

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

De prijs van het gelijk

*Een kritische nabespreking van het systeem
van vergoeding van gerechtelijke en
buitengerechtelijke kosten.*

*Mr. J.H. van Dam-Lely
Mr. M.L. Tuil*

2008, maart

De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten.

Verslag van de discussie van de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 1 juni 2007.

In het eerste gedeelte van deze publicatie zijn de inleidingen opgenomen van achtereenvolgens mr. J.L.R.A. Huydecoper, mr. G.A. van der Veen en mr. F.B. Falkena. Na iedere inleiding is er voor de aanwezigen gelegenheid om vragen te stellen en van gedachten te wisselen. Van de discussie vindt u hieronder de weergave.

De kosten van de procedure vormen ook na de modernisering van het procesrecht nog steeds een heet hangijzer. De directe aanleiding voor de keuze van het onderwerp 'kosten' voor deze vergadering is de verruiming van de mogelijkheid tot vergoeding van proceskosten in IE-zaken (art. 1019h Rv)¹. Met deze inleidende woorden geeft de voorzitter, prof. mr. C.J.M. Klaassen, de aftrap voor de gedachtewisseling over de 'Prijs van het gelijk'. Zij geeft het woord aan de eerste inleider, Huydecoper.

Mr J.L.R.A. Huydecoper Wat mag recht kosten?

Stellingen

1. Voor beperking van de kosten waarop een winnende procespartij aanspraak kan maken is alleen dan grond, als men meent dat dat een wezenlijke bijdrage levert aan de toegang tot de rechter. Als men meent dat dat niet het geval is – bijvoorbeeld omdat de 'toegangs nadelen' voor de winnende partij de 'toegangsvoordelen' voor de verliezende partij in evenwicht houden -, zou men moeten kiezen voor een systeem met als uitgangspunt, dat redelijkerwijs gemaakte kosten van vaststelling van aansprakelijkheid² en verhaal in volle omvang voor vergoeding in aanmerking komen. Ter wille van de eenvoud en hanteerbaarheid kan een dergelijk systeem ook met forfaitaire vergoedingsbedragen 'werken'.
2. Een systeem dat gericht is op beperking van de voor verhaal in aanmerking komende kosten van de winnende partij, behoeft een deugdelijke wettelijke onderbouwing. Op basis van in de praktijk gevormd ongeschreven recht dan wel pseudo-regelgeving alléén, kan zo'n systeem niet goed werken.

In zijn inleiding voert Huydecoper ons langs het systeem van proceskostenveroordeling van de ons omringende landen en de Verenigde Staten. Deze toer laat een caleidoscopisch beeld zien van verschillende systemen variërend

¹ Art. 1019h Rv is gebaseerd op Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157 van 30.4.2004) (hierna ook: Europese Handhavingsrichtlijn in IE-zaken).

² Daaronder begrepen: vaststelling dat men *niet* aansprakelijk is.

van het *niet* vergoeden van de proceskosten (VS) tot het *volledig* vergoeden van de proceskosten (Duitsland). Bij de gemaakte keuzes gaat het steeds om 'de toegang tot de rechter', waarbij blijkt dat het 'mes aan twee kanten kan snijden'. In sommige landen geldt als uitgangspunt dat de toegang tot de rechter wordt *bevorderd* door volledige vergoeding van de proceskosten (Huydecoper noemt ondermeer Duitsland en Engeland als voorbeeld), terwijl in andere landen (waaronder Nederland en de VS) de vrees bestaat dat volledige proceskostenvergoeding de toegang tot de rechter juist *belemmert*. Vervolgens laat Huydecoper zien hoe de rechtsstelsels die een volledige proceskostenveroordeling kennen, op uiteenlopende wijze te werk gaan bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding. Duitsland gebruikt voor de Unterliegungshaftung door de overheid vastgestelde maatstaven, in Engeland geldt een ingewikkeld systeem naast een discretionaire bevoegdheid van de rechter terwijl in Frankrijk de discretionaire bevoegdheid van de rechter voorop staat. Het Engelse en Franse systeem staan aan veel kritiek bloot. De gecompliceerdheid van het Engelse systeem wordt betiteld als 'extremely wasteful'; het Franse systeem wordt is 'onvoorspelbaar'.

Huydecoper onderwerpt het Nederlandse systeem, dat hij in het 'midden' positioneert, aan een kritische beschouwing. De praktijk van de kostenbeperking in Nederland is ingegeven door de wens de kostendrempel laag te houden. Zou de beperking dan niet ook moeten gelden voor de 'preprocessuele kosten'? Nederland heeft geen wettelijke basis om de vergoeding van preprocessuele kosten aan banden te leggen. Overigens is ons systeem van forfaitaire proceskostenvergoedingen evenmin op de wet gebaseerd: de enige basis daarvoor zijn de in de praktijk gegroeide afspraken, neergelegd in het Liquidatietarief. Een duidelijke en afgewogen keuze voor deze wijze van vaststelling van de proceskosten is nooit gemaakt. Beperkt volledige proceskostenvergoeding de toegang tot de rechter? Is enige beperking van de toegang tot de rechter wenselijk? Huydecoper's stelling 'ten principale' is: ons systeem deugt niet. Hij sluit af. Indien geen werkelijk klemmende redenen bestaan om in het belang van de 'toegang tot de rechter' de proceskostenvergoeding laag te houden, moeten we voorrang geven aan de billijkheidsregel dat de proceskosten van de 'winnaar' dienen te worden vergoed. Huydecoper pleit dan wel voor een eenvoudig toe te passen systeem. In zekere zin beantwoordt het Liquidatietarief daaraan (zie de eerste stelling). Mochten we willen vasthouden aan het uitgangspunt van het beperkt houden van proceskostenvergoeding, dan moet dat in wetgeving worden vastgelegd met daarbij de bepaling dat van dat uitgangspunt niet (gemakkelijk) contractueel kan worden afgeweken. Anders 'neem je met de ene hand, wat met de andere hand wordt gegeven' (zie de tweede stelling).

Klaassen bedankt Huydecoper voor zijn rechtsvergelijkende en afgewogen beschouwing en nodigt de zaal uit om tegenspraak te leveren.

Smits (advocaat bij ING) neemt als eerste het woord. De affiniteit van Smits met het thans aan de orde zijnde onderwerp vloeit niet in het minst voort uit het feit dat hij zelf over artikel 6 EVRM en de toegang tot de rechter heeft geschreven³. Smits gaat in op de passage in de eerste stelling van Huydecoper waarin wordt gesproken van de (eventuele) keuze voor een systeem waarin de redelijkerwijs gemaakte kosten in volle omvang voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. Is dat niet een innerlijk tegenstrijdig uitgangspunt? Welk criterium kan worden aangelegd om te bepalen wat de *redelijkerwijs* gemaakte kosten zijn, die in

³ P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, diss. Rotterdam, Zwolle: Tjeenk Willink, 1996.

volle omvang voor vergoeding in aanmerking komen? Huydecoper reageert kort op dit punt en meent dat het begrip 'in redelijkheid gemaakte kosten' een bruikbaar criterium is. Hij toont dat aan door de stelling om te keren: onredelijk gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking. Het tweede punt dat Smits te berde brengt betreft het tweede deel van de eerste stelling waarin ter wille van de eenvoud het gebruik van forfaitaire vergoedingsbedragen voorstaat. Is het niet tegenstrijdig om enerzijds te spreken van redelijkerwijs gemaakte kosten en anderzijds forfaitaire bedragen te hanteren? Welk criterium moet gelden voor de forfaitaire bedragen? Huydecoper is het ermee eens dat er een tegenspraak zit in het hanteren van een systeem van volledige vergoeding van redelijkerwijs gemaakte kosten enerzijds en het introduceren van forfaitaire vergoedingsaanspraken anderzijds. Hij meent echter dat die tegenstrijdigheid verantwoord is in het belang van de eenvoud. Hij illustreert dat aan de hand van het Duitse systeem aan de ene kant en het Franse en het Engelse systeem aan de andere kant. Duitsland heeft twee uitgangspunten: vergoeding van kosten maar een niet te ingewikkelde procedure. De genuanceerdere respectievelijk meer arbitraire Engelse en Franse systemen illustreren dat men veel tijd en geld kwijt is om de kosten vastgesteld te krijgen en dat men daarover ontevreden is. Moeite en kosten staan niet in verhouding tot 'waar het om gaat'. Huydecoper geeft toe dat er iets verloren gaat van het uitgangspunt om alle kosten vergoed te krijgen als men vereenvoudigt door met forfaitaire bedragen te gaan werken. Het belang van de eenvoud billijkt die keuze echter.

Voet (werkzaam bij de Juridische Faculteit van de Universiteit van Gent en advocaat) geeft een toelichting over het systeem van vergoedingen van proceskosten in België. Daags voor de vergadering is een gloednieuwe wet in het Belgische Staatsblad⁴ verschenen, waarbij België heeft gekozen voor een systeem van forfaitaire proceskostenvergoedingen. De wet zal waarschijnlijk 1 januari 2008 in werking treden. De partij de procedure wint, heeft recht op een forfaitair basisbedrag ter vergoeding van haar proceskosten. De forfaitaire bedragen worden bij KB vastgesteld. De forfaitaire bedragen zijn uitdrukkelijk basisbedragen. De wet geeft de rechter de ruimte om af te wijken van de forfaitaire bedragen op vier (door partijen aan te voeren) gronden: de complexiteit van de zaak, de financiële draagkracht van de betreffende partij, een onderlinge afspraak en de redelijkheid en billijkheid. Het is partijen bij wet verboden om de proceskostenvergoeding uit te sluiten.

Naar aanleiding van enige vragen vanuit de vergadering stipt Voet nog een drietal punten aan. Op de vraag van Huydecoper of de werkelijk gemaakte proceskosten nog van enig belang zijn, antwoordt Voet dat die geen enkele rol spelen bij de vaststelling van de te vergoeden kosten, niet bij de vaststelling van de forfaitaire bedragen en evenmin bij de mogelijkheid om van de forfaitaire bedragen af te wijken. Uitsluitend de 'noodzakelijk gemaakte' advocaatkosten komen voor vergoeding in aanmerking. Er is zelfs sprake van een uitdrukkelijk verbod om niet vergoede advocaatkosten in een aparte procedure op de (verliezende) wederpartij te verhalen. Geen volledige vergoeding van de proceskosten dus. Zijn de buitengerechtelijke kosten inbegrepen (Falkena)? De regeling heeft betrekking op zowel de buitengerechtelijke als op de gerechtelijke proceskosten. Huydecoper constateert dat een pré van de Belgische regeling is ten opzichte van de

⁴ Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat (1), Belgisch Staatsblad 31 mei 2007, p. 29541. Zie voorts noot 3 van de bijdrage van Huydecoper elders in deze publicatie.

Nederlandse situatie dat het Belgische systeem nu is gebaseerd op een KB, terwijl bij ons het Liquidatietarief slechts een afspraak tussen de rechterlijke macht en de balie behelst. Roëll vraagt hoe het in België staat met de aanpassing van de Belgische wetgeving aan de Europese Handhavingsrichtlijn in IE-zaken. De Handhavingsrichtlijn geeft de winnende partij in IE-zaken recht op vergoeding van werkelijk gemaakte kosten, terwijl nu juist de strekking van de nieuwe Belgische wet is dat vergoeding van werkelijk gemaakte kosten niet mogelijk moet zijn. Voet beaamt dat de Handhavingsrichtlijn bij de nieuwe wet niet is meegenomen. Uit de in België verschenen commentaren op de wet blijkt dat men verwacht dat toepassing van de Handhavingsrichtlijn daardoor tot problemen zal kunnen leiden. Volgens Voet zal dit probleem zich niet alleen zal voordoen in IE-zaken, maar ook bij de toepassing van artikel 6 van de Belgische Wet in zake Betalingsachterstanden⁵. Ook volgens dat artikel heeft de winnende partij aanspraak op volledige vergoeding van de door haar gemaakte proceskosten.

Mr. G.A. van der Veen

Proceskostenveroordelingen in het bestuurs(proces)recht

Stellingen

1. De kostenveroordeling in het bestuurs(proces)recht kent karige bedragen. Zij ziet bovendien slechts op een vrij beperkt aantal proceshandelingen. Dat laatste is te rechtvaardigen, in verband met de betrekkelijke overzichtelijkheid van het bestuursproces. Dat eerste echter niet immer, bijvoorbeeld wanneer het gaat om grote belangen en/of ingewikkelde kwesties en de inzet van rechtsbijstandverleners navenant is.
2. De kostenveroordeling in het bestuurs(proces)recht is toegespitst op de vernietiging of herroeping van een besluit. De kostenveroordeling komt ten goede aan degene wiens - daartoe strekkende - bezwaar of beroep gegrond wordt verklaard en ten laste van het bestuursorgaan wiens besluit wordt vernietigd. Het bestuurs(proces)recht kent geen goede voorzieningen voor veroordelingen van of ten gunste van derden. Om die reden kunnen derden zonder groot proceskostenrisico elkaar in bestuursrechtelijke procedures betrekken. Jarenlange stagnatie van - bijvoorbeeld - bouwmarkten door procedures van concurrerende bouwmarkten worden zo bevorderd, en bestuursrechtelijke burenruzies ook.
3. Het verdient overweging om ook in het bestuurs(proces)recht integrale kostenveroordelingen mogelijk te maken, bijvoorbeeld wanneer bestuursorganen 'tegen beter weten in' een besluit nemen en handhaven, of de handhaving van Europeesrechtelijke aanspraken daartoe aanleiding biedt.

Voordat Van der Veen zijn stellingen bespreekt, zet hij kort uiteen op welke wettelijke regeling de kostenveroordeling in het bestuursrecht thans is gebaseerd. Artikel 8:75 Awb regelt de kostenveroordeling bij beroepsprocedures bij de

⁵ Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (1), Belgisch Staatsblad 7 augustus 2002, p. 34281.

bestuursrechter. De Awb kent sinds 2002 de mogelijkheid van kostenveroordeling in de bestuurlijke voorfase (bezwaar en administratief beroep), zie art. 7:15 resp. 7:28 Awb). Zowel de proceskostenvergoeding bij de bestuursrechter als de proceskostenvergoeding in bezwaar en beroep kent forfaitaire bedragen en heeft een exclusief karakter doordat de proceskostenvergoeding alleen bij de bestuursrechter geldend is te maken. Besluiten komen soms tot stand via ontwerpbesluiten, waartegen bedenkingen kunnen worden ingediend. Daarmee is vaak veel tijd en inspanning gemoeid. Voor de kosten gemaakt in deze fase kent het bestuursrecht (nog?) geen mogelijkheid tot vergoeding.

Van der Veen licht zijn eerste stelling toe. Het Besluit proceskosten bestuursprocesrecht⁶, waarin de te hanteren criteria voor de proceskostenvergoeding zijn opgenomen, hanteert voor de vaststelling van de proceskostenvergoeding een puntensysteem: per proceshandeling een hele of een halve punt. De werkelijk gemaakte kosten spelen geen rol. Door de eenvoudige opzet van het bestuursproces levert een standaard gewonnen bezwaar of beroep € 644,- op. De wegingsfactoren die het Besluit proceskosten bestuursprocesrecht kent, worden zelden toegepast; van de mogelijkheid om van de vaste tarieven af te wijken op grond van bijzondere omstandigheden wordt zelden gebruik gemaakt. Daardoor is de situatie thans zo dat ook in zeer ingewikkelde zaken die veel voorbereiding vergen veelal een vergoeding van slechts €644,- wordt toegekend. Dat is karig.

In zijn tweede stelling betoogt Van der Veen dat de kostenveroordeling in het bestuursrecht onvoldoende een drempel vormt tegen 'lukraak' procederen. In bezwaar of administratief beroep biedt artikel 7:15 Awb alleen de mogelijkheid tot een kostenveroordeling in geval van herroeping ten gevolge van een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Ook bij de bestuursrechter worden in de praktijk alleen proceskostenveroordelingen uitgesproken bij de vernietiging van een besluit, ook al biedt artikel 8:75 Awb - letterlijk gelezen - meer ruimte waar het bepaalt dat een partij kan worden veroordeeld in de kosten van een andere partij. Natuurlijke personen blijven daarbij echter goeddeels buiten schot doordat zij alleen in de kosten kunnen worden veroordeeld indien zij kennelijk onredelijk gebruik hebben gemaakt van het procesrecht (art. 8:75 lid 1 Awb). Van de ruimte die artikel 8:75 Awb naar de letter overigens biedt, wordt weinig gebruik gemaakt. En als er gebruik van zou worden gemaakt, zou er overigens weinig dreiging van uitgaan, omdat de forfaitaire bedragen van de proceskostenvergoedingen zeer laag zijn. De kosten kunnen voor een belanghebbende die een bestuursrechtelijke procedure aanspant minimaal blijven niet in het minst door het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging. Hierdoor kunnen bijvoorbeeld actiegroepen bestuursbesluiten schier eindeloos tegenhouden. De mogelijkheid om vrijwel risicoloos bestuursrechtelijke procedures te voeren kan er ook toe leiden dat betrokkenen een tussen hen bestaand geschil over de band van de bestuursrechter uitvechten. Als voorbeeld noemt Van der Veen onder meer de bouwmarkt die de vergunningverlening aan een concurrerende bouwmarkt (ten onrechte?) vertraagt. De derdebelanghebbende bouwmarkt (vergunninghouder), die zo in de bestuursrechtelijke procedure worden betrokken, zal echter zelden tot nooit zijn proceskosten vergoed krijgen, ook al biedt artikel 8:75 Awb daartoe naar de letter wel de ruimte. Van der Veen vindt het een ongelukkige situatie dat de derde in het

⁶ De proceskostenvergoeding voor het bestuursrecht is uitgewerkt in het Besluit van 22 december 1993, Stb. 1993/763, gewijzigd bij besluit van 25 februari 2002, Stb. 2002/113 (zie ook noot 17 in de bijdrage van Van der Veen elders in deze publicatie).

bestuursproces die vaak grote kosten moet maken om zijn belangen naar behoren te verdedigen geen uitzicht heeft op een proceskostenvergoeding.

In de lijn van de recente ontwikkelingen ten aanzien van IE-zaken, waarin op grond van artikel 1019h RV thans integrale proceskostenvergoedingen mogelijk zijn, breekt Van der Veen in stelling drie een lans voor het introduceren van integrale proceskostenvergoedingen in het bestuursrecht. Volgens de literatuur is in IE-zaken voor de integrale proceskostenvergoeding de 'ernst van de overtreding' een bruikbare maatstaf. Deze gedachte transponerend naar het bestuursproces, acht Van der Veen het opportuun om onder omstandigheden een integrale proceskostenvergoeding mogelijk te maken. Van der Veen noemt een aantal voorbeelden. Integrale proceskostenvergoeding zou aan de orde kunnen zijn als een bestuursorgaan na de vernietiging van een besluit voor de tweede keer eenzelfde besluit neemt, als het bestuursorgaan de heersende jurisprudentie aan 'zijn laars lapt', als door een belanghebbende 'tegen beter weten in' verwijtbaar wordt geprocedeerd. Er zijn aanwijzingen dat de Hoge Raad onder omstandigheden als civiele rechter het forfaitaire vergoedingensysteem in fiscale zaken wil doorbreken als aan het gemeenschapsrecht een hogere vergoeding zou kunnen worden ontleend⁷. Daarvan zou sprake kunnen zijn als het gemeenschapsrecht niet doeltreffend kan worden gehandhaafd zonder dat een reële proceskostenvergoeding in het vooruitzicht gesteld kan worden.

Klaassen bedankt Van der Veen voor het leerzame uitstapje naar het bestuursrecht.

Schueler (hoogleraar bestuursrecht aan de UvA) is het eens met de stelling van Van der Veen dat de derde (in het voorbeeld van Van der Veen de vergunninghouder) voor proceskostenvergoeding in aanmerking moet kunnen komen. Op de vraag van Schueler of de vergoeding van de proceskosten aan de derde ook in de voorfase mogelijk zou moeten zijn of alleen in de gerechtelijke fase, antwoordt Van der Veen dat de ervaring leert dat in de bezwaarfase door appellant al vele argumenten naar voren moeten worden gebracht. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de argumenten betreffende aspecten van de zaak die bij de bestuursrechter niet toetsbaar zijn vanwege de discretionaire bevoegdheid. Het weerspreken van de door appellant aangevoerde argumenten, vergt direct een grote inspanning van de derde. Waar de inspanning nodig is, moet de kostenveroordeling ook mogelijk zijn. Er zit geen principiële verschil in een 'wapenwedloop' in bezwaar en een 'wapenwedloop' bij de bestuursrechter. Voor het mogelijk maken van een proceskostenveroordeling ten gunste van de derde in bezwaar is wel een wetswijziging nodig.

Dijkstra (advocaat in Den Haag) merkt op dat bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht is overwogen dat we wat af zouden moeten van de rechtsbescherminggedachte van het bestuursrecht. Er zou meer nadruk moeten liggen op de evenwichtige verhouding tussen bestuursorgaan en belanghebbende. Zou dat niet een factor moeten zijn die men bij de proceskostenregeling moet meewegen? Van der Veen vat de vraag van Dijkstra aldus op: moet bij de proceskostenveroordeling genuanceerd worden naar de juridische kennis en achtergrond van partijen? Van der Veen vindt dat niet 'des bestuursrechts'. Die vraag zou ook bij de civiele procedure kunnen worden gesteld. Voor zover Van der Veen weet, wordt in civiele procedures niet genuanceerd naar partijen. Het lijkt hem ook niet praktisch als het resultaat van een procedure tegen een besluit van een grote

⁷ Zie noot 43, 44 en 45 van de bijdrage van Van der Veen elders in deze publicatie.

gemeente (met een groot bestuurlijk apparaat) anders is dan wanneer het een procedure betreft tegen een besluit van een kleine gemeente (met een klein bestuurlijk apparaat). Dat zou leiden tot verschillende resultaten ten aanzien van dezelfde procedure.

Van der Voort Maarschalk (advocaat in Den Haag) komt terug op de door Van der Veen te berde gebrachte kwestie van de doorbreking van de forfaitaire vergoeding op grond van het EG-recht. Zelf is Van der Voort Maarschalk sceptisch over de mogelijkheid om een integrale proceskostenvergoeding te krijgen als EG-rechten in het geding zijn. Hij is van mening dat de drempel van de effectieve toegang voor het EG-recht niet snel te hoog is mede gezien het feit dat de beperkte proceskostenvergoeding is ingegeven door het belang om de kosten voor de overheid te beperken en om ingewikkelde discussies over de gemaakte kosten en dergelijke te voorkomen. Hoe krachtig is het argument dat men een integrale proceskostenvergoeding zou kunnen krijgen als EG-rechten in het geding zijn? Van der Veen reageert. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat men in ieder geval binnen het kader van het Besluit proceskosten bestuursrecht moet proberen een bovenforfaitaire vergoeding te krijgen. Het zal lastig zijn om daarbuiten bij de civiele rechter een hogere vergoeding te krijgen gezien het exclusieve karakter van het Besluit proceskostenvergoeding bestuursrecht. De ervaring leert dat het Hof van Justitie niet snel ingrijpt in het nationale procesrecht. Er moet echt wat aan de hand zijn. Dat behoeft ons niet ervan te weerhouden 'iets te proberen': niet geschoten is immers altijd mis. De Veronica-zaak⁸ is overigens een voorbeeld van een procedure waarin partijen zich kennelijk niet hebben laten weerhouden door de hoge kosten en de daartegenover staande geringe proceskostenvergoeding van € 644,-. Maar het zou niet zo moeten zijn dat men moet afzien van een procedure vanwege de discrepantie tussen de daarmee gemoeide kosten en de zeer kleine proceskostenvergoeding van € 644,-. Dit spreekt temeer waar de procedure om een klein belang gaat.

Mr. F.B. Falkena **Kosten discriminatie**

Stellingen

1. Kosten verbonden aan een procedure – zoals exploitkosten, griffierecht en (verplichte) rechtsbijstand – leveren vermogensschade op in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW.
2. Proceskosten en buitengerechtelijke kosten zijn soortgelijk en worden slechts van elkaar onderscheiden door de wettelijke bepalingen inzake de vergoeding van die kosten.
3. De toetsingscriteria voor toewijzing van vermogensschade in de vorm van proceskosten, dan wel in de vorm van buitengerechtelijke kosten zouden gelijklopend moeten zijn. De dubbele redelijkheidstoets zou daarvoor kunnen dienen.
4. Voor het royaler vergoeden van schade gekwalificeerd als buitengerechtelijke kosten dan van schade gelabeld als proceskosten bestaat geen grond. De

⁸ CBB 13 mei 2005, AB 2005, 414 m.nt. GC, JB 2005, 226, zie noot 25 bij de bijdrage Van der Veen elders in deze bundel. In zijn bijdrage licht Van der Veen deze zaak toe.

dogmatische opvatting dat het ten onrechte procederen geen onrechtmatige daad oplevert, maakt dit niet anders.

Na de pauze breekt Falkena een lans voor het opheffen van het onderscheid tussen buitengerechtelijke kosten en proceskosten. De rechtsgrond voor de proceskostenveroordeling is te vinden in artikel 237 Rv, terwijl als de basis voor de vergoeding van buitengerechtelijke kosten wordt gezien de verbintenisrechtelijke titel tot vergoeding van vermogensschade. Wat is de ratio van het onderscheid? Falkena gaat voor een antwoord op die vraag dieper in op de ratio van artikel 237 Rv. Is dat de fictie: een ieder wordt geacht de wet te kennen? Is het niet veeleer een risicoregeling? De kosten worden toegerekend aan de in het ongelijk gestelde partij. Falkena acht de voordelen van een toedeling naar de mate van gelijk en een forfaitair systeem evident, maar zoekt naar de rechtsgrond daarvan, de rechtvaardiging. Omdat de rechtsverhouding tussen partijen steeds complexer is geworden, ligt het voor de hand ook andere aspecten te betrekken bij het antwoord op de vraag of de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden veroordeeld, zoals: is de onduidelijke rechtssituatie aan een van de partijen te wijten, hebben partijen redelijk gehandeld door het op een procedure te laten aankomen? Bij die wijze van benaderen valt het verschil tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten weg. Falkena beaamt het grote bezwaar van de redelijkheidstoets, omdat dat leidt tot een afzonderlijk geschil. Dat zou kunnen worden vereenvoudigd door forfaitaire tarieven te hanteren die zijn gebaseerd op de werkelijkheid. Daarbij merkt Falkena op dat de verschotten altijd worden begroot op basis van de werkelijke kosten. Kennelijk is er een weerstand om de verliezende partij te belasten met hoge advocaatkosten. Het rapport Voorwerk II maakt geen verschil tussen buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten. Het kent net als voor de gerechtelijke kosten ook voor buitengerechtelijke kosten een forfaitair systeem met dien verstande dat er een mogelijkheid is voor een partij om te stellen en bewijzen dat de buitengerechtelijke kosten hoger zijn dan de twee punten van het toepasselijke Liquidatietarief. Van die mogelijkheid wordt zelden gebruik gemaakt. En, vraagt Falkena zich af, vormen hoge kosten wel een beletsel om te procederen? De redelijke vergoeding van de proceskosten die arbiters in NAI arbitrages kan opleggen, komt meestal neer op een volledige vergoeding van de proceskosten. Dat weerhoudt partijen er niet van arbitrale clausules overeen te komen. En anderzijds zal de regeling ook een wenselijke waarborg vormen tegen onnodige arbitrages.

Wat moet er gebeuren? Gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten moeten beide aan een dubbele redelijkheidstoets worden onderworpen. Daartoe moet een forfaitair systeem worden gehanteerd dat aansluit bij de werkelijkheid. Falkena denkt daarbij aan een tarief van € 200,- per uur. Als dat leidt tot een vermindering van het aantal zaken is dat volgens Falkena niet direct een bezwaar. Het is overigens de vraag of het door Falkena voorgestelde systeem een rem of een aanjager zal zijn. Het zou twee kanten op kunnen 'waaien'. Mogelijk is het risico van een hogere kostenveroordeling voor partijen een overweging van doorslaggevend belang voor de keuze voor mediation.

Klaassen dankt Falkena voor zijn duidelijke inleiding en geeft het woord aan de zaal.

Roëll (vice-president rechtbank Haarlem) geeft alvast een voorproefje van het artikel van zijn hand dat binnenkort in *Trema*⁹ zal verschijnen. Daarin neemt hij stelling tegen het standpunt van Brunner¹⁰ inzake de proceskostenvergoeding en volgt hij in grote lijnen eenzelfde gedachtegang als Falkena. Uit praktische overwegingen is Roëll voor 'eenvoud' in de proceskostenvergoedingen. Ten aanzien van de buitengerechtigde kosten kent Rapport Voorwerk II een gemakkelijk hanteerbaar systeem. Roëll is er een voorstander van dat het - door de Hoge Raad zijns inziens onnodig ingewikkeld gemaakte - systeem ten aanzien van de bedongen kosten wordt vereenvoudigd. Hij voelt ervoor het Liquidatietarief te verhogen, maar zeker niet om het af te schaffen. Roëll wijst op een aantal voordelen van het huidige Liquidatietarief. Aan de hand van het Liquidatietarief is goed aan de cliënt uit te leggen welke risico's hij loopt. Het niet al te hoog oplopen van de proceskostenvergoeding biedt voordelen in zaken, waarover rechtbank, hof, AG en Hoge Raad verschillend oordelen. Het zou niet redelijk zijn om in dergelijke zaken die 'een dubbeltje op zijn kant' zijn aan het einde van de rit - na cassatie door de Hoge Raad - de verliezende partij met alle kosten op te zadelen. Iets vergelijkbaars speelt bij IE-zaken. Over de vraag of een nieuwe vinding als 'aanhaken' moet worden beschouwd is vaak discussie mogelijk. Vormen de risico's van hoge proceskostenveroordelingen niet indirect een onnodige rem op de vindingrijkheid van de commercie?

Falkena benadrukt dat bij de roep om eenvoud het grote belang van de proceskostenveroordeling niet uit het oog moet worden verloren. Het gaat om hoge bedragen. Hij is het eens met Roëll dat niet alleen op basis van ongelijk de vergoeding moet worden bepaald.

Aan de hand van tal van voorbeelden betoogt Duk (advocaat in Den Haag) dat het van belang is in het oog te houden dat een uniforme regeling niet zal werken. Zo kent ook het Amerikaanse systeem uitzonderingen op de regel dat geen proceskostenveroordeling wordt uitgesproken. Een voorbeeld daarvan zijn de discriminatiezaken. In dat soort zaken kent het Amerikaanse systeem een gedetailleerd stelsel van berekening van de proceskosten, lijkende op het Duitse systeem. Een uniforme regeling van proceskostenvergoeding zal niet werken. Er moet onderscheid worden gemaakt naar gelang het type zaak waar men mee te maken heeft. Hebben we te maken met grote commerciële geschillen, waarin een volledige proceskostenveroordeling aangewezen is of met een principiële zaak met een klein belang?

Van der Veen onderschrijft de gedachte van Duk dat het van belang is te kijken naar de concrete situatie. Op zichzelf is Van der Veen niet ongelukkig met het forfaitaire systeem van proceskostenvergoedingen in het bestuursrecht, maar hij vraagt aandacht voor de situaties waarin de discrepantie te groot wordt en de gevallen waarin je een ongewenste 'procedeervrijdom' creëert waarvan procedures van de bouwmarkten een mooi voorbeeld zijn. Huydecoper voelt wel voor de differentiatie, maar het nadeel ligt voor de hand. Differentiatie bergt het gevaar in zich van een onhanteerbaar systeem. Illustratief is het ingewikkelde en moeilijk toepasbare Franse systeem, hoe mooi en rechtvaardig het ook is. Dat in aanmerking nemende is Huydecoper toch het meest geporteerd van de simpele (zij het

⁹ Theo Roëll, Twintig jaar van kleur verschietende proceskosten, *Trema* 2007, blz. 210-211. Roëll wil met deze opmerking zekerstellen dat de lijn van zijn artikel in *Trema* uit zijn eigen brein is ontsproten en hij daartoe niet is geïnspireerd door de lezing van Falkena.

¹⁰ Noot Brunner onder HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275.

arbitraire) regel: wie wint krijgt zijn kosten vergoed volgens een eenvoudig (forfaitair) systeem. Hoewel er een slang zit in het paradijs - dikwijls kan immers vruchtbaar worden gediscussieerd over de vraag wie nu gelijk of ongelijk heeft – keert Huydecoper terug naar zijn uitgangspunt: ‘Laten we het simpel houden’.

Falkena merkt op dat Duk de door hem voorgestelde criteria aanvult met de aard van het geschil en de hoedanigheid van partijen. Deze criteria vormen voor de hand liggende verbeteringen op het huidige systeem. De rechterlijke macht hanteert het Liquidatietarief – in feite louter een afspraak tussen de balie en de rechterlijke macht - als ijzeren systeem en laat geen uitzondering toe. Daarmee wordt het een keurslijf. De wijze waarop het Liquidatietarief wordt toegepast, doet niet altijd recht aan de vraag van partijen aan de rechter om een eerlijke beslissing te geven.

Op deze laatste opmerking reageert De Bock (raadsheer Hof Leeuwarden), die uit ervaring weet dat bij het Hof Leeuwarden wel degelijk wordt ‘gemorreld’ aan het Liquidatietarief en dan vooral in neerwaartse richting; de mogelijkheden tot aanpassing in opwaartse richting acht zij vrijwel nihil. Heel vaak wordt over de toepassing gediscussieerd. Voorwerp van discussie vormen dan bijvoorbeeld het aantal toe te kennen punten, de vraag of een bepaalde proceshandeling (akte) moet worden meegeteld of het zoeken van een ander aanknopingspunt voor het tarief. Zo wordt al veel met de redelijkheid gewerkt bij de beslissing over de proceskostenveroordeling. Bij de toepassing ondervindt het hof vooral problemen aan de onderkant van het tarief. De tarieven aan de onderkant zijn te laag. Falkena antwoordt daarop dat de rechter strikt genomen geen enkel wettelijk beletsel heeft om van het Liquidatietarief af te wijken. Hij is niet alleen verheugd dat het Liquidatietarief voorwerp van discussie vormt, maar vooral dat kennelijk meer aspecten dan alleen het ongelijk worden meegewogen bij de beslissing over de hoogte van de veroordeling.

Vreeswijk (advocaat in Hilversum) vraagt zich af waarom het Liquidatietarief niet zou kunnen worden vervangen door het systeem dat via de Raad voor Rechtsbijstand is ontwikkeld¹¹. Op zorgvuldige en doordachte wijze is een puntensysteem ontwikkeld waarin elk soort zaak is gewaardeerd op een bepaald aantal punten. Een arbeidszaak bijvoorbeeld is gewaardeerd op acht punten. Voor de proceskostenveroordeling zou de waardering van een punt bijvoorbeeld verdubbeld kunnen worden van € 100,- naar € 200,-. Dat lijkt veel beter en genuanceerder dan een systeem dat is gebaseerd op het aantal geproduceerde stukken. Falkena juicht de suggestie toe: hij is blij met elke bijdrage aan het vinden van een oplossing die het mogelijk maakt om te ontkomen aan het ijzeren Liquidatietarief.

Aan Falkena stelt Van Schaik (advocaat Rotterdam) de vraag of een forfaitair uurtarief niet als bij-effect zal hebben dat het een soort markttarief wordt en daarmee mededingingsrechtelijk problemen zal geven? Falkena is daarover niet zo ongerust. Het is een maatstaf voor de rechter. Dat kan aan de cliënt worden uitgelegd, zoals ook aan de cliënt kan worden uitgelegd dat het Liquidatietarief niet de maatstaf is voor de berekening van het honorarium van de advocaat. Bovendien kunnen variabelen worden ingebouwd aan de hand waarvan de rechter naar boven en naar beneden van het tarief kan afwijken.

¹¹ Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000, zie ook de site van de Raad voor Rechtsbijstand. www.rvr.org

Volgens Tzankova (UvT, binnenkort advocaat in Amsterdam) wordt het kostenvraagstuk vaak geplaatst in de sleutel van de toegang tot het recht. Daarbij beperken wij ons veelal tot de toegang tot de rechter. Een iets andere invalshoek is de toegang tot een oplossing. Ook als buitengerechtelijk naar een oplossing wordt gezocht, kan er behoefte zijn aan expertise, technische of juridische. Hoe zouden de inleiders staan tegenover de gedachte dat als partijen deskundigen raadplegen om een schikking te bewerkstelligen of zelfs tuchtrechtelijke procedures volgen – zoals in de Vie d' Or kwestie – de daarmee gemoeide kosten als buitengerechtelijke kosten vergoed zouden kunnen krijgen voor het geval het geschil tot een gerechtelijke procedure leidt? Ingeschakelde deskundigen of de uitkomsten van een tuchtrechtelijke procedure kunnen de rechter behulpzaam zijn bij zijn beslissing. Zouden de daarmee gemoeide kosten dan niet voor vergoeding als buitengerechtelijke kosten in aanmerking moeten komen?

Falkena ziet twee interessante elementen in deze vraag: de toegang tot het recht ofwel tot de rechter en het royaler vergoeden van de buitengerechtelijke kosten. Vaak komt hij in zijn praktijk tegen dat een cliënt afziet van het entameren van een procedure in de wetenschap dat hij zijn advocaatkosten niet zal kunnen verhalen op de wederpartij als hij de zaak wint. De onmogelijkheid van het verhalen van die kosten staat dus aan de procedure in de weg. Tzankova bepleit nu zelfs dat de kosten die in de voorfase worden gemaakt terzake van het inschakelen van deskundigen of het voeren van tuchtrechtelijke procedures (dogmatisch gezien buitengerechtelijke kosten) in een eventuele opvolgende procedure royaler zouden moeten worden vergoed. Daarmee zit Tzankova op Falkena's spoor. Waarom – zo vraagt Falkena zich nog een keer af - laten wij het systeem van de gerechtelijke en de buitengerechtelijke kosten zo ver uit elkaar lopen?

In navolging van deze opmerking maakt Huydecoper ons deelgenoot van een 'stokpaard dat hem al geruime tijd dwarszit'. In een geschil waarin (voor de procedure) ter vaststelling van de aansprakelijkheid deskundigen worden ingeschakeld, krijgt de partij die onrechtmatig is bejegend en gelijk krijgt de kosten van de deskundigen als schade vergoed, terwijl de partij die zich verweert en gelijk krijgt, de kosten van haar deskundige niet op de wederpartij kan verhalen. Dat is immers geen schade.

Klassen sluit af. Zij dankt de inleiders voor de caleidoscopische visie die zij de vergadering hebben geboden en die stof geeft tot verder nadenken.

Mr. J.H. van Dam-Lely en mr. M.L. Tuil, beiden verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.