

ADVIESCOMMISSIE voor het BURGERLIJK PROCESRECHT

Zijne Excellentie
mr. J.P.H. Donner,
Minister van Justitie
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 12 mei 2006

Excellentie,

De Adviescommissie biedt U hierbij haar oordeel en advies aan over de aanbevelingen die worden gedaan in het rapport “Uitgebalanceerd” (eindrapport van de Commissie, ingesteld met het oog op fundamentele herwaardering van (de uitgangspunten voor) het Nederlands burgerlijk procesrecht). Dit rapport zal hierna gewoonlijk worden aangeduid als “het ER”, en het in 2003 door de bedoelde Commissie uitgebrachte interim-rapport¹ als “het IR”.

Het dient de duidelijkheid, er op te wijzen dat het onderhavige advies werd vastgesteld voor de Adviescommissie kennis kon nemen van het Kabinetsstandpunt over het ER. Het is immers mogelijk dat dit advies en het Kabinetsstandpunt op zodanige tijdstippen openbaar worden gemaakt dat hierover, bij gebreke van deze vermelding, verwarring zou kunnen ontstaan.

Aan de in het vorige advies van de Adviescommissie reeds tot uitdrukking gebrachte waardering voor het werk van de opstellers van het IR en het ER, waartoe ook het ER weer aanleiding geeft, doen de hierna te bespreken verschillen van zienswijze die tussen onze Adviescommissie en de opstellers van het ER (zijn blijven) bestaan, geenszins af.

1) Evenals bij ons advies over het IR het geval bleek, berusten de verschillen van inzicht tussen de Adviescommissie en de opstellers van (het IR en) het ER voor een belangrijk deel op verschillende uitgangspunten ten aanzien van de doelstellingen die bij het vormgeven van het burgerlijk procesrecht voorop (dienen te) staan, en de plaats c.q. de rol van de verschillende actoren in het burgerlijke proces, waaronder natuurlijk vooral: de partijen en de rechter. Op deze verschillen in uitgangspunt is in ons advies van 29 december 2003 al uitvoerig ingegaan. De Adviescommissie meent thans te kunnen volstaan met verwijzing naar het toen opgemerkte². Voor de duidelijkheid geef ik aan dat het vooral om de volgende drie door de Adviescommissie voor juist gehouden uitgangspunten gaat:

¹ Waarover onze commissie U bij brief van 29 december 2003 advies heeft uitgebracht.

² De Adviescommissie gaat er niet aan voorbij dat in het ER op een deel van de van haar kant betrokken uitgangspunten wordt gereageerd, en dat daar wordt aangevoerd dat sommige van de door de Adviescommissie ingenomen standpunten zouden zijn ingegeven door een verkeerde lezing van het IR. Noch het een noch het ander doet eraan af dat de Adviescommissie de van haar kant destijds verdedigde uitgangspunten – ook thans – onderschrijft. Zij meent dat het te ver zou voeren om op hetgeen in het ER hierover wordt opgemerkt gedetailleerd in te gaan – niet, uiteraard, omdat het daar behandelde geen bespreking waard zou zijn, maar omdat een verder debat over de juiste lezing van het IR of over de redenen waarom de Adviescommissie tegenover sommige daarin tot uitdrukking komende opvattingen stelling heeft genomen (te) weinig zou bijdragen tot de in deze brief te geven oordelen over de aanbevelingen van het ER.

- a) De civiele procedure behoort er primair op gericht te zijn, rechtzoekenden een efficiënte, effectieve en faire mogelijkheid te bieden om hun materiële rechten te realiseren³. Voorzover de civiele procedure al aan andere doelen dienstig kan zijn – in het bijzonder het ook in het ER aangewezen doel van de rechtsontwikkeling -, mag de bevordering daarvan niet aan dit primaire doel afbreuk doen. Anders gezegd: wanneer er belangenconflict tussen het primaire doel en andere doelen bestaat, heeft het primaire doel voorrang. De Adviescommissie meent dat deze prioriteit uit art. 6 EVRM voortvloeit, maar dat die ook in het “nationale” procesrecht verankerd is (en behoort te zijn). Uit art. 6 EVRM vloeit de verplichting voort, rechtzoekenden een efficiënte, effectieve en faire voorziening voor geschillenbeslechting te bieden; en die verplichting krijgt nader accent in een systeem, zoals het Nederlandse, waarin de kosten van de desbetreffende voorziening in belangrijke mate door de rechtzoekenden worden gedragen. Daarnaast vindt de Adviescommissie van belang dat de constitutionele plaats van de rechter in het staatsbestel de hier verdedigde prioriteitstelling indiceert: aan de rechter is geen regelgeving opgedragen (daarvoor ontbreekt ook de democratische legitimatie); de rechter is belast met de beoordeling van (voorzover het het burgerlijk procesrecht betreft: civiele) rechtsgeschillen. Zou men de taak van de rechter op het gebied van de rechtsvorming – en met name de regelgeving – willen uitbreiden, dan vergt dat een (met recht: fundamentele) herijking van diens positie, een zorgvuldige bepaling van de grenzen die men de rechter hier wil stellen, en een bezinning op de organisatorische aanpassingen die hiervoor nodig zijn⁴. In dat geval zou overigens onderzocht moeten worden of een dergelijke uitbreiding in beginsel beperkt zou (kunnen) blijven tot het burgerlijk procesrecht.
- b) Mede in verband met het zojuist genoemde primaire doel, moet het aan partijen worden overgelaten, de materie aan de rechter voor te leggen waarover een oordeel gevraagd wordt. Dat belet niet dat de rechter om (nadere) gegevens dan wel standpuntbepalingen vraagt wanneer hij meent daaraan voor een behoorlijk oordeel over hem voorgelegde vragen behoefte te hebben. Het behoort wel te beletten dat de rechter zich hierbij laat leiden door andere belangen dan het belang van een efficiënte, effectieve en faire beslechting van het hem voorgelegde geschil.
- c) Van de partijen in een burgerlijk geding kan worden gevergd dat zij zich overeenkomstig de goede procesorde gedragen; maar kan niet, of slechts in zeer beperkte mate worden verlangd dat die zich overigens gedragen naar (billijkheids)normen die verder gaan dan wat voortvloeit uit de materiële rechtsverhouding die (buiten de procedure) tussen die partijen bestaat. Voor veel geschillen betekent dat dat van partijen in navenant beperkte mate égarde voor de belangen van de andere partij mogen worden verlangd. Dit verlangen zal niet

³ De Adviescommissie begrijpt onder het “realiseren van zijn rechten” zowel de eisende partij die rechten geldend wenst te maken als de verwerende partij die vastgesteld wil zien dat het tegen haar ingeroepen recht niet behoort te worden gehonoreerd.

⁴ De Adviescommissie signaleert in dit verband als “probleemgebieden”: maatregelen om de democratische legitimatie van de rechterlijke macht te versterken, en maatregelen om ruimte te bieden voor de “inbreng” van informatie door buiten de procedure staande belanghebbende groepen – iets waar zowel de rechterlijke organisatie als het procesrecht thans in het geheel niet op zijn toegesneden. Daarbij moet in ieder geval worden bedacht dat de in het EVRM verankerde vereisten van een faire, onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak hier grenzen stellen.

verder mogen gaan dan een goede procesorde en een behoorlijke procesvoering vergen.

Wanneer men het (ook) in het ER gebruikte beeld hanteert van een “gezamenlijke verantwoordelijkheid” van partijen en de rechter voor het goede verloop van de burgerlijke procedure, roept men het gevaar op dat dit wordt miskend of misverstaan. Ook overigens verwijst de – ieders eigen verantwoordelijkheid van verschillende aard verdoezelende - uitdrukking “gezamenlijke verantwoordelijkheid” hier naar een dermate onbepaald en diffuus gegeven, dat dat voor de afbakening van wat van partijen (en ook van de rechter) verlangd mag worden, niet goed bruikbaar is.

Aan dit korte overzicht van uitgangspunten wil de Adviescommissie nog toevoegen:

- d) De burgerlijke procedure moet toegesneden zijn op beoordeling van het materiële geschil van de partijen. Dit impliceert dat men moet oppassen voor regels die (gemakkelijk) aanleiding kunnen geven tot onzelfstandige “geschillen binnen het geschil”. Een regel die bepaald processueel gedrag voorschrijft of sancties aan afwijkende (processuele) gedragingen verbindt, kan aanleiding geven tot debat over de vraag in hoeverre die regel (over en weer) is nageleefd, en over de vraag of sancties op hun plaats zijn dan wel of sancties terecht zijn toegepast. Daarmee wordt de aandacht afgeleid van datgene waar het werkelijk om gaat, en worden ook inspanningen en kosten gegenereerd waarvan men gerechtvaardigd kan betwijfelen of die door de met de regel beoogde voordelen worden gerechtvaardigd.

De Adviescommissie zal, na deze korte samenvatting van een aantal uitgangspunten waarin zij meent te verschillen van het (ook) in het ER verdedigde standpunt, de aanbevelingen uit het ER bespreken. Daarbij zal grosso modo worden aangesloten bij de in hoofdstuk 11 van het ER aangehouden volgorde.

- 2) In het ER wordt op een groot aantal plaatsen⁵ voorgesteld, de ontwikkeling van op “zelfregulering” gebaseerde regels te stimuleren. De Adviescommissie herinnert in dit verband aan het zojuist in alinea 1 onder d) gesignaleerde gevaar.

Overigens wijst de Adviescommissie de ontwikkeling van regels van het hier bedoelde soort niet zonder meer af; maar zij waarschuwt wel voor proliferatie van regels én voor het probleem van handhaving van regels met een ambivalente status (zoals: “aanbevelingen” of “best practice”-protocollen⁶). Wanneer aan alle, of zelfs maar aan een aanzienlijk deel van de in het ER op dit punt gedane suggesties uitvoering zou worden gegeven is een overmaat aan regelgeving, gecombineerd met een wezenlijk tekort op het punt van de handhaving, als waarschijnlijk gevolg te verwachten. Daarvan zal op de praktijk een belemmerende, en niet een bevorderlijke invloed uitgaan.

De Adviescommissie zou wél toejuichen dat voor de comparitie na antwoord in eerste aanleg regels worden ontwikkeld⁷ die een uniforme en zinvolle toepassing van dit instituut bevorderen.

⁵ Zie o.a. de aanbevelingen van hoofdstuk 11, alinea’s 11.4 sub b en d, alinea 11.5 sub f, alinea 11.6 sub d – f, alinea 11.7 sub d en alinea 11.9.1 sub c; en daarnaast bijvoorbeeld alinea’s 4.3.3, 5.7, 6.4, 7.1.2.4, 7.2.4.1, 8.3.4, 8.5.2.1, 8.6.3, 9.1.4.3 en 9.3.4.2 van het ER.

⁶ Ook regels die (wel) als verbindend bedoeld zijn maar die niet vatbaar zouden zijn voor toetsing in cassatie (omdat zij buiten het bereik van art. 79 RO vallen), kunnen in dit verband een probleem opleveren.

⁷ Er is inmiddels binnen de rechterlijke organisatie een handleiding tot stand gebracht voor de sector civiel (dus nog niet: de sector kanton). De uniforme toepassing daarvan vormt, naar wordt vernomen, een punt van zorg.

3) De eerste aanbevelingen uit het ER zijn samengevat in alinea 11.2 daarvan.

Tegen het perspectief dat professionaliteit, rechtsstatelijkheid en dienstverlening bij de beoordeling van de opzet van het burgerlijk procesrecht van groot belang zijn, heeft de Adviescommissie allicht geen bezwaar, mits de hier als perspectief benoemde gegevens niet het zicht ontnemen op de in alinea 1 onder a) en b) hiervóór kort omschreven uitgangspunten.

De in alinea 11.2 onder b van het ER geformuleerde wens dat periodiek onderzoek naar de behoeften of wensen van betrokkenen wordt gedaan, spreekt de Adviescommissie niet erg aan. Haar is niet gebleken van een reële behoefte aan periodiek te houden onderzoek; en zij betwijfelt ook of veel goeds van de uitkomsten van dergelijk onderzoek verwacht mag worden. Het uitvoeren van deze onderzoeken zal wel leiden tot een belangrijke verhoging van de aan de burgerlijke rechtspraak verbonden overheadkosten.

Deze bedenkingen zijn ook relevant voor de aanbevelingen van alinea's 11.5 sub f en 11.7 sub a van het ER.

4) In alinea 11.3 geven de opstellers van het ER hun zienswijze op de doelstellingen die bij de vormgeving van het burgerlijk procesrecht tot uitgangspunt moeten worden genomen. Zoals in alinea 1 hiervóór aangegeven, verschilt de Adviescommissie op dit punt wezenlijk met het ER van mening (wat overigens ook in het advies over het IR al bleek). Het gaat hier niet om een louter dogmatisch meningsverschil, nu in het ER verschillende malen voor de gemaakte beleidskeuzes naar de gehanteerde uitgangspunten wordt verwezen⁸.

5) De zienswijze van het ER op het gebied van mediation en vergelijkbare vormen van "ADR" (in alinea 11.4) wordt door de Adviescommissie gedeeld, behalve waar naar andere beleidsuitgangspunten uit het ER wordt verwezen. Concreet betekent dat dat de aanbevelingen van alinea's 11.4 sub b, c en d worden onderschreven, terwijl de Adviescommissie bedenkingen heeft ten opzichte van de aanbeveling van alinea 11.4 sub a.

6) De aanbevelingen van alinea 11.5 steunen voor een deel op het in alinea 1 onder c hiervóór door de Adviescommissie niet onderschreven uitgangspunt van de "gezamenlijke verantwoordelijkheid" van de rechtstreeks betrokkenen voor het goede verloop van de procedure. Concreet brengt dat het volgende mee:

1°: de aanbevelingen van alinea 11.5 sub a en sub b (betreffende ambtshalve ingrijpen van de rechter in het partijdebat) kunnen worden aanvaard in de mate waarin dat is gebeurd in HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 (hersteld bij HR 12 februari 2004, NJ 2004, 461), rov. 5.1 – 5.3. Voor een ruimere armslag is, meent de Adviescommissie, geen plaats – zij verwijst daarvoor naar het ook in de aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad benadrukte beginsel van hoor en wederhoor.

Anders dan het ER lijkt te aanvaarden, meent de Adviescommissie dat de rechter bij het hanteren van deze mogelijkheid het gevaar van aantasting van zijn onpartijdigheid (dan wel van het in het leven roepen van de schijn van partijdigheid), scherp in het oog moet houden. Zou hij bijvoorbeeld bij zijn

⁸ Zie o.a. alinea's 3.2, 5.3, 5.4, 5.7, 5.9, 9.1.4.5, 9.3.4.2 en 9.3.4.5 (zie ook de tweede alinea 9.3.4.5 onder c (er zijn twee aldus genummerde alinea's), waar een keuze wordt "teruggenomen").

ambtshalve vraag naar een niet aangevoerde grond, (niet) ook ambtshalve aan de orde moeten stellen of het alsnog aanvoeren van de door hem gemiste grond in strijd komt met de goede procesorde?

2°: ook wat betreft de aanbeveling sub c (horen van partijen wanneer aanvulling van de rechtsgronden wordt overwogen) ziet de Adviescommissie geen aanleiding om belangrijke wijzigingen van de thans gangbare praktijk te bevorderen; horen van partijen over initiatieven van de rechter die partijen kennelijk niet voorzien hebben, mag echter in het algemeen als heilzaam worden aangemerkt.

3°: de aanbeveling van alinea 11.5 sub d: het betrekken van (organisaties van) rechtshulpverleners bij regelgeving voor zaken als de rol, mondelinge behandelingen en bewijsverrichtingen is zinnig (en dat wordt, naar de Adviescommissie bekend is, ook in de praktijk gebracht). De Adviescommissie betwijfelt of er behoefte bestaat aan (nieuwe) overleg- en beslissingsgremia naast de reeds bestaande.

4°: de aanbeveling van alinea 11.5 sub e over verbetering van de kwaliteit en ervaring van rechters verdient overweging⁹. De Adviescommissie herinnert er aan dat in haar eerdere advies is opgemerkt dat de suggesties van het IR in verschillende gevallen hoge eisen aan het rechterlijke apparaat stellen en een zwaardere belasting van de organisatie teweeg (kunnen) brengen. Voor de aanbevelingen van het ER geldt dat evenzeer. Als daaraan verder vervolgd wordt gegeven zal zorgvuldig rekening moeten worden gehouden met de consequenties die dat voor de bezetting en ondersteuning van de desbetreffende rechterlijke instanties heeft.

De Adviescommissie merkt op dat het ER het standpunt betreft dat organisatorische kwesties en vragen van budget en ondersteuning buiten het onderzoeksterrein vallen, maar dat het rapport wel concrete aanbevelingen met relevante organisatorische en budgettaire consequenties doet (o.a. de hier besproken aanbeveling van alinea 11.5 sub e, maar meer nog de aanbevelingen van alinea 11.7 sub a – e).

5°: dat de Adviescommissie geen voorstander is van de aanbevelingen uit alinea 11.5 sub f (“kostenstimulansen” om coöperatief partijgedrag aan te moedigen) ligt al besloten in het in alinea’s 1 onder c en d en 2 hiervóór gezegde.

7) Met betrekking tot de aanbevelingen van alinea 11.6 (over de voorfase) stelt de Adviescommissie het volgende voorop:

Zij verwacht, anders dan de opstellers van het ER, weinig heil van stappen ter bevordering van preprocesueel onderzoek of overleg. Voorzover het zou gaan om “zelfregulerende” regelgeving geldt het in alinea 2 hiervóór opgemerkte hier bij uitstek. Aan de Adviescommissie is ook niet gebleken¹⁰ van een tot zorg aanleiding gevend

⁹ Daarbij kan ook worden gedacht aan de mogelijkheid van stageperiodes bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad.

¹⁰ Evenals het geval was in het advies over het IR, baseert de Adviescommissie zich hier op de ervaringen van haar leden in de praktijk – zich er wel van bewust dat die ervaringen, ofschoon vrij ruim, niet kunnen worden vergeleken met gedegen onderzoek.

tekortschieten van onderzoek of overleg in de preprocesuele fase, waardoor er een zodanige behoefte aan ingrijpen zou bestaan dat de eerder aangewezen nadelen van de bedoelde regelgeving op de koop toe genomen zouden moeten worden.

Tenslotte blijft de Adviescommissie niet overtuigd als het erom gaat dat “uitvergroting” van de aan de eigenlijke procedure voorafgaande fase, kwaliteits- of efficiëntieverbeteringen zal brengen. Zij acht daarentegen – afhankelijk van de middelen die hier gekozen worden – de kans zeer reëel, dat in een voorfase per saldo overbodige tijd, moeite en kosten worden besteed, die niet door een beter verloop van de “eigenlijke” procedure worden “terugverdiend”.

8) De concrete aanbevelingen van alinea 11.6 beoordeelt de Adviescommissie als volgt:

1°: Conservatoir beslag levert grond voor aansprakelijkheid op wanneer het beslag als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Dat is het geval wanneer het beslag op achteraf ongegrond blijkende pretenties is gebaseerd, of wanneer overigens onzorgvuldig ten opzichte van de beslagene is gehandeld. Voor een verdergaande aansprakelijkheid (gericht op het voorkomen van escalatie) ziet de Adviescommissie geen aanleiding: daardoor zou gedrag dat (overigens) niet als onrechtmatig valt aan te merken, worden gesanctioneerd. Een dergelijke rechtens opmerkelijke regel verdient aanmerkelijk “zwaardere” onderbouwing, dan in het ER wordt gegeven.

2°: de aanbeveling van alinea 11.6 onder b. (betere inhoudelijke toetsing van verzoeken om beslagverlof) acht de Adviescommissie zinvol, maar praktisch lastig te verwezenlijken; verwezen wordt overigens naar de beslagsyllabus 2005, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

3°: de aanbeveling van alinea 11.6 sub c (preprocesuele comparitie) wijst de Adviescommissie af, om de redenen die in haar eerdere advies¹¹ zijn besproken. Zij meent dat de in het ER gegeven nadere beschouwingen hierover, de destijds gesignaleerde bezwaren niet wegnemen.

4°: de aanbevelingen van alinea 11.6 sub d t/m f betreffen alle de bevordering van het ontwikkelen van protocollen voor preprocesueel gedrag. In alinea 7 hiervoor werd aangegeven waarom de Adviescommissie daar afwijzend tegenover staat – zie overigens ook het in alinea 2 en in alinea 1 onder d opgemerkte.

5°: met de aanbeveling van alinea 11.6 onder g (geen beperking van de huidige ruimte voor voorlopig getuigenverhoor) stemt de Adviescommissie in. Het voorlopig getuigenverhoor is een nuttig instrument gebleken; de toepassing daarvan dient niet verder beperkt te worden dan met het oog op voorkoming van “uitwassen” gewenst is.

9) De aanbeveling van alinea 11.6 onder h verdient nadere studie – maar behoeft dergelijke studie ook in ruime mate. Het betreft hier de vraag van “discovery”, oftewel:

¹¹ Advies van 29 december 2003, alinea 15.

wanneer er aanleiding is om partijen of derden te dwingen, toegang te verschaffen tot onder hun berusting zijnde (of zich binnen hun bereik bevindende) documenten¹².

De normering van in dit opzicht te creëren verplichtingen vraagt om een zorgvuldige afweging. Het gaat immers niet alleen om aspecten van het burgerlijk procesrecht, maar ook om wezenlijke materieelrechtelijke verplichtingen (met de verplichting om de ander aan inlichtingen te helpen zullen bijvoorbeeld, naar in de rede ligt, ook aansprakelijkheden gepaard gaan), en om belangrijke vragen betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) en de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen. Bij de afweging is ook een niet te verwaarlozen rechtspolitieke component in het geding. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het feit dat het niet in de laatste plaats de “discovery”-faciliteit is, waardoor procedures in angelsaksische landen verhoudingsgewijs kostbaar en belastend zijn. “Omgekeerd” geldt dat een belangrijk aangrenzend rechtsgebied – Duitsland – geen vergelijkbare mogelijkheden kent, waardoor, wanneer men die mogelijkheid in Nederland zou scheppen, met de kans op “forumshopen” van procespartijen rekening moet worden gehouden.

10) In alinea 11.7 van het ER wordt een aantal aanbevelingen van uiteenlopende aard gedaan. Bespreking in de volgorde waarin de aanbevelingen gedaan worden, ligt dan voor de hand:

1°: evenals in haar eerdere advies, betwijfelt de Adviescommissie of er behoefte bestaat aan een belangrijke uitbreiding van de rol van de rechter die een zaak uiteindelijk moet beoordelen – de “zaaksrechter” – als regisseur van het verloop van de procedure (“case manager”).

Het procesrecht voorziet in een gestandaardiseerd verloop van de procedure; en de grote meerderheid van procedures kan zonder problemen in dat gestandaardiseerde procesmodel worden afgehandeld. Voor die gevallen dient nadere betrokkenheid van de zaaksrechter als “case manager” geen nuttig doel, en kan volstaan worden met de bewaking van het “normale” procesmodel via de (centrale) rol – een gang van zaken die tegelijk de vereiste inspanningen beperkt tot het hoogst noodzakelijke (maar in dit geval: toereikende), én een goede voortgangscontrole waarborgt¹³.

Voor de tamelijk uitzonderlijke zaken die een van het standaardmodel afwijkende behandeling vereisen (of: wenselijk doen zijn), is door het systeem van de comparitie na antwoord een regeling “op maat” ad hoc mogelijk. Voorzover de Adviescommissie bekend, worden dergelijke regelingen ook in de praktijk getroffen. De Adviescommissie is er bang voor dat het door het ER voorgestelde model de uitzondering tot regel verheft; waardoor administratieve omhaal wordt veroorzaakt, zonder dat een daardoor te behalen winst te verwachten is.

De Adviescommissie ziet daarom geen aanleiding voor invoering van wat in alinea 11.7 onder a – c wordt aanbevolen.

De Adviescommissie waarschuwt in dit verband voor het bieden van ruimte voor rechtstreekse contacten tussen de rechter en partijen (buiten de zitting om). Het kost niet veel voorstellingsvermogen om zich de hoogst ongewenste ontwikkelingen voor de geest te halen die hieruit in “op het scherp van de

¹² Heden ten dage moet men daaronder allicht ook allerhande andersoortige dragers van gegevens of bronnen van nuttige informatie begrijpen.

¹³ Zie over de (administratieve) belasting van een tegelijk centraal en decentraal gevoerde zaken-administratie Heemskerk, “Amice” (Rutgers-bundel), 2005, p. 135 e.v.

sneede” gevoerde gedingen (en die zijn nu eenmaal geen zeldzaamheid) kunnen voortvloeien¹⁴.

2°: zoals al eerder aangestipt, juicht de Adviescommissie toe dat er regels worden ontwikkeld voor een uniforme (en inhoudelijk zinvolle) gang van zaken bij de mondelinge behandeling. De aanbevelingen van alinea’s 11.7 sub d en e kunnen inzoverre worden onderschreven.

3°: van de aanbeveling van alinea 11.7 sub f (“peremptoire” afwijzing van bepaalde, als kennelijk ongegrond beoordeelde, argumenten) verwacht de Adviescommissie weinig heil. Hiervan is geen belangrijke winst qua tijd of inspanning te verwachten. Wanneer de beslissingen die het ER hier op het oog heeft als “eindvonnissen/-beschikkingen” zouden moeten gelden, moet ook worden voorzien in de problemen van (mogelijk) tussentijds appel of cassatieberoep.

De rechter kan overigens in het huidige procesmodel in elk vonnis dat hij wijst, bepaalde geschilpunten afdoen met een “eindbeslissing” die in de overwegingen van het vonnis wordt gegeven, maar niet in het dictum wordt opgenomen. Daarmee kan de rechter het debat over het desbetreffende punt “afsluiten”. Die mogelijkheid blijkt de praktijk voldoende armslag te geven, zonder dat daaraan de bezwaren kleven van het in het ER gesuggereerde systeem.

Zie hierover verder alinea 14 onder 5° hierna.

4°: wat betreft de aanbeveling van alinea 11.7 sub g (vermelding van bewijsmiddelen)¹⁵, meent de Adviescommissie dat uitbreiding van het thans in art. 111 lid 3 en art. 128 lid 5 Rv. bepaalde niet moet worden aanbevolen. Vóór een vroegtijdige opgave van bewijsmiddelen pleit, dat daardoor de “sterkte” van de positie van een partij wat duidelijker in het licht kan komen te staan. Daartegen pleit echter, dat het zich vergewissen van de beschikbare bewijsmiddelen voor partijen belastend en kostbaar kan zijn, en dat het de vraag is of dat van partijen gevergd moet worden zo lang niet vast staat dat de desbetreffende stelling ook werkelijk, door de desbetreffende partij, bewezen zal moeten worden¹⁶. Bovendien zal gedacht moeten worden over de – vermoedelijk niet zeldzame – gevallen dat een partij de hier bedoelde (quasi-)verplichting verzaakt, maar in een later stadium toch over bewijs blijkt te beschikken. In dat geval is het uitsluiten van bewijslevering een sanctie die men niet gaarne zal toepassen, zeker als men wil dat uitspraken zo veel mogelijk op de werkelijkheid aansluiten. Wanneer de sanctie achterwege blijft, zou de door de aanbeveling beoogde verplichting dan wel stimulans in de praktijk echter gemakkelijk een dode letter kunnen worden.

¹⁴ De Adviescommissie signaleert, om de gedachten te bepalen, het sterk in omvang gegroeide verschijnsel van wrakingsverzoeken.

¹⁵ De Adviescommissie meent overigens dat de aanbeveling niet geheel hetzelfde tot uitdrukking brengt als de tekst van het ER in § 7.2.4.2, waar de motieven voor de aanbeveling worden besproken. De suggesties in de tekst lijken wat verder te willen gaan, dan de aanbeveling zelf.

¹⁶ Dat hoeft immers niet als de stelling in kwestie niet wordt betwist of als de rechter een oplossingsvariant kiest waarbij de stelling in kwestie niet terzake blijkt te doen. Ook kan blijken dat de bewijslast op de andere partij rust.

5°: de aanbeveling van alinea 11.7 sub h – die er, kort gezegd, toe strekt dat de rechter het aanbod van getuigenbewijs in ruimere mate van de hand kan wijzen dan naar huidige rechtspraak toegestaan is – acht de Adviescommissie niet gelukkig. Men moet verwachten dat rechters op de voet van het in deze aanbeveling voorgestelde, zelden of nooit meer ruimte voor het toelaten van getuigenverhoor aanwezig zullen achten (daarbij mogelijk mede beïnvloed door het “oneigenlijke” gegeven van een te hoge werkbelasting). Verder bieden de voorstellen van de aanbeveling de rechter een zodanige discretionaire ruimte, dat willekeurige verschillen in uitkomst verwacht moeten worden. Noch het een noch het ander lijkt de Adviescommissie verenigbaar met de eisen van “fair trial”, of overigens – dus: nog afgezien van die eisen - aanbevelenswaardig.

De Adviescommissie meent bovendien dat verklaringen van getuigen die de rechter niet zelf heeft gehoord, als regel minder tot het bewijs (kunnen) bijdragen; de indruk die de getuige ter zitting maakt en de manier waarop hij “in zijn eigen woorden” verklaart, leggen nu eenmaal het nodige gewicht in de schaal. Hierbij mag naar de desbetreffende ontwikkelingen in het strafprocesrecht onder invloed van het EVRM worden verwezen. Last but not least, blijkt bij mondeling verhoor van een getuige niet zelden dat deze ook andere (relevante) informatie kan verschaffen, dan uit zijn schriftelijke verklaring bleek.

Tegen de aanbeveling van alinea 11.7 sub i (verhoor van “meegebrachte” getuigen ter comparitie) bestaat geen bezwaar; daarvoor behoeft het bestaande procesmodel overigens geen aanpassing.

11) De aanbevelingen van alinea 11.8 – betreffende de inrichting van de procedure, in het bijzonder in de eerste aanleg – geven aanleiding tot enkele inleidende beschouwingen:

De Adviescommissie stemt in met de gedachte om in plaats van de huidige, van elkaar onderscheiden dagvaardings- en verzoekschriftprocedures één eenvormige procesgang te ontwerpen. Het ligt in de rede daarvoor de bestaande dagvaardingsprocedure als model te nemen; temeer omdat de regels voor de rekestprocedure in de huidige wet waar mogelijk bij die voor de dagvaardingsprocedure aansluiting zoeken¹⁷.

Wat betreft het inleidende processtuk spreekt het ER een voorkeur uit voor het verzoekschrift. De Adviescommissie handhaaft, om de redenen die in haar eerdere advies werden genoemd¹⁸, dat een op initiatief van partijen en zonder tussenkomst van de rechterlijke organisatie aangezegd stuk (dat overigens niet noodzakelijkerwijs de vorm van de thans gebruikelijke dagvaarding hoeft te hebben) in veel gevallen de voorkeur heeft. Niet alleen wordt daardoor voorkomen dat de overheid wordt belast met taken die tot dusverre tot tevredenheid door de particuliere sector werden verzorgd, maar de op verzoek van partijen verzorgde oproeping biedt ook het voordeel van “maatwerk” als het gaat om de oproepingstermijn¹⁹.

¹⁷ Waar dat niet het geval is, zoals bij de regel dat nog tot op de mondelinge behandeling verweer kan worden gevoerd en de regel dat verzet is uitgesloten, moet de bestaande rekestprocedure voor het contradictoire geding als gebrekkig worden aangemerkt.

¹⁸ Advies van 29 december 2003, alinea 10.

¹⁹ In de praktijk is bijvoorbeeld gebleken dat in incassozaken vaak betaling wordt verkregen na het uitbrengen van de dagvaarding en vóór de dienende dag. Daardoor kan voorkomen worden dat de procedure bij het gerecht aanhangig (moet) worden gemaakt, en wordt partijen griffierecht (en de overheid overbodige omhaal) bespaard. Bij het

De Adviescommissie pleit, per saldo, voor een procesinleidend stuk dat de aanlegger de keus laat tussen oproeping van de wederpartij door de deurwaarder in opdracht van de aanlegger en oproeping van de wederpartij door de griffie, al naar de behoefte die in het desbetreffende geval bestaat.

12) Ten aanzien van de concrete aanbevelingen van alinea 11.8 van het ER spreekt de Adviescommissie zich als volgt uit:

1°: de voorstellen van alinea 11.8.1 gaan alle uit van aanvaarding van het uitgangspunt dat het inleidend processtuk via de griffie wordt verzonden. Behalve dat de Adviescommissie, zoals in de vorige alinea bleek, dit uitgangspunt niet onverkort onderschrijft, beoordeelt zij de detailvoorstellen uit deze paragraaf als zinnig.

2°: de voorstellen van alinea 11.8.2 onder a en b (uniform basismodel voor de procedure; regeling met betrekking tot derden-belanghebbenden) geven geen aanleiding tot opmerkingen. De in alinea 11.8.2 onder c en d gemaakte opmerkingen (van voorstellen is hier niet werkelijk sprake) suggereren een onderscheid dat de Adviescommissie niet onderschrijft: voor alle hier genoemde procedures kunnen, in meerdere of mindere mate, aanvullende of afwijkende procesregels gewenst zijn²⁰. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de aanbevelingen van alinea's 11.8.3 en 11.8.4.

Het heeft, om voor de hand liggende redenen, de voorkeur om afwijkingen van het standaardmodel te beperken tot het werkelijk noodzakelijke. Wat betreft de (geautomatiseerde) incassoprocedure wijst de Adviescommissie er op dat in de praktijk belang wordt gehecht aan de mogelijkheid voor de rechter om incassokosten en (andere) boetesancties te matigen. Een te ontwerpen geautomatiseerd systeem zou hiermee rekening moeten houden – wat vermoedelijk ten koste van de snelle, geheel gedigitaliseerde afhandeling zal gaan.

3°: over de versterking van de regiefunctie van de “zaaksrechter” heeft de Adviescommissie zich hiervóór al uitgesproken; wat betreft alinea 11.8.2 sub e kan naar het eerder opgemerkte worden verwezen.

4°: alinea 11.8.2 sub f: de wet behoort zich niet uit te spreken over (verplichte) aanduidingen van procesdeelnemers/belanghebbenden; dit kan aan de praktijk worden overgelaten²¹.

5°: de Adviescommissie ontraadt een mogelijkheid van “kortsluiten” van de uitspraak in kort geding. Het staat partijen vrij om bij overeenkomst een kortgeding-vonnis als definitief te aanvaarden, en ook, om overeen te komen

dagvaarden in appelprocedures doet zich een enigszins vergelijkbare gang van zaken voor. Bij een per verzoekschrift ingeleide procedure zijn deze voordelen minder gemakkelijk te verwezenlijken.

²⁰ Voor de incassoprocedure acht de Adviescommissie dat overigens maar in zeer beperkte mate het geval. Voorzover haar bekend levert de “inpassing” van de incassoprocedure in het kader van het “gewone” procesrecht vrijwel nooit problemen op; met dien verstande dat er wel behoefte bestaat aan een eenvoudig middel (waarbij de Adviescommissie denkt aan het voorheen bestaande betalingsbevel-verzoekschrift), voor de inleiding van incassoprocedures waarin geen verweer wordt verwacht.

²¹ De Adviescommissie signaleert een toenemend praktijkgebruik van aanduiding van partijen e.a. bij hun (verkorte) eigen namen. Zij ziet bepaald geen reden om die tendens te ontmoedigen.

dat een tussen hen bereikte schikking wordt vastgelegd in de vorm van een proces-verbaal, maar ook in de vorm van een vonnis van de Voorzieningenrechter. De Adviescommissie ziet geen legitieme behoefte voor de verdergaande regels die in alinea 11.8.5 worden gesuggereerd. Aangezien door de “kortsluiting” geen voorlopige voorziening maar een eindvonnis in de hoofdzaak wordt gegeven, rijst overigens te dien aanzien de vraag wat voor een soort geding door het in de aanbeveling genoemde rechtsmiddel aan de orde wordt gesteld.

6°: tegen (nadere) overweging van de gecompliceerde materie waarover het in aanbeveling 11.8.6 (massaschade-procedures van verschillende aard) gaat, bestaat allicht geen bezwaar; al heeft het vermoedelijk de voorkeur, eerst nog enige tijd de ervaringen uit de praktijk met de recent ingevoerde regels voor “massaschade” af te wachten.

De Adviescommissie ziet geen aanleiding om zich op de voorhand uit te spreken over de uitkomsten waartoe dergelijke nadere overweging zou kunnen leiden. Zij merkt twee dingen op: ten eerste, dat prejudiciële verwijzing van vragen naar de Hoge Raad in een geding zoals hier beoogd (pas gedeeltelijk in één instantie behandeld, en zonder dat vaststaat dat alle belanghebbenden (al) aan bod zijn gekomen) nog méér bezwaren oproept, dan dergelijke verwijzing overigens doet (zie alinea 16 onder c hierna); en ten tweede: dat de gedachte om voor “strooischade”-gevallen een buitengerechtelijk instrument te creëren, voor de hand liggende problemen met het oog op art. 6 EVRM kan oproepen.

13) De aanbevelingen met betrekking tot appel en cassatie brengen de Adviescommissie tot de volgende beschouwingen van meer algemene aard:

a) Het ER worstelt met de vraag, hoe voorschriften die een zo volledig mogelijke presentatie van zaken in de eerste aanleg bevorderen, zijn te verenigen met de wens dat, ook in appel, de rechter recht doet aan de hand van een zo volledig en zuiver mogelijk beeld van de hem voorgelegde zaak. Spanning doet zich hier allicht voor wanneer de presentatie in de eerste aanleg ondanks de bedoelde regels niet volledig of zuiver is geweest. Men moet dan balanceren tussen het ontmoedigen of anderszins sanctioneren van wijziging van de opstelling in appel aan de ene kant, en aan de andere kant het streven om alle voor de beoordeling relevante gegevens toch, ook in die fase, in het geding te betrekken.

De Adviescommissie heeft oog voor het dilemma dat zich hier aandient. Zij meent intussen dat het hier grootheden betreft die men niet moet (trachten te) verzoenen, maar waartussen men moet kiezen. De keuze van de Adviescommissie valt dan op: de volledige en zo zuiver mogelijke presentatie van de zaak, (ook) in appel. Zij wijst de suggesties uit het ER van de hand voorzover die ertoe strekken dat nieuwe stellingen/ bewijsaanbiedingen in appel zouden kunnen worden uitgesloten of gesanctioneerd. Zij doet dat om drie elkaar versterkende redenen: ten eerste meent zij dat het maar betrekkelijk zelden voorkomt dat een partij kwaadwillig stellingen of bewijsmateriaal aan de rechter onthoudt, die dezelfde partij in appel alsnog aan de rechter wil voorhouden. Waar in eerste aanleg zulke stellingen of bewijsgegevens niet zijn “ingebracht” is dat bijna

altijd het gevolg van verkeerd inzicht (of gewoon: domheid) aan de zijde van de betrokkenen. Men moet dat uiteraard niet aanmoedigen, maar men doet er ook verkeerd aan, het te (willen) sanctioneren. Ten tweede vergen de sancties die het ER suggereert (zoals weigering van bepaalde – extreme – standpuntwijzigingen, kostensancties en/of terugverwijzing naar een eerdere instantie met kostenconsequenties) telkens lastige afwegingen aan de hand van rekbare criteria en aan de hand van feiten die in veel gevallen niet goed uit de verf gekomen zullen zijn (vaak zal immers niet duidelijk (te maken) zijn, waarom een partij heeft verzuimd haar standpunt al in de eerste aanleg zo te presenteren als zij dat in appel alsnog blijkt te willen doen²²). Aan de ene kant is dat geen goede basis voor verantwoorde beslissingen, en aan de andere kant loopt men hier een aanzienlijke kans op de “geschillen binnen een geschil” waarnaar de Adviescommissie in alinea 2 hiervóór verwees. Ten derde is de extra belasting die de gesuggereerde (beslissingen over) kostentoedeling en de gesuggereerde terugverwijzing teweeg zullen brengen van dien aard, dat die in veel gevallen het nadeel van “doorprocederen” in appel op basis van een gewijzigd partijstandpunt zullen evenaren of overtreffen; waardoor het middel erger zou zijn dan de kwaal.

b) Het ER suggereert verruiming van de mogelijkheid van herstel van beslissingen in lagere instantie op de grond dat van een vergissing of lacune sprake zou zijn (in het verlengde van de huidige art. 31 en 32 Rv.). De Adviescommissie ontraadt die gedachte nadrukkelijk. Aanvaarding daarvan leidt immers tot onontwarbare problemen wanneer – zoals in de praktijk te verwachten is – de mogelijkheid van hogere voorziening en die van herstel in dezelfde instantie, beide tegelijk worden benut; en roept ook het gevaar op van “oeverloze” herhaling van procedures in dezelfde instantie. Een criterium aan de hand waarvan men gevallen waarin herstel openstaat deugdelijk kan onderscheiden van gevallen waarin een rechtsmiddel openstaat (en dat ruimere mogelijkheden zou bieden dan de huidige art. 31 en 32 Rv.), lijkt de Adviescommissie niet denkbaar.

Voorts zij bedacht dat, juist omdat de mogelijkheid van herstel in art. 31 Rv. gericht is op “kennelijke” en “voor eenvoudig herstel” vatbare fouten, deze correctiemogelijkheid niet aan enige termijn is gebonden. Ook later – bijvoorbeeld bij executie of het inroepen van de uitspraak in een ander geding – moet dit herstel mogelijk zijn. Dit wijst op zichzelf reeds erop dat deze regeling zich niet voor uitbreiding leent. De rechtszekerheid die een einduitspraak moet brengen, zou daardoor onaanvaardbaar worden ondermijnd.

c) Het ER suggereert een aantal wijzigingen in het thans op rechtspraak berustende appelprocesrecht (bijvoorbeeld ten aanzien van het “grievensstelsel” en de zgn. “devolutieve werking” van het appel). Dat roept de vraag op of de wetgever het thans grotendeels in jurisprudentie gevormde appelprocesrecht wil “codificeren” – een vraag die temeer in de rede ligt, omdat dat de gelegenheid zou geven om te onderzoeken in hoeverre het

²² Standpuntwijzigingen in appel gaan vaak samen met wijzigingen in de persoon van de procesvertegenwoordiger of degene die het partijstandpunt bepaalt (“nieuwe directie”). Dan is moeilijk op te helderen of de standpuntwijziging is “veroorzaakt” door fouten van de partij zelf, van haar vertegenwoordiger (in de eerste aanleg of in appel?), door verklaarbare verschillen van inzicht tussen de betrokkenen, of door (andere) combinaties van oorzaken.

appelprocesrecht nog goed aansluit bij het in 2002 herziene procesrecht voor de eerste aanleg. De Adviescommissie zou het overigens toejuichen wanneer codificatie van het appelprocesrecht ter hand werd genomen.

Als tot codificatie wordt besloten betekent dat dat er – veel – meer regels van appelprocesrecht in de wet moeten worden vastgelegd, dan in het ER worden genoemd. Uiteraard moeten de verschillende vraagstukken van appelprocesrecht dan nader worden overwogen.

14) De subalinea's van alinea 11.9 van het ER geven verder aanleiding tot het volgende commentaar:

1°: alinea 11.9.1 sub a en b: een regel die de appellant verplicht om zijn “grievens” tegen de beslissing van de eerste aanleg dadelijk aan te voeren, wordt door de Adviescommissie ondersteund. Partijen zouden echter de vrijheid moeten hebben om de rechter verhoor te vragen, van deze regel af te wijken. Daartoe zou zeker aanleiding zijn wanneer beide partijen – bijvoorbeeld met het oog op schikkingsonderhandelingen – het verzoek ondersteunen.

“Devolutieve werking”: de Adviescommissie zou geen moeite hebben met een regel die de verschenen verweerder in appel verplicht om argumenten van zijn zijde die in de eerste aanleg werden afgewezen, in appel aan de orde te stellen door expliciet tegen de afwijzing bezwaar te maken. Overigens mag hierbij worden aangetekend dat het loslaten van de devolutieve werking van het appel zoals die in de huidige rechtspraak is uitgewerkt, de verschenen geïntimeerde tot het instellen van incidenteel appel noodzaakt – althans kan noodzakelijk -, om te voorkomen dat zijn afgewezen stellingen en andere posita in appel niet meer aan de orde zouden (kunnen) komen.

In dit verband is een vraag, of de wederpartij aanspraak kan maken op een gelegenheid om op de door de geïntimeerde aangevoerde bezwaren te responderen. In de huidige praktijk pleegt die mogelijkheid alleen te worden geboden als de geïntimeerde die bezwaren – die naar huidig recht weliswaar niet verplicht zijn, maar wel geoorloofd; en die in de praktijk dan ook regelmatig plegen te worden ingebracht – in de vorm van een incidenteel appel naar voren brengt (en niet, wanneer bezwaren niet onder die naam worden gepresenteerd). Bij de voorgestelde wijziging zal het instellen van “formeel” incidenteel appel vaker nodig (of aan te bevelen) zijn. Daardoor krijgt de vraag of het appelprocesrecht expliciet in de mogelijkheid van antwoord op het incidenteel appel moet voorzien (en zo ja: hoe), nader accent. Ook zal aandacht moeten worden gegeven aan de vraag in hoeverre “verhoren” grievens (daarmee worden bedoeld: materiele bezwaren tegen in de eerste aanleg gegeven oordelen, die niet in de vorm van een “formeel” incidenteel appel worden aangevoerd – zoals al aangestipt: in de huidige praktijk een veel voorkomend verschijnsel) toelaatbaar zullen zijn; en of in de mogelijkheid moet worden voorzien om ook daarop te reageren.

Zie voor het geval van de niet in appel verschenen verweerder alinea 15 hierna.

2°: de aanbeveling van alinea 11.9.1 sub c. gaat uit van de veronderstelling dat er behoefte is, de toegang tot appel (verder) te beperken. De Adviescommissie is zich er niet van bewust dat die behoefte gevoeld wordt. Zij zou ook geen voorstander zijn van verdere beperking van de toegang tot appel.

De in deze aanbeveling gedane suggestie van verruiming van de mogelijkheden voor “herstel” binnen dezelfde instantie kwam in alinea 13 onder b hiervóór al ter sprake.

3°: de aanbeveling van alinea 11.9.1 sub d (openstellen van hogere voorziening, in weerwil van “appelverboden”, in (alle) gevallen waarin in de lagere instantie schending van een fundamenteel beginsel van procesrecht heeft plaatsgehad) lijkt de Adviescommissie juist, mits de samenloop van appel met een cassatieberoep op de voet van art. 80 RO in goede banen is te leiden.

4°: de aanbeveling van alinea 11.9.1 sub e (waarin een qua omvang geringe beperking van de mogelijkheid van appel wordt gesuggereerd) biedt voor een probleem van bescheiden proporties een oplossing die eveneens als zeer bescheiden kan worden gekenschetst. De Adviescommissie meent dat aan dergelijke geringe aanpassingen geen reële behoefte bestaat.

5°: de aanbeveling van alinea 11.9.1 sub f (terugkomen op “eindbeslissingen”) vraagt om een lastige afweging, en dus om een navenant voorzichtige benadering. Hier staan relevante voor- en nadelen tegenover elkaar: het voordeel van vroegtijdig herstel van “foute” oordelen van de rechter, tegenover het nadeel van voortgezet of herhaald debat over reeds door de rechter afgedane kwesties (waarover de rechter dan opnieuw zal moeten oordelen - en, naar in de rede ligt, ook zal moeten motiveren waarom hij de aangevoerde nadere argumenten aanvaardt dan wel verwerpt. De Adviescommissie herinnert in dit verband aan het in alinea 10 onder 3° hiervóór besprokene.)

De te maken keuze is mede daarvan afhankelijk, of men verwacht dat er met enige regelmaat behoefte bestaat om een “eindbeslissing” in dezelfde instantie te herzien, en of men verwacht dat voortgezet debat over reeds afgedane kwesties, als de mogelijkheid daarvoor wordt geboden, een grote vlucht zal nemen. Bij het laatste is te bedenken dat de rechtshulpverlener die de mogelijkheid heeft om argumenten ten gunste van zijn cliënt aan te voeren, maar een beperkte ruimte heeft om aan die mogelijkheid voorbij te gaan (op straffe van mogelijke aansprakelijkheid wegens plichtsverzuim). Met andere woorden: deze mogelijkheid bieden is tegelijk: de praktijk verplichten om die mogelijkheid te benutten, waar dat ook maar enige kans van slagen heeft.

Per saldo staat de Adviescommissie gereserveerd tegenover de aanbeveling om terugkomen op reeds “definitief” besloten kwesties ongeclausuleerd mogelijk te maken.

6°: tegen de suggestie uit aanbeveling 11.9.1 sub g (richtlijnen voor tussentijds appel) bestaat geen bezwaar, zij het met de in alinea 2 hiervóór gemaakte kanttekening(en).

7°: de aanbevelingen uit de alinea's 11.9.1 sub h t/m m over de ruimte om zijn standpunt in appel te wijzigen, zijn met het in alinea 13 onder a hiervóór besprokene behandeld; tegen de aanbeveling uit alinea 11.9.1 sub j (schrappen van de wetsbepaling over "gedekt verweer") bestaat geen bezwaar.

15) Ten aanzien van de aanbeveling van alinea 11.9.2 stemt de Adviescommissie ermee in, dat verzet in eerste aanleg gehandhaafd moet worden.

Zowel tegen de afschaffing van verzet in appel als tegen de invoering van de regel dat een defaillant in appel wordt geacht (een deel van) zijn stellingen van de eerste aanleg te hebben prijsgegeven, heeft de Adviescommissie daarentegen overwegende bezwaren. Betrekkelijk onbeduidende fouten aan de kant van een verweerder in appel²³ kunnen ertoe leiden dat deze verstek laat gaan (de mogelijkheid dat dat door een fout aan de kant van de appellant wordt veroorzaakt, verdient trouwens ook te worden vermeld). Het in het ER voorgestelde systeem bergt de aanmerkelijke kans in zich dat dan een voor de verweerder ongunstige uitspraak moet worden gegeven, waartegen in cassatie lang niet altijd iets te ondernemen zal zijn. Daarvoor bestaat noch uit billijkheidsoverwegingen noch uit overwegingen van efficiency voldoende grond.

Een bijkomend bezwaar is, dat het gesuggereerde systeem de verweerder noodzaakt om verweer in appel te voeren, ook in gevallen waarin het appel overigens geen aanleiding tot verweer zou geven.

In ieder geval zou verzet tegen de in appel op verstek gewezen uitspraak gehandhaafd moeten blijven op de gronden waarop in art. 425 Rv. verzet tegen arresten van de Hoge Raad wordt opengesteld, en in het geval dat de verstekuitspraak in appel is gewezen op het hoger beroep van de oorspronkelijke eiser tegen de op zijn vordering gewezen verstekuitspraak in eerste aanleg.

16) De laatste aanbevelingen uit het ER betreffen de cassatierechtspraak. Deze aanbevelingen werden in het IR reeds in het vooruitzicht gesteld; en de Adviescommissie heeft zich daar in haar eerdere advies kritisch over uitgelaten.

Heroverweging van de materie aan de hand van het ER leidt niet tot een ander standpunt:

- a) Wat betreft de aanbeveling van alinea 11.9.3 sub b (restrictievere bejegening van zgn. motiveringsklachten), herhaalt de Adviescommissie dat de motiveringscontrole in cassatie niet slechts een instrument is dat de kwaliteit van "lagere" rechtspraak bewaakt (en de rechtsbescherming van rechtzoekenden bevordert), maar dat de motiveringscontrole ook een wezenlijke bijdrage levert aan de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Op een aantal rechtsgebieden²⁴ heeft de motiveringscontrole de weg gebaad voor verdergaande toetsing in cassatie, dan wel de aanknopingspunten voor verdere ontwikkeling van het recht op het desbetreffende gebied toegankelijk gemaakt.

Deze aanbeveling verdient dan ook niet te worden gevolgd.

²³ Voor de hand liggend voorbeeld: onjuiste behandeling, door een onervaren personeelslid, van de binnengekomen aanzegging van appel. Alle leden van de Adviescommissie kennen uit persoonlijke ervaring voorbeelden van dergelijke "ongelukjes", ook bij op zichzelf deugdelijk ingerichte organisaties.

²⁴ Een sprekend voorbeeld biedt HR 10 april 1998, NJ 1998, 666, zie rov. 3.6 en 3.7.

- b) Het voorstel uit alinea 11.9.3 sub d (cassatie op ambtshalve bijgebrachte gronden) ontmoet zwaarwegende praktische en principiële bezwaren. Practisch dringt zich op dat deze mogelijkheid een onevenredige verzwaring van de taak van de Hoge Raad betekent, omdat nu eenmaal iedere zaak consciëntieus zal moeten worden onderzocht op mogelijke ambtshalve vast te stellen gebreken. Daaraan kan niet afdoen dat de Hoge Raad niet tot “ambtshalve cassatie” verplicht zou worden: een bevoegdheid als de onderhavige kan niet naar willekeur nu eens wel en dan weer niet worden benut. Principieel geldt, dat niet valt in te zien hoe de Hoge Raad in civiele zaken ambtshalve onderzoek op cassatiegronden zou kunnen combineren met een ten opzichte van partijen eerlijke rechtsgang. Daarvoor zou in elk geval niet voldoende zijn dat partijen in de gelegenheid worden gesteld, zich over een door de Hoge Raad gesignaleerde (mogelijke) cassatiegrond uit te laten: in dat stadium zal de Hoge Raad zich gewoonlijk al zodanig hebben gecommitteerd, dat het onbevungen “horen” van partijen niet meer mogelijk is (dat de *schijn* van vooringenomenheid in dat stadium bestaat, zal al helemaal moeilijk te vermijden zijn).
- c) Ook tegen de in alinea 11.9.3 sub e geformuleerde mogelijkheid van prejudiciële vragen, te stellen door appelrechters, blijft de Adviescommissie gekant. In het ER wordt aan de eerder op dit punt uitgesproken bezwaren tegemoet gekomen door de suggestie dat deze mogelijkheid aan strenge voorwaarden wordt gebonden, en alleen open wordt gesteld wanneer tussentijds “gewoon” cassatieberoep niet kan worden afgewacht. De Adviescommissie heeft echter geen omstandigheden kunnen bedenken waarin dat geval zich zou (kunnen) voordoen – zodat hier de voorgestelde remedie de zin aan het gesuggereerde middel zou ontnemen. Dat is minder bezwaarlijk dan het voorstel zoals dat aanvankelijk werd geformuleerd; maar nog altijd onwenselijk, en te ontraden.

17) Het zojuist in alinea 16 besprokene behandelt de aanbevelingen van alinea 11.9.3 sub b, d en e van het ER. De bezwaren tegen de aanbeveling van alinea 11.9.3 sub c werden hiervóór (in alinea 13 onder b) al besproken.

Het in alinea 11.9.3 sub a voorgestelde experiment zou misschien moeten worden overwogen in een stadium waarin de Hoge Raad met een onoplosbaar probleem van overbelasting geconfronteerd dreigt te worden. Momenteel is dat niet het geval, doordat de Raad een aanzienlijk aantal inhoudelijk minder relevante beroepen met toepassing van art. 81 RO kan afdoen, daarin gesteund door het feit dat de desbetreffende zaken door een gemotiveerde conclusie van het Parket zijn “voorbereid”²⁵. Zolang deze werkwijze in de praktijk naar behoren functioneert verdient die om voor de hand liggende redenen de voorkeur boven het afwijzen van beroepen zonder motivering én zonder inhoudelijk gemotiveerde conclusie.

18) Opgemerkt wordt overigens dat het aantal “kansloze” cassatieberoepen, en ook de daarmee gepaard gaande werkbelasting, naar de indruk van de Adviescommissie

²⁵ Zie over de toepassing van art. 81 RO in civiele zaken Hammerstein, TCR 2006, p. 6 e.v.

geringer is/zijn dan in het ER lijkt te worden aangenomen. Dat een zaak op basis van art. 81 RO wordt afgedaan betekent, dat de Hoge Raad de daarin aangesneden vragen als niet wezenlijk voor de rechtsontwikkeling beoordeelt (en het beroep als ongegrond); maar dat hoeft bepaald niet te betekenen dat het cassatieberoep als onberaden dan wel als bij voorbaat kansloos moet worden aangemerkt. Ook daarom is van de in het ER aanbevolen “voorselectie” minder effect te verwachten dan de voorstellers vermoedelijk menen²⁶. Dat sterkt de Adviescommissie in haar overtuiging dat de aanbeveling van alinea 11.9.3 sub a vooralsnog geen navolging verdient.

De Adviescommissie heeft in deze brief getracht te balanceren tussen (te) gedetailleerde bespreking van materie die, althans voor een wezenlijk deel, ook in het IR en in het commentaar van de Adviescommissie op het IR al uitvoerig is besproken enerzijds, en een voldoende onderbouwd advies aan Uwe Excellentie anderzijds.

Zij voegt hieraan toe dat door het in genoemd kader volgen van de grote lijn van het gewone proces, een aantal onderwerpen die daaraan niet direct raken in dit advies niet zijn besproken – zoals de voorgestelde geschillencommissies en de rol van rechtsbijstandverzekeraars daarin of de mogelijke rol van advocaten bij cassatie in het belang der wet. (De Adviescommissie staat overigens – overeenkomstig haar advies in het IR – kritisch tegenover deze voorstellen.)

De Adviescommissie houdt zich dan ook gaarne bereid tot nadere advisering over deze en andere onderwerpen uit het ER, wanneer daaraan behoefte mocht blijken te bestaan.

Hoogachtend,

J.L.R.A. Huydecoper
voorzitter

²⁶ De schatting dat 30% van aangeboden civiele zaken via “voorselectie” ongemotiveerd zou kunnen worden afgedaan (alinea 9.3.4.5 van het ER), lijkt de Adviescommissie dan ook veel te optimistisch.

Overigens houdt de aanbeveling er geen rekening mee dat op het advies van het betrokken lid van het Parket naar vaste rechtspraak van het EHRM de partijen de gelegenheid moeten krijgen daarop (per brief) te reageren.