



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken : regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

Vrendenbarg, C.J.S.

Citation

Vrendenbarg, C. J. S. (2018, February 1). *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken : regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58468>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58468>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58468> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Vrendenbarg, Charlotte

Title: Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken : regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

Date: 2018-02-01

4. PROCESKOSTENVEROORDELING EN -VERGOEDING IN NEDERLANDS PERSPECTIEF: HET KOSTENSTELSEL VAN ART. 237 E.V. RV EN ART. 6:96 BW

4.1 Inleiding

53 Algemeen

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, vereisen art. 47 Handvest en art. 6 EVRM dat eenieder een praktische en effectieve toegang tot de rechter heeft. Uit de bepalingen volgt een positieve verplichting voor de verdragsstaten om waarborgen te stellen tegen blootstelling aan hoge, prohibitieve kosten, en om gefinancierde rechtsbijstand te bieden waar nodig.¹ Deze verplichting geldt ten aanzien van alle proceskostenregelingen in civiele procedures die binnen de werkingssfeer van de verdragen vallen, dus ongeacht of deze van Europese signatuur zijn (zoals art. 1019h Rv²) of van nationale signatuur.

In dit hoofdstuk zullen de algemene regels over de vergoeding van proceskosten en buitengerechtelijke kosten in civiele procedures worden besproken. Daarbij zal de nadruk worden gelegd op de keuzes en afwegingen die zijn gemaakt bij de totstandkoming en vormgeving van deze regels in het licht van het recht op toegang tot de rechter. Vervolgens zullen deze regels worden geanalyseerd in het licht van de in het vorige hoofdstuk geïdentificeerde vereisten van EU-recht. Een bespreking van de ratio en achtergrond van de regels is daarnaast relevant, omdat de kritiek die op het stelsel van forfaitaire kostenvergoeding is geuit een belangrijke rol heeft gespeeld bij de keuzes die zijn gemaakt rond de implementatie van de afwijkende proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, zoals nader aan de orde zal komen in het volgende hoofdstuk.

1 Zie hiervoor hoofdstuk 3. Zie ook Sluijter 2011, p. 68-69.

2 Ten aanzien van art. 1019h Rv gelden daarnaast de aanvullende eisen van doeltreffendheid, afschrikkend en evenredig; zie hiervoor hoofdstuk 2.

4.2 Waarborgen voor de toegankelijkheid van de rechter

54 Toegang tot de civiele overheidsrechter in Nederland

Het beginsel van toegang tot de rechter wordt beschouwd als één van de meest wezenlijke beginselen van 'ons' burgerlijk procesrecht.³ Zonder toegang kunnen de andere beginselen van procesrecht (zoals het recht op hoor en wederhoor en berechting binnen een redelijke termijn⁴) immers niet worden verwezenlijkt. Het recht op toegang tot de rechter is niet gecodificeerd, doch wordt geacht te zijn erkend door 'de wet' en bijvoorbeeld de regelgeving over gefinancierde rechtsbijstand, die veronderstellen dat toegang tot de rechter bestaat.⁵ Daarnaast pleegt het recht op toegang tot de rechter te worden afgeleid uit art. 17 Grondwet, waarin is bepaald:

'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de overheidsrechter die de wet hem toekent.'

Het feit dat de (Grond)wet slechts – versnipperd – elementen van het recht op een eerlijk proces beschermt, heeft geleid tot discussie over de vraag of het recht op toegang tot de rechter niet als een expliciete en positief geformuleerde bepaling in de Grondwet zou moeten worden opgenomen. De steeds groter wordende betekenis van art. 6 EVRM en art. 47 Handvest voor de Nederlandse rechtsorde heeft daarbij tevens een rol gespeeld.⁶ Dit is uitgemond in het wetsvoorstel 31 570, dat beoogt een nieuw eerste lid aan art. 17 Gw toe te voegen:

'Ieder heeft recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.'

De doelstelling van deze wetswijziging is de individuele rechtsbescherming op grondwettelijk niveau te garanderen.⁷ Met de formulering van het recht op toegang tot de rechter als subjectief grondrecht krijgt de burger een bepaalde aanspraak jegens de rechter en de wetgever, terwijl de rechter en de wetgever de toegankelijkheid zullen moeten garanderen.⁸ Voorts wordt met de wetswijziging beoogd een lacune in de rechtsbescherming aan te vullen voor die gevallen die buiten de reikwijdte van zowel art. 6 EVRM en art. 47 Handvest vallen.

Verskillende ontwikkelingen beogen bij te dragen aan een betere toegankelijkheid van de (civiele) rechter. Voorbeelden vormen de verhoging van de competentiegrens

3 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/38 en 2017/53; Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/150.

4 Zie over deze procesrechtelijke beginselen uitvoerig Lindijer 2006.

5 Art. 18 Gw en de Wet op de rechtsbijstand. Zie Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/167; Lindijer 2006, p. 97.

6 Zie Barkhuysen, van Emmerik & Gerards 2009.

7 Wetsvoorstel Herziening Grondwet, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 14, p. 2-3 (MvT).

8 Wetsvoorstel Herziening Grondwet, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 14, p. 5-6 (MvT).

bij de kantonrechter tot € 25.000⁹ en het programma 'Kwaliteit en Innovatie rechtspraak' (KEI).¹⁰ Een belangrijk onderdeel daarvan is de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (Kei-I), waarmee wordt beoogd de procedures in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursprocesrecht niet alleen te vereenvoudigen en te versnellen, maar ook te digitaliseren. Voor zowel vorderingen als verzoeken geldt één uniforme basisprocedure die met een 'procesinleiding' wordt aangevangen. De 'gefaseerde invoering' is ten tijde van de afronding van dit boek in gang gezet. Met de vereenvoudiging van de civiele procedure worden tijden en kostenbesparing voor partijen beoogd, maar het vraagstuk van proceskostenveroordeling en -vergoeding is niet expliciet aan de orde gesteld. Voorts blijven substantiële griffierechten verschuldigd, zelfs in zaken die al in het beginstadium van de procedure worden ingetrokken.¹¹

Griffierechten kunnen een belangrijke belemmerende factor vormen in de toegang tot de rechter.¹² Een kosteloze rechtspleging is echter ondenkbaar. Griffierechten

9 *Kamerstukken II* 2011/12, 33316, 3 (MvT).

10 Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb.* 2016, 288 (WV 34 059); Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie, *Stb.* 2016, 289 (WV 34 138); Wet van 13 juli 2016, houdende aanpassing van wetten in verband met de invoering van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht en van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie (Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht), *Stb.* 2016, 290 (WV 31 996, 32 399, 33 079, 34 059, 34 109, 34 138 en 34 212); Rijkswet van 13 juli 2016, houdende aanpassing van Rijkswetten in verband met de invoering van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht en van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie alsmede in verband met de uitbreiding van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (Invoeringsrijkswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht en uitbreiding prejudiciële vragen), *Stb.* 2016, 291 (WV 34 237). Zie uitvoerig Heemskerk, Teuben & Wieringa 2016.

11 Zie Teuben & Jansen 2015, p. 3-12.

12 Zo is in HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:607 geoordeeld dat het heffen van griffierechten in het concrete geval van een uitgeprocedeerde asielzoeker zonder financieel vermogen een ontoelaatbare belemmering van het recht op toegang tot de rechter vormde, r.o. 2.4: 'Voor beantwoording van de vraag of, niettegenstaande het vorenstaande, een verzet op de voet van art. 29 Wgbz in een bepaald geval gegrond is in verband met het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, dient een afweging plaats te vinden waarin worden betrokken de hoogte van het griffierecht en de draagkracht van de rechtzoekende. Gelet op hetgeen hiervoor in 2.2 is overwogen met betrekking tot het geheel ontbreken van financiële middelen bij [betrokkene] c.s., komt de heffing van griffierecht in dit geval neer op een ontoelaatbare belemmering van het recht op toegang tot de rechter.' In HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525 (*Severijnen/De Bilt*) oordeelde de Hoge Raad dat in een procedure wegens overschrijding van de redelijke termijn de eiser niet nogmaals griffierecht verschuldigd is, gelet op het recht op een 'effective remedy' van art. 13 EVRM (r.o. 3.16.3).

dienen niet enkel als een bijdrage aan de rechtspleging, maar ook als financiële prikkel ter voorkoming van 'onnodig' gebruik van de rechtspraak.¹³ Griffierechten mogen dan ook worden geheven, zolang de heffing een legitiem doel dient en deze het recht op toegang tot de rechter niet in de kern aantast.¹⁴ Deze vuistregel kan implicaties hebben voor de wettelijke verplichting van partijen de griffierechten tijdig te voldoen, met niet-ontvankelijkheid als sanctie. In geval van een apparaatsfout kan de regel met toepassing van de hardheidsclausule terzijde worden geschoven, waarbij van belang is dat de regel vooral het belang van de Staat dient bij naleving van voorschriften en beperking van het incassorisico, en niet legitieme belangen zoals de rechtszekerheid.¹⁵ Ook voorstellen tot invoering van kostendekkende griffierechten, voornamelijk bedoeld als bezuinigingsmaatregel, zijn op deze grondslag van de baan geveegd.¹⁶ Nadien doorgevoerde verhogingen van de griffierechten zijn hevig bekritiseerd.¹⁷

In het navolgende staan de financiële drempels in de toegang tot de rechter centraal, die worden gevormd door de directe kosten van een procedure en dan met name de eventuele proceskostenveroordeling. De kosten voor rechtsbijstand – doorgaans de belangrijkste kostenpost – kunnen in het bijzonder een obstakel vormen.¹⁸ Verschillende instrumenten moeten waarborgen dat ook deze kostenpost niet prohibitief hoog uitvalt.

55 Waarborgen ten aanzien van de eigen kosten

Een eerste waarborg tegen hoge (proces)kosten wordt geboden door de mogelijkheid van door de overheid gesubsidieerde rechtsbijstand. Hierop kan aanspraak worden gemaakt door de partij die rechtsbijstand behoeft, maar onvoldoende draagkrachtig wordt bevonden.¹⁹ Indien op basis van toevoeging wordt geprocedeerd, is het de overheid – en niet de procespartij – die het salaris van de rechtsbijstandverlener betaalt.²⁰ De tegemoetkoming in de kosten door de overheid ziet evenwel niet op een eventuele proceskostenveroordeling, zodat ook de partij die op basis van een toevoeging procedeert niet zonder meer gevrijwaard is van kosten.²¹

Naast de mogelijkheid van gesubsidieerde rechtsbijstand kan onder omstandigheden een rechtsbijstandverzekering worden afgesloten. Behalve de eigen kosten kan

13 HR 27 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2020 (*Atrecht/Rabobank Noord Oost Veluwe*), r.o. 3.3, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 8 juli 2011, NJ 2012/169, m.nt. H.J. Snijders (*Kingma*).

14 Zie uitgebreid par. 3.3.-3.4.

15 HR 4 november 2011, ECLI:NL:HR:2012:BY2579, NJ 2012/171, m.nt. H.B. Krans (*NGBE/FHB*).

16 *Kamerstukken II* 2011/12, 33071, 1-3.

17 Bauw, Van Dijk & Van Tulder 2010, p. 2528-2536; Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/191 met verwijzingen naar literatuur en opiniërende artikelen.

18 De Jonge-Wiemans schat dat de kosten voor rechtsbijstand 70-90% van de totale kosten bedragen; De Jonge-Wiemans 2007. Zie ook Sluijter 2011, p. 23.

19 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/114. Ook rechtspersonen kunnen onder omstandigheden aanspraak maken op gefinancierde rechtsbijstand; zie hiervoor par. 3.3.

20 Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/186.

21 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/114.

ook de eventuele proceskostenveroordeling worden verzekerd, doch tot een bepaald maximumbedrag.²² Ook voor de partij met een rechtsbijstandsverzekering geldt dus dat deze kosten zal moeten maken: naast een periodiek te betalen bedrag zullen de kosten die het door de verzekeraar gestelde maximum overstijgen zelf gedragen moeten worden.²³ Een ander potentieel nadeel is dat lang niet alle geschillen onder de dekking vallen. Zo sluiten de meeste verzekeraars procedures in IE-zaken uit. Hierop wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan.

Ten slotte kan worden gewezen op andere mogelijke vormen van procesfinanciering, zoals resultaat gerelateerde beloningsafspraken met de advocaat. Zogenaamde *no cure no pay*-afspraken zijn echter vooralsnog enkel in letselschadezaken toegestaan.²⁴ Procesfinanciering, waarbij een onafhankelijke derde de procedure financiert tegen een bepaalde vergoeding, is in opkomst en kan bijdragen aan een ruimere toegang tot de rechter voor bepaalde partijen.²⁵ Verwacht wordt dan ook dat daarvan meer gebruik zal worden gemaakt.²⁶

56 Waarborgen ten aanzien van de mogelijke kostenveroordeling

Zoals hiervoor aangestipt, valt de eventuele proceskostenveroordeling vaak niet (geheel) onder de dekking van een rechtsbijstandsverzekering. Om te waarborgen dat niet de volledige kosten van de wederpartij op het bord van de verliezende partij komen, worden proceskosten in de regel beperkt aan de hand van het liquidatietarief (waarvan, zoals aan de orde zal komen, slechts in uitzonderlijke omstandigheden wordt afgeweken). De keerzijde is dat de in het gelijk gestelde partij meestal slechts een (klein) deel van de werkelijk gemaakte kosten vergoed krijgt.²⁷ Zoals in dit hoofdstuk zal blijken, ligt de gedachte dat hoge financiële drempels zich niet verhouden tot het recht op toegang tot de rechter ook ten grondslag aan de verschillende matigingsgronden en -bevoegdheden ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten en de bedongen kostenvergoeding.

4.3 De historische achtergrond van art. 237 e.v. Rv

57 De hoofdregel van art. 237 Rv

De verdeling van de kosten tussen de procederende partijen in civiele dagvaardingszaken geschiedt volgens de hoofdregel van art. 237 Rv. Op grond van deze regel

22 Sluijter 2011, p. 262.

23 Zie Sluijter 2011, p. 262.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 31753, 65, p. 1-3. Zie ook Van Boom & de Jong 2014, p. 69 e.v.

25 Volgens de definitie van Van Boom is procesfinanciering door derden de rechtsverhouding waarbij een derde zich tegen een in het vooruitzicht gestelde beloning verplicht om een claimant in een civiele procedure of arbitrage van financiering te voorzien om de kosten van procederen te dekken; Van Boom & Luiten 2015, p. 188.

26 Van Boom 2017, p. 5 e.v.

27 Volgens Tuil dekt het liquidatietarief in standaard- en incassozaken ongeveer 50-75% van de werkelijke kosten, maar in complexere zaken zou dit niet meer dan 10% zijn; Tuil 2010, p. 415.

wordt de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van een procedure. Een proceskostenveroordeling op de voet van art. 237 Rv vestigt een vergoedingsplicht van de in het ongelijk gestelde partij jegens de winnende partij, zodat we volgens Haardt – auteur van het proefschrift ‘De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding’ van 1945 – van een ‘*indemnisiestelsel*’ kunnen spreken.²⁸ Het *indemnisiestelsel* dient te worden onderscheiden van het *compensatiestelsel*, op grond waarvan elke partij haar eigen kosten draagt ongeacht de uitkomst van de procedure, en het stelsel van de *arbitrium iudicis*, waarbij de beslissing omtrent de kostenverdeling per geval aan de rechter wordt overgelaten. Aan dit overzicht kan nog het zogenaamde *continentale stelsel* worden toegevoegd, waarbij de verliezer een deel van de kosten betaalt volgens gefixeerde tarieven.²⁹ Zoals in deze paragraaf aan de orde zal komen behelst art. 237 Rv geen ‘harde’ *indemnisiereg*. Op de hoofdregel bestaat namelijk een aantal uitzonderingen en een belangrijke beperking: de kosten voor rechtsbijstand – meestal de grootste kostenpost – worden in het algemeen berekend aan de hand van forfaitaire tarieven (vastgelegd in het zogenaamde ‘liquidatietarief’³⁰), waardoor deze vaak niet in de buurt komen van de werkelijk gemaakte kosten. In de literatuur wordt daarom ook wel gesproken van een *continentaal stelsel* met kenmerken van *arbitrium iudicis*.³¹

58 De oorsprong van art. 237 e.v. Rv

De art. 237-245 Rv vinden hun oorsprong in de Franse Code de Procédure Civile, ‘CPC’, die in ons land gold tot de invoering van het WvBR in 1838. De art. 130-132 CPC zijn destijds vervangen door de art. 56-58 Rv, de voorlopers van de huidige art. 237-245 Rv. De hoofdregel is in de tijd nagenoeg ongewijzigd gebleven: ‘Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens’ (art. 130 CPC) werd ‘Al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt zal in de kosten verwezen worden’ (art. 56 oud Rv) en luidt thans ‘De partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld’ (art. 237 Rv). Zoals hierna nog zal blijken, heeft de achterliggende gedachte wel een gedaantewisseling ondergaan.³²

Bij de invoering van het WvBR in 1838 luiden de art. 56-58 Rv als volgt:

‘Artikel 56: Al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt, zal in de kosten verwezen worden. Echter zullen de kosten in het geheel of ten deele gecompenseerd mogen worden tusschen echtgenooten, bloedverwanten in de regte linie, broeders of zusters of aangehuwd in denzelfden graad, mitsgaders indien de partijen over en weer op eenig punt in het ongelijk zijn gesteld. Bij provisioneele, praeparatoire en interlocutoire vonnissen kan de uitspraak over de kosten tot het eindvonnis worden voorbehouden.

28 Haardt 1945, p. 4 en 12.

29 Sluijter 2011, p. 46.

30 Het liquidatietarief is te raadplegen via rechtspraak.nl.

31 Sluijter 2011, p. 47.

32 Zie ook Wesseling-Van Gent 1993, p. 2.

Artikel 57: In zaken, waarin de wet verrigtingen van advocaten en procureurs vereischt of toelaat, zijn de salarissen en verschotten van beiden in de uitspraak begrepen, volgens de tarieven, welke daarvan zullen worden gemaakt.

Artikel 58: De advocaten, procureurs en deurwaarders, die zich in hun bedieningen te buiten mochten gaan en alle diegenen, welke de belangen van het beheer, dat hun is toevertrouwd, verwaarloozden, zullen persoonlijk en uit hun eigene beurs geheel of gedeeltelijk in de kosten verwezen mogen worden, en zelfs tot vergoeding van schaden en interessen, zoo daartoe gronden zijn, zonder die op hun principalen te kunnen verhalen.'

Afgezien van de hoofdregel is de redactie van de artikelen in de loop der jaren meerdere malen gewijzigd. Een belangrijk deel van deze wijzigingen is ingegeven door de wens van de wetgever de verliezende partij met niet te hoge kosten van de wederpartij te bezwaren. En deze kosten konden zeer hoog zijn, zo volgt onder meer uit de eerste zin van het preadvies van Hartogh in 1875: 'De kosten die heden ten dage eene procedure in Nederland na zich slepen, zijn schrikbarend hoog.'³³

De kosten waren in de eerste plaats als 'schrikbarend hoog' aan te merken als gevolg van het in art. 57 Rv bepaalde, dat de salarissen en verschotten van zowel de advocaat als de procureur in de uitspraak zijn begrepen. Deze regel is in 1838 ingevoerd in verband met de omstandigheid dat het in de tijd van de 'Code de procédure' weliswaar enkel verplicht was een procureur in de arm te nemen, doch dat een advocaat evenzeer onmisbaar en noodzakelijk werd geacht bij een procedure. De kosten voor dienstverlening door de advocaat konden 'alzoos geen kosten van weelde genoemd [...] worden' en dienden dus ook door de in het ongelijk gestelde partij te worden vergoed.³⁴ De in het ongelijk gestelde partij kon dus opdraaien voor de salarissen en verschotten van wel 4 rechtsbijstandverleners: namelijk van de eigen procureur en advocaat en van die van haar wederpartij. Hierdoor ontstond een gevoel van onrechtvaardigheid, van onjuistheid van het stelsel van de kostenverdeling. Van den Honert opperde in 1839 dat de in het ongelijk gestelde partij enkel de kosten dient te betalen, die door een partij moeten worden aangewend om zijn recht te verkrijgen. De kosten 'die buiten noodzakelijkheid zijn aangewend' dienen daaronder niet te worden begrepen.³⁵ In lijn met deze gedachte werden in de gevallen waarin de procureur op grond van art. 21 Rv (oud) bevoegd was een zaak te bepleiten, de salarissen en verschotten van advocaten als niet noodzakelijk beschouwd en buiten de te vergoeden kosten gelaten. Uiteindelijk heeft de invoering van de Procureurswet³⁶ in 1879 geleid tot een drastische aanpassing van art. 57 Rv. Deze wet beoogde de verplichte dubbele rechtsbijstand door zowel een procureur als een advocaat af te schaffen. De bevoegdheid daartoe werd weliswaar vrijgelaten, maar vanaf dat moment was het slechts nog toegestaan de kosten van enkele rechtsbijstand in rekening te brengen aan de verliezende partij,

³³ Hartogh 1875, p. 1.

³⁴ Van Boneval Faure II 1900, p. 266.

³⁵ Van den Honert 1839, p. 205.

³⁶ 'Wet van 23 april 1879, Stb. no. 75, tot wijziging van de regeling der kosten in burgerlijke zaken en de bevoegdheid der procureurs tot het bepleiten der zaken'; zie ook Van Boneval Faure II 1900, p. 266-267; Haardt 1945, p. 9 en Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 57 Rv, aant. 1.

hetgeen werd gewaarborgd door een vernieuwd art. 57 Rv.³⁷ Wanneer de in het gelijk gestelde partij gebruikmaakte van diensten van zowel een procureur als een advocaat dan konden de kosten van beiden aan de wederpartij in rekening worden gebracht, onder de voorwaarde dat de gezamenlijke kosten niet meer bedroegen dan het bedrag dat verschuldigd zou zijn geweest wanneer slechts één rechtsbijstands-verlener in de arm was genomen.³⁸

Het voornemen van de wetgever de kosten voor de verliezende partij binnen de perken te houden is tevens in art. 56 Rv tot uitdrukking gebracht. Daaraan werd de volgende zin toegevoegd: 'Noodeloos aangewende of veroorzaakte kosten kan de rechter laten voor de rekening van de partij, die ze aanwendde of veroorzaakte.' Voorts wilde de wetgever de vereffening van de kosten vereenvoudigen. Hiertoe werd bij de wetwijziging van 1879 een tweetal leden toegevoegd aan art. 56 Rv, inhoudende dat de rechter de tot aan de uitspraak gemaakte kosten bij vonnis zal bepalen en daarbij zal aangeven hoe hem de gegevens daartoe dienen te worden verschaft.³⁹

In 1929 is art. 57a Rv in werking getreden, dat een afzonderlijke regeling voor kantonzaken bevatte.⁴⁰ In 1963 werd nog een derde lid toegevoegd aan art. 57 Rv, rekening houdend met de omstandigheid dat in cassatie geen procureurs optraden maar alleen advocaten. Ten aanzien van de kosten kon de Hoge Raad vanaf dat moment 'een zodanige uitspraak geven als hij vermeent te behoren'. Deze regel kan worden teruggevonden in het huidige art. 419 lid 4 Rv. Ten slotte zijn de hier besproken artikelen omgenummerd bij de wetwijzigingen van 2002, als gevolg van de inwerkingtreding van de 'Wet herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg' op 1 januari van dat jaar.⁴¹ Materiële wijzigingen in de wetsartikelen met betrekking tot de kosten van een procedure worden hierna, voor zover relevant, besproken.

Van belang is, dat de hierboven besproken wijzigingen in de proceskostenregels hoofdzakelijk verband lijken te houden met de voortdurende discussie over de vraag

37 'Artikel 57: 1. Van de kosten der tegenpartij kunnen in de zaken, bij de voorlaatste zinsnede van het vierde lid van het vorig artikel bedoeld, geene andere bij de uitspraak ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebragt, dan de salarissen en verschotten van den procureur dier tegenpartij, indien alléén een procureur voor haar werkzaam was. 2. Werd hare zaak mede door een advocaat behandeld, dan wordt zijn salaris onder de bij het eerste lid bedoelde kosten begrepen, met dien verstande, dat in geen geval, wegens het behandelen der zaak door een advocaat, aan de in het ongelijk gestelde partij door de tegenpartij meer kosten in rekening kunnen worden gebracht, dan indien alléén een procureur met de behandeling ware belast geweest.'

38 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 1.

39 Zie over deze wetwijzigingen o.a. Haardt 1945, p. 9; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 367 e.v.; Marijs 2010, p. 19.

40 In dat jaar is de 'Wet van 11 januari 1929, Stb. no. 7, houdende bepalingen betreffende de procedure in kantongerechtszaken' in werking getreden; zie ook Haardt 1945, p. 10 en Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 387.

41 Zie voor de in 2002 gewijzigde tekst van o.a. Boek I Rv: Stb. 2001, 623.

hoever men moest gaan met de kostenveroordeling van de verliezende partij, met name of *alle* kosten van de rechtsbijstand van de winnende partij voor haar rekening dienen te worden gebracht.⁴² Aan de wens te voorkomen dat de verliezende partij te zwaar wordt belast heeft de wetgever door middel van de verschillende wetswijzigingen uitdrukking willen geven. Zoals nog aan de orde zal komen, is de beslissing van de wetgever de afwenteling van proceskosten door de in het gelijk gestelde partij te beperken 'een rechtspolitieke, ingegeven door de vrees dat tegen het procederen (als eisende of verwerende partij) een te hoge drempel zou worden opgeworpen, ook in gevallen dat men in redelijkheid mocht menen het gelijk aan zijn zijde te hebben'.⁴³ Hoewel deze beslissing ook een keerzijde heeft (de in het gelijk gestelde partij zal in de regel een deel van haar proceskosten niet vergoed zien), vormt de overtuiging dat de proceskostenveroordeling laag moet worden gehouden omwille van de toegankelijkheid van de rechtsbedeling de basis van vrijwel alle regels van het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW.

59 De grondslag van art. 237 e.v. Rv

Het beginsel, dat de in het ongelijk gestelde partij de door haar wederpartij gemaakte kosten moet vergoeden, was reeds bekend in het latere Romeinse recht en het canonieke recht.⁴⁴ Volgens Haardt bestonden diverse beperkingen en uitzonderingen op dit beginsel; zo zou uit bepaalde teksten uit de latere Romeinse tijd volgen dat aanvankelijk alleen de procespartij die moedwillig een ongemotiveerde eis had ingesteld of ongemotiveerd verweer had gevoerd werd veroordeeld in de kosten. In ons 'Oud-Vaderlandsch recht' gold eveneens het indemnisiestelsel, maar in die tijd zou zozeer zijn vastgeklampt aan de beperkingen van en uitzonderingen op de hoofdregel dat van het indemnisiestelsel weinig overbleef. In de praktijk zou het voornamelijk aan de rechter zijn overgelaten of hij de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wilde veroordelen of niet. In latere wetsontwerpen is de indemnisieregels wettelijk vastgelegd waarbij de uitzonderingen limitatief zijn opgesomd.⁴⁵

Bij de totstandkoming van art. 56 Rv (het huidige art. 237 Rv), werd het beginsel beschouwd als een boete wegens lichtvaardig procederen, althans werd het beginsel in verband gebracht met de omstandigheid dat wie in het ongelijk wordt gesteld, onrechtmatig blijkt te hebben geprocedeerd en de daardoor aan de wederpartij toegebrachte schade moet vergoeden.⁴⁶ Deze opvattingen vinden hun oorsprong in (een volgens Haardt mogelijk onjuiste interpretatie van) het (oude) Romeinse recht, waarin op grond van het principe '*de poena temere litigantium*' een straf zou worden opgelegd aan de verliezende partij wegens lichtvaardig procederen. Een beperktere

⁴² Van den Honert 1839, p. 205-206.

⁴³ *Kamerstukken II* 1980/81, 16593, 3, p. 8 (MvT).

⁴⁴ Van een kostenvergoeding kon men pas spreken in de tijd van de latere keizers, toen de tijd van de kosteloze rechtsbedeling voorbij was; Haardt 1945, p. 11-12.

⁴⁵ Haardt 1945, p. 12.

⁴⁶ Star Busmann 1972, nr. 402; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 367 e.v.; Wesseling-Van Gent 1993, p. 2.

uitleg van genoemd principe vindt de rechtsgrond in de aansprakelijkheid van de lichtvaardig procederende partij voor de aan de wederpartij veroorzaakte kosten als gevolg van 'culpa' aan de zijde van de verliezende partij.⁴⁷ Het voorgaande vormde de basis voor de in de 18^e eeuw heersende opvatting in Duitsland, dat de wederrechtelijkheid of de schuld reeds *zonder meer* zou volgen uit het verliezen van een procedure. Wanneer een partij een procedure verloor dan stond daarmee vast dat deze partij onrechtmatig handelde door een procedure aan te vangen tegen zijn wederpartij. Het vonnis diende als bewijs van onrechtmatig handelen en de aan de winnende partij onrechtmatig toegebrachte schade moest worden vergoed. Deze Duitse leer zou uiteindelijk van invloed zijn geweest bij de totstandkoming van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 1838.⁴⁸

Het preadvies van Hartogh in 1875 bracht evenwel een nieuw inzicht, waarover tijdens de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in hetzelfde jaar nog werd gedebatteerd.⁴⁹ Hartogh nam het standpunt in, dat men niet kan zeggen dat degene die het proces verliest door het procederen een onrechtmatige daad zou hebben gepleegd. Met name in gevallen waarover verschillend zou kunnen worden beslist of waarbij feiten aan het licht komen die, indien zij voorafgaand aan de 'litiscontestatie' bekend waren geweest, partijen van de procedure hadden doen afzien zou het volgens Hartogh onjuist zijn de verliezende partij een onrechtmatige daad te verwijten.⁵⁰ Voor dit standpunt werd brede steun gevonden. Desondanks wilden Hartogh en zijn volgers geen afstand doen van het beginsel. In de eerste plaats werden argumenten vóór handhaving van het bestaande beginsel aangevoerd in het licht van de rechtszekerheid. Wanneer een partij procedeert over een recht dat zij vordert of rechten waarin zij zich aangevallen voelt, dan moet zij volgens Hartogh de zekerheid hebben dat haar wederpartij wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade en kosten. Is zij daarvan niet zeker, aldus Hartogh, 'dan juist zal [zij] huiverig zijn haar rechten te verdedigen'. Ter overtuiging van de aanwezigen op de vergadering deed Hartogh ten slotte een beroep op de billijkheid en rechtvaardigheid: '[z]elfs al laat men de quaestiën van onrechtmatige daad of van rechtszekerheid er buiten, zoo vorderen in ieder geval de billijkheid en rechtvaardigheid, dat degene die wint, niet nog te betalen hebbe'.⁵¹ Hartogh lichtte zijn opvatting als volgt nader toe:

*'Ik zou bijna durven zeggen, dat het eene volksovertuiging is, die zich in het spreekwoord uit: die zich brandt moet op de blaren zitten. Welnu, die zich brandt aan een proces moet de kosten betalen. Dit is natuurlijk een gevolg van den strijd: waar een strijd is zal degeen, die hem verliest, de kosten moeten voldoen.'*⁵²

47 Haardt 1945, p. 15.

48 Van Boneval Faure II 1900, p. 261; Hartogh 1875, p. 117 en 131; Haardt 1945, p. 16; Marijs 2010, p. 23-24.

49 Haardt 1945, p. 16.

50 Hartogh 1875, p. 18; Van Boneval Faure II 1900, p. 262; Haardt 1945, p. 16.

51 Hartogh 1875, p. 119-120; Haardt 1945, p. 17.

52 Wesseling-Van Gent 1993, p. 2 met verwijzing naar Handeling der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1875, p. 75.

Het waren volgens Haardt deze argumenten die 4 jaar later bij de wijziging van art. 56 e.v. Rv de doorslag hebben gegeven het bestaande beginsel te handhaven. Van belang is dat het beginsel dat de in het ongelijk gestelde partij de kosten moet dragen in stand werd gelaten, maar de rechtsgrond vanaf dat moment dus een andere werd; namelijk niet *poena* of de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar de billijkheid en rechtvaardigheid.

Haardt toonde zich ongelukkig met wat hij noemt een 'gebrekkige theoretische fundering' van art. 56 Rv. De billijkheid als rechtsgrond voor de hoofdregel diende volgens hem twee kanten op te werken. Men moet zich niet enkel afvragen of het billijk is dat de benadeelde partij zijn schade vergoed krijgt, maar ook of het billijk is dat de ander die schade draagt. Wanneer sprake is van schuld – en zodoende van aansprakelijkheid voor de schade toegebracht aan de ander – dan kan het billijk zijn de schade voor rekening van de verliezende partij te laten komen. Maar Haardt vroeg zich af waarin de rechtsgrond is gelegen wanneer men eenmaal inziet dat die partij niet onrechtmatig (of zelfs ten onrechte) heeft geprocedeerd. Voor die gevallen waarin geen van de partijen een verwijt valt te maken dat zij procedureerden vond hij enkel een rechtsgrond in de kans op winst die een proces bood. Dat beschouwde Haardt als een onwenselijke oplossing, nu de wetgever niet kan hebben beoogd dat het burgerlijk geding als een weddenschap of kansspel wordt beschouwd.⁵³

Volgens Van Rossem en Cleveringa steunt de hoofdregel veeleer op de gedachte, dat het maatschappelijk onbevredigend zou werken, wanneer de proceskosten niet ten laste van de verliezende partij worden gebracht maar zouden blijven bij wie ze maakte of leed. Zouden de kosten worden gelaten waar ze vielen dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat 'al te velen liever onrecht gingen lijden dan dat zij hun recht zouden begeren, wat de maatschappij niet ten goede zou komen, en dat de winnende partij het gevoel zou overhouden onvoldoende aan haar trekken te zijn gekomen'.⁵⁴ In deze context worden enkele alternatieve mogelijkheden in het kader van de kostentoeiding besproken. Volgens de auteurs kan men in sommige omstandigheden en van sommige kosten overwegen deze ten laste te brengen van de Staat 'wegens diens rechtsbehoedende roeping', maar wanneer daarmee te ver zou worden gegaan, 'dan lokt men meer maatschappelijk ongewenste proceslust met allen onrustigen aankleve van dien uit dan dat men maatschappelijk gewenste rechtsverwerkelijking zou bevorderen'. Ook wordt de mogelijkheid besproken de rechter te belasten met de kosten wanneer zijn vonnis met een rechtsmiddel geheel of gedeeltelijk teniet wordt gedaan, maar dat zou de armslag bij zijn werk te zeer beperken en bovendien zou de kostendreiging tot gevolg hebben dat de uitoefening van zijn ambt zo onaantrekkelijk zou worden, 'dat er geen ernstige en geschikte gegadigden zich meer op zouden doen'. Ten slotte overwegen de schrijvers de mogelijkheid de kosten in bepaalde gevallen ten laste te brengen van derden, maar dat zou volgens hen slechts bij hoge uitzondering kunnen geschieden en overigens de vraag naar de regel niet oplossen. Zo blijft volgens hen enkel de

53 Haardt 1945, p. 18, p. 207 e.v.; zie ook Marijs 2010, p. 24.

54 Van Rossem/Cleveringa I 1972, art. 56 Rv, aant. 2.

mogelijkheid over de gemaakte kosten ten laste te brengen of laten van de partijen of één van hen.⁵⁵

Volgens Van Rossem en Cleveringa is het maatschappelijk gesproken beter overwegingen van procesrisico en het procesbeleid te laten meewegen bij de beslissing over de verdeling van de kosten die niet ten laste van de Staat of derden dienen te worden gebracht.⁵⁶ Dit inzicht vormde de basis voor de grondslag van art. 56 Rv in de memorie van toelichting tot de Invoeringswet Boeken 3-6 NBW van 1980:

*'Dat de verliezende partij in de proceskosten pleegt te worden veroordeeld, vindt immers niet zijn grond in een verplichting tot schadevergoeding, maar in andere overwegingen die zich aldus laten samenvatten, dat het verbod van eigenrichting en de daarmee samenhangende, vrijwel onbeperkte vrijheid een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen eens anders aanspraken te verdedigen, kan meebrengen dat het gerechtvaardigd is de kosten van het geding, voor zover zij niet ten laste van de overheid blijven, over partijen te verdelen op een wijze waarbij aan overwegingen van procesrisico en procesbeleid mede betekenis wordt toegekend, onder meer om te voorkomen dat de voormelde vrijheid door de vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten in gevaar zou worden gebracht.'*⁵⁷

Deze 'leidende gedachte' brengt volgens Van Rossem en Cleveringa mee dat onder de proceskostenveroordeling niet alle kosten van het geding in de zin van art. 56 Rv behoeven te worden begrepen. In de memorie van toelichting wordt in de voorgaande gedachte vooral een verklaring of zelfs rechtvaardiging gevonden voor het feit dat de proceskosten waarin de verliezende partij wordt veroordeeld vaak geen volledige vergoeding opleveren van hetgeen de winnende partij aan de procedure ten koste heeft gelegd.⁵⁸

In de literatuur is kritiek geuit op het gebrek aan een duidelijke grondslag van de proceskostenregel van art. 237 e.v. Rv.⁵⁹ Volgens Wesseling-van Gent lijkt vooral vanuit pragmatisch oogpunt te zijn gekozen voor de billijkheid en rechtvaardigheid als grondslag. Zij meent dat de rechter enkel tot een billijke en rechtvaardige uitkomst kan komen door met de nodige creativiteit en vindingrijkheid invulling te geven aan de in art. 237 Rv neergelegde begrippen.⁶⁰ Beter zou in de wettekst zelf tot uitdrukking worden gebracht wat de bedoeling van het artikel is, in plaats van dat rechters via omwegen de beoogde billijkheid moeten proberen te bereiken.⁶¹ Ook volgens Huydecoper behoeft een systeem dat gericht is op beperking van de verhaalbare kosten een deugdelijke wettelijke onderbouwing.⁶² Gerretsen en Kals-

55 Van Rossem/Cleveringa I 1972, art. 56 Rv, aant. 2.

56 Van Rossem/Cleveringa I 1972, art. 56 Rv, aant. 2: 'Aanvaardt men dit beginsel, dan vindt men er enerzijds een goeden steun in voor het brengen van de kosten van mogelijke rechtersfouten ten laste van den verliezer, terwijl men bovendien een leidraad in handen krijgt voor de verdere toepassing van art. 56 (...).'

57 Kamerstukken II 1980/81, 16593, 3, p. 8.

58 Kamerstukken II 1980/81, 16593, 3, p. 8.

59 Zie ook Sluiter 2014, p. 8.

60 Wesseling-van Gent 1993, p. 3.

61 Wesseling-van Gent 1993, p. 3.

62 Huydecoper 2007, p. 3.

beek staan op het standpunt dat nu de bevoegdheid te procederen een grondrecht is, de uitoefening ervan niet mag worden belemmerd door het risico van aansprakelijkheid van substantiële kosten voor de rechtsbijstand van de wederpartij.⁶³ Smit wijst op de keerzijde van de geliquideerde kostenvergoeding, die ertoe kan leiden dat een partij bij voorbaat al de mogelijkheid van een procedure terzijde schuift vanwege de hoge kosten die slechts voor een deel door de verliezende partij zullen worden vergoed.⁶⁴ De discussie legt de kern van het probleem bloot, dat in de (rechtseconomische) wetenschap geen consensus bestaat over de vraag, welk systeem de voorkeur verdient vanuit het oogpunt van de toegang tot de rechter: volledige kostenveroordeling, geen kostenveroordeling of een gematigde kostenveroordeling.⁶⁵ In hoofdstuk 8 zal dit onderwerp nader worden besproken.

De Hoge Raad heeft inmiddels in meerdere arresten bevestigd dat procederen in beginsel niet onrechtmatig is en een veroordeling in de proceskosten niet berust op een door de verliezende partij gepleegde onrechtmatige daad.⁶⁶ Proceskostenveroordeling houdt zodoende geen veroordeling tot betaling van schadevergoeding in, maar een zelfstandige verbintenis tot betaling van een geldsom.⁶⁷ Overigens kan procederen onder uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn, in welk geval de vermogensschade volledig voor vergoeding in aanmerking kan komen. In par. 4.5 wordt dit nader besproken.

60 Deelconclusie

Het beginsel van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk is door de jaren heen hetzelfde gebleven, ondanks het feit dat de druk daarop toenam en de onjuistheid en onrechtvaardigheid van het beginsel sterker werd gevoeld door de toenemende kosten. Het werd desondanks wegens maatschappelijke en rechtspolitieke overwegingen in stand gehouden. De noodzakelijke verlichting voor de druk van de kosten diende dus elders te worden gezocht; namelijk in de matiging van de kosten, onder meer door de afschaffing van zowel de dubbele rechtsbijstand als de vergoeding voor nodeloos gemaakte kosten.⁶⁸ Aan de grondslag van het beginsel werd wel een draai gegeven; deze moet niet (meer) worden gezocht in een boete voor lichtvaardig procederen of aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar in de billijkheid in de vorm van procesrisico en procesbeleid. Volgens de wetgever moet worden voorkomen dat het risico op een omvangrijke kostenveroordeling de vrijheid een ander in rechte te betrekken en verweer te voeren in

63 Gerretsen & Kalsbeek 2008, p. 145.

64 Smit 2008, p. 69.

65 Zie ook Sluijter 2011, p. 251; Sluijter 2014, p. 8.

66 HR 18 februari 2005, NJ 2005/216 (*A/Aegon*); HR 27 juni 1997, NJ 1997/651 (*Vaston Nederland/Smith*).

67 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2629. Dat brengt overigens mee dat de wettelijke rente over een proceskostenveroordeling pas kan worden toegewezen op het moment dat de schuldenaar met de voldoening van die verbintenis in verzuim is, zo volgt uit r.o. 3.5.1.-3.5.3. van het hiervoor genoemde arrest.

68 Van Boneval Faure II 1900, p. 267.

gevaar brengt. De wetgever vindt hierin een verklaring of zelfs een rechtvaardiging voor het feit dat de verliezende partij niet in alle kosten die de ander redelijkerwijs heeft moeten maken wordt veroordeeld. Uit de daarop gerichte kritiek mag worden afgeleid dat het stelsel geen rustig bezit is.

4.4 Uitzonderingen op de hoofdregel, dat de verliezer wordt veroordeeld in de proceskosten

61 De uitzonderingen van art. 237 Rv

Zoals aan de orde is gekomen in de vorige paragraaf moet de grondslag van art. 237 e.v. Rv niet (meer) worden gevonden in aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar in de billijke risicotoedeling.⁶⁹ Procederen is een onzekere aangelegenheid; de uitslag van een procedure laat zich moeilijk voorspellen en er bestaat het risico van 'mogelijke rechtersfouten'.⁷⁰ Het wordt in dat verband algemeen billijk geacht het risico van de kosten voor rekening te brengen van de partij die uiteindelijk in het ongelijk is gesteld.⁷¹ Dit moet niet als sanctie of als schadevergoeding worden opgevat, maar als een rechtstreeks gevolg van het procesverlies.⁷²

In de literatuur is het beginsel van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk bekritiseerd. Het zou weinig genuanceerd zijn en geen recht doen aan de reële situatie van ons procesrecht.⁷³ Rechterlijke beslissingen zijn meestal niet zo zwart/wit; vaak spant het erom aan welke zijde het gelijk zal vallen. Een partij kan in materiële zin gelijk hebben, maar op formele gronden in het ongelijk worden gesteld. Tevens kan gedacht worden aan procedures die gevoerd worden door partijen die beiden belang hebben bij het opheffen van een onzekere rechtstoestand, of procedures die soms de enige manier zijn om tot een oplossing voor beide partijen te komen, zoals echtscheidingsprocedures.⁷⁴ Er is dus niet altijd sprake van een 'in het ongelijk gestelde partij'. Voor de gevallen die vragen om een genuanceerde beslissing over de proceskosten bestaan diverse mogelijkheden die de harde regel verzachten.⁷⁵

In de eerste plaats bestaan uitzonderingen op de hoofdregel, dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt veroordeeld. De rechter kan beslissen dat de kosten geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd tussen partijen met familiale banden en tussen partijen die over en weer op punten in het (on)gelijk zijn gesteld.

69 Van der Wiel 2004, p. 327 e.v.; Boot & Quist 2011, p. 27 e.v.

70 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 2.

71 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 36 (MvT); Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 369; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 402; Ingelse & Mölenberg 1998, p. 1142 e.v.

72 Van der Wiel 2004, p. 328.

73 Zie o.a. Asser Burgerlijke Rechtsvordering I (oud), art. 56 aant. 1; Jongbloed 1993, par. 2; Sluijter 2011, hoofdstuk 4.

74 Jongbloed 1993, par. 2.

75 Van Boneval Faure II 1900, p. 263; Asser Burgerlijke Rechtsvordering I (oud), art. 56, aant. 1; Jongbloed 1993, par. 2.

Daarnaast kan de rechter beslissen nodeloos gemaakte kosten voor rekening te laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte. Voorts bestaat voor partijen de mogelijkheid bij overeenkomst af te wijken van de regels van art. 237 e.v. Rv, die immers niet van openbare orde zijn maar een regeling van aanvullend recht geven.⁷⁶ Tot slot is een 'verzachting' van de harde regel te vinden in het liquidatietarief. De rechter pleegt de kosten van rechtsbijstand te berekenen aan de hand van dit tarief. De totstandkoming van het liquidatietarief en de wijze van toepassing daarvan in de rechtspraak komen in par. 4.5. aan de orde.

De rechter is vrij bij zijn beslissing al dan geen gebruik te maken van de uitzonderingen op de hoofdregel, net zoals hij vrij is het liquidatietarief al dan niet toe te passen. Deze beslissingsvrijheid van de rechter lijkt daarom de mogelijkheid te bieden de proceskostenveroordeling als sanctie toe te passen, bijvoorbeeld bij afkeurenswaardig procesgedrag.⁷⁷ Asser, Groen en Vranken pleiten er in het Interimrapport 'Fundamentele Herbezinning' van 2003 voor, de proceskostenveroordeling als sanctiemiddel tot 'een sterker middel' te maken. Volgens het driemanschap kan de dreiging dat men door onoirbaar procesgedrag een veroordeling riskeert tot betaling van een hoog bedrag een partij tot medewerking prikkelen.⁷⁸ Nader onderzoek naar de (on)mogelijkheden om proceskostenveroordeling als middel om verstorend procesgedrag te ontmoedigen is gedaan door Sluijter in zijn proefschrift *'Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?'*.⁷⁹ Zoals Sluijter constateert, en hierna in nr. 66 aan de orde zal komen, lijkt de rechter zich met name voor wat betreft zijn bevoegdheid van het liquidatietarief af te wijken terughoudend op te stellen.⁸⁰ Ook hieraan ligt de gedachte ten grondslag, dat hoge kosten zich niet verhouden met de toegang tot de rechter.

62 Compensatie bij (on)gelijk over en weer

De eerste uitzondering in lid 1 van art. 237 Rv luidt, dat de rechter de kosten geheel of ten dele mag compenseren. Compensatie houdt in dat iedere partij de eigen kosten draagt, of dat een partij slechts een deel van de kosten van de wederpartij dient te vergoeden.⁸¹ Compensatie kan in de eerste plaats geschieden bij (ex) partners, bloed- of aanverwanten, een uitzondering waarop hier niet nader zal worden ingegaan.⁸² De kosten van een procedure kunnen daarnaast worden gecompenseerd tussen partijen die over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

Het begrip 'ongelijk' is in het verleden op verschillende manieren geïnterpreteerd. De heersende leer gaat uit van een strikte benadering van het begrip, waarbij het ongelijk technisch dient te worden bepaald: het dictum van het vonnis dient te

76 Zie bijv. Haardt 1945, p. 41 en 43; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/129.

77 Van der Wiel 2004, p. 327 e.v.

78 Asser, Vranken & Groen 2003, p. 88-89. Zie ook Van der Wiel 2004, p. 328 e.v.

79 Sluijter 2011.

80 Sluijter 2011, par. 4.9.

81 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/118; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/125.

82 Zie over (toepassing door de rechter van) deze wettelijke uitzondering o.a. Sluijter 2011, p. 47.

worden vergeleken met het petitum van de dagvaarding.⁸³ Wordt de vordering van de eisende partij toegewezen, dan dient de gedaagde als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Wordt de vordering echter afgewezen dan moet de eisende partij worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij en in de proceskosten worden veroordeeld. Voor de proceskostenveroordeling zijn de overwegingen die aan het dictum ten grondslag liggen niet relevant; het gaat enkel om de uitkomst in relatie tot het gevorderde.⁸⁴ Dat gaat zo ver dat een appellant geheel in het ongelijk moet worden gesteld indien de bestreden uitspraak wordt bekrachtigd, ook al geschiedt dat op andere gronden dan die waarop de rechter in eerste aanleg de afwijzing heeft gegrond.⁸⁵

In de gevallen die niet zo zwart/wit zijn – de vordering van de eisende partij is in overwegende mate toegewezen, maar op onderdelen niet – kan de rechter de wederpartij als de *overwegend* in het ongelijk gestelde partij aanmerken. Ook dan echter dient deze partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Naar de huidige rechtsopvatting rechtvaardigt het feit dat niet alle argumenten van de eisende partijen gegrond zijn bevonden niet de conclusie dat partijen over en weer op punten in het (on)gelijk zijn gesteld zodat er grond is om van de hoofdregel af te wijken.⁸⁶ Wordt echter een belangrijk deel van de vordering afgewezen, dan kan de rechter afwijken van de hoofdregel en partijen over en weer gedeeltelijk in het (on)gelijk stellen. De proceskosten worden in dat geval gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt. De rechter bepaalt waar het omslagpunt ligt en dient de afwijking van de hoofdregel te motiveren.⁸⁷

In het verleden werd een soepelere benadering van het begrip ‘(on)gelijk’ gehanteerd. De bepaling wie de in het ongelijk gestelde partij is hing daarbij niet alleen af van de vraag wier standpunt (on)juist werd bevonden, maar ook van de waardering van het gedrag van de procederende partijen. Van Rossem en Cleveringa kwamen tot deze benadering door de hoofdregel in samenhang te lezen met de derde zin van art. 56 Rv (oud) (die overeenkomt met de laatste zin van lid 1 van art. 237 Rv), waaruit volgt dat de rechter de kosten, die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, kan brengen (of beter: laten) voor rekening van de partij die ze aanwendde of veroorzaakte. Hiermee is volgens Van Rossem en Cleveringa onderkend dat men in het ongelijk gesteld kan zijn, terwijl de rechter de houding van de wederpartij toch afwijst. Volgens voornoemde schrijvers wijst dat erop:

‘[d]at aan de kostenveroordeling een gedragswaardering over het geheel ten grondslag moet worden gelegd; ‘in het ongelijk gesteld’ is hij, die gelet op het geheel van verloop en uitslag van het geding, voor zover het bij de beslissing in ogenschouw moet worden genomen, en zijn desbetreffende gedragingen,

83 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/125; Sluijter 2011, p. 48-49.

84 Van Dam-Lely, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2016, art. 237 Rv; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/125; Sluijter 2011, p. 48 e.v.

85 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, NJ 2016/16 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3084, NJ 2006/98.

86 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/125.

87 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/125.

in zijn verhouding tot zijn wederpartij de minste waardering verdient. In deze richting dringt ook de opening der bijzondere mogelijkheid van kostencompensatie, 'indien de partijen over en weder op enige punten in het ongelijk zijn gesteld'.⁸⁸

Uit diverse, nadien door de Hoge Raad gewezen arresten volgt ook dat de houding en gedragingen van partijen van invloed kan zijn op de vaststelling van het ongelijk.⁸⁹ In zijn conclusie bij het arrest *ECC/CellOne* waarschuwde A-G Huydecoper er evenwel voor dat een soepeler toepassing van de regel over 'wederzijds ongelijk' teveel zou afdoen aan de praktische hanteerbaarheid van het recht op het punt van de kostenveroordeling. Weliswaar zijn billijkheidsargumenten aan te voeren voor het laten meewegen van het procesgedrag bij de bepaling van het ongelijk, maar het gevaar bestaat dat 'partijen verleid raken tot een 'procedure binnen de procedure', waarin over nuances van het gelijk en ongelijk in verband met de proceskosten wordt gestreden'. Volgens Huydecoper zou hierdoor de voorspelbaarheid van de procedure (nog verder) worden verminderd en rechterlijke willekeur in de hand worden gewerkt. Huydecoper heeft daarom de voorkeur voor 'een wat minder subtiele, maar goed hanteerbare maatstaf: toewijzing dan wel afwijzing van (het grootste deel van) het gevorderde bepaalt, wie er in het gelijk is gesteld'.⁹⁰

De Hoge Raad lijkt dit standpunt te hebben omarmd, en sindsdien wordt uitgegaan van de strikte benadering van het begrip 'ongelijk' in zaken waarin de vordering geheel is toe- of afgewezen.⁹¹ De proceshouding speelt dus in beginsel geen rol (meer) bij de bepaling van het ongelijk. Volgens Sluijter biedt de uitzondering met betrekking tot nodeloos aangewende kosten en de beperking van de toewijsbare kosten aan de hand van het liquidatietarief wel de nodige ruimte voor de rechter om rekening te houden met het procesgedrag.⁹²

63 Nodeloos aangewende kosten

Een andere uitzondering op de hoofdregel, dat de verliezende partij betaalt, wordt gevormd door kosten die nodeloos zijn aangewend. Deze kosten kunnen voor rekening worden gelaten van de partij die ze maakte, ook als deze in het gelijk is gesteld.⁹³ Van nodeloze kosten kan sprake zijn in geval van een evident kansloos proces, processuele fouten of kansloze stellingen en verweren.⁹⁴ Volgens Sluijter biedt de regel de rechter de nodige ruimte om rekening te houden met procesverstoring of -vertragend

⁸⁸ Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 4.

⁸⁹ HR 27 maart 1979, NJ 1980/126 (*Unisco/Jongsmā*) en HR 15 oktober 1982, NJ 1983/328 (*Köhler/Bruijn van Rozenburg*); zie ook Jongbloed 1993, p. 4.

⁹⁰ Conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2005:AS8376) voor HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*), sub 40-41.

⁹¹ HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*); Sluijter 2011, p. 49.

⁹² Sluijter 2011, hoofdstuk 4; P. Sluijter, annotatie bij Rb. Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4051, JBPR 2014/59.

⁹³ Art. 237 lid 1 Rv bepaalt *in fine*: 'Ook kan de rechter de kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte.'

⁹⁴ Sluijter 2011, p. 30 e.v. en p. 50.

gedrag.⁹⁵ De rechter heeft ten aanzien van deze uitzondering op de hoofdregel namelijk een ruime discretionaire bevoegdheid. Uit de rechtspraak volgt evenwel dat hij daarvan maar nauwelijks gebruik maakt.⁹⁶

4.5 Beperking van de proceskosten: het liquidatietarief

64 Achtergrond van het liquidatietarief

De partij die wordt veroordeeld in de proceskosten van haar wederpartij moet de vaste rechten (griffierechten), de deurwaarderskosten, de getuigentaxen, de deskundigenkosten en soms de reiskosten betalen.⁹⁷ In zaken met verplichte procesvertegenwoordiging kunnen van de proceskosten van de wederpartij slechts de salarissen en verschotten van de advocaat van die wederpartij ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht (art. 239 Rv). Het woord 'slechts' impliceert dat een partij niet tot meer kosten kan worden veroordeeld.⁹⁸ Bij 'meer kosten' kan worden gedacht aan eigen kosten, zoals vertaalkosten.⁹⁹ Terwijl voor de vergoeding van de verschotten de werkelijk gemaakte kosten tot uitgangspunt worden genomen, pleegt het salaris van de advocaat te worden berekend conform het liquidatietarief.

In 1838 luidde art. 57 (oud) Rv:

'In zaken, waarin de wet verrichtingen van advocaten en procureurs vereischt of toelaat, zijn de salarissen en verschotten van beiden in de uitspraak begrepen, volgens de tarieven, welke daarvan zullen worden gemaakt.'

Deze 'tarieven' van art. 57 Rv (oud) waren neergelegd in het Tarief van Justitie-Kosten en Salarissen in Burgerlijke Zaken (het 'Tarief'), zoals vastgesteld bij de Wetten van 28 augustus en 29 december 1843.^{100, 101} In eerste instantie werd nog uitgegaan van de volledige vergoeding van de proceskosten. Art. 2 van het wetsontwerp voor het Tarief, later vervangen door art. 29 en 30 WTBZ, diende als leidraad bij de berekening van deze proceskosten. Hierin was een aantal vaste verrichtingen opgenomen waaraan vaste tarieven werden gekoppeld. Voor het overige gold art. 2 van het wetsontwerp, dat bepaalde: 'Voor werkzaamheden niet vermeld in het volgend artikel berekenen de advocaten, het hun verschuldigde

95 Sluijter 2011, p. 56.

96 Sluijter 2011, p. 79; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 237 Rv, aant. 4.

97 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/121; Van der Wiel 2004, p. 328; Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/128.

98 Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/128.

99 In art. 57 Rv (oud) werd dit nog benadrukt door de regel: '[v]oor het overige betaalt elke partij haar eigen kosten'.

100 Asser *Burgerlijke Rechtsvordering I* (oud), art. 57, aant. 1; Haardt 1945, p. 5.

101 Het Tarief is later vervangen door de Wet tarieven in burgerlijke zaken ('WTBZ'). Op 1 november 2010 is de Wet griffierechten burgerlijke zaken ('Wgbz') in werking getreden, die de WTBZ vervangt. De Wgbz is van toepassing op dagvaardingszaken die zijn betekend op of na 1 november 2010 en verzoekschriften die zijn ingediend op of na 1 november 2010.

salaris in redelijkheid, naar mate van het belang en de moeilijkheid der zaken, mitsgaders van den tijd, welke daaraan besteed heeft moeten worden.' De aan dit artikel ten grondslag liggende gedachte was dat het eigenlijk niet mogelijk is bij de wet een tarief vast te stellen dat door de rechter kan worden toegepast.¹⁰² Zodoende werd een grote vrijheid aan advocaten gelaten bij de berekening van hun salarissen. Volgens Haardt was het daarom 'het meest omstreden artikel van het geheele Tarief'.¹⁰³

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, hebben zich nadien de nodige ontwikkelingen voorgedaan. De gedachte, dat degene die het proces verliest door het procederen een onrechtmatige daad zou hebben gepleegd, werd naar aanleiding van de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1875 verlaten. Vanaf de wetwijziging in 1879 was het onvermijdelijk dat partijen vaak zelf met een groot deel van de kosten voor rechtsbijstand bleven zitten. Nodeloos gemaakte kosten kwamen sindsdien voor eigen rekening. Daarnaast konden slechts de declaraties van ofwel de advocaat, ofwel de procureur onder de 'liquidabele' kosten van het geding vallen. Wel werd nog vastgehouden aan het uitgangspunt dat de in het ongelijk gestelde partij min of meer de volledige kosten van (*nota bene*: enkelvoudige) rechtsbijstand van zijn wederpartij moet dragen. Dit uitgangspunt is geleidelijk aan losgelaten, hetgeen ten slotte in 1955 heeft geresulteerd in het liquidatietarief.¹⁰⁴

65 Totstandkoming van het liquidatietarief

De geringe houvast die het Tarief bood voor de vaststelling van het honorarium had tot gevolg dat rechters in toenemende mate overgingen tot het eigenhandig begroten van de kosten.¹⁰⁵ Verschillende gerechten zagen zich daarom genoodzaakt tarieven te ontwikkelen volgens een schema, waarbij de kostenbepaling per procedure afhankelijk werd gesteld van omstandigheden als het al dan niet voeren van tegenspraak of het houden van een pleidooi.¹⁰⁶ Het gevolg van het eigenhandig vaststellen van tarieven was, dat de waarderingen van verrichtingen per gerecht (soms sterk) uiteenliepen. Dat gaf geregeld aanleiding tot klachten, met name over een te geringe beloning van de werkzaamheden van de gemachtigden in bepaalde arrondissementen.¹⁰⁷ Zo klaagden enkele leden van de Orde van Advocaten te Alkmaar eind 1927 dat 'de Rechtbank alhier de kosten in civiele procedures te laag liquideerde'.¹⁰⁸ De omstandigheid dat meerdere leden deze opvatting steunden, gaf in 1928 aanleiding voor de Orde van Advocaten van het arrondissement Alkmaar een enquête te houden onder de Orden 'tot het verkrijgen van een overzicht over de

102 Zie ook Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 15.

103 Haardt 1945, p. 97.

104 Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 15.

105 Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1143.

106 Emmering 1928, p. 942 e.v.; Haardt 1945, p. 112.

107 Haardt 1945, p. 112; Van Rossem/Cleveringa, art. 56 Rv, aant. 10.

108 Citaat uit de brief van de Secretaris van de Orde van Advocaten te Alkmaar van eind 1927. Zie het Verslag van het onderzoek door de Orde van Advocaten te Alkmaar, *NJB* 1928, p. 530-532.

toeschatting van kosten door de Nederlandsche Rechtbanken'. De resultaten van het onderzoek laten zien hoezeer de kostenberekeningen uiteen konden lopen: voor een eenvoudige procedure (4 conclusies en een pleidooi) rekende de rechtbank Alkmaar in 1928 100-150 gulden aan salaris inclusief verschotten, de rechtbank Breda kwam voor een vergelijkbare procedure uit op een begroting van 225-250 gulden voor het salaris exclusief verschotten.¹⁰⁹

In de literatuur is gewezen op twee 'kernproblemen' van dit systeem van kostenbepaling. Ten eerste werd het feit dat de tarieven zo goed als geen differentiatie mogelijk maakten naar het belang van de zaak problematisch bevonden.¹¹⁰ Weliswaar dienden advocaten in die tijd ingevolge art. 30 WTBZ bij de berekening van hun salaris acht te slaan op het belang van de zaak; de rechter daarentegen pleegde daarmee bij de begroting van het bedrag dat aan de winnende partij diende te worden vergoed (zo goed als) geen rekening te houden. Haardt pleitte toen al voor herziening van de op dat moment bestaande tarieven, waarbij wat betreft de beloning voor advocaten, procureurs, kantongerechts gemachtigden en deurwaarders in sterke mate rekening wordt gehouden met het belang van de zaak.¹¹¹ Ook andere schrijvers, waaronder Emmering en Frinkel onderstreepten reeds eind jaren '30 het belang van honorering van verrichtingen naar het financieel belang dat bij de zaak betrokken is. Daarbij verwezen zij naar het stelsel van de Duitse wet, waarbij het geldelijk belang van de vordering als maatstaf voor het aldaar geldende tarief is aangenomen.¹¹²

In samenhang met het voorgaande sneed Haardt nog een kernprobleem aan, dat – in de woorden van Haardt – 'één van de meest omstreden en essentiële punten van ons geldend recht met betrekking tot de proceskostenveroordeling in het burgerlijk geding vormt'. Het betreft de praktijk dat de kosten die de winnende partij op de verliezende mag verhalen, over het algemeen ver beneden de werkelijk door haar gemaakte kosten blijven. Haardt noemde dit 'het probleem der niet-liquidabele advocatsalarissen'.¹¹³ De oplossing van dit probleem zocht Haardt ook hier in een (nieuw) tarief:

*'Het bij de kostenveroordeling begrote bedrag zou, als in sommige andere landen, de beloning in volle omvang, ook voor voorbereidingshandelingen voor het proces, moeten omvatten, en al die werkzaamheden zouden moeten worden getarifeerd.'*¹¹⁴

Naast voornoemde nadelen rezen er bezwaren tegen het systeem in verband met de situatie die was ontstaan als gevolg van de economische crisis in de jaren '30. Uit een brief van De Algemene Raad der Nederlandse Orde van Advocaten ('NOvA') aan de

109 Verslag van het onderzoek door de Orde van Advocaten te Alkmaar, *NJB* 1928, p. 530-532.

110 Vgl. Emmering 1928, p. 943.

111 Haardt 1945, p. 206.

112 Emmering 1928, p. 944; Frinkel 1929, p. 598. Zie over het Duitse kostenstelsel hierna hoofdstuk 7.

113 Haardt 1945, p. 99 en p. 208-211; Haardt 1985, p. 704 e.v.

114 Haardt 1985, p. 707; Haardt 1945, p. 206-209 en 211; zie ook Van Deinse 1941, p. 599 e.v.

voorzitters van de hoven en arrondissementsrechtbanken van 5 november 1945¹¹⁵ volgt dat de waarde van de gulden sinds 1939 sterk daalde, terwijl de honorering van de werkzaamheden van de advocaten in doorsnee zoveel minder steeg dan de kosten van levensonderhoud, zo 'dat mede in verband met de zeer sterk gestegen kantoorkosten, en de veel hogere belasting, een voor de stand zeer gevaarlijke financiële teruggang is ontstaan'. In de brief wordt ervoor gewaarschuwd dat deze toestand, indien blijvend, niet alleen ernstig zou zijn voor de advocatenstand, 'maar, gelet op de taak die de balie in het maatschappelijk bestel behoort te vervullen, een maatschappelijk gevaar'. Voorts wordt in de brief vermeld dat de geliquideerde kosten (de aan winnende partijen toegekende proceskostenvergoedingen) in de voorgaande jaren nauwelijks in hoogte waren toegenomen. In verband met de overige prijsontwikkelingen (als gevolg van de crisis en de waardedaling van de gulden) raakte volgens de NOvA het evenwicht zoek met alle nadelen van dien voor de winnende partij, maar ook voor de balie:

'De hoogte van haar declaraties wordt daardoor immers ten zeerste beïnvloed, mede omdat een zo lage waardering van advocaten-arbeid door de rechter de waardering van de cliënt drukt, en ook dit de advocaat hindert in het bepalen van zijn honorarium op een aan de nieuwe omstandigheden aangepast bedrag.'

Begin 20^e eeuw vond aldus een belangrijke ontwikkeling plaats op het terrein van de kostenveroordeling. Bij gebrek aan een landelijk uniforme richtlijn ging elk gerecht over tot het eigenhandig bepalen van tarieven, waarbij het aantal en soort proces-suele verrichtingen van invloed waren op de vaststelling van de hoogte van het kostenbedrag. Aan de hand van deze tarieven, die over het algemeen door de advocaat niet reëel werden bevonden, maakte de rechter een kostenbegroting die in verhouding tot de werkelijke kosten in het ene arrondissement nog lager kon uitvallen dan in het andere. Het voorgaande leidde in de eerste plaats tot onvrede bij de winnende partij, die met een niet onaanzienlijk deel van de gemaakte kosten bleef zitten. Als gevolg van de onderwaardering van de verrichtingen van de advocaat door de rechter was de cliënt klaarblijkelijk ook niet (meer) bereid het volle pond te betalen aan advocatenhonoraria, zodat de advocaat zich op zijn beurt belemmerd voelde bij het vaststellen van een behoorlijk honorarium dat recht deed aan de sinds de crisis gewijzigde omstandigheden. Zoals Van Deinse het formuleerde:

*'Gevolg van deze al te matige begroting is, dat de advocaat-procureur gerechtigd en genoodzaakt is met zijn tarief in de hand ook aan den cliënt die blijkt terecht te hebben geprocedeerd, een kosten-declaratie in te dienen, welke het verworven succes tot een zekere hoogte vernietigt en soms geheel illusoir maakt. Dit is voor den advocaat bijkans de onaangenaamste zijde der practijk.'*¹¹⁶

De bezwaren tegen de verschillen in gedragslijn van de gerechten bij toekenning van proceskosten en de hiervoor beschreven gevolgen daarvan leidden ertoe dat de leden van de NOvA in toenemende mate naar uniformiteit verlangden. Er ontstond

115 Adv. bl. 11 november 1954, p. 385-386.

116 Van Deinse 1941, p. 601.

behoefte aan een leidraad, een richtlijn voor de rechter met normen die recht deden aan de feitelijke situatie en door de rechter diende te worden geraadpleegd bij de bepaling van de hoogte van de proceskostenveroordeling.¹¹⁷ Dit gaf aanleiding voor de NOvA in overleg met de deken van de orde van advocaten in de arrondissementen een commissie in te stellen die onderzoek moest doen naar de economische positie van de advocaten en de daarmee verband houdende vraagstukken.¹¹⁸ De commissie kreeg de opdracht te adviseren 'over de vraag hoe en in welke mate de bestaande tarieven en gewoonten inzake geliquideerde kosten in verband met de gewijzigde omstandigheden zouden moeten worden gewijzigd'.¹¹⁹ In afwachting van het advies van deze commissie werden de voorzitters van de gerechtshoven en arrondissementsrechtbanken, in verband met de onhoudbaarheid van de situatie, met klem verzocht te bevorderen dat de geliquideerde kosten tot die tijd werden gebracht op het dubbele van 1939.¹²⁰

Begin 1955 diende de commissie een tweetal verslagen in bij de NOvA: één met een ontwerp-tarief voor te liquideren kosten en één met een ontwerp-tarief van salarissen bij afdoening buiten liquidatie.¹²¹ De ontwerp-tarieven voor te liquideren kosten respectievelijk van salarissen bij afdoening buiten liquidatie werden, na een enkele wijziging, goedgekeurd door de NOvA en de deken en vervolgens voorgelegd aan de voorzitters van de hoven en rechtbanken, die daarop – tot vreugde van de NOvA – positief reageerden.¹²² Het ontstaan van het liquidatietarief was daarmee een feit.

66 Toepassing en afwijking van het liquidatietarief

Bij de begroting van de vergoeding van de kosten van de advocaat op basis van het liquidatietarief zijn twee aspecten van belang. Ten eerste het aantal verrichte (processuele) werkzaamheden, waaraan punten worden toegekend per handeling (bijvoorbeeld één punt voor de dagvaarding, één punt voor de mondelinge behandeling). Het belang van de zaak, meestal gelijkgesteld aan de waarde van de vordering, bepaalt voorts de vergoeding per punt. In een zaak bij de rechtbank met een geldswaarde van € 40.000 tot € 98.000 kan, afhankelijk van het aantal proceshandelingen, maximaal een vergoeding van de advocaatkosten ad € 8940 (bij 10 proceshandelingen) worden toegewezen. In zaken met een geldswaarde van € 98.000 tot € 195.000 wordt ieder punt gewaardeerd op € 1421 zonder maximum

117 Zie over deze ontwikkelingen rond de totstandkoming van het liquidatietarief onder meer De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 239 Rv, aant. 3; Asser *Burgerlijke Rechtsvordering I* (oud), art. 57 Rv, aant. 2; Star Busmann 1972, nr. 404; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 10; Ekelmans 2004, par. 9.4.2.; Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1143; Asser *Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/128.

118 *Adv. bl.* 15 juni 1955, p. 366 e.v.

119 Brief van de NOvA aan de voorzitters van de hoven en rechtbanken van 5 november 1945, *Adv. bl.* 15 november 1954, p. 385-386.

120 Brief van de NOvA aan de voorzitters van de hoven en rechtbanken van 5 november 1945, *Adv. bl.* 15 november 1954, p. 385-386.

121 *Adv. bl.* 15 juni 1955, p. 366 e.v.

122 *Adv. bl.* 15 juni 1955, p. 366 e.v.

puntental. In zaken van een geldswaarde van € 390.000 tot € 1.000.000 wordt ieder punt gewaardeerd op € 2580 zonder maximum puntental, terwijl een punt op € 3211 wordt gewaardeerd in zaken van een geldswaarde boven € 1.000.000. De rechter heeft enige speling daar waar niet de gehele vordering wordt toegewezen. In plaats van het gevorderde bedrag kan hij het toegewezen (lagere) bedrag tot uitgangspunt nemen bij de begroting.¹²³

Het liquidatietarief is geen recht in de zin van art. 79 RO.¹²⁴ Het is een niet-bindende richtlijn die het resultaat is van overleg tussen de NVvR en de NOvA,¹²⁵ en is goedgekeurd door het LOVC en het LOVC-hoven.¹²⁶ De begroting van de proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen is dan ook een feitelijke beslissing waarbij de rechter een grote discretionaire bevoegdheid heeft.¹²⁷ Dat brengt mee dat de beslissing ten aanzien van de proceskosten niet behoeft te worden gemotiveerd, en in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.¹²⁸ Ondanks de niet-bindende status van het liquidatietarief wordt daarvan maar zelden afgeweken. In het arrest *K/Rabobank* overwoog de Hoge Raad dat art. 237 e.v. Rv een zowel limitatieve als exclusieve regeling bevat ten aanzien van de proceskosten waarin een bij vonnis in het ongelijk gestelde partij kan worden veroordeeld. Daarmee is volgens de Hoge Raad uitgesloten dat de winnende partij recht heeft op een hogere vergoeding dan art. 237 e.v. Rv meebrengt. Voor de kosten voor de opheffing van een onrechtmatig gelegd beslag worden geen uitzondering gemaakt; de vergoeding moet ook onder dergelijke omstandigheden beperkt zijn tot het liquidatietarief.¹²⁹ Het arrest sluit aan bij de parlementaire geschiedenis, waarin erop is gewezen dat de gemaakte kosten van rechtsbijstand enkel onderwerp kunnen zijn van een zelfstandige vordering tot schadevergoeding in 'buitengewone omstandigheden'.

Misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad zijn de in de rechtspraak geïdentificeerde buitengewone omstandigheden die afwijking van het liquidatietarief rechtvaardigen.¹³⁰ Van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen is sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan pas sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en

123 Sluijter 2011, p. 54.

124 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621, NJ 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*); HR 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4004, NJ 2002/197.

125 De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten.

126 Het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele en Kantonsectoren. Over het liquidatietarief zie nader Teuben 2004, p. 16 e.v. en 152-153; Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/128.

127 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621, NJ 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*). Zie ook Teuben 2004, p. 79; Boot & Quist 2011, p. 29.

128 Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/128.

129 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans (*K/Rabobank*), JBPR 2016/17, m.nt. S.M.A.M. Venhuizen.

130 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 36 (MvT).

omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.¹³¹ Gelet op de hoge lat wordt maar zelden aangenomen dat sprake is van buitengewone omstandigheden die een volledige proceskostenveroordeling rechtvaardigen. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM.¹³²

De beperkte mogelijkheden om aanspraak te kunnen maken op een van het liquidatietarief afwijkende vergoeding, zijn bekritiseerd in de juridische literatuur. De vergoeding staat vaak in schril contrast tot de werkelijke kosten.¹³³ De redenering dat de vrees voor een omvangrijke proceskostenveroordeling de vrijheid om een ander in rechte te betrekken in gevaar zou brengen wordt door sommigen zwak bevonden.¹³⁴ In bepaalde omstandigheden kan een meer reële vergoeding op zijn plaats zijn. Genoemd worden omstandigheden als de bewerkelijkheid van de zaak en de inefficiëntie in de procesvoering door een partij. In die gevallen zou de rechter gebruik moeten maken van zijn bevoegdheid van het liquidatietarief af te wijken.¹³⁵ Teuben wijst op de belangrijkste doelstelling van rechtersregelingen als het liquidatietarief, namelijk het bevorderen van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.¹³⁶ Volgens Teuben zou de doelstelling worden ondermijnd, indien de rechter zonder dwingende reden daarvan zou kunnen afwijken. Zij betoogt daarom dat de rechter slechts in bijzondere omstandigheden van zijn bevoegdheid om af te wijken gebruik zou moeten maken.¹³⁷ Ook Sluijter wijst erop dat een ruime vrijheid van de rechter bij het nemen van kostenbeslissingen de onvoorspelbaarheid vergroot.¹³⁸ In hoofdstuk 8 wordt nader ingegaan op de vraag naar de (on)wenselijkheid van ruimere afwijkingsmogelijkheden.

67 Deelconclusie

Met de gematigde kostenvergoeding op basis van het liquidatietarief is beoogd hoge proceskostenveroordelingen te voorkomen. De discussie over de voordelen van rechtszekerheid, uniformiteit en eenvoud van het stelsel tegenover de nadelen van

131 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516, NJ 2007/353 (*Waterschappen/Milieutech*); HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (*Duka/Achmea*). Zie ook Hof Den Haag 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX9065 (*X/Multilease*).

132 Zie o.a. Sluijter 2011, p. 52 en 70 e.v.; Boot & Quist 2011, p. 28; Van der Wiel 2004, p. 329.

133 Van Schaick 2000, p. 313; Tuil 2010, p. 415 e.v.; Sluijter 2011, p. 51.

134 Van Schaick 2000, p. 313; Smit 2008, p. 69; Huydecoper 2006, p. 130 e.v.; Boot & Quist 2011, p. 27 e.v.

135 Ingelse & Molenberg 1998, p. 1141 e.v.; Van Schaick 2000, p. 315; Falkena 2007, p. 36; Buyserd 2015, p. 160-168.

136 Teuben 2004, p. 183-184.

137 Teuben 2004, p. 184.

138 Sluijter 2011, p. 265 en 275.

een vergoeding die de werkelijke kosten niet benadert, blijkt van alle tijden te zijn. De Hoge Raad heeft evenwel bevestigd dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden aanspraak kan worden gemaakt op een hogere vergoeding dan art. 237 e.v. Rv meebrengt.¹³⁹ Een ruimere vergoeding is mogelijk voor de buitengerechtelijke kosten, zij het dat ook die aan matiging onderhevig kunnen zijn, zoals in de volgende paragraaf zal blijken.

4.6 Buitengerechtelijke kosten

68 De vergoeding van buitengerechtelijke kosten

De partij die in het gelijk wordt gesteld, kan in beginsel aanspraak maken op vergoeding van zowel de proceskosten (art. 237 e.v. Rv) als de buitengerechtelijke kosten (art. 6:96 BW). Buitengerechtelijke kosten zijn de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 sub b) en ter verkrijging van voldoening buiten rechte (buitengerechtelijke incassokosten, art. 6:96 lid 2 sub c).¹⁴⁰ Voor vergoeding van deze kosten is vereist dat de wederpartij schadeplichtig is, bijvoorbeeld op grond van een tekortkoming (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).¹⁴¹ Art. 6:96 lid 2 en 3 BW vormt het basisstelsel, dat onderscheiden moet worden van het stelsel van forfaitaire kosten als bedoeld in art. 6:96 leden 5 t/m 7 BW, waarover meer hierna.

Het schadevergoedingsrecht van het Burgerlijk Wetboek, waar art. 6:96 BW onder valt, kent als leidend beginsel de *volledige* vergoeding van schade.¹⁴² Uitgangspunt is dat de benadeelde wordt geplaatst in de situatie waarin hij zonder de normschending zou hebben verkeerd. Ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten geldt evenwel dat deze worden vergoed voor zover zij *redelijk* zijn. Het redelijkheidsvereiste houdt verband met de bijzondere aard van schade in de vorm van kosten. Buitengerechtelijke kosten worden gemaakt op initiatief en inzicht van de benadeelde. Zij zijn erop gericht een recht geldend te maken. Hoewel de kosten het *gevolg* zijn van het schadelijk handelen van de wederpartij, is het de benadeelde zelf die ze maakt en laat oplopen, zonder dat de wederpartij daarop enige invloed kan

139 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380, m.nt. H.B. Krans (*K/Rabobank*), JBPR 2016/17, m.nt. S.M.A.M. Venhuizen.

140 Art. 6:96 lid 2 BW luidt:

‘2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking:

(...)

b. redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;

c. redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

3. Lid 2 onder b en c is niet van toepassing voor zover in het gegeven geval krachtens artikel 241 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de regels betreffende de proceskosten van toepassing zijn.

(...)

141 Vgl. Sluijter 2014, p. 6; HR 24 september 2004, NJ 2006/201, m.nt. H.J. Snijders.

142 De Groot & Hendrikse 2005, p. 12.

uitoefenen. Op grond van art. 6:96 BW kunnen daarom alleen de *redelijke* kosten als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁴³

De ratio van de redelijkheidstoets is tweeledig. Enerzijds vloeit deze voort uit de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW, die de rechtsverhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij beheerst. Reeds hieruit volgt een plicht voor de benadeelde partij te voorkomen dat kosten nodeloos worden gemaakt of onredelijk hoog oplopen.¹⁴⁴ Anderzijds moet de redelijkheidstoets dienen als een sluis, waarlangs niet-redelijke kosten (bijvoorbeeld door inefficiëntie hoog opgelopen kosten) niet kunnen passeren. Het staat de benadeelde vrij te kiezen voor een gespecialiseerde advocaat, die tegen tarieven werkt die hoger zijn dan gemiddeld. Ook is het toegestaan daarmee afspraken te maken over de te verrichten werkzaamheden en wijze van beloning.¹⁴⁵ De redelijkheidstoets moet waarborgen dat de kosten voor zover die niet redelijk zijn voor rekening blijven van de benadeelde. Het gaat er dus om te beoordelen wat in redelijkheid op het bord van de aansprakelijke partij kan worden neergelegd.

De buitengerechtigde kosten moeten worden onderscheiden in niet-bedongen buitengerechtigde kosten (nr. 69 e.v.) en bedongen buitengerechtigde kosten (par. 4.7). *Niet-bedongen* buitengerechtigde kosten zijn verschuldigd voor zover zij (i) niet onder de proceskostenveroordeling op grond van art. 241 Rv gebracht kunnen worden en (ii) redelijk zijn.

69 'Van kleur verschietende' buitengerechtigde kosten

In tegenstelling tot de proceskosten kunnen de buitengerechtigde kosten – mits redelijk – volledig worden vergoed. De verklaring voor het onderscheid is gelegen in de verschillende grondslagen. Zoals in de vorige paragrafen aan de orde is gekomen, vormen overwegingen van procesrisico en procesbeleid de grondslag van de forfaitaire proceskostenvergoeding. Bij de vergoeding van proceskosten wordt als regel geabstraheerd van de werkelijke kosten, omdat de vrijheid om een ander in het proces te betrekken niet in gevaar moet worden gebracht.¹⁴⁶ Buitengerechtigde kosten daarentegen zijn aan te merken als vermogensschade, die het gevolg is van

¹⁴³ Lindenbergh 2000, par. 1.5.1.; De Groot & Hendrikse 2005, p. 35; Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:HR:PHR:2014:1633) voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, NJ 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*), sub 3.6-3.8; Veendrick 2014, p. 1-7. Lindenbergh 2000, par. 1.5.1.; Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:HR:PHR:2014:1633) voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, NJ 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*), sub 3.8.

¹⁴⁴ Lindenbergh 2000, par. 1.5.1.; Veendrick 2014/6, p. 4; Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:HR:PHR:2014:1633) voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, NJ 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*), sub 3.8.

¹⁴⁵ Veendrick 2014, p. 4.

¹⁴⁶ Zie Sluiter 2011, p. 65; Van der Wiel 2004, p. 327.

een tekortkoming (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).¹⁴⁷ Deze schade dient in beginsel volledig te worden vergoed, althans voor zover is voldaan aan het redelijkheidsvereiste.

Zowel de proceskostenregeling als de regeling van art. 6:96 lid 2 BW sluiten vergoeding van de kosten ter instructie van de zaak in. Om cumulatie te voorkomen, is in art. 241 Rv bepaald dat bij samenloop tussen art. 6:96 lid 2 BW en de regels over proceskostenvergoeding, de proceskostenregeling voorrang heeft.¹⁴⁸ Daarbij moet worden aangetekend dat het onderscheid tussen proceskosten en buitengerechtelijke kosten niet altijd eenvoudig valt te maken. De kosten die zijn gemaakt in de buitengerechtelijke fase kunnen namelijk ‘van kleur verschieten’ indien het (toch) tot een procedure komt. In dat geval worden de kosten aangemerkt als proceskosten en het salaris van de advocaat forfaitair berekend aan de hand van het liquidatietarief. Zo vormen de uren en (advocaat)kosten besteed aan het bestuderen van het dossier, het onderzoeken van de feitelijke en juridische positie en het bepalen van de strategie de buitengerechtelijke kosten zolang geen procedure wordt gevoerd, maar ‘transformeren’ zij in proceskosten zodra het tot een procedure komt.¹⁴⁹ Voor afzonderlijk voor (volledige) vergoeding in aanmerking komende buitengerechtelijke kosten is vereist dat het gaat om verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een – niet aanvaard – schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier.¹⁵⁰ De Bock wijst erop dat sprake moet zijn van een intensief buitengerechtelijk voortraject waarin bijvoorbeeld uitvoerig is onderhandeld over een mogelijke schikking.¹⁵¹

70 Dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW

Zoals vermeld komen buitengerechtelijke kosten van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW voor vergoeding in aanmerking voor zover zij redelijk zijn. De redelijkheid dient te worden beoordeeld aan de hand van de zogenaamde ‘dubbele redelijkheidstoets’ zoals geformuleerd door de Hoge Raad in het arrest *L&L/Drenth* uit 1987.¹⁵² De toets houdt in (i) dat het in de gegeven omstandigheden redelijk moet zijn geweest kosten te maken en (ii) dat de kosten naar hun omvang redelijk zijn.¹⁵³

147 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 36. Vgl. Sluijter 2014, p. 6; H.J. Snijders, annotatie bij HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2006:AP6874, NJ 2006/200 (*Doryade/Staat*).

148 Van Dam-Lely, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 241 Rv. Art. 6:96 lid 3 BW is de pedant van art. 241 Rv in het Burgerlijk Wetboek.

149 HR 3 april 1986, ECLI:NL:HR:1987:AG5568, NJ 1988, m.nt. C.J.H. Brunner (*L&L/Drenth*). Zie ook De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 241 Rv, aant. 2; Sluijter 2011, p. 64.

150 Rapport BGK-Integraal, te raadplegen via rechtspraak.nl.

151 De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 241 Rv, aant. 2.

152 HR 3 april 1987, NJ 1988/275, m.nt. C.J.H. Brunner (*L&L/Drenth*).

153 Lindenbergh 2000, par. 1.5.1. Zie ook HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, NJ 2012/277, JBPR 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

Zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, moet onderscheiden worden tussen het basisstelsel en het stelsel van forfaitaire kosten. In het basisstelsel van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW dient de vraag, of de buitengerechtelijke kosten de redelijkheidstoets kunnen doorstaan, te worden beantwoord in het licht van de omstandigheden van het geval. Bij het beoordelen van de redelijkheid kunnen relevant zijn de aard en omvang van de schade, de verhouding tussen schade en gevorderde kosten, de complexiteit van de zaak, de vraag of verweer is gevoerd of is te verwachten, de aard en omvang van de rechtsbijstand en de deskundigheid van de rechtsbijstandverlener.¹⁵⁴ De rechter kan de schade door middel van een schatting vaststellen, al dan niet aan de hand van forfaitaire bedragen.¹⁵⁵ Van belang daarbij is dat de redelijkheid van de buitengerechtelijke kosten dient niet retrospectief, maar prospectief te worden beoordeeld. Indien achteraf blijkt dat de kosten lager hadden kunnen uitvallen of de betreffende werkzaamheden tegen lager tarief hadden kunnen worden uitgevoerd, dan kan dat op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat niet voldaan is aan het redelijkheidsvereiste.¹⁵⁶

Lindenbergh wijst erop dat de redelijkheidstoets en de begrotingsvraag strikt genomen van elkaar moeten worden onderscheiden; de redelijkheidsvraag is een rechtsvraag die in beginsel aan cassatie kan worden onderworpen, terwijl de begrotingsvraag een feitelijke vraag is waarbij de rechter veel vrijheid heeft.¹⁵⁷ In de praktijk valt het onderscheid tussen de redelijkheidstoets (met name ten aanzien van de omvang) en de begrotingsvraag echter nauwelijks te maken.¹⁵⁸ Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dan ook dat de rechter in het algemeen een grote mate van vrijheid heeft bij de uitvoering van de dubbele redelijkheidstoets. Hij is daarbij in belangrijke mate ontheven van zijn motiveringsplicht.¹⁵⁹ Wel dient de beslissing ten minste zodanig te zijn gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden (de hogere rechter daaronder begrepen) controleerbaar en aanvaardbaar te maken.¹⁶⁰ Met andere woorden, als de rechter tot het oordeel komt dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten niet redelijk zijn, dan zal uit zijn motivering moeten blijken waarom niet. Zwaar is de motiveringseis nogmaals niet; het is volgens de Hoge Raad al voldoende als de rechter zijn beslissing onderbouwt

154 Lindenbergh 2000, p. 22; De Groot & Hendrikse 2005, p. 36-41.

155 Lindenbergh 2000, par. 1.3; HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, NJ 2012/277, JBPR 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

156 Conclusie A-G Timmerman inzake HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, RvdW 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), nr. 3.7.

157 Lindenbergh 2000, par. 1.3.

158 Lindenbergh 2000, par. 1.3; Conclusie A-G Timmerman inzake HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, RvdW 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), nr. 3.8. Vgl. ook A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*), nr. 3.4: 'Zowel het maken van de kosten (eerste toets) als de omvang ervan (tweede toets) dient redelijk te zijn. Wat redelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en ligt op het terrein van de feitenrechter.'

159 Lindenbergh 2000, par. 1.3-1.4; HR 15 februari 1995, NJ 1996/347 (*Gemeente Den Haag/Vermeulen*).

160 HR 20 oktober 2003, NJ 2004/37; HR 17 november 2006, NJ 2006/621; Conclusie A-G Timmerman inzake HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086, RvdW 2013/535, sub 4.54.

met het enkele benoemen van de meegewogen factoren en de uitkomst van de afweging.¹⁶¹ Maar er is een ondergrens: in het arrest *Multiquest/Fricorp* oordeelde de Hoge Raad dat de afwijzing door het hof van de gevorderde buitengerechtelijke kosten met de enkele motivering dat de incassowerkzaamheden waren gericht op de invordering van een veel hoger (niet toewijsbaar) bedrag niet voldoende is.¹⁶²

In datzelfde arrest oordeelde de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat slechts een klein gedeelte van de vordering is toegewezen, niet meebrengt dat alle gevorderde kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte van het toegewezen bedrag, niet redelijk zijn geweest in de zin van art. 6:96 lid 2 sub c BW. En zoals nog aan de orde zal komen, overwoog de Hoge Raad dat het rapport Voor-werk II (de voorloper van BGK-integraal, zie hierna) de rechter niet ontslaat van de verplichting om te beoordelen of een forfaitaire vergoeding conform de aanbeveling uit dit rapport, ook tot een 'redelijk' bedrag leidt in de zin van art. 6:96 lid 2 sub c BW.¹⁶³ Ten aanzien van kosten die onder het basissysteem vallen ontkomt de rechter dus niet aan de dubbele redelijkheidstoets; deze moet hij toepassen – én motiveren, zij het dat daaraan lichte eisen worden gesteld.

71 Ambtshalve dubbele redelijkheidstoets?

Ten aanzien van de kosten die (dwingend) onder het forfaitaire stelsel van art. 6:96 leden 5 t/m 7 BW vallen, geldt dat de omvang van de kosten wordt bepaald door het Besluit Buitengerechtelijke Incassokosten (BIK). Deze kosten verschieten niet van kleur en kunnen in beginsel niet door de rechter worden gematigd. Ten aanzien van de kosten van het basissysteem heeft de rechter evenwel een grote beoordelingsvrijheid bij de begroting van de kosten.

De vraag is, of de rechter er ook toe gehouden is de redelijkheidstoets toe te passen (en te motiveren) als geen verweer is gevoerd tegen de gevorderde buitengerechtelijke kosten. Zoals nog aan de orde zal komen heeft de behoefte aan een rechterlijke bevoegdheid tot ambtshalve matiging ten aanzien van *bedongen* buitengerechtelijke kosten geleid tot de invoering van art. 56ab Rv (oud) (thans art. 242 Rv). Over een eventuele behoefte aan een ambtshalve matigingsbevoegdheid ten aanzien van *niet-bedongen* buitengerechtelijke kosten wordt niet gerept in de Parlementaire Geschiedenis. De werkgroep 'Buitengerechtelijke kosten' heeft in het rapport in TREMA in 1989 wel aandacht besteed aan dit punt:

*'De werkgroep is van mening, dat niet geconvenieerde buitengerechtelijke incassokosten kunnen worden toegewezen voor zover zij redelijk zijn. In dit verband wordt de vraag, of de rechter ook ambtshalve de gevorderde incassokosten aan deze maatstaf mag toetsen, door de werkgroep bevestigend beantwoord, waarbij zij in versterkzaken en voor het geval in een procedure op tegenspraak geen verweer met betrekking tot die kosten wordt gevoerd, terughoudendheid geboden acht.'*¹⁶⁴

¹⁶¹ De Groot & Hendrikse 2005, p. 36.

¹⁶² HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086, RvdW 2013/535 (*Multiquest/Fricorp*).

¹⁶³ HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, NJ 2012/27, JBPR 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

¹⁶⁴ Rapport werkgroep 'Buitengerechtelijke kosten', *Trema* 1989, p. 281.

Een ambtshalve toets aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW in verstekzaken of procedures op tegenspraak waarin geen verweer wordt gevoerd tegen de gevorderde buitengerechtelijke kosten is dus volgens de werkgroep mogelijk, zij het dat daarbij terughoudendheid dient te worden betracht.

Daarnaast is matiging van niet-bedongen buitengerechtelijke kosten in beginsel nog mogelijk op grond van art. 6:109 BW, dat de rechter een algemene bevoegdheid verleent schadevergoeding te matigen in geval van kennelijk onaanvaardbare uitkomsten. De rechter dient evenwel ook daarbij terughoudendheid te betrachten.¹⁶⁵ Voor toepassing van deze regel zal daarnaast slechts beperkt ruimte zijn, aangezien een vordering ex 6:96 lid b of c BW die de dubbele redelijkheidstoets doorstaat niet snel tot kennelijk onaanvaardbare uitkomsten zal leiden.¹⁶⁶ Dat kan anders zijn in geval van zeer bijzondere omstandigheden aan de kant van verweerder, maar die zullen ten processe gebleken moeten zijn. Toepassing van deze matigingsbevoegdheid in verstekzaken lijkt daarom vrijwel uitgesloten.¹⁶⁷

Uit (lagere) rechtspraak volgt dat de rechter de dubbele redelijkheidstoets over het algemeen in ieder geval toepast indien de gevorderde kosten zijn betwist.¹⁶⁸ Er zijn ook voorbeelden te vinden waarin de rechter de niet-betwiste buitengerechtelijke kosten ambtshalve aan de redelijkheidstoets onderwerpt. Een enkele keer resulteert dit zelfs in een (ambtshalve) matiging; daar zijn voorbeelden van in zowel procedures op tegenspraak waar geen verweer is gevoerd tegen de buitengerechtelijke kosten¹⁶⁹ als in verstekprocedures.¹⁷⁰ Het aantal voorbeelden is evenwel zeer gering, waaruit zich laat afleiden dat de rechter inderdaad terughoudend is met het ambtshalve matigen van buitengerechtelijke kosten.

72 Normering buitengerechtelijke incassokosten

Op 1 juli 2012 is de Wet normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (WIK) in werking getreden.¹⁷¹ Met de wetswijziging

¹⁶⁵ Teuben 2004, p. 18; HR 28 mei 1999, NJ 1999/510.

¹⁶⁶ Teuben 2004, p. 18; Huydecoper 2005, p. 10.

¹⁶⁷ Huydecoper 2005, p. 11.

¹⁶⁸ Rb. Den Bosch 28 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5000, *Prg* 2011/229 (*Centramed/St Jeroen Bosch Ziekenhuis*); Hof Den Bosch 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3911.

¹⁶⁹ Zie bijv. Rb. Oost-Nederland 4 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0473 waarin de rechtbank overweegt: '4.14. [verweerder BV sub 1] en [verweerder sub 2] hebben geen verweer gevoerd tegen het aantal door [verzoekster] opgevoerde uren alsmede de hoogte van het uurtarief. De door [verzoekster] in deze opgevoerde kosten kunnen de dubbele redelijkheidstoets (die de rechtbank ambtshalve uitvoert omdat alleen redelijke kosten op grond van artikel 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komen) niet doorstaan. (...)', waarna de rechtbank de kosten 'naar redelijkheid' begroot. (onderstreping toegevoegd)

¹⁷⁰ Rb. Dordrecht (ktr.) 12 augustus 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AR2345, *Prg* 2004/6267, m.nt. J.G. Kuhlman (*SWAB/Voesenek*).

¹⁷¹ Wet normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, *Stb.* 2012, 140.

van 2012 zijn aan art. 6:96 BW de leden 4 t/m 7 toegevoegd, die de forfaitaire vergoeding van de buitengerechtelijke kosten behelzen.¹⁷²

Kort gezegd houdt de nieuwe regeling in dat de omvang van de kosten gemaakt ter zake van de incasso van contractuele geldschulden (de tweede redelijkheidstoets) moet worden ingevuld door toepassing van de staffel van het Besluit Buitengerechtelijke Incassokosten (BIK).¹⁷³ De vergoeding bedraagt een forfaitair percentage van de hoofdsom.¹⁷⁴ Van de maximumtarieven van het Besluit kan niet ten nadele van een consument-schuldenaar worden afgeweken, zo volgt uit lid 5. Dit volgt tevens uit art. 242 Rv, waaraan is toegevoegd dat matiging van contractueel bedongen vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten niet aan de orde is als het gaat om buitengerechtelijke incassokosten ten aanzien van een consument die vallen onder het Besluit BIK. In geschillen waarbij de schuldenaar een niet-consument is (*b2b*-relaties), vormen de staffels van het Besluit BIK regelend recht. Partijen kunnen dus een hogere (of lagere) vergoeding overeenkomen. Indien zij geen afwijkende vergoeding zijn overeengekomen, dan gelden de maximumtarieven.¹⁷⁵ Ten aanzien van bedongen kosten in *b2b*-relaties geldt art. 242 Rv, waarover hierna in par. 4.7.

172 'Art. 6:96 (...)

4. In geval van een handelsovereenkomst als bedoeld in artikel 119a lid 1 of artikel 119b lid 1 bestaat de vergoeding van kosten bedoeld in lid 2 onder c uit ten minste een bedrag van 40 euro. Dit bedrag is zonder aanmaning verschuldigd vanaf de dag volgende op de dag waarop de wettelijke of overeengekomen uiterste dag van betaling is verstreken. Hiervan kan niet ten nadele van de schuldeiser worden afgeweken.

5. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld voor de vergoeding van kosten als bedoeld in lid 2 onder c. Van deze regels kan niet ten nadele van de schuldenaar worden afgeweken indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In dit geval mist artikel 241, eerste volzin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toepassing.

6. De vergoeding volgens de nadere regels kan indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, eerst verschuldigd worden nadat de schuldenaar na het intreden van het verzuim, bedoeld in artikel 81, onder vermelding van de gevolgen van het uitblijven van betaling, waaronder de vergoeding die in overeenstemming met de nadere regels wordt gevorderd, vruchteloos is aangemaand tot betaling binnen een termijn van veertien dagen, aanvangende de dag na aanmaning.

7. Indien een schuldenaar voor meer dan een vordering door een schuldeiser kan worden aangemaand als bedoeld in lid 6, dan dient dit in één aanmaning te geschieden. Voor de berekening van de vergoeding worden de hoofdsommen van deze vorderingen bij elkaar opgeteld.'

173 Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten), *Stb.* 2012, 141.

174 In het Besluit BIK is vastgelegd wanneer en tot welke hoogte buitengerechtelijke kosten zijn verschuldigd voor uit overeenkomsten voortvloeiende geldvorderingen. De tarieven zijn gebaseerd op een forfaitair percentage van de gevorderde hoofdsom, met een minimum van € 40. De redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte van een bedrag van in hoofdsom € 2.500 bedragen 15% van de hoofdsom.

175 Engberts 2012, p. 196-201.

De wetgever heeft met het normeren van de tweede redelijkheidstoets beoogd duidelijkheid en rechtszekerheid te scheppen voor partijen over de hoogte van de verschuldigde kosten, zodat daarover conflicten en een eventuele gang naar de rechter worden voorkomen.¹⁷⁶ Om die reden kunnen de hier bedoelde kosten ook niet van kleur verschieten (art. 241 Rv) of worden gematigd door de rechter op de voet van art. 242 Rv. De rechter dient nog wel te beoordelen of de vordering aan de eerste redelijkheidstoets (de vraag of het redelijk is dat kosten zijn gemaakt) voldoet.¹⁷⁷

Achtergrond Besluit BIK

In de afgelopen jaren zijn door de rechterlijke macht verschillende initiatieven ontplooid om te komen tot (meer) uniformiteit ten aanzien van de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Volgens de werkgroep buitengerechtelijke kosten van de NVvR was daaraan behoefte, gezien de uiteenlopende opvattingen van de diverse rechterlijke colleges omtrent de toewijsbaarheid van buitengerechtelijke kosten.¹⁷⁸ Aanleiding tot het normeren en maximeren van de buitengerechtelijke kosten vormde ook de constatering dat professionele schuldeisers regelmatig hogere buitengerechtelijke kosten berekenden aan de schuldenaren dan in werkelijkheid werden gemaakt.¹⁷⁹ Jarenlang fungeerde het niet-bindende rapport Voor-werk II van de NVvR als leidraad bij de beoordeling van de redelijkheid van buitengerechtelijke kosten. Volgens het rapport is vergoeding van buitengerechtelijke kosten alleen aan de orde 'wanneer aangetoond is dat er werkzaamheden zijn verricht die meer omvatten dan een paar aanmaningen, het doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van een eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke manier samenstellen van het dossier'.

Aanbevolen werd om zowel de bedongen als niet-bedongen buitengerechtelijke kosten forfaitair vast te stellen tot twee punten van het toepasselijke liquidatietarief in eerste aanleg, met een maximum van 15% van de hoofdsom. Volgens de aanbevelingen dient de rechter daartoe ten aanzien van de bedongen buitengerechtelijke kosten gebruik te maken van zijn matigingsbevoegdheid van art. 242 Rv. Niet-bedongen buitengerechtelijke kosten kan hij volgens de aanbevelingen matigen op grond van art. 6:97 BW (waarin de bevoegdheid tot begroting of schatting van de schade is neergelegd) of eventueel art. 6:109 BW. Voor kantonzaken geldt de aparte, door de Kring van Kantonrechters ontwikkelde staffel. Ten slotte is afwijking slechts mogelijk indien de schuldeiser gemotiveerd stelt en zo nodig bewijst dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn en dat deze redelijk zijn.

Het rapport Voor-werk II werd fel bekritiseerd.¹⁸⁰ Met name de aanbeveling om voor vergoeding van de buitengerechtelijke kosten aan te sluiten bij het liquidatietarief

¹⁷⁶ Zie HR 13 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1405, r.o. 3.4.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32418, 5, p. 5; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 5; Engberts 2012, p. 200; HR 13 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1405, r.o. 3.5.

¹⁷⁸ Rapport Voor-werk II, nr. 3.4.

¹⁷⁹ Engberts 2012, p. 196-201.

¹⁸⁰ Teuben 2004, p. 18 en de daar aangehaalde literatuur.

(zoals geldt voor de proceskosten) heeft de nodige reacties opgeroepen. Buitengerechtelijke kosten en proceskosten zijn namelijk naar hun aard verschillende kosten met een eigen (wezenlijk andere) grondslag. Het zou daarom niet voor de hand liggen om deze op dezelfde wijze te begroten.¹⁸¹ Maar ook vanuit de praktijk klonken kritische geluiden. Ondanks de uniformerende bedoelingen zouden de verschillen in toepassing daarvan door de rechterlijke instanties veeleer verdeeldheid brengen.¹⁸² De rechtspraak zou aanzienlijke verschillen laten zien tussen de toegewezen bedragen aan buitengerechtelijke kosten. Ook zou in het buitengerechtelijk traject niet steeds worden gewerkt aan de hand van de maatstaven van het rapport Voor-werk II; het zou geregeld voorkomen dat (zeer) hoge incassokosten in rekening werden gebracht met betrekking tot relatief kleine vorderingen, die vervolgens niet tot een rechtszaak leidden.¹⁸³ Meer in het algemeen klonk de roep om een overzichtelijker en eenduidiger systeem.¹⁸⁴

Een en ander gaf aanleiding tot de Wet normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Deze wet is op 1 juli 2012 in werking getreden. Op dezelfde dag is ook het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten in werking getreden (het Besluit BIK¹⁸⁵). Het Besluit BIK is uitsluitend ten aanzien van consumenten dwingend; voor andere schuldenaren bevat het Besluit BIK regeland recht. Het vastleggen van de hoogte van deze kosten beoogt schuldenaren te beschermen tegen onredelijke hoge incassokosten, en daarnaast is beoogd voor partijen duidelijkheid te bieden tot welk bedrag incassokosten in rekening mogen worden gebracht. Buitencontractuele vorderingen vallen buiten het toepassingsgebied.

Teneinde een zo uniform mogelijke toepassing te bevorderen (en daarmee gehoor te geven aan de roep om duidelijkheid en rechtszekerheid) heeft een werkgroep van rechters en juridisch ondersteunend personeel het rapport BGK-integraal 2013 opgesteld, dat per 1 november 2013 is ingevoerd. Het bevat informatie en adviezen met betrekking tot de beoordeling van gevorderde buitengerechtelijke kosten. In de literatuur is evenwel meermaals geopperd dat WIK, Besluit BIK en het rapport BGK-integraal gezien de diversiteit aan regels, afwijkende vergoedingssystemen en uitzonderingen op de regels voor nog meer versnippering en onduidelijkheid hebben gezorgd.¹⁸⁶

181 De Groot & Hendrikse, p. 34 en 41 en de daar aangehaalde literatuur.

182 Vgl. Conclusie A-G Huydecoper voor HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 566; De Groot en Hendrikse, p. 34; Conclusie A-G Wissink voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*), sub 3.14.

183 Conclusie A-G Wissink voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*).

184 Ruygvoorn 2014, p. 179 e.v.; Engberts 2012, p. 196-201.

185 Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten), *Stb.* 2012, 141.

186 Sluijter 2014, p. 3 e.v.; Enderink & Al Mansouri 2014, p. 134 e.v.

73 Stellen en specificeren

Hiervoor is aan de orde gekomen dat bij vorderingen die dwingend onder het Besluit BIK vallen wordt geabstraheerd van de werkelijk gemaakte kosten. De vergoedingsstaffel van het Besluit BIK geldt als redelijk en matigen is in beginsel niet mogelijk. Om aanspraak te kunnen maken op een vergoeding behoeft de schuldeiser dus enkel te stellen dat incassohandelingen zijn verricht en kosten zijn gemaakt. De omvang van de kosten hoeft hij niet aan te tonen.¹⁸⁷

Ten aanzien van vorderingen die niet dwingend onder het Besluit BIK vallen geldt het uitgangspunt dat de buitengerechtelijke kosten volledig vergoed worden, althans voor zover zij redelijk zijn. Dat veronderstelt dat de rechter op de hoogte is van de werkelijk verrichte werkzaamheden en bijbehorende kosten waarvan de redelijkheid moet worden beoordeeld. In het arrest *Roozen/Blaricum* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wie aanspraak wil maken op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten, het bestaan hiervan dient te stellen en een specificatie moet overleggen van de verrichte werkzaamheden en het uurtarief (ongeacht of het nu om bedongen of niet-bedongen buitengerechtelijke kosten gaat).^{188, 189} De eisende partij zal aannemelijk moeten maken dat buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht, die meer omvatten dan het versturen van enkele aanmaningen. Daarnaast zal de partij ook de aard en redelijkheid van de verrichte werkzaamheden goed moeten specificeren en onderbouwen.¹⁹⁰ Aan de hand van de specificatie kan de rechter (maar ook de wederpartij) de redelijkheid van de gevorderde buitengerechtelijke kosten beoordelen.¹⁹¹ De stel- en specificatieplicht geldt onverkort in verstekprocedures (zoals impliciet lijkt te volgen uit voornoemd arrest *Roozen/Blaricum*, waarin de wederpartij in alle instanties verstek heeft laten gaan) en in procedures op tegenspraak waarbij geen verweer wordt gevoerd tegen de gevorderde kosten. De Groot en Hendrikse zeggen hierover het volgende:

*'De eisende partij kan [...] in rechte nooit volstaan met de enkele stelling dat er buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt. Deze partij dient gespecificeerd te stellen en bij betwisting aan te tonen dat de door hem gevorderde kosten ook daadwerkelijk buitengerechtelijke verrichtingen bevat.'*¹⁹²

¹⁸⁷ Vgl. BKG-integraal 2013, par. II.6, p. 15. Zie ook Engberts 2012, p. 200.

¹⁸⁸ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7004, NJ 2003/556 (*Roozen/Blaricum*); zie ook HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461 en HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, JBPR 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*). Zie ook De Groot & Hendrikse 2005, p. 30.

¹⁸⁹ Overigens is de nodige kritiek geuit op de specificatieplicht ter zake van bedongen kosten; zie A-G Huydecoper in zijn conclusie inzake HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7004, NJ 2003/556 (*Roozen/Blaricum*). Volgens Huydecoper mogen contractuele incassobedingen 'niet – door toepassing van rigoureuze matiging – terzijde worden gesteld op de enkele grond dat de crediteur niet stelt of aantoonst dat er daadwerkelijk (in dit concrete geval verrichte) werkzaamheden voor zijn rekening zijn gekomen die niet onder de gebruikelijke proceskostenveroordeling zijn begrepen.' (sub 21).

¹⁹⁰ K. Teuben, annotatie bij HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, JBPR 2012/62 (*Groenegeest/Proosdij*).

¹⁹¹ Vgl. conclusie A-G Timmerman inzake HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, RvdW 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), sub 3.10.

¹⁹² De Groot & Hendrikse 2005, p. 30.

Met andere woorden, het voldoen aan de stel- en specificatieplicht is een minimale voorwaarde voor toewijzing. De specificatieplicht komt niet pas tot leven na (voldoende gemotiveerde) betwisting door de wederpartij.

Specificeren en 'no cure no pay'

In het arrest *De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis* heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag, in hoeverre buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand die voortvloeien uit een *no cure no pay*-afpraak voor vergoeding via art. 6:96 lid 2 onder b en c BW in aanmerking kunnen komen.¹⁹³ Kenmerkend voor afspraken waarbij de beloning wordt gerelateerd aan (een percentage van) de uitkomst van de zaak, is dat vooraf een gefixeerde vergoeding wordt afgesproken die in beginsel losstaat van de verrichte werkzaamheden en uurtarieven. In *De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis* werd de vordering tot vergoeding van deze kosten in eerste aanleg dan ook afgewezen, omdat inzicht in het aantal uren en de aard van de verrichte werkzaamheden en het gehanteerde uurtarief volgens de rechtbank noodzakelijk was om te kunnen beoordelen of het gevorderde bedrag in omvang redelijk was. In hoger beroep is het vonnis bekrachtigd. Volgens het hof moest bij de vraag welk bedrag aan buitengerechtelijke kosten in dit geval moest worden vergoed, niet de *no cure no pay*-afpraak tot uitgangspunt worden genomen, maar het aantal gewerkte uren en het gehanteerde uurtarief. Het hof kwam door middel van een zelfstandige berekening op basis van fictieve uren en uurtarieven vervolgens op een veel lager bedrag uit dan gevorderd. In cassatie heeft de Hoge Raad korte metten gemaakt met dit oordeel. De Hoge Raad overwoog dat de vergoeding ex art. 6:96 lid 2 sub b en c BW ertoe strekt dat de benadeelde ook op het punt van de gemaakte kosten komt te verkeren in de vermogenspositie waarin hij zonder de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis zou hebben verkeerd. De tekst en strekking van de bepaling stellen geen eisen aan de wijze van berekening van die kosten. De vraag in hoeverre de kosten die de benadeelde heeft gemaakt op de voet van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW voor vergoeding in aanmerking komen, 'dient aan de hand van de hiervoor vermelde maatstaf te worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval'.^{194, 195}

193 De vraag, of de rechter bij de beoordeling van de redelijkheid van de omvang van de buitengerechtelijke kosten zich heeft te richten op de hoogte van een door de benadeelde met zijn rechtsbijstandverlener overeengekomen bedrag, dan wel op de werkelijk verrichte werkzaamheden en bijbehorende kosten, is een rechtsvraag; conclusie A-G Timmermans voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, RvdW 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), sub 3.9.

194 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, RvdW 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), r.o. 3.4.1-3.4.2.

195 De omstandigheden in casu waren: het Ziekenhuis had na het overlijden van de vrouw van X aanvankelijk geen aansprakelijkheid erkend, X was als gevolg van het plotselinge overlijden van zijn vrouw een weduwnaar met twee zeer jonge kinderen, X verkeerde daarom in een shocktoestand en was niet in staat de financiële gevolgen van de afspraak met A in te schatten, zijn financiële situatie liet niet toe een rechtsbijstandverlener in te schakelen op basis van vergoeding van gewerkte uren vermenigvuldigd met een uurtarief, eiser heeft onder meer aangevoerd dat het overeengekomen honorarium van 15% redelijk en in de branche gebruikelijk is, en dat ook de totale omvang van het aan A verschuldigde honorarium redelijk is en overeenstemt met de door veel verzekeraars voor letselschadezaken gehanteerde PIV-staffel.

*'In het licht van hetgeen hiervoor in 3.4.1 en 3.4.2 is overwogen, slaagt het onderdeel waar het opkomt tegen de oordelen van het hof dat art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW geen grondslag biedt voor een kostenberekening op basis van de onderhavige overeenkomst en dat ook in dit geval het aantal door [A] voor [eiser] gewerkte uren, de verrichte werkzaamheden en een uurtarief tot uitgangspunt moeten worden genomen. Het hof is niet ingegaan op de door het onderdeel genoemde, hiervoor in 3.5.1 vermelde, omstandigheden van het geval. Als het hof dit niet heeft gedaan omdat het van oordeel was dat art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW geen grondslag kan bieden voor een kostenberekening op basis van een overeenkomst als de onderhavige, is het van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Als het hof van oordeel was dat voor een zodanige kostenberekening in het onderhavige geval onvoldoende grond bestond, is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd.'*¹⁹⁶

Hieruit laat zich afleiden dat de werkelijke verrichtingen, uren en kosten in beginsel het uitgangspunt zijn bij de beoordeling van de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten ex art. 6:96 BW, maar dat de aanspraak niet beperkt is tot de kosten die zijn berekend op basis van aantal gewerkte uren, verrichte werkzaamheden en uurtarief.¹⁹⁷ Onder omstandigheden kunnen de kosten die onderwerp zijn van een resultaat gerelateerde beloningsafpraak voor vergoeding in aanmerking komen. Ook ten aanzien van die kosten echter geldt dat zij de dubbele redelijkheidstoets moeten doorstaan. De vraag rijst natuurlijk hoe de redelijkheid moet worden beoordeeld indien geen specificatie van verrichte werkzaamheden, aantal uren en gehanteerd uurtarief voorhanden is. Volgens A-G Wissink kan ook in geval van een *no cure no pay*-afpraak verlangd worden dat inzicht wordt geboden in de verrichte werkzaamheden, omdat anders de redelijkheid niet kan worden beoordeeld.¹⁹⁸ Veendrick wijst er eveneens op dat deze kosten kunnen worden getoetst aan omstandigheden als de aard en omvang van de zaak, de aard van de verrichte werkzaamheden, de deskundigheid van degene die de werkzaamheden verricht en de complexiteit van de zaak. Daarnaast kan de verhouding tussen het schadebedrag en de omvang van de resultaat gerelateerde beloningsafpraak worden meegewogen.¹⁹⁹ De staffels die de tweede redelijkheidstoets invullen (PIV-staffel²⁰⁰ en Besluit BIK) kunnen ook een uitkomst bieden.

74 Deelconclusie

Hoewel de buitengerechtelijke kosten in beginsel volledig vergoed dienen te worden, is gebleken dat deze op meerdere gronden aan matiging onderhevig zijn. Volledige vergoeding is alleen nog aan de orde in geval van kosten die niet van kleur verschieten, de dubbele redelijkheidstoets doorstaan, deugdelijk gespecificeerd zijn en niet dwingend onder het Besluit BIK vallen. Hieraan ligt ten ene male de gedachte

¹⁹⁶ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, RvdW 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), r.o. 3.5.1.

¹⁹⁷ Vgl. Veendrick 2014, p. 1-7.

¹⁹⁸ Conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:HR:2015:860) voor HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, NJ 2016/126, m.nt. S.D. Lindenbergh, sub 4.65.4.

¹⁹⁹ Veendrick 2014, p. 1-7.

²⁰⁰ Dit zijn forfaitaire tarieven die zijn vastgesteld door de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, bedoeld als leidraad om discussies over de redelijkheid van buitengerechtelijke kosten te voorkomen.

ten grondslag, dat er zoveel mogelijk duidelijkheid en rechtszekerheid moet zijn voor partijen ten aanzien van de hoogte van de verschuldigde kosten.

4.7 De bedongen kostenvergoeding

75 De rechterlijke matigingsbevoegdheid van art. 242 Rv

Uit het voorgaande volgt dat zowel de vergoeding van kosten van rechtsbijstand als de vergoeding van buitengerechtelijke kosten op verschillende manieren zijn begrensd. De ratio is volgens de Nederlandse wetgever gelegen in het recht op toegang tot de rechter, waarmee hoge financiële drempels niet zijn te verenigen. Daarnaast is met de normering van de vergoeding aan de hand van het liquidatietarief c.q. het Besluit BIK beoogd voor partijen duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden. Om toch aanspraak te kunnen maken op ruimere kostenvergoedingen wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt van contractuele bedingen. Vaak gaat het hierbij om in algemene voorwaarden bedongen proces- en incassokosten.²⁰¹ Dergelijke bedingen zijn in beginsel toelaatbaar, aangezien zowel art. 237 e.v. Rv als art. 6:96 lid 2 BW regelend recht bevatten.²⁰² De Hoge Raad heeft dat nog eens bevestigd in het arrest *WIB/Jongsma*, waarin is geoordeeld dat een beding tot verhaal van de volledige proces- en buitengerechtelijke kosten op grond van Nederlands recht in beginsel acceptabel is.²⁰³ De Hoge Raad volgde daarin A-G Vranken, die concludeerde:

*'(...) dat tegen een van art. 56 e.v. Rv afwijkend beding als in het onderhavige geval aan de orde is, geen bezwaar hoeft te bestaan, ook niet uit een oogpunt van bescherming van de toegang tot de rechter, mits verzekerd is dat de rechter de mogelijkheid heeft om het beding te toetsen en in voorkomend geval te redresseren. Er kunnen zich immers situaties voordoen, waarin het alleszins redelijk is aanspraak te hebben op een hogere vergoeding van proceskosten dan de rechter op basis van art. 56 e.v. Rv kan opleggen. Anderzijds moet worden gewaakt voor 'overkill'. Degene die een en ander het beste kan beoordelen is de rechter, maar hij moet dan wel het instrumentarium hebben om indien nodig in te grijpen.'*²⁰⁴

In een 'instrumentarium om in te grijpen' is voorzien door art. 242 Rv, dat de rechter de bevoegdheid verleent een beding tot vergoeding van de volledige buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten te toetsen en eventueel (zelfs ambtshalve) te matigen tot bedragen die jegens de wederpartij redelijk zijn. Art. 242 Rv luidt:

'1. De rechter kan bedragen die geacht kunnen worden te zijn bedongen ter vergoeding van proceskosten of van buitengerechtelijke kosten als bedoeld in artikel 96, tweede lid, onder b en c, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ambtshalve matigen, doch niet tot onder het bedrag van de krachtens de wet te begroten proceskosten respectievelijk het bedrag van de buitengerechtelijke kosten die, gelet op

201 Vgl. Huydecoper 2005, p. 7; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 1.

202 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 10.

203 HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0836, NJ 1993/597, m.nt. H.J. Snijders (*Winward/Jongsma*).

204 Conclusie A-G Vranken voor HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0836, NJ 1993/597, m.nt. H.J. Snijders (*Winward/Jongsma*).

de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht, jegens de wederpartij redelijk zijn.

2. Het eerste lid is niet van toepassing ter zake van kosten als bedoeld in artikel 96, vijfde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en geldt niet voor overeenkomsten die strekken tot regeling van een reeds gerezen geschil.'

Aan een dergelijk ambtshalve uit te oefenen matigingsrecht van de rechter bestond volgens de wetgever behoefte in met name de verstekzaken, die juist in incassogeschillen veel voorkomen.²⁰⁵ De tot de invoering van art. 56ab Rv (oud) (art. 242 Rv (nieuw)) geldende wetgeving voorzag nog niet expliciet in deze bevoegdheid. Matiging of afwijzing van bedongen kosten werd weliswaar reeds voor mogelijk gehouden door middel van een toets aan de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 en 6:248 BW, de regels van algemene voorwaarden en de goede trouw. Maar de toepassing daarvan kan veelal pas geschieden aan de hand van *ten processe* gebleken feiten en omstandigheden.²⁰⁶ Daarnaast gold (en geldt) dat boetebedingen ex art. 6:94 BW altijd door de rechter gematigd kunnen worden, althans voor zover de billijkheid dat eist. Maar art. 6:94 BW bepaalt dat de matiging uitsluitend op *verlangen van de schuldenaar* kan worden toegepast. Bovendien werd betwijfeld of ook incassobedingen, voor zover deze gerechtelijke kosten omvatten, steeds als boetebedingen kunnen worden opgevat.²⁰⁷ Ook om die reden lag het volgens de wetgever voor de hand de ambtshalve matigingsbevoegdheid met betrekking tot bedongen buitengerechtelijke én gerechtelijke kosten in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te nemen. Voor zover de boete kan worden geacht te zijn bedongen ter vergoeding van buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten kan deze op grond van art. 242 Rv worden gematigd.

De strekking van art. 242 Rv is de rechter de bevoegdheid te geven om de kosten die onderwerp zijn van het beding zo nodig ambtshalve binnen redelijke grenzen te houden:

*'Deze opzet sluit (...) goed aan bij de belangrijke ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden die de rechter toch reeds ter zake van de toekenning en begroting van proceskosten heeft. Daarmee strookt om hem ook de bevoegdheid te geven een desbetreffend beding ambtshalve binnen redelijke grenzen te houden. In het oog dient te worden gehouden dat de vrees voor excessieve proceskosten de gedaagde zou kunnen worden weerhouden van een op zichzelf volkomen gerechtvaardigd verweer en dat het evenwicht ter zake van het risico dat beide partijen lopen, zou worden verstoord als de gedaagde, bij verlies van het geding, krachtens overeenkomst aanzienlijk hogere proceskosten verschuldigd zou zijn dan eiser, als deze verliest, krachtens de wet.'*²⁰⁸

205 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 10; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 2.

206 Rapport van de werkgroep 'Buitengerechtelijke kosten', *Trema* 1989, p. 279.

207 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 10.

208 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 39 (MvT). Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2017/125.

De ondergrens wordt gevormd door de proceskosten van art. 237 e.v. Rv en de buitengerechtelijke kosten die redelijkerwijs volgens 'gebruikelijke tarieven' in rekening worden gebracht.²⁰⁹

'Binnen redelijke grenzen' is volgens de Hoge Raad een andere maatstaf dan de 'onaanvaardbaarheid' in het kader van redelijkheid- en billijkheidstoets van art. 6:109 BW.²¹⁰ Het gaat hier om een rechterlijke bevoegdheid die 'vrij' is dan de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW (en b.j.v. 6:94 BW). De rechter mag de bedongen buitengerechtelijke kosten matigen tot een bedrag dat overeenkomstig de BIK-staffel wordt begroot, indien niet gesteld en bij betwisting aannemelijk wordt gemaakt dat de werkelijke kosten hoger zijn.²¹¹ Ook het incassopercentage dat gebruikelijk is in de branche of dat door de schuldenaar zelf in de verhouding tot zijn schuldenaren wordt gehanteerd, kunnen in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de redelijkheid van buitengerechtelijke incassokosten. Maar, aldus de Hoge Raad, niet kan worden aanvaard dat deze percentages in beginsel als uitgangspunt zouden moeten dienen – het uitgangspunt is de rechterlijke beoordelingsvrijheid.²¹² Deze vrijheid ontslaat de rechter overigens niet van zijn motiveringsplicht. Toepassing van de matigingsbevoegdheid dient dus te worden gemotiveerd, al worden aan de motivering geen zware motiveringseisen gesteld.²¹³ De motivering moet in ieder geval voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, zodat de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar is.²¹⁴

De matigingsbevoegdheid van de rechter ten aanzien van bedongen kostenvergoedingen perkt de contractsvrijheid van partijen in belangrijke mate in. In de discussie over de vraag of art. 242 Rv zich verdraagt met de contractsvrijheid is wel geopperd dat ambtshalve matigingsbevoegdheid met name in *business-to-business* verhoudingen terughoudend moet worden toegepast. De contractsvrijheid zou anders illusoir zijn.²¹⁵ De Hoge Raad heeft desondanks geoordeeld dat de rechter ook in *b2b*-verhoudingen de bevoegdheid heeft bedongen kosten te matigen. Het Besluit BIK is als gezegd op die verhoudingen niet dwingend van toepassing. De gedachte is echter dat ook in die verhoudingen de debiteur moet worden beschermd tegen kosten die de redelijke grenzen overschrijden. Het staat de rechter daarom vrij ambtshalve te matigen tot de tarieven van het BIK, indien niet wordt gesteld en bij betwisting aannemelijk wordt gemaakt dat de werkelijke kosten hoger zijn.²¹⁶ Volgens A-G Wissink wordt de

209 S.D. Lindenberg, annotatie bij HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, NJ 2014/406 (*Fa-Med/X*); De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 5.

210 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2006:AP6874, NJ 2006/200, m.nt. H.J. Snijders (*Doryade/Staat*).

211 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, NJ 2016/126, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.5.7.

212 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, NJ 2016/126, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.5.8.

213 S.D. Lindenberg, annotatie bij HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, NJ 2014/406 (*Fa-Med/X*).

214 Vgl. De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 3.

215 Huydecoper 2006, p. 130-132; De Groot & Hendrikse 2005, p. 32-33.

216 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, NJ 2016/126, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.5.7.

contractsvrijheid weliswaar beperkt door art. 242 Rv maar is deze niet illusoir, omdat hogere kostenvergoedingen immers kunnen worden toegewezen.²¹⁷

In deze context heeft Huydecoper gewezen op een belangrijke tegenstrijdigheid. Enerzijds neemt de Nederlandse wetgever tot uitgangspunt dat beperking van de kosten noodzakelijk is met het oog op de toegang tot de rechter. Anderzijds gaat het hier niet om waterdichte regels, omdat afwijkende vergoedingen overeengekomen kunnen worden. Als men er zo van overtuigd is dat de kostendrempel in de toegang tot de rechter laag moet worden gehouden, dan past het ook om geen afwijkende afspraken toe te staan. Staat men afwijkende afspraken wel toe, dan moet het overeengekomen bedrag niet alsnog worden gematigd.²¹⁸ Een vergelijking met het Belgisch tariefstelsel doemt hier op. In art. 1023 van het Gerechtelijk Wetboek is bepaald dat overeenkomsten over van de tarieven afwijkende vergoedingen nietig zijn. Het stelsel is namelijk van openbare orde.²¹⁹ In Nederland heeft men niet zover willen gaan, maar daardoor staat de juistheid en rechtvaardigheid van het stelsel wel ter discussie.

In de navolgende paragraaf zal worden gezien hoe zich het Nederlands kostenstelsel verhoudt met de vereisten van het EU-recht.

4.8 Verenigbaar met EU-recht?

76 Analyse van het kostenstelsel in het licht van de grondrechten en beginselen van EU-recht

Reeds in het vorige hoofdstuk is aan de orde gekomen dat het Europese beginsel van procedurele autonomie, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid c.q. effectieve rechtsbescherming, ook geldt ten aanzien van nationale regelingen over proceskosten.²²⁰

De verenigbaarheid van de Nederlandse forfaitaire proceskostenvergoeding met het doeltreffendheidsvereiste is onderwerp van discussie. Zoals hiervoor duidelijk is geworden, krijgt de procespartij die door de rechter in het gelijk wordt gesteld in verband met het doorgaans toegepaste liquidatietarief vaak (lang) niet alle kosten vergoed. Het feit dat kosten moeten worden gemaakt om aanspraken ontleend aan het EU-recht te kunnen verwezenlijken, staat volgens sommigen op gespannen voet met het doeltreffendheidsbeginsel.²²¹ De Hoge Raad heeft zich over dit vraagstuk

217 Conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:HR:2015:860) voor HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126, m.nt. S.D. Lindenberg, sub 4.45.

218 Huydecoper 2006, p. 130; Conclusie A-G Huydecoper voor HR 11 juli 2003, *NJ* 2003/566, sub 14: 'Gegeven dat de wet in art 242 Rv/art. 57ab Rv uit lijkt te gaan van de geoorlooftheid van dergelijke bedingen, is het een legitieme vraag of deze radicale toepassing van de matigingsfaciliteit niet verder gaat dan met de bedoelingen van de wet verenigbaar is.'

219 Zie hierna hoofdstuk 7.

220 Zie ook Meijer 2007, p. 200-201; Krans 2010, p. 96-97.

221 Meijer 2007, p. 201; A-G Wattel voor HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*), met verwijzing naar literatuur.

uitgesproken in het arrest *Staat/De Haan*, waarin de Staat aansprakelijkheid werd gesteld wegens (gekwalificeerde) schending van EU-recht.²²² De Hoge Raad overwoog dat de vergoeding van de proceskosten een 'bijkomend vraagstuk' is, dat naar nationaal recht moet worden beoordeeld met inachtneming van het doeltreffendheidsvereiste. De Nederlandse forfaitaire proceskostenregeling voldoet daaraan, aldus de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad kan slechts in zeer bijzondere omstandigheden worden afgeweken van de forfaitaire vergoeding. Hiervan is geen sprake in het geval van schending van EU-recht, aangezien dit geen andere of ernstigere vorm is dan schending van nationaal recht (r.o. 3.4-5).²²³

In een andere zaak waarin de Staat aansprakelijk werd gesteld (ditmaal voor een overschrijding van de redelijke termijn voor berechting van art. 6 EVRM) oordeelde de Hoge Raad dat art. 237 e.v. Rv ook in dergelijke procedures van toepassing is. Op het middel dat betoogde dat een proceskostenveroordeling ertoe leidt dat aan partijen een 'effective remedy' wordt onthouden voor het maken van aanspraak op een vergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn voor berechting oordeelde de Hoge Raad:

'Daarbij verdient opmerking dat het risico van een proceskostenveroordeling bij de in Nederland voor dit soort zaken geldende tarieven geen onaanvaardbare drempel oplevert om op te komen tegen een (gestelde) schending van door het EVRM gewaarborgde rechten. Het middel faalt dan ook.'

Aldus gaat de Hoge Raad uit van de verenigbaarheid van het forfaitaire stelsel met EU-recht, meer specifiek, het recht op een 'effective remedy' van art. 13 EVRM.

Vooralsnog is er geen Europese rechtspraak waaruit volgt dat forfaitaire kostenvergoedingen *niet* verenigbaar zijn met het doeltreffendheidsvereiste. In het *Clean Car*-arrest overwoog het HvJ EU dat de Oostenrijkse forfaitaire proceskostenregeling niet in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel. De nationale regeling lijkt volgens het HvJ EU 'niet van dien aard [te zijn] dat zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde toegekende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt'.²²⁴ Hierin volgde het HvJ EU A-G Geelhoed, die van mening is dat niet goed valt in te zien hoe een forfaitaire regeling voor proceskosten het uiterst moeilijk of onmogelijk maakt het gemeenschapsrecht uit te oefenen (sub 28). In de zaak *D/Belastingdienst* betoogde A-G Ruiz Jarabo naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het hof Den Bosch dat indien een belastingplichtige voor de terugvoering van de betaalde belasting hoge uitgaven moet doen, dit hem kan weerhouden en dat de uitoefening van zijn rechten dan onrechtmatig wordt belemmerd.²²⁵ Volgens Ruiz Jarabo zijn een dure en trage rechtsgang onverenigbaar met het recht

222 HR 17 december 2004, NJ 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*).

223 Hoewel het hier een fiscaal geschil betrof, wordt in de literatuur aangenomen dat het arrest ook betrekking heeft op de civiele proceskostenregeling. Zie Krans 2010, p. 100; Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14-16.

224 HvJ EU 6 december 2011, C-472/99, ECLI:EU:C:2001:663 (*Clean Car*), r.o. 29.

225 Conclusie A-G Ruiz Jarabo inzake HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03, ECLI:EU:C:2004:663 (*D/Belastingdienst*).

op een effectieve rechtsbescherming (sub 110). De A-G kwam tot de conclusie dat een proceskostenvergoeding van € 2000 op een totale uitgave van € 12.500 het doeltreffendheidsbeginsel wel degelijk zou kunnen schenden, maar het HvJ EU kwam helaas niet toe aan een oordeel over dit vraagstuk.²²⁶

Veeleer kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat een stelsel van forfaitaire proceskostenvergoeding althans *in abstracto* wél verenigbaar is met EU-recht. In verschillende arresten heeft het HvJ EU het Verenigd Koninkrijk op de vingers getikt, omdat het in civiele procedures geldende kostenstelsel te weinig waarborgen zou bieden voor een voorspelbare, niet buitensporig hoge proceskostenveroordeling.²²⁷ Dat heeft een rol gespeeld bij de doorvoering van belangrijke wijzigingen van de Engelse *Civil Procedural Rules* in 2013, zoals in hoofdstuk 7 nog uitgebreid aan de orde zal komen.

Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid, dat een stelsel van forfaitaire proceskostenvergoeding *zonder meer* verenigbaar is met het EU-recht. De beoordeling van de verenigbaarheid hangt namelijk mede af van de belangenafweging die in het kader van de doeltreffendheidstoets moet worden uitgevoerd.²²⁸ Zoals ook in par. 3.2. aan de orde is gekomen, moet de nationale rechter op grond van de zogenaamde procedurele *rule of reason* het belang van een doeltreffende bescherming van EU-recht afwegen tegen het belang dat aan de nationale proceskostenregeling is verbonden.²²⁹ Zwaarwegende belangen zijn de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.²³⁰ De rechtszekerheid die uitgaat van forfaitaire tarieven en de achterliggende ratio – namelijk de bescherming van partijen tegen onvoorspelbare en hoge kosten – zullen dan ook gewicht in de schaal (moeten) leggen bij toepassing van de procedurele *rule of reason*.²³¹

226 HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 (*D/Belastingdienst*), r.o. 64: 'Aangezien de derde vraag alleen is gesteld voor het geval één van de eerste twee vragen bevestigend zou worden beantwoord, behoeft deze geen beantwoording.' Zie ook Krans 2010, p. 99.

227 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*); HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*). Zie ook hiervoor par. 3.6 en hierna par. 7.3.

228 Zo ook Meijer 2007, p. 202; Meijer 2006, p. 170-174; A-G Wattèl in zijn conclusie voor HR 17 december 2004, NJ 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*), sub 7.31 met verwijzing naar HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*). Over de procedurele *rule of reason* zie Krans 2010, p. 9; Wilman 2014, p. 41; Ancery 2012, p. 105; Meijer 2014, p. 45.

229 A-G Wattèl punt 7.31 met verwijzing naar HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*); Meijer 2007, p. 202. Over de procedurele *rule of reason* zie ook Krans 2010, p. 9; Wilman 2014, p. 41; Ancery 2012, p. 105; Meijer 2014, p. 45.

230 HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*), r.o. 19; zie ook conclusie A-G Jääskinen van 7 mei 2015 in de zaak HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*), sub 35.

231 In het arrest *Staat/De Haan* heeft A-G Wattèl gewezen op de 'voorkoming van casuïstische individuele dubbele redelijkheidstoetsen' als zwaarwegend belang van efficiënte rechtspleging. Hij meent dat beperking van de proceskosten toegestaan is op grond van dit – en andere door de wetgever aangevoerde – belang(en); Conclusie A-G Wattèl voor HR 17 december 2004, NJ 2005/361 (*Staat/De Haan*), sub 7.40.

Problematischer is waarschijnlijk dat er geen alomvattend, overtuigend principe ten grondslag ligt aan het Nederlandse stelsel van relatief lage, geliquideerde tarieven. De grondslag voor de gematigde proceskostenveroordeling die is gezocht in de 'billijkheid' (in de vorm van 'procesrisico en procesbeleid') is bekritiseerd. Omstreden is met name het uitgangspunt dat met lage kostenveroordelingen op basis van het liquidatietarief de toegang tot het recht zou worden gewaarborgd.²³² In deze context kan van belang zijn dat in buurlanden Engeland en Duitsland (maar ook in procedures bij de aanstaand *Unified Patent Court*) over het algemeen ruimere vergoedingen worden toegekend. In navolging van deze regelingen lijkt de Europese wetgever de koers te hebben ingezet in de richting van een meer reële proceskostenveroordeling, juist ook omwille van de toegankelijkheid van de rechter. Het richtlijnvoorstel tot vaststelling van minimumnormen in civiele procedures van 10 februari 2017 bevat een bepaling die verplicht tot vergoeding van de 'evenredige' en 'noodzakelijke' kosten.²³³ Daarom kan worden betwijfeld of het belang van de Nederlandse lage forfaitaire proceskostenvergoeding in de woorden van Meijer nog is aan te merken 'a commonly acknowledged interest [is] which is also accepted in Union law'.²³⁴ In het kader van de belangenafweging kan de gebrekkige, niet 'Uniebreed' gedragen grondslag in een concreet geval de balans doen doorslaan naar het belang van een doeltreffende bescherming van het EU-recht.²³⁵ Anderzijds is het de vraag of, gelet op de grote verschillen die tot op heden bestaan tussen de kostenstelsels binnen de EU, reeds gesproken kan worden van enig 'commonly acknowledged interest which is also accepted in Union law'. Hoe de uitkomst van de belangenafweging zal uitvallen laat zich dan ook moeilijk voorspellen en zal in sterke mate afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.²³⁶ Volgens Meijer valt te denken aan de inhoud van de materiële rechtsaanspraak die een partij ontleent aan het EU-recht en de vraag, in hoeverre de dreiging dat door de hoge proceskosten wordt afgezien van een procedure reëel is.²³⁷

Kortom, het Nederlandse stelsel van forfaitaire kostenvergoeding is vooralsnog niet in strijd te achten met de beginselen van het EU-recht. In een concreet geval kan de toepassing van het liquidatietarief daarmee wel onverenigbaar zijn. De rechter is ook bevoegd daarvan af te wijken, maar maakt daarvan spaarzaam gebruik. De belangen van rechtszekerheid, voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing worden boven het belang bij een ruimere vergoeding in concrete gevallen gesteld. Het spanningsveld zal nader worden verkend in de volgende hoofdstukken, waarin de proceskostenveroordeling in IE-zaken centraal staat.

232 Zie ook Sluiter 2014, p. 3-9.

233 Zie art. 14 van het richtlijnvoorstel tot vaststelling van minimumnormen in civiele procedures; zie par. 3.6.

234 Meijer 2014, p. 45.

235 Meijer 2014, p. 45.

236 Meijer 2007, p. 202; Meijer 2014, p. 45; Krans 2010, p. 100.

237 Meijer 2007, p. 201-202.

4.9 Conclusie

77 Het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW en de toegang tot de rechter

De vrees dat een volledige proceskostenvergoeding de vrijheid om een ander in rechte te betrekken in gevaar zou kunnen brengen, is diep verankerd in het Nederlands burgerlijk (proces)recht. Deze vrees ligt ten grondslag aan de forfaitaire proceskostenvergoeding, en vormt de rechtvaardiging voor de zeer beperkte mogelijkheden om een van het liquidatietarief afwijkend bedrag aan advocaatkosten vergoed te krijgen. Een ruimere vergoeding is mogelijk voor buitengerechtelijke kosten, maar ook daaraan zijn grenzen gesteld; door de in de rechtspraak ontwikkelde 'dubbele redelijkheidstoets', de normering van buitengerechtelijke kosten en de matigingsbevoegdheid van de rechter op grond van art. 6:109 BW. Kosten die 'van kleur verschieten' indien een procedure aanhangig wordt gemaakt, vallen alsnog onder het regime van art. 237 e.v. Rv. De wens van de wetgever de kostendrempel laag te houden gaat zelfs zo ver, dat de rechter de bevoegdheid heeft de bedongen buitengerechtelijke en proceskosten ambtshalve te matigen (art. 242 Rv).

De kritiek concentreert zich op het ontbreken van een duidelijke grondslag en – meer nog – op het ontbreken van enig bewijs voor de veronderstelling dat reëlere proceskostenvergoedingen de toegang tot de rechter beperken. Omdat geen sterke signalen uit Europa klinken dat forfaitaire stelsels als het Nederlandse ontoelaatbaar zijn, kan het vooralsnog in stand blijven. Het is echter de vraag of de lage tarieven en zeer beperkte afwijkmogelijkheden niet op gespannen voet staan met het doeltreffendheidsvereiste en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In concrete gevallen kan het vooruitzicht op een geliquideerde vergoeding een partij doen besluiten om af te zien van een procedure of deze niet voort te zetten. In dat geval is de rechtsbescherming niet effectief. Gelet op de gebrekkige grondslag van het stelsel valt niet uit te sluiten dat de *rule of reason* de balans kan doen doorslaan naar het belang van een effectieve bescherming van het EU-recht.

Het onderzoek naar de stelsels van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW leert, dat het publieke belang bij een betaalbare en toegankelijke rechtspleging boven het individuele belang bij een meer reële proceskostenvergoeding wordt gesteld. De kostenregels hebben veel kenmerken van recht van openbare orde, maar zijn dat niet; partijen mogen immers wel van de tarieven afwijkende kosten vorderen of daarvan afwijkende vergoedingen overeenkomen. Maar ook dergelijke afwijkingen kunnen weer aan rechterlijke matiging worden onderworpen. Deze tegenstrijdigheden doen afbreuk aan de op zich legitieme bedoelingen van de wetgever, de toegankelijkheid van de rechter voor eenieder te waarborgen.

De proceskostenveroordeling in IE-zaken kan in dit opzicht als een geweldig experiment worden gezien. Wat gebeurt er als een reële proceskostenveroordeling (opeens) mogelijk is? Wat zijn de gevolgen daarvan voor de toegankelijkheid van de rechter? Deze vragen zullen in de volgende hoofdstukken nader worden verkend.