wet van 4 juli 2002, Stb. 2002, 355.

Als gevolg van een toezegging van de minister van Justitie in de Eerste Kamer is een wetsvoorstel ingediend dat ertoe strekte de genoemde uitbreiding van de bevoegdheid van de enkelvoudige kamers in eerste aanleg en in hoger beroep nagenoeg terug te draaien, zie *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 866. De verruimde bevoegdheid voor de politierechter zou worden beperkt tot bepaalde handelingen in strijd met de Opiumwet. De bevoegdheid voor de enkelvoudige kamer in hoger beroep zou worden gereserveerd voor de alcoholmisdrijven uit de wegenverkeerswetgeving en de ook voor de politierechter bedoelde delicten uit de Opiumwet. Aangezien het wetsvoorstel niet meer paste bij het ministeriële streven naar vergroting van de afdoeningscapaciteit van het strafrechtsapparaat, werd het wetsvoorstel na overleg met de Eerste en Tweede Kamer weer ingetrokken (zie *Kamerstukken II 2003-2004*, 28 866, nr. 9; *Kamerstukken I 2003-2004*, 28 866, nr. B).

- d. Veranderingen in de bewijsvoering: opgave van te horen getuigen en deskundigen.

Het gaat hier om de opgave van te horen getuigen en deskundigen in de appelschriftuur. Deze vroege opgave maakt het mogelijk om al in de aanloop naar de behandeling van de zaak op de terechtzitting deze getuigen door de rechter-commissaris te laten horen. Daardoor kan snel duidelijkheid worden verkregen over de inhoud van de door de getuigen en deskundigen af te leggen verklaring en eventueel aanvullend onderzoek worden verricht. Dat bevordert de waarheidsvinding ter zitting en voorkomt dat de zitting voor nader onderzoek moet worden aangehouden (Zie art. 410 Sv; *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 477, nr. 6, nota van wijziging, p. 2).

- e. Veranderingen in de bewijsvoering: horen van getuigen door de raadsheer-commissaris

Het horen van getuigen in hoger beroep kan worden opgedragen aan een raadsheer-commissaris. De introductie van de figuur van de raadsheer-commissaris heeft tot gevolg dat voor het horen van getuigen buiten de openbare terechtzitting de strafzaak niet meer hoeft te worden teruggewezen naar de rechter-commissaris uit de rechtbank van de eerste aanleg. Bovendien mag met toestemming van de ‘procespartijen’ een van de zittingsrechters de rol van

raadsheer-commissaris vervullen (art. 420 juncto 316 Sv. Zie de wet van 3 april 2003, Stb. 2003, 143). Hiermee is de snelheid van de afdoening in hoger beroep gediend. De appelrechter is voor het horen van de getuigen namelijk niet meer afhankelijk van de rechter-commissaris uit de rechtbank. Ook is hiermee de kwaliteit van de appelrechtspraak gediend. Aangezien de raadsheer-commissaris zelf de getuigen hoort, kan hij de andere zittingsrechters over zijn bevindingen informeren. Deze gang van zaken moet met het oog op 'kwaliteit' van rechtspraak worden gewaardeerd als 'beter', vergeleken met de gangbare praktijk om het horen van getuigen over te laten aan een niet aan de berechting deelnemende rechter.

- f. Veranderingen in de bewijsvoering: afschaffing van de regeling dat de appelrechter bij zijn beslissing geen rekening mocht houden met verklaringen van getuigen die in eerste aanleg op de terechtzitting waren gehoord en door de verdachte waren betwist.

Deze voorzieningen waren als gevolg van jurisprudentiële ontwikkelingen obsoleet geworden (zie hierover Groenhuijsen & de Hullu 2002 p. 337-343). Thans is in artikel 422 Sv aangegeven dat de rechter in hoger beroep bij de beraadslaging en beslissing over de punten van de artikelen 348 en 350 Sv alle informatie van de eerste aanleg en van de terechtzitting in hoger beroep mag gebruiken (Wet van 3 april 2003, Stb. 2003, 143).

- g. Veranderingen in de bewijsvoering: beperking opnieuw horen van getuigen  
Het gaat hier om de invoering van de bevoegdheid voor de advocaat-generaal of van het gerechtshof om door de verdediging opgegeven getuigen die ook in eerste aanleg of door de rechter-commissaris al zijn gehoord, niet op te roepen als het opnieuw horen in hoger beroep redelijkerwijs niet noodzakelijk is te achten. Deze bevoegdheden zijn in de wet opgenomen om het herhalen van het oproepen en horen van getuigen te voorkomen, als daarvoor met het oog op de waarheidsvinding geen belang kan worden aangewezen (art. 410 en 418 Sv), Zie de wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 579.

- h. Veranderingen in de bewijsvoering: aanscherping van de criteria voor beoordeling van verzoeken van de verdediging tot het horen en oproepen van getuigen in hoger beroep.

Voor de beoordeling van dergelijke verzoeken worden in het wetboek van strafvordering twee criteria gehanteerd: het 'verdedigingsbelang' en de 'noodzakelijkheid'. Op grond van het eerste criterium kan alleen van het oproepen en horen van de getuige worden afgezien als de verdachte door het niet horen redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad. Strikt genomen gaat het bij de verzoeken waarvoor het 'verdedigingsbelang' geldt om drie gronden waaraan het verzoek moet worden getoetst: 1. de verwachting dat de te horen getuige op aanvaardbare termijn ter zitting zal verschijnen, 2. een afweging van de belangen van de getuige om niet te hoeven verschijnen tegen de belangen van de verdachte bij het afleggen van een verklaring, en 3. de benadeling van de verdachte in zijn verdediging, zie de artikelen 264 en 288 Sv. Het tweede criterium brengt tot uitdrukking dat van het horen mag worden afgezien als het horen niet nodig is in het belang van het onderzoek (het belang van het onderzoek heeft betrekking op de beslissingen over de punten van artikelen 348 en 350 Sv). Aangenomen wordt dat het eerste criterium minder ruimte biedt voor het afzien van het horen van

getuigen dan het noodzakelijkheids criterium. (vgl. Corstens 2005, p. 569-574). Slechts voor de oproeping van de in de appelschriftuur opgegeven getuigen geldt thans het verdedigingsbelang; ten aanzien van de nadien door de verdediging opgegeven getuigen gaat het om een beoordeling van de noodzakelijkheid van het horen van de getuigen (art. 410, 414 en 418 Sv; Wet van 10 november 2004, Stb. 2004, 579).

### 1.3 Meer wijzigingen: het ‘wetsvoorstel stroomlijnen hoger beroep’

Naast de genoemde wijzigingen die de afgelopen jaren in de regeling van het hoger beroep zijn doorgevoerd, is recent bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend dat strekt tot het stroomlijnen van het hoger beroep in strafzaken (Kamerstukken II 2005-2006, 30 320, Wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken, het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het wijzigen van de telastlegging). Dit wetsvoorstel bevat belangrijke wijzigingen in de regeling van het hoger beroep. Met de uiteenlopende wijzigingen wordt beoogd “de middelen voor de strafrechtspleging doelmatig in te zetten en dubbeling van werkzaamheden zoveel mogelijk te voorkomen” en “het hoger beroep in strafzaken van enig gewicht vorm te geven als een voortbouwend appel” (zie Kamerstukken II 2005-2006, 32 320, nr. 3, p. 1-4). Met het begrip ‘voortbouwend appel’ wordt tot uitdrukking gebracht dat de behandeling van het hoger beroep is gericht op de tegen het in eerste aanleg gewezen vonnis opgeworpen bezwaren. “(H)et geding in appel wordt geconcentreerd rond die kwesties waar expliciet tegen wordt geopponeerd (...). De winst van deze benadering is gelegen in de vermindering van onnodig werk. Waar geen verschil van mening over bestaat behoeft geen bespreking”. Met deze wijziging wordt overigens geen afbreuk gedaan aan het hoger beroep als volledige nieuwe feitelijke instantie, waarin de zaak opnieuw in volle omvang ter beoordeling staat. Het hoger beroep blijft een volwaardige, zelfstandige instantie, waarin een nieuwe beslissing wordt genomen over het volledige spectrum van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Ook blijft het principe gehandhaafd dat de beslissing van de appelrechter in de plaats komt van de beslissing uit de eerste aanleg, zie Kamerstukken II 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 5-8.

Het wetsvoorstel bevat de volgende wijzigingen van de regeling van het hoger beroep:

#### *Drempel voor hoger beroep*

##### a. Verhoogde drempel voor overtredingen

De ‘drempel’ voor hoger beroep tegen vonnissen betreffende overtredingen wordt opgetrokken van €50 naar €100. Tevens wordt deze drempel niet van toepassing verklaard op vonnissen die bij verstek zijn gewezen en waarbij de verdachte niet op de hoogte was van de dag van de terechtzitting. De ‘uitzondering’ op de ‘uitzondering’, waarbij het gaat om veroordelingen betreffende overtredingen van lagere regelgevers, komt te vervallen.

##### b. Appelverlof voor bepaalde type zaken

Voor vonnissen betreffende misdrijven en overtredingen waarbij de opgelegde straf uitsluitend bestaat uit een geldboete van maximaal € 500 wordt een verlofstelsel ingevoerd. Het hoger beroep wordt voor deze gevallen alleen maar in behandeling genomen als de voorzitter van oordeel is dat een inhoudelijke beoordeling van de zaak ‘in het belang van een goede rechtsbedeling is vereist’.

Ten behoeve van deze toetsing door de voorzitter wordt de verdachte verplicht tot het inleveren van een appelschriftuur. Het verlot en de verplichte appelschriftuur gelden niet voor vonnissen die bij verstek zijn gewezen en waarbij de verdachte niet op de hoogte was van de dag van de terechtzitting.

#### *Functie van hoger beroep*

##### c. Het object van appel

Anders dan in het civiele recht en het bestuursrecht wordt geen verandering van de functie van hoger beroep procedures voorgesteld. Als gezegd blijft hoger beroep een volledige nieuwe feitelijke instantie, waarin de zaak opnieuw in volle omvang ter beoordeling staat. Wel wordt de appelprocedure in het wetsvoorstel uitdrukkelijk als een voortbouwende instantie benoemd. Het 'voortbouwende karakter' van het hoger beroep komt in het bijzonder tot uitdrukking in het voorschrift dat het hof het onderzoek ter zitting richt op de bezwaren die door het openbaar ministerie of de verdediging tegen het vonnis zijn ingebracht (art. 415, lid 2, Sv), zie de Kamerstukken II 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 10.

#### *Inrichting van hoger beroep procedures*

##### d. Versnelde oproeping terechtzitting: griffiemedewerker

Als de verdachte een schriftelijke machtiging verleent aan een medewerker van de griffie om namens hem hoger beroep in te stellen, mag de oproeping voor de terechtzitting in hoger beroep ook aan deze griffiemedewerker worden uitgereikt. Deze uitreiking geldt als een uitreiking in persoon. De griffiemedewerker dient de oproeping vervolgens via de post naar het door de verdachte opgegeven adres te zenden. Met deze wijziging wordt een afzonderlijke 'betekening' van de oproeping bespaard en wordt bewerkstelligd dat de termijn voor cassatie aanvangt op de dag van uitspraak van het arrest van het hof.

##### e. Verplichting tot indiening appelschriftuur

De officier van justitie wordt verplicht tot het indienen van een appelschriftuur. Verzuim heeft geen harde consequenties, aangezien de advocaat-generaal in hoger beroep mag aangeven waarom geen schriftuur is ingediend en wat de bezwaren zijn tegen het vonnis. Wel is het hof bevoegd om bij het uitblijven van een schriftuur het beroep 'zonder onderzoek van de zaak zelf' niet ontvankelijk te verklaren. Dezelfde beslissing kan worden genomen als de verdachte geen appelschriftuur heeft ingediend en evenmin op de terechtzitting mondeling bezwaren tegen het bestreden vonnis heeft opgegeven.

##### f. Terugwijzingsmogelijkheden

Voor gevallen waarin de dagvaarding in eerste aanleg wegens een gebrek bij de betekening of de termijn voor dagvaarding nietig wordt verklaard, wordt uitgangspunt dat de zaak door het gerechtshof zelf wordt afgedaan, tenzij door de advocaat-generaal of de verdediging terugwijzing wordt verlangd. Dit uitgangspunt geldt ook voor gevallen waarin de rechtbank naar het oordeel van het hof ten onrechte geen beslissing over de hoofdzaak zelf heeft gegeven. Hierbij gaat het om gevallen waarin de einduitspraak van de rechtbank betrekking heeft op een van de formele vragen van artikel 348 Sv (zoals nietigheid van de dagvaarding of niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging).

##### g. Versoepeling eenparigheidsregels

De eenparigheidsregels voor een bewezenverklaring in hoger beroep na vrijspraak in eerste aanleg en voor de oplegging van een hogere straf in het alleen door de verdachte ingestelde hoger beroep worden geschrapt.

- h. Unusrechtspraak in hoger beroep: zwaardere straf in hoger beroep  
Het voorschrift dat de enkelvoudige kamer in hoger beroep geen zwaardere straf mag opleggen dan die in eerste aanleg is opgelegd, wordt geschrapt.

## **2. In Duitsland, Engeland en Frankrijk ingevoerde of voorgestelde maatregelen**

In het kader van het Tilburgs-Groningse onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' is veel aandacht besteed aan het systeem en de inrichting van de strafvorderlijke rechtsmiddelen, waaronder het hoger beroep (zie Stamhuis 2002, p. 199-328; Groenhuijsen & de Hullu 2002, p. 329-435 en Groenhuijsen 2004, p. 180-185).

In dit onderzoek is uitgebreid stilgestaan bij de rechtsmiddelen in het Duitse, Engelse en Franse strafprocesrecht. In deze rechtsvergelijkende beschouwingen is ingegaan op het stelsel van rechtsmiddelen in relatie tot de rechterlijke organisatie, de functies die aan rechtsmiddelen worden toegekend, de inrichting van het hoger beroep, de toegang tot de appelrechter, de omvang van het hoger beroep en de positie van de procesdeelnemers. Op basis van dit onderzoek zijn uiteenlopende voorstellen voor wijziging van de Nederlandse regeling van het hoger beroep in strafzaken gedaan. Deels hebben deze voorstellen al geleid tot wijzigingen in het wetboek van strafvordering, deels zijn op deze voorstellen gebaseerde wijzigingen opgenomen in het thans bij de Tweede Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel 'Stroomlijnen hoger beroep' (Kamerstukken II 2005-2006, nr. 1-3). Om een herhaling van zetten te voorkomen, wordt in het navolgende alleen aandacht besteed aan voorstellen tot verandering van het hoger beroep in Duitsland, Engeland en Frankrijk, die zijn opgekomen na afronding van het onderzoek van het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001' over de rechtsmiddelen. Een tweede beperking is dat in het navolgende de aandacht zal uitgaan naar voorstellen die, getransplanteerd naar het Nederlandse systeem van rechtsmiddelen, niet als te systeemvreemd moeten worden aangemerkt (tegen deze achtergrond zal bijvoorbeeld geen aandacht worden besteed aan het hoger beroep tegen vonnissen van het jurygerecht in het Franse strafprocesrecht) en die in de betrokken landen hebben geleid tot initiatieven van de wetgever.

### **Duitsland**

Net als in Nederland geldt ook in Duitsland dat in hoger beroep de zaak in volle omvang opnieuw wordt berecht. Strafbare feiten kunnen in Duitsland in eerste aanleg worden aangebracht bij het *Amtsgericht*, het *Landesgericht* of het *Oberlandesgericht*. De verdachte en de *Staatsanwalt* (vgl. § 296 StPO) kunnen tegen strafvonnissen van het *Amtsgericht* hoger beroep instellen. Dit hoger beroep wordt behandeld door de '*kleine Strafkammer*' van het *Landesgericht*. Tegen de in eerste aanleg gewezen strafvonnissen van het *Landesgericht* en het *Oberlandesgericht* is geen hoger beroep mogelijk, maar uitsluitend cassatie (§ 333 StPO). In Duitsland kent men echter de mogelijkheid het beroep te beperken tot een onderdeel van het vonnis uit eerste aanleg (§ 318 StPO). Zo kan het beroep worden beperkt tot een of enkele strafbare feiten uit het geheel waarvoor de verdachte is veroordeeld of worden beperkt tot de strafmaat.



De appelrechter kan een beperking van het beroep ontoelaatbaar achten wanneer het bestreden deel van het vonnis zo sterk samenhangt met andere niet bestreden delen, dat een afgescheiden behandeling en beoordeling niet mogelijk is (vgl. Meyer-Goßner 2005, p. 1098-1104). In die gevallen wordt het beroep dan opgevat als een onbeperkt ingesteld hoger beroep. Aan de appelrechter kunnen nieuwe bewijsmiddelen worden voorgelegd. De beginselen van oraliteit en onmiddellijkheid, zoals deze gelden voor de eerste aanleg, liggen ook ten grondslag aan de inrichting van het hoger beroep. Dit betekent dat getuigen en deskundigen in principe in hoger beroep opnieuw moeten worden gehoord en dat geschriften opnieuw moeten worden voorgedragen (Meyer-Goßner 2005, p. 1091, zie ook § 332 StPO). Hierop gelden slechts enkele beperkingen (zie § 325 StPO).

In Duitsland is een beperking aangebracht voor hoger beroep in 'bagatellen'. Voor deze gevallen geldt een soort verlofsysteem. Bij veroordelingen tot een in hoogte beperkte geldstraf of een geldboete is hoger beroep niet mogelijk, tenzij het beroep door het appelgerecht in behandeling wordt genomen (§ 313 en 322a StPO). De drempel bedraagt een opgelegde of onder *Verwarnung* opgelegde geldstraf van niet meer dan 15 *Tagessätzen* of een geldboete. Eenzelfde verlof voor het hoger beroep geldt na vrijspraak van de verdachte, als de Staatsanwalt een geldstraf van niet meer dan dertig *Tagessätzen* heeft gevorderd.

Voor de beslissing van de appelrechter gelden enige bijzondere voorzieningen. Zo wordt het beroep ongegrond verklaard, als de appelrechter tot dezelfde beslissingen komt als de rechter in eerste aanleg. Is het beroep gegrond, dan stelt de appelrechter zijn beslissing in de plaats van het vonnis uit eerste aanleg door dit te vernietigen (§ 328 StPO). Verder geldt voor een door of ten gunste van de verdachte ingesteld beroep het verbod van *reformatio in peius*; het bestreden vonnis mag 'in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden' (§ 331 StPO).

In 2000 is in Duitsland een omvangrijk onderzoek uitgevoerd naar de rechtsmiddelen in het strafprocesrecht (Becker & Jinzig 2000). Op basis van deze studie werd tevredenheid uitgesproken over de regeling van de rechtsmiddelen in strafzaken en werd aangenomen dat er geen aanleiding bestond voor een omvangrijke herziening van de rechtsmiddelen in strafzaken. Ondanks deze tevredenheid, werden toch suggesties gedaan voor hervorming van het rechtsmiddelen-systeem. Zo werd door de vergadering van ministers van Justitie voorgesteld het hoger beroep als zelfstandig rechtsmiddel af te schaffen en te vervangen door een met cassatie vergelijkbaar rechtsmiddel. Verder werd een voorstel gedaan om de *Sprungrevision* van § 335 StPO af te schaffen, met als gevolg dat aan de revisie altijd hoger beroep voorafgaat. Vanwege twijfels over de met deze wijzigingen te behalen capaciteitswinst en het verlies aan mogelijkheden tot bevordering van de rechtseenheid is het bij voorstellen gebleven en zijn deze niet omgezet in een wetsvoorstel (zie de 'Stellungnahme des Deutschen Anwalt Vereins durch den DAV-Ausschuss Justizreform zu den Plänen der Justizministerkonferenz für eine „Große Justizreform“', Berlijn, mei 2005, p. 26-29; Stellungnahme nr. 29/2005, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zur großen Justizreform, BRAK-Stellungnahme nr. 18/2005, juni 2005, p. 18-22).

In 2003 is een ontwerp *eines Ersten Gesetzes sur Beschleunigung von Verfahren der Justiz* opgesteld (*Deutscher Bundestag, Drucksache 15/999*). Dit ontwerp bevat een groot aantal voorstellen tot wijziging van de *Zivilprozessordnung* en de *Strafprozessordnung*. Met deze voorstellen wordt beoogd de overbelasting van de justitiële organen en de kosten van de rechtspleging terug te dringen. Aan de

voorstellen liggen geen concrete cijfers over de te verwachten besparing van justitiële capaciteit en kosten ten grondslag, aangezien deze “sich nur durch Untersuchungen gewinnen ließe, die mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand an Kosten und Zeit verbunden wären” (Drucksache 15/999, p. 2). De belangrijkste voorstellen in dit *Entwurf* hebben betrekking op de berechting in eerste aanleg. Voor de rechtsmiddelen wordt geen aanleiding gezien voor omvangrijke wijzigingen; slechts op onderdelen worden veranderingen voorgesteld.

Voor het hoger beroep in strafrechtelijke zaken bevat het ontwerp de volgende wijzigingen:

#### *Drempel voor hoger beroep*

##### a. Verhoging verlofdrempel

In § 313 StPO moet de drempel voor het verlof worden verhoogd van 15 (voor de verdachte) en 30 (voor de *Staatsanwalt*) naar 90 *Tagessätzen* geldstraf. Ook moet het verlofstelsel gaan gelden voor vonnissen waarin naast de geldboete een met de ontzegging van de rijbevoegdheid vergelijkbare sanctie van niet meer dan negen maanden is opgelegd.

#### *Inrichting van hoger beroep procedures*

##### b. Verplichte appelschriftuur

De invoering van een verplichte appelschriftuur in § 317 StPO, waarin niet alleen de gronden van het beroep moeten worden aangegeven, maar ook het doel van het beroep en de beschikbare bewijsmiddelen. Bij uitblijven van een dergelijke schriftuur dient het gerecht uit eerste aanleg het beroep niet-ontvankelijk te verklaren (het te wijzigen § 319 StPO).

##### c. Invoering *Wahlrechtsmittel*

Deze wijziging heeft betrekking op de rechtsmiddelen tegen beslissingen van het *Amtsgericht*. In plaats van *Berufung* kan tegen het vonnis ook *Revision* worden ingesteld, dat ter keuze van degene die gerechtigd is het rechtsmiddel aan te wenden. Als wordt gekozen voor *Berufung*, dan kan tegen het in hoger beroep uitgesproken vonnis geen *Revision* meer worden ingesteld; de keuze voor *Revision* betekent dat afstand wordt gedaan van het recht op hoger beroep. Met deze wijziging wordt beoogd de onevenwichtigheid van de rechtsmiddelenregeling tegen beslissingen van het *Amtsgericht* ten opzichte van de rechtsmiddelen die openstaan tegen beslissingen van het *Landesgericht* en het *Oberlandesgericht* (namelijk alleen maar *Revision*) op te heffen.

Gecombineerd met het *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Justiz* (0.2.09.2003, *BT-Drucks.* 15/1508) heeft het ontwerp voor het *Justizbeschluenigungsgesetz* geleid tot het *Gesetz zur Modernisierung der Justiz* (02.07.2004, *BT-Drucks.* 537/04) In dit *Gesetz* hebben de hiervoor genoemde onderdelen van het oorspronkelijke ontwerp geen neerslag gevonden. Van de genoemde verhoging van de appeldrempel is afgezien, omdat deze tot gevolg zou hebben dat niet alleen in bagatelzaken, maar in het overgrote merendeel van de vonnissen van het *Amtsgericht* hoger beroep niet meer mogelijk zou zijn. Het *Wahlrechtsmittel* is niet ingevoerd, omdat de mogelijkheid van *revision* tegen vonnissen van het *Amtsgericht* zou meebrengen dat de wijze van procesvoering in eerste aanleg meer formeel zou worden en daarmee meer capaciteit zou vergen. (zie

de Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Entwurf eines Gesetzes zum Beschleunigungsverfahren der Justiz, juni 2003, p. 12-13; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer 18/2005, p. 18-22).

### **Engeland**

De berechting van strafbare feiten in eerste aanleg is in Engeland opgedragen aan het *Magistrates' Court* en het *Crown Court*. Van belang is op te merken dat de Engelse rechtspleging geheel anders is gestructureerd dan het Nederlandse strafproces. Het Engelse strafproces verloopt over twee fasen (de feitelijke veroordeling gevolgd door de strafoplegging), waarbij de aard van de eerste fase wordt beïnvloed door het stelsel van *pleas*. Als de verdachte een *guilty plea* heeft afgelegd, gelden er bijzondere voorzieningen voor het hoger beroep. Dit stelsel wijkt zo af van het Nederlandse strafprocesrecht, dat het verder buiten beschouwing wordt gelaten. Omdat het Engelse strafprocesrecht zo sterk afwijkt van het Nederlandse volgt een korte beschrijving van het Engelse strafprocesrecht.

Tegen een beslissing van het *Magistrates' Court* staat beroep open bij het *Crown Court* of het *Divisional Court of the Queens Bench Division*. De *Crown Court* beoordeelt de aangevallen beslissing in volle omvang, de *Divisional Court* beoordeelt alleen juridische klachten. Het beroep staat alleen open voor de verdachte, niet aan de vervolgende partij. Het appel moet worden ingesteld bij het gerecht dat de bestreden beslissing heeft gegeven. Er bestaat geen verplichting tot opgave van de appelgronden; wel dient duidelijk te worden gemaakt tegen welke beslissing het beroep is gericht: de feitelijke veroordeling, de strafoplegging, of het geheel. Hieruit volgt dat een partieel appel tot de mogelijkheden behoort. In beroep kunnen alle aspecten van de zaak opnieuw worden onderzocht. Wanneer het gaat om beroep tegen de feitelijke veroordeling, kan nieuw bewijsmateriaal worden ingebracht. Is het beroep beperkt tot de strafoplegging, dan wordt de straftoemeting opnieuw verricht, waarbij de beroepsrechter in principe is gebonden aan de feitelijke veroordeling van de eerste rechter (zie voor een ontsnappingsmogelijkheid: Stamhuis 2002, p. 257-258). De *Crown Court* geeft zijn beslissing op basis van de beschuldiging die ook voor de *Magistrates' Court* de basis vormde voor de beslissing. Het gerecht geeft een nieuwe beslissing, met een verplichting om een gemotiveerde beslissing te geven op de tegen het vonnis van eerste aanleg aangevoerde bezwaren. Hierbij kan het *Crown Court* de beslissing uit de eerste aanleg bevestigen of wijzigen, zelfs ten nadele van de verdachte. Hierbij is het echter niet toegelaten om een zwaardere straf op te leggen. Ook kan de zaak worden teruggewezen naar de *Magistrates' Court*.

Tegen veroordelende vonnissen van het *Crown Court* staat voor de verdachte hoger beroep open bij het *Court of Appeal*. Dit beroep kan betrekking hebben op de feitelijke veroordeling en/of de strafoplegging. Voor het verkrijgen van toegang tot het *Court of Appeal* dient de veroordeelde verlof te krijgen van de rechter in eerste instantie of van het *Court of Appeal* (Criminal Appeal Act 1968, s.1). In het verzoek moeten de gronden voor het beroep worden opgenomen. Een verzoek tot verlof voor hoger beroep dat geen serieuze gronden voor het hoger beroep bevat, kan worden afgedaan zonder de appellant te horen. (Criminal Appeal Act 1968, s.20). Na verkregen verlof kunnen de beslissingen uit de eerste aanleg in hoger beroep volledig worden getoetst. In beroep vindt echter geen volledige nieuwe behandeling plaats. Het hoger beroep is inhoudelijk gericht op de bezwaren die tegen de beslissing van de eerste aanleg worden aangevoerd en waarvoor verlof is verkregen (Archbold 2005, p.

991). Hierbij kunnen, ter discretie van de appelrechter, nieuwe feiten bij de beoordeling worden betrokken (Archbold 2005, p. 997, 1058 e.v.; Criminal Appeal Act 1968, s.23). Als het beroep uitsluitend is gericht tegen de feitelijke veroordeling en gedeeltelijk gegrond wordt bevonden, mag de appelrechter daaraan consequenties verbinden, in die zin dat de in eerste aanleg opgelegde straf mag worden verminderd, ook al was het beroep niet tegen de strafoplegging gericht (Archbold 2005, p. 1029). Is het hoger beroep gericht tegen de feitelijke veroordeling, dan wordt het beroep behandeld door drie rechters. Het beroep kan worden beperkt tot alleen de strafoplegging (met uitzondering van die gevallen waarin de rechter slechts een in de wet gefixeerde straf kan opleggen; vgl. Criminal Appeal Act 1968, s.9). In die gevallen wordt het beroep in beginsel behandeld door twee rechters, in bijzondere gevallen door drie rechters. In hoger beroep wordt getoetst of de eerste rechter bij de strafoplegging procedurefouten heeft gemaakt, of dat de strafoplegging onjuist of excessief is. Het *Court of Appeal* kan de straf niet ten nadele van de verdachte verzwaren. In beperkte mate staat voor het openbaar ministerie beroep open tegen een te lage strafoplegging (hoger beroep van het openbaar ministerie tegen een vrijspraak is niet mogelijk). Ook dit beroep is afhankelijk van een voorafgaand verzoek van de appelrechter. De in eerste aanleg opgelegde straf kan alleen naar boven worden bijgesteld als deze opmerkelijk laag is uitgevallen. Hierbij kan het *Court of Appeal* alle omstandigheden in aanmerking nemen, ook als de rechter van de eerste aanleg hiermee niet bekend kon zijn.

Het Engelse recht bevat twee voorzieningen die een lichtvaardig gebruik van het hoger beroep trachten af te remmen. Onder bepaalde omstandigheden kan de verdachte worden veroordeeld in (een deel van) de kosten die de *prosecution* heeft moeten maken voor de behandeling van het hoger beroep. Ook bestaat de mogelijkheid dat het *Crown Court* niet de gehele voorlopige hechtenis in mindering brengt op de opgelegde vrijheidsstraf (Criminal Appeal Act 1968, s.29 en 31)

In september 2001 is een omvangrijk rapport verschenen van de hand van *Lord Justice Auld*, waarin voorstellen zijn geformuleerd voor een reorganisatie van de strafrechtspleging in Engeland en Wales (Lord Justice Auld 2001). In het rapport zijn aanbevelingen opgenomen voor de inrichting en organisatie van de rechtspleging in eerste aanleg, in hoger beroep en bij het *House of Lords*. Het rapport bevat met het oog op het hoger beroep de volgende voorstellen (zie Lord Justice Auld 2001, p. 611-651).

#### *Inrichting hoger beroep procedures*

##### a. Criteria toetsing feitelijke veroordelingen en strafopleggingen

Voor de toetsing van de feitelijke veroordeling en van de strafoplegging in hoger beroep-procedures dienen dezelfde criteria te worden gehanteerd. Bij hoger beroep tegen de feitelijke veroordeling dient het *Court of Appeal robust case management and control of de trial* door de rechter in eerste aanleg te steunen, mits geen afbreuk is gedaan aan de eerlijkheid van het proces. Bij hoger beroep tegen de strafoplegging dient het *Court of Appeal* bovendien alleen in te grijpen als de in eerste aanleg opgelegde straf is *wrong in principle* (waarmee wordt bedoeld: *of the wrong sort of far too long in the circumstances*).

##### b. Concentratie van rechtspraak: *Magistrates' Court / Crown Court*

Het hoger beroep tegen vonnissen van *Magistrates' Courts* zou moeten worden behandeld door de *Crown Courts*. Voor het hoger beroep zou verlof moeten worden verleend door een rechter van het *Crown Court*.

- c. Concentratie van rechtspraak: *Crown Court / Courts of Appeal*  
De behandeling van het hoger beroep tegen vonnissen van de *Crown Courts* wordt opgedragen aan *Courts of Appeal*. Voor het hoger beroep dient verlof te worden verleend door een rechter uit het *Court of Appeal*. Het verlof zou alleen maar moeten worden verleend 'in a case involving an important point of principle or practice or where there is some other compelling reason for the Court to hear it'.
- d. Unusrechtspraak  
De behandeling van het hoger beroep tegen een vonnis van een *Magistrates' Court* bestaat uit een beperkte toetsing door een alleensprekende rechter. Bij de vaststelling van de bezetting van de kamer van het *Court of Appeal* moet worden gelet op de aard van de zaak en de te nemen beslissing.
- e. Toekenning van het recht op hoger beroep bij het *Court of Appeal*  
De verdediging heeft recht op hoger beroep bij het *Court of Appeal* tegen een veroordelend vonnis en de *prosecution* tegen een *not guilty*-beslissing, indien er sprake is van een *perverse verdict* (het gaat hierbij om een beslissing die gepaard gaat met een innerlijk tegenstrijdige of onbegrijpelijke motivering; zie het rapport, p. 636). Ook deze mogelijkheid van hoger beroep is afhankelijk van een verleend verlof. De mogelijkheden voor de *Attorney General* om in hoger beroep te gaan tegen een te laag bevonden strafoplegging dienen niet te worden uitgebreid. De bestaande procedure biedt volgens het rapport voldoende mogelijkheden voor correctie van de strafoplegging. Voor de buiten de huidige appelmogelijkheid vallende lichtere strafbare feiten zijn andere instrumenten doeltreffend genoeg voor het bewaken van het niveau van straftoemeting (zoals rechterlijke training en *sentencing guidelines*).
- f. Mogelijkheid tot het geven van procedurele aanwijzingen  
De rechter van het *Court of Appeal* die verlof voor hoger verleent, dient de mogelijkheid te hebben om procedurele aanwijzingen te geven met het oog op de behandeling van de zaak op de zitting in hoger beroep.
- g. Beperking benodigde documenten  
Het gaat hier om een reductie en bundeling van het aantal ten behoeve van de behandeling van het hoger beroep te produceren documenten door de appellant (In het rapport wordt verwezen naar de wijze waarop het hoger beroep in civiele zaken voor het *Court of Appeal* worden behandeld; zie Lord Justice Auld 2001, p. 641. Hiermee kunnen termijnen in de aanloop naar de appelbehandeling worden verkort.

De voorstellen tot hervorming van de appelrechtspraak van Lord Justice Auld hebben niet geleid tot wijzigingen in het stelsel van hoger beroep (zie hierover: Spencer 2003, p. 29-42). Slechts in beperkte mate zijn in de *Criminal Justice Act 2003* de beroepsmogelijkheden voor de *prosecution* uitgebreid. Deel 9 van deze wet heeft betrekking op beroepsmogelijkheden tegen beslissingen van de rechter die tot effect hebben dat de procedure tegen de verdachte wordt beëindigd of dat de bewijspositie

van de *prosecution* beduidend wordt verzwakt (zie hierover Dennis 2004, p. 619-638). Deze beroepsmogelijkheden voor de *prosecution* houden verband met het Engelse jurystelsel. Daarom is het niet zinvol nader op deze wijzigingen in te gaan.

### **Frankrijk**

De berechting van strafbare feiten in eerste aanleg in Frankrijk houdt verband met de driedeling van strafbare feiten en is opgedragen aan het *tribunal de police* (voor de 'overtredingen'), het *tribunal correctionnel* (voor de 'wanbedrijven') en het *cour d'assises* voor de 'misdaden'). Tegen beslissingen van het *tribunal de police* en van het *tribunal correctionnel* staat voor de verdachte en het openbaar ministerie beroep open bij het *Cour d'Appel* (art. 496 en 547 CPP; In het Franse strafprocesrecht bestaan ook appelmogelijkheden voor de burgerlijke partij en voor 'la personne civilement responsable'. Op deze plaats zullen deze beroepsmogelijkheden buiten beschouwing worden gelaten). De mogelijkheid van hoger beroep tegen vonnissen van het *tribunal de police* is wel onderworpen aan enige beperkingen. Zo moet of het feit van een zekere abstracte ernst zijn (Voor het feit moet een geldboete van €1.500 (of in geval van recidive: €3.000) kunnen worden opgelegd; vgl. art. 131-13 CP), of moet in het vonnis een ontzegging van de rijbevoegdheid dan wel een geldboete hoger dan €150 zijn opgelegd (art. 546 CPP). Op de mogelijkheid van hoger beroep tegen vonnissen van het *tribunal correctionnel* zijn geen beperkingen aangebracht. De behandeling van het hoger beroep tegen vonnissen van het *tribunal de police* geschiedt overeenkomstig de voorschriften voor het hoger beroep tegen vonnissen van het *tribunal correctionnel* (art. 549 CPP). Hoewel het effect van het aanwenden van hoger beroep is dat de zaak overgaat naar de hogere rechter, kan het beroep worden beperkt; de appellant bepaalt de omvang van het beroep. Door middel van een incidenteel appel kan een beperking echter worden opgeheven, aangezien het incidentele appel niet is gebonden aan de grenzen van het principale appel.

Het *Cour d'Appel* geeft een zelfstandig en inhoudelijk oordeel over de zaak. Het hof kan diverse beslissingen nemen. Als het hoger beroep onjuist of met overschrijding van termijnen is ingesteld, volgt een verklaring van niet-ontvankelijk. Wordt het hoger beroep ongegrond bevonden, dan volgt een bevestiging van het bestreden vonnis. Bij een gegrond beroep doet het hof bij overtredingen en wanbedrijven de zaak zelf af. Levert het feit naar het oordeel van het hof een misdaad op, dan moet het hof zich onbevoegd verklaren en de zaak ter verdere afhandeling verwijzen naar het openbaar ministerie. Hoewel het appel ook partieel kan worden ingesteld, moet het hof de zaak geheel opnieuw bezien als het hof constateert dat er sprake is van een 'violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité'. In een zodanig geval dient het bestreden vonnis te worden vernietigd en moet het hof zelf voorzien in de zaak (art. 520 CPP). Als het beroep is ingesteld door het openbaar ministerie, mag de beslissing ten voordele of ten nadele van de verdachte worden gewijzigd. Is het beroep echter uitsluitend door de verdachte ingesteld, dan mag het hof de beslissing niet ten nadele van de verdachte verzwaren (art. 515 CPP).

Tegen beslissingen van het *cour d'assises* staat ook hoger beroep open (art. 380-1 e.v. CPP). Tegen veroordelende vonnissen kunnen door de verdachte en het openbaar ministerie hoger beroep worden ingesteld. Tegen een *acquiescement* kan alleen door de procureur général hoger beroep worden ingesteld (deze mogelijkheid van beroep tegen een vrijspraak is in de wet geïntroduceerd bij de wet van 4 maart 2002, nr. 2002-307, JO 5 maart 2002). Het beroep moet in principe worden ingesteld binnen 10

dagen na de dag van uitspraak; in enkele gevallen binnen tien dagen nadat de betrokkene bekend is geworden met het vonnis. Na de indiening van beroep kan de andere procespartij binnen vijf dagen incidenteel beroep instellen.

Nadat hoger beroep is ingesteld, dient de strafkamer van de *Cour de Cassation* een *cour d'assises* aan te wijzen dat is belast met de behandeling van het hoger beroep. De gang van zaken ter terechtzitting in beroep is gelijk aan de juryrechtspleging na verwijzing in cassatie (art. 380-14 CPP). In bepaalde gevallen mag het beroep evenwel worden afgedaan zonder een jury. Deze weg staat open als het beroep betrekking heeft op een veroordeling van eerste aanleg ter zake van een wanbedrijf dat is gelieerd aan een misdaad en voor dit laatste delict geen beroep is ingesteld (deze mogelijkheid tot vereenvoudigde afdoening is ingevoerd bij de wet van 9 maart 2004, nr. 2004-204, JO 10 maart 2004). Als het beroep alleen is ingesteld door de verdachte mag in hoger beroep de veroordeling niet worden verzwaaard.

De regeling van het beroep kent een vermeldenswaardige bijzonderheid. Als het beroep is ingesteld door de verdachte en hij blijkt te zijn gevlucht en niet voor de opening van het proces in hoger beroep te kunnen worden gevonden, wordt het beroep niet ontvankelijk verklaard.

De recentelijke wijzigingen die in de regeling van het hoger beroep in de Franse CPP zijn de volgende:

*Inrichting hoger beroep procedures:*

- a. Invoering van de domiciliekeuze door de verdachte  
Op grond van het bij de wet van 9 maart 2004, nr. 2004-204, JO 10 maart 2004, ingevoegde artikel 503-1 CPP is de niet preventief gehechte verdachte die in hoger beroep gaat, verplicht zijn adres op te geven. In plaats daarvan mag ook een adres van een derde worden opgegeven, voorzover deze bevoegd is oproepingen e.d. voor de verdachte te ontvangen. Van een wijziging van adres dient mededeling te worden gedaan aan het openbaar ministerie. Deze mededelingsplicht geldt totdat de beslissing onherroepelijk is geworden. Een dagvaarding of oproeping aan het laatst bekende adres van de verdachte geldt als een dagvaarding of oproeping in persoon.
- b. Niet-ontvankelijkheid verklaring in een vroeg stadium  
De president van de kamer die is belast met de behandeling van correctionele appellens is bevoegd door middel van een raatkamerbeslissing het appel niet-ontvankelijk te verklaren als het beroep is ingesteld met overschrijding van de appeltermijn, als het beroep *sans objet* is geworden of als het beroep door de appellant is ingetrokken (wet 9 maart 2004, nr. 2004-204, JO 10 maart 2004). Het gaat hier om hoger beroep tegen een beslissing van het tribunal de police of het tribunal correctionnel door de voorzitter in raatkamer niet-ontvankelijk kan worden verklaard
- c. Unusrechtspraak: *tribunal de police*  
Het *Cour d'Appel* is voor de behandeling van het hoger beroep van vonnissen van het tribunal correctionnel samengesteld uit drie rechters (art. 510 CPP). Gaat het om hoger beroep tegen vonnissen van het tribunal de police, dan is een behandeling door een alleensprekende rechter mogelijk (art. 547 CPP), zie de wet van 9 maart 2004, nr. 2004-204, JO 10 maart 2004.

- d. Hoger beroep tegen beslissingen van het *cour d'assises*, ook als het gaat om een vrijspraak (zie boven).

### **3. Inbedding in het Nederlandse recht van de onder 2 genoemde maatregelen.**

In het onderzoeksproject Strafvordering 2001 zijn al veel voorstellen zijn gedaan tot hervorming van het hoger beroep in strafzaken. Deze voorstellen zijn systematisch ingebed in een ruimere herziening van het strafprocesrecht. In het bijzonder kunnen worden genoemd:

- a. het behoud van het hoger beroep als een zelfstandige en integrale inhoudelijke behandeling van de strafzaak, waarbij de appelrechter verantwoordelijk blijft voor de juistheid van de te nemen beslissingen.
- b. de afwijzing van de mogelijkheid van een partieel appel, bijvoorbeeld beperkt tot de strafmaat (zoals wel mogelijk is in het Duitse recht; zie hierover ook Scholten 2002, p. 261-282). Deze beperking wordt afgewezen op grond van het hiervoor genoemde uitgangspunt voor de inrichting van het hoger beroep en het gegeven dat de appelrechter niet kan worden gebonden aan beslissingen van de rechter in eerste aanleg die hij niet juist acht (vgl. *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 14-15).
- c. de vormgeving van het hoger beroep als een 'voortbouwend appel', waarbij de behandeling van het hoger beroep ter terechtzitting wordt toegespitst op de punten die de 'procespartijen' (de officier van justitie en de verdachte) verdeeld houden. Het voortbouwende appel sluit aan bij de overkoepelende notie dat het strafproces is gericht op tegenspraak en dat bij de inrichting van het procesrecht (met name bij de duiding van het 'object' van het onderzoek ter zitting en de motivering van de rechterlijke beslissing; vgl. Buruma 2003, p. 109-118) recht moet worden gedaan aan die tegenspraak.
- d. 'partijen' kunnen de bezwaren tegen het vonnis van eerste aanleg opgeven bij schriftuur, doch ook mondeling toelichten ter terechtzitting (niet is voorgesteld om over te gaan tot een schriftuurverplichting; anders: Vellinga 2003, p. 1080-1093; Van Dorst 2003, p. 77-85 en Van Dorst 2002, p. 144).
- e. de aanvaarding van unus-rechtspraak in hoger beroep voor in beginsel alle zaken die ook in eerste aanleg enkelvoudig zijn afgedaan (zie ook: Van der Neut 2003, p. 145-152.).
- f. de verhoging van 'drempels' voor toegang tot de rechter in hoger beroep. Dit voorstel ziet met name op bagatelzaken. De gedachte hierachter is dat de mate van rechtsbescherming – waar het recht op toegang tot de appelrechter toe behoort – moet worden gerechtvaardigd door de in concreto op het spel staande belangen. Hieruit vloeit voort dat eenvoudige zaken afdoende en in beginsel uitputtend kunnen worden beoordeeld in eerste aanleg.



- g. ter voorkoming van overbodige herhalingen van zetten, mag de appelrechter bij het door hem te verrichten onderzoek en de te nemen beslissing acht slaan op de informatie die ter terechtzitting in eerste aanleg bekend is geworden, met inbegrip van de aldaar gehoorde getuigen en deskundigen (vgl. Scholten 2002., p. 273).

Met enige al ingevoerde wetwijzigingen en met name met het in par. 1 genoemde wetsvoorstel 'Stroomlijnen hoger beroep' geeft de wetgever uitvoering aan de uitgangspunten voor een nieuw stelsel van strafprocesrecht zoals die zijn ontwikkeld in het onderzoeksproject Strafvordering 2001 (Kritisch over deze wijzigingen: Mevis 2006, p. 1 e.v. Zie ook Franken & Prakken 2003, p. 97-114). Verder zijn in het wetsvoorstel wijzigingen van het wetboek van strafvordering opgenomen, die niet zijn ingegeven door de resultaten van dat onderzoeksproject. Deze voorstellen zijn ingegeven door de 'wens te komen tot een doelmatiger en sneller afdoening van strafzaken' (Kamerstukken II 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 3).

Naast de grondige verbouwing van de regeling van het hoger beroep in het wetsvoorstel heeft de wetgever zich in de memorie van toelichting uitgesproken over andere mogelijkheden voor aanpassing van het hoger beroep. In het bijzonder kan worden gewezen op de verplichting voor de verdachte om bij de behandeling ter terechtzitting in hoger beroep aanwezig te zijn en op een ruimere invoering van een verlostelsel. Van invoering van een aanwezigheidsplicht is afgezien, omdat de voordelen daarvan naar het oordeel van de wetgever niet opwegen tegen de nadelen. Bovendien zou een aanwezigheidsplicht aanvullende wetwijzigingen noodzakelijk maken en de regeling van het hoger beroep nodeloos ingewikkeld (*Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 12-14). Volstaan is met de eis dat degene die hoger beroep instelt bij schriftuur of ter terechtzitting de redenen voor het hoger beroep dient op te geven. Van een ruimer verlostelsel, voor meer gevallen dan waarin dat in het wetsvoorstel wordt ingevoerd (veroordelingen in eerste aanleg tot een geldboete van maximaal €500) is afgezien, omdat artikel 14 IVBPR zich daartegen verzet.

Tegen de achtergrond van de al plaatsvindende herziening van het hoger beroep in strafzaken en de daarbij gemaakte keuzes, bieden buitenlandse voorstellen en wijzigingen van het hoger beroep in strafzaken geen interessante aanknopingspunten voor een verdere hervorming van het Nederlandse recht.

#### **4. Invloed internationale recht op specifieke maatregelen**

Voor Nederland geldt dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Stroomlijnen hoger beroep' is ingegaan op de drempel voor toegang tot de appelrechter voor veroordelingen ter zake van overtredingen in relatie tot artikel 14, lid 5 IVBPR en artikel 2 van het zevende protocol bij het EVRM. In de MvT wordt aangegeven dat de verhoging van de appeldrempel tot €100 verenigbaar is met deze bepalingen, en neerkomt op een uitsluiting van hoger beroep voor *offences of a minor character* (*Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 15-19). Voorts is ingegaan op het in het wetsvoorstel geïntroduceerde verlostelsel voor veroordelingen in eerste aanleg tot maximaal €500. Dit beperkte verlostelsel wordt verenigbaar geacht met artikel 6, lid 1, EVRM en artikel 14 IVBPR. (*Kamerstukken II* 2005-2006, 30 320, nr. 3, p. 22-23). Van Duitsland en Engeland is geen bijzondere invloed bekend. Voor Frankrijk geldt dat de mogelijkheid van hoger beroep tegen beslissingen van het *cour d'assises* is ingegeven door artikel 2 van het zevende protocol bij het EVRM.

## 5. Gemeten of voorspelde gevolgen van de maatregelen

In *Nederland* wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Stroomlijnen hoger beroep' gesteld dat implementatie van de stroomlijningsvoorstellen zou leiden tot een versnelling en kwalitatieve verbetering van de appelrechtspraak. Deze effecten zouden voor een deel moeten worden gerealiseerd door vermindering van het aantal beroepszaken. Over de verhoging van de appeldrempel wordt aangegeven dat 'het in de rede (ligt) om aan te nemen dat het niveau van €100 een substantieel deel van de overtredingen zal betreffen, waardoor een betekenisvol effect op het aantal zaken in hoger beroep bereikt kan worden'. Het 'betekenisvol effect' wordt niet gekwantificeerd (*Kamerstukken II 2005-2006*, 30 320, nr. 3, p. 18-19). In het advies van het College van procureurs-generaal over het concept-wetsvoorstel wordt aangegeven dat de verhoging van de appeldrempel een besparing van 500 strafzaken zou opleveren, zijnde 2 % van het totaal (*Kamerstukken II 2005-2006*, 30 320, nr. 3, p. 36, 44). Anders ligt het voor de grens waarvoor verlof van de appelrechter nodig is om van de appelrechter een inhoudelijk oordeel over de zaak te verkrijgen. In de MvT wordt aangegeven dat in 2004 in 31.385 strafzaken (van een totaal door kantonrechter en rechtbank afgedane strafzaken van 315.500; Zie het Jaarbericht over 2004 van het openbaar ministerie, p. 22-23) enkel een geldboete tot maximaal €500 is opgelegd (*Kamerstukken II 2005-2006*, 30 320, nr. 3, p. 19-22).

Aan de in *Duitsland* voorgestelde doch uiteindelijk niet in de *Strafprozessordnung* opgenomen wijzigingen liggen geen concrete cijfers ten grondslag waaruit blijkt van de gevolgen van de verschillende maatregelen. Slechts in abstracto is gesteld dat deze veranderingen zouden leiden tot ene besparing van werklast en versnelling van procedures. Alleen voor de verhoging van de drempel voor het hoger beroep in eenvoudige zaken is dit anders. De voorgestelde verhoging zou naar verwachting tot gevolg hebben dat voor ongeveer 95 % van de vonnissen van het Amtsgericht het 'verlofstelsel' zou gaan gelden (Opmerkingen van de 'Bundesrechtsanwaltskammer' over de voorgestelde wijzigingen d.d. 31.10.2003, p. 18).

De Engelse en Franse voorstellen zijn niet gefundeerd op gemeten of theoretisch aangeduide gevolgen voor de rechtspleging.

### Lijst van verkort aangehaalde werken

Archbold 2005

Archbold, *Criminal pleading, evidence and practice*, London: Sweet & Maxwell 2005

Becker & Jinzig 2000.

M. Becker & J. Jinzig (Hrsg), *Rechtsmittel im Strafrecht*, Fr.i. Breisgau, Max Planck Insitut 2000.

Buruma 2003

Y. Buruma, 'Het object van appel in strafzaken', in: Happé e.a. 2003, p. 109-118.

Corstens 2005

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Dennis 2004

I. Dennis, 'Prosecution Appeals and Retrial for Serious Offences', *Criminal Law Review* 2004, p. 619-638.

Van Dorst 2002

A.J.A. van Dorst, 'Rechtsmiddelen in Strafvordering 2001', *RM Themis* 2002, p. 144.

Van Dorst 2003

A.J.A. van Dorst, 'Een grievenstelsel in strafzaken', in: R.H. Happé e.a. 2003, p. 77-85

Franken & Prakken 2003

A.A. Franken & E. Prakken, 'Evenwicht in appel', in: C.H. Brants e.a., *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: BJu 2003, p. 97-114.

Groenhuijsen & Knigge 2002

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Kluwer: Deventer 2002.

Groenhuijsen & De Hullu 2002

M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu, 'Het hoger beroep', in: Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 329-435.

Groenhuijsen 2004

M.S. Groenhuijsen, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, in: *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Kluwer: Deventer 2004, p. 180-185.

Happé e.a. 2003

R.H. Happé e.a. (red.), *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: BJu 2003.

Jaarbericht Openbaar Ministerie 2004

Openbaar Ministerie, *Jaarbericht over 2004*, p. 22-23.

Lord Justice Auld 2001

Lord Justice Auld, *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, september 2001.

Mevis 2006

P.A.M. Mevis, 'De ruimte voor het hoger beroep en voor wijziging van de regeling daarvan', *D&D* 2006, p. 1 e.v.

Meyer-Goßner 2005

L. Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2005.

Van der Neut 2003

J.L. van der Neut, 'De unus iudex en het hoger beroep in strafzaken: een pleidooi voor meer mogelijkheden', in: R.H. Happé e.a. 2003, p. 145-152.

Scholten 2002

H.-J. Scholten, 'Kernvragen rond de gewone rechtsmiddelen – Strafvordering 2001', *D&D* 2002, p. 261-282.

Spencer 2003

J.R. Spencer, 'An English lawyer's reactions to Strafvordering 2001', in: C.H. Brants e.a., *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: BJu 2003, p. 29-42.

Stamhuis 2002

E.F. Stamhuis, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen' in: Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 199-328.

Vellinga 2003

W.H. Vellinga, 'Het voortbouwend hoger beroep volgens Strafvordering 2001', *D&D* 2003, p. 1080-1093.

## **Bijlage I**

### **Onderzoekers, experts, leden van de begeleidingscommissie**

#### *Onderzoekers*

Prof. mr. J.M. Barendrecht: projectleider / onderzoeker  
Hoogleraar, Universiteit van Tilburg, Departement Privaatrecht, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Tilburg Law and Economics Center

Mr. dr. M.W. de Hoon: projectmanager / onderzoeker  
Universitair Docent, Universiteit van Tilburg, Departement Privaatrecht, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht

Prof. mr. B.W.N. de Waard: onderzoeker  
Hoogleraar, Universiteit van Tilburg, Departement Staats- en bestuursrecht, Centrum voor Procesrecht, Centrum voor Wetgevingsvraagstukken

Mr. dr. K.F. Bolt: onderzoeker  
Universitair Docent, Universiteit van Tilburg, Departement Staats- en bestuursrecht, Centrum voor Wetgevingsvraagstukken

Mr. dr. J.B.H.M. Simmelink: onderzoeker  
Universitair Hoofddocent, Universiteit van Tilburg, Departement Strafrecht, Centrum voor Procesrecht

Prof. mr. J.B.M. Vranken: adviseur  
Hoogleraar, Universiteit van Tilburg, Departement Privaatrecht, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, Centrum voor Procesrecht, Tilburg Law and Economics Center

Prof. mr. M.S. Groenhuijsen: adviseur  
Hoogleraar, Universiteit van Tilburg, Departement Strafrecht, International Victimology Institute Tilburg, Centrum voor Procesrecht

#### *Experts*

David Chekroun  
Ph D Candidate Paris I Panthéon Sorbonne, lecturer Paris XI Jean Monnet, France

Dr. Detlef Hass  
Rechtsanwalt-Solicitor, Germany

Dr. Matthias Killian  
University of Cologne, Germany

Prof. Paul Oberhammer

Universität Zürich, Schweizerisches und Internationales Zivilprozess-,  
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie Privat- und Wirtschaftsrecht,  
Switzerland

Pierre-François Racine  
Pres. de la Cour Administrative d'Appel, Paris, France

Gabriëlle Scheuer  
Federal Ministry of Justice, Civil Procedure, Germany

John Stacey  
Head of Civil & Family Procedures Branch, Civil & Family Directorate, HM Court  
Service, London, U.K.

Steve Uttley  
Civil and Family Procedure Branch, HM Court Service, Department for  
Constitutional Affairs, London, U.K.

Master Roger A. Venne  
Registrar of Criminal Appeals and Master of the Crown Office, Administrative Court,  
Royal Courts of Justice, London, U.K.

Prof. Thomas Weigend  
Universität zu Köln, Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Köln,  
Germany

*Leden van de begeleidingscommissie*

Prof. mr. A.M. Hol: voorzitter  
Universiteit Utrecht

Mr. R. Hartendorp  
Raad voor de Rechtspraak

Mr. R.H. van den Hoogen  
Ministerie van Justitie

Mr. dr. H.O. Kerkmeester  
Universiteit Antwerpen, College van Beroep voor het Bedrijfsleven

Mw. Mr. Y. Visser  
Ministerie van Justitie – WODC

Prof. mr. N. Verhey  
Ministerie van Justitie

## Bijlage II

### Questionnaire (U.K./France/Germany)

Name:

Profession:

Field of expertise (civil, administrative or criminal law / more specific if relevant):

1. What measures to improve the system of appeal have recently been taken in your country?

A	
B	
C	
D	
	Etc.

2. What other measures to improve the system of appeal have recently been suggested in literature, but have not (yet) been implemented in your country?

E	
F	
G	
H	
	Etc.

3. To what extent has international law (in particular 14 ICCPR and 6 ECHR) affected the measures under 1. and 2. and the debates about those measures?

4. *The consequence of which of the measures were tested by empirical studies? Will these measures improve the system of appeal, according to the studies? Please cite the study in a way that enables us to retrieve it.*

5. *What are the consequences (not tested by empirical studies) of the measures under 1. and 2., according to academic publications?*



A large, empty rectangular box with a thin black border, intended for a written response.

6. *In your opinion, what measures are most likely to improve the system of appeal?*

A large, empty rectangular box with a thin black border, intended for a written response.