

Complexiteit en massificatie in het burgerlijk procesrecht

*M. Ynzonides**

1. Inleiding

De uitnodiging om een bijdrage te leveren aan deze bundel neemt tot uitgangspunt dat het geldende recht doorgaans is geschreven met het oog op één-op-één scenario's, terwijl de werkelijkheid altijd bonter is geweest en tal van situaties kent waarin meer dan twee partijen met elkaar zijn verbonden of met elkaar strijden. Daaraan wordt vervolgens de vraag gekoppeld of het geldende recht anno 2010 robuust genoeg is voor toepassing op scenario's van meer-tegen-meer en velen-tegen-velen. Mij is gevraagd deze vraag te beantwoorden voor het burgerlijk procesrecht, met de nadruk op de dagvaardingsprocedure, en mijn antwoord luidt ontkennend. Ons burgerlijk procesrecht is de afgelopen jaren steeds meer afgestemd op recht-toe-recht-aan geschillen, met steeds minder mogelijkheid voor differentiatie al naar gelang de complexiteit van een zaak dat vergt. Daarmee is direct gezegd dat ons burgerlijk procesrecht – enkele uitzonderingen voor bijzondere situaties daargelaten, zoals de regeling van de collectieve actie (waarover Castermans in deze bundel), de regeling van de collectieve afwikkeling van massaschades (waarover Van den Brink in deze bundel) en de enquêteprocedure – niet is ingericht op complexe procedures in het algemeen, laat staan op velen-tegen-velen scenario's in het bijzonder. Gelukkig zijn gerechten in bijzondere gevallen, denk bijvoorbeeld aan de procedures rondom Dexia en recent weer rondom DSB¹, bereid tot afstemming, tot stroomlijning van procedures waar mogelijk en soms zelfs tot maatwerk; maar dat doet aan het voorgaande weinig af. Eén en ander laat zich als volgt toelichten.²

2. Ons basismodel versus complexe zaken

Onze dagvaardingsprocedure is van oudsher primair geënt op het één-tegen-één scenario. Die ene eiser die in rechte een vordering op die ene gedaagde geldend wil maken. Dit uitgangspunt is terecht. Het merendeel van de geschillen vloeit immers voort uit een één-op-één relatie. In het verlengde hiervan is de inrichting van de dagvaardingsprocedure sedert 2002 afgestemd op recht-toe-recht-aan geschillen. Na dagvaarding volgt de conclusie van antwoord. Aansluitend vindt als regel een comparitie van partijen plaats, waarna vonnis wordt gewezen. Alle termijnen zijn

* M. Ynzonides is advocaat in Amsterdam.

¹ <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Gerechten+maken+versnelde+procedure+voor+DSB-zaken+mogelijk.htm>.

² Ik realiseer mij dat ik het onderwerp van deze bundel iets breder trek door in deze bijdrage niet alleen te refereren aan de specifieke situatie waarin velen-tegen-velen strijden, doch ook aan de meer algemene situatie waarin sprake is van een complex geschil.

kort, met dien verstande dat partijen aan termijnen (door de rechter of de wederpartij) worden gehouden en de rechter zijn vonnis in beginsel nog geruime tijd kan aanhouden. De mogelijkheid bestaat ook dat de rechter na antwoord een nadere schriftelijke ronde toestaat (conclusies van re- en dupliek) en dat aan het slot van de conclusiewisseling partijen gebruikmaken van hun recht op pleidooi, maar de praktijk leert dat rolrechters zo min mogelijk van het basismodel willen afwijken. Bewijslevering door middel van getuigen wordt waar mogelijk voorkomen³ en als al getuigen worden gehoord, dan doorgaans beperkt en in kort tijdsbestek. Behoudens uitzonderingen staat tegen een eindvonnis in eerste aanleg hoger beroep open, waarna nog – zij het op beperkte gronden – cassatieberoep mogelijk is.

De zojuist geschetste inrichting maakt dat de huidige dagvaardingsprocedure niet is afgestemd op en daarmee ook minder geschikt is voor complexe zaken.⁴ De eiser kan er immers op voorhand nimmer op rekenen dat hij gelegenheid voor repliek krijgt. Ook de gedaagde weet op voorhand niet of er nog gelegenheid is zijn verweer nadien nader uit te werken. De termijnen zijn bovendien veelal kort, zeker wanneer sprake is van buitenlandse partijen of partijen waar intern veel mensen bij betrokken zijn. Nu kunnen deze bezwaren tot op zekere hoogte worden weggenomen wanneer rolrechters de regels met beleid en de nodige souplesse toepassen, maar de praktijk wijst uit dat rolrechters de neiging hebben zo veel als mogelijk vast te houden aan het basismodel met korte termijnen.⁵ Een andere oplossing kan worden bereikt doordat partijen voorafgaand aan de procedure op de voet van art. 1.3 van het landelijk rolreglement een afwijkende procesvoering afspreken die de goedkeuring van de rolrechter kan dragen, maar een dergelijke afspraak komt om voor de hand liggende redenen eigenlijk niet of nauwelijks voor.⁶ Overigens mag ook niet onvermeld blijven dat partijen de eerder genoemde bezwaren soms op de koop toenemen, omdat afwijking van het basismodel ertoe kan leiden dat de zaak onderop de stapel komt te liggen, terwijl vonnissen in zaken waarin na antwoord is gecompareerd, in beginsel voorrang lijken te krijgen.

³ Advocaat-stagiaires kregen enige tijd terug in het kader van hun beroepsopleiding van een rechter te horen hoe rechters tijdens hun opleiding wordt geleerd om te werken met de constructie ‘onvoldoende gesteld, dus aan bewijslevering wordt niet toegekomen’. Dat werkte bepaald ontzuenderend.

⁴ Ik laat de discussie over wat complexe en wat eenvoudige zaken zijn hier achterwege omdat in algemene zin iedereen weet wat hiermee wordt bedoeld, terwijl in concrete gevallen complexiteit afhankelijk kan zijn van tal van factoren, zoals daar zijn de juridische kant van een zaak, de voor de zaak relevante feiten, de maatschappelijke gevolgen van een zaak, het financiële belang etc.

⁵ Het meest absurde voorbeeld blijft een zaak waarin eiser, nadat hij tot en met de Hoge Raad nul op het rekest heeft gekregen op de primaire grondslag, een jaar na het arrest van de Hoge Raad zonder vooraankondiging bij de rechtbank de draad met een conclusie weer oppakt op de subsidiaire grondslag (met een vordering van circa EUR 20 miljoen) en gedaagde direct peremptoir laat stellen voor antwoordconclusie. Gedaagde, wiens verzoek om nader uitstel direct leidt tot bezwaar van eiser, krijgt van de rolrechter na het eerste reguliere uitstel van zes weken met moeite nog slechts een nader uitstel van twee weken. Dit valt aan cliënten helaas niet uit te leggen.

⁶ Vaak is het lastig, zo niet onmogelijk, om op voorhand overeenstemming met de wederpartij te bereiken. Bovendien is alle moeite voor niets geweest wanneer de rolrechter het afwijkende regime niet goedkeurt.

Het voorgaande leidt er in voorkomende gevallen toe dat partijen met complexe geschillen waar mogelijk uitwijken naar particuliere rechtspraak, doorgaans in de vorm van arbitrage. Daar krijgen partijen immers doorgaans wel gelegenheid om de procedure naar eigen inzicht in te richten, met alle vereiste flexibiliteit en mogelijkheden om stellingen en bewijs naar voren te brengen. Daar hangt dan wel weer een (soms bescheiden, soms heel fors) prijskaartje aan vast, maar partijen hebben die extra kosten er vaak graag voor over. Helaas is de groep van ervaren, gekwalificeerde arbiters buiten de rechterlijke macht om blijkbaar niet groot genoeg,⁷ aangezien de afgelopen jaren een toenemende tendens valt waar te nemen om rechters als arbiter te benoemen. Dit leidt tot situaties waarin partijen eerst arbitrage afspreken en vervolgens veel moeite doen om een rechter als (één van de) arbiter(s) benoemd te krijgen. Vervolgens valt – in het bijzonder voor de ‘achterblijvers’ in het rechterlijke systeem – te hopen dat het werk als arbiter niet op de één of andere manier ten koste gaat van het werk als rechter.

Terzijde zij opgemerkt dat aan de andere kant van het speelveld geldt dat de huidige dagvaardingsprocedure ook niet geschikt is voor tal van heel simpele geschillen met doorgaans een klein financieel belang. Voor dergelijke geschillen is het systeem nog steeds te duur, is de procedure te complex, duurt de procedure toch nog te lang en zijn rechtsmiddelen vaak te veel van het goede.⁸ Dit verklaart waarom geschillencommissies op tal van terreinen waar consumenten actief zijn, de afgelopen jaren zo’n (relatief) grote vlucht hebben genomen.⁹ Desondanks komen bij rechters nog talloze geschillen voor waarvan men zich in gemoede moet afvragen waarom die daar worden behandeld.

Ondanks het uitwijken van partijen in complexe zaken naar arbitrage en in heel simpele zaken naar geschillencommissies, blijven toch nog veel te veel zaken over voor de dagvaardingsprocedure, zo blijkt alleen al uit de termijn die rechters doorgaans nodig hebben om vonnis te wijzen. Daarbij speelt de wijze waarop de rechterlijke macht wordt gefinancierd uiteraard een allesbepalende en kwalijke rol; er gaat nu eenmaal te weinig geld naar de rechterlijke macht. De ergste financiële en in het verlengde daarvan personele nood zou overigens vrij gemakkelijk golenigd kunnen worden door de griffierechten in zaken tussen grote ondernemingen met

⁷ In het bijzonder omdat lang niet iedereen in staat is een vonnis te schrijven. Advocaten hebben daarnaast last van conflicterende belangen. Ook blijven de uurtarieven van een arbiter vaak achter bij de reguliere uurtarieven in de advocatuur, hetgeen het werk als arbiter er voor een advocatenkantoor niet aantrekkelijker op maakt. Arbiters uit de wetenschap missen soms praktijkervaring.

⁸ Zo zijn voormalige overburen (en hun rechtsopvolgers, de nieuwe bewoners) langer dan tien jaar in een burengeschil verwickeld geweest over de erfafscheiding. Het Hof heeft eind 2009 eindelijk einduitspraak gedaan en de kosten gecompenseerd. Particulieren kunnen gemakkelijk financieel leeglopen op dit soort langdurige geschillen. Een rechtsbijstandverzekering biedt niet altijd soulaas.

⁹ Zie voor een overzicht van geschillencommissies en voor inzicht in het aantal zaken dat door die commissies zoal wordt behandeld de jaarverslagen van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (laatste van 2009).

grote financiële belangen fors te verhogen,¹⁰ maar blijkbaar wil de politiek daar niet aan.¹¹ Gevolg van één en ander is dat het in meer complexe zaken eerder regel dan uitzondering is dat een uitspraak een jaar of langer op zich laat wachten; dit laat zich aan de partijen in dat soort zaken eenvoudigweg niet uitleggen.¹² Dit soort termijnen van een jaar of langer verhoogt vervolgens weer de druk om alles in het basismodel te krijgen en om bewijslevering zo veel als mogelijk te voorkomen. In hoger beroep en in cassatie geldt min of meer hetzelfde. In hoger beroep moeten de hoven, net als de rechtbanken, roeien met de riemen die ze hebben. In cassatie tracht de Hoge Raad de werkdruk in de hand te houden en de doorlooptijd acceptabel te houden door steeds meer zaken (veelal terecht, maar zeker niet altijd) op de voet van art. 81 RO zonder motivering af te doen. Aangezien ook dat in de ogen van de Hoge Raad nog onvoldoende soelaas biedt, wordt momenteel gewerkt aan de invoering van een systeem van selectie aan de poort. Volgens het voorgestelde art. 80a RO, in de versie van het voorontwerp van wet zoals dat eind mei 2010 in consultatie is gegaan, kan de Hoge Raad het cassatieberoep in een vroeg stadium ‘niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat zij klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden of van te gering belang zijn’. Doel is te voorkomen dat verweerders in cassatie, het Parket bij de Hoge Raad en de Hoge Raad nodeloos veel tijd kwijt zijn met kansloze cassatieberoepen. Teneinde echter te voorkomen dat met dit voorstel nu of in de toekomst (vergelijk immers de enorme ontwikkeling die het huidige art. 81 RO heeft doorgemaakt) op enigerlei wijze afbreuk wordt gedaan aan de taak van de Hoge Raad op het gebied van de rechtsbescherming (naast rechts-eenheid en rechtsontwikkeling toch één van de kerntaken van de Hoge Raad in cassatie), zou het in mijn ogen sterk de voorkeur verdienen om het slot van het voorgestelde art. 80a (‘of van te gering belang zijn’) ofwel te schrappen, ofwel te laten aansluiten bij de formulering van art. 3:303 BW. Over het antwoord op de vraag of een klacht al dan niet van te gering belang is, kan immers vrij gemakkelijk en zeker in de loop der tijd discussie ontstaan, en dat zou ruimte kunnen creëren om langzaam te gaan tornen aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad. Die ruimte zou de wetgever niet moeten.

Het zojuist genoemde gebrek aan financiële middelen wordt nog pregnanter als men zich realiseert dat de maatschappij in het algemeen, en de daaruit voortvloeiende civiele geschillen in het bijzonder, de afgelopen jaren alleen maar

¹⁰ Tijdens een voordracht ter gelegenheid van het 4^e lustrum van het Rotterdamse pleitgenootschap D.J. Veegens heb ik gewezen op de ridicule situatie dat bijvoorbeeld in een enquêteprocedure, voor een griffierecht van slechts een paar honderd euro, diverse partijen met zonodig een heel leger aan advocaten een dag of langer de Ondernemingskamer bezig mogen houden in geschillen met gigantische financiële en soms ook maatschappelijke belangen. Die partijen zouden veel meer aan griffierecht mogen (kunnen en willen) betalen.

¹¹ Hoewel inmiddels in het kader van de ambtelijke heroverwegingsrapporten het voorstel is gedaan om te komen tot een systeem van kostendekkende griffierechten. Zie *NJB* 2010, p. 1090.

¹² De indruk zou hier kunnen ontstaan dat alleen complexe zaken last hebben van grote hoeveelheden kleine zaken. Dat is echter slechts de ene kant van het verhaal. Die kleine zaken hebben immers net zo veel last van de complexe zaken omdat die onevenredig veel tijd vergen, hetgeen weer ten koste gaat van een snelle afdoening van die kleine zaken.

ingewikkelder zijn geworden. Dat brengt ons bij de problematiek van meer-tegen-meer en velen-tegen-velen scenario's.

3. Meer-tegen-meer scenario's

Dat onze dagvaardingsprocedure van oudsher primair is geënt op het één-tegen-één scenario, neemt niet weg dat ook is voorzien in enkele situaties waarin sprake is van meer dan twee partijen. Kortheidshalve zijn deze situaties in deze bijdrage gezamenlijk gevangen onder de noemer meer-tegen-meer, hoewel het hier uiteraard ook kan gaan om meer-tegen-één situaties. Om te beginnen is er de mogelijkheid dat aan eisende en/of gedaagde zijde verschillende partijen tegelijkertijd optreden. Deze zogeheten subjectieve cumulatie aan eisende en/of gedaagde zijde is niet aan voorwaarden gebonden.¹³ Voorts is er de mogelijkheid dat derden – telkens onder voorwaarden – na aanvang van de procedure daarbij worden betrokken. Derden waarvan de rechten door de procedure kunnen worden benadeeld, kunnen zelf bewerkstelligen dat zij meedoen door middel van voeging (de derde voegt zich aan de zijde van één der oorspronkelijke partijen) of tussenkomst (de derde stelt zich tegenover beide oorspronkelijke partijen). Derden kunnen ook onvrijwillig bij een procedure worden betrokken door middel van een oproeping in vrijwaring (de derde moet eiser of gedaagde vrijwaren voor de negatieve gevolgen van verlies van de procedure) dan wel een oproeping als derde in het geding (de derde heeft de uitkomst van de procedure tegen zich te laten gelden). Ten slotte is er – wederom onder voorwaarden – de mogelijkheid van verwijzing (indien zaken niet bij dezelfde rechter aanhangig zijn) en voeging (indien zaken wel al bij dezelfde rechter aanhangig zijn) van zaken indien sprake is van verschillende procedures tussen verschillende of dezelfde partijen, die op de een of andere manier met elkaar samenhangen (litispendentie of connexiteit). Naast deze formele voeging van zaken kan ook door middel van de zogeheten (informele) rolvoeging worden bewerkstelligd dat zaken zoveel als mogelijk gelijk komen te lopen. Meer smaken kent ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor de dagvaardingsprocedure niet.

Met het voorgaande is niet gezegd dat ons procesrecht afdoende is ingericht op meer-tegen-meer scenario's. Het geheel lijkt te zijn afgedekt, maar in de uitwerking zijn er zowel op praktisch als op juridisch-technisch vlak nog wel wat vragen en valkuilen. Ik stip er enkele aan.

Subjectieve cumulatie laat de zelfstandigheid van elke afzonderlijke zaak onverlet, met als dogmatisch ongetwijfeld juiste, maar weinig praktische consequentie dat conclusies en akten die worden genomen en producties die worden overgelegd in de ene zaak, niet van rechtswege hebben te gelden als genomen respectievelijk overgelegd in de andere zaak.¹⁴ Het gevolg is dat de ene gedaagde strikt genomen zelfs geen aanspraak kan maken op ontvangst van de processtukken van de

¹³ De eisende partij mag zelf kiezen voor subjectieve cumulatie als haar dat wenselijk voorkomt. Bestaat evenwel tussen de diverse zaken onvoldoende samenhang, dan kan de rechter ambtshalve of op verzoek van partijen tot splitsing overgaan. Aldus HR 27 oktober 1978, *NJ* 1980, 102 m.nt. WHH, en A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie (par. 3.6) voor HR 21 november 2008, *NJ* 2009, 477 m.nt. HJS.

¹⁴ HR 21 november 2008, *NJ* 2009, 477 m.nt. HJS.

medegedaagde. Dat is vreemd, omdat de inhoud van die processtukken uiteraard wel degelijk van belang kan zijn voor alle gedaagden. Wil de ene gedaagde zich ten opzichte van eiser beroepen op een door een andere gedaagde reeds in het geding gebrachte productie, dan zal die productie door die ene gedaagde nogmaals moeten worden overgelegd. Met getuigenverklaringen en deskundigenberichten wordt gelukkig wel praktisch omgesprongen, in die zin dat de verklaringen en berichten in alle zaken tot bewijs kunnen dienen, ervan uitgaande dat bewijslevering in alle zaken is gelast en alle partijen bij de bewijslevering ook daadwerkelijk betrokken zijn geweest. De zelfstandigheid van zaken werkt wel weer door in de rechtsmiddelen. Volgens vaste jurisprudentie kan gedaagde wel hoger beroep instellen tegen eiser maar niet tegen een medegedaagde, met als gevolg dat die medegedaagde er in hoger beroep tussenuit kan vallen, tenzij die zelf (of de eiser jegens hem) tijdig appelleert en de verschillende appelprocedures nadien weer worden gevoegd. Dat er tussenuit vallen van een deel van de partijen kan uiteraard tot hoogst onpraktische situaties leiden.

Voeging door een derde in een lopende procedure leidt – het voorafgaande incident daargelaten – eigenlijk niet of nauwelijks tot een verstoring van die procedure. De gevoegde partij loopt, uitzonderingen daargelaten, gelijk op met de oorspronkelijke partij aan wier zijde zij zich heeft gevoegd. Vragen die in de praktijk nog wel opkomen zijn of de gevoegde derde standpunten mag innemen die strijdig zijn met die van de oorspronkelijke partij, en of de gevoegde derde zelfstandig hoger beroep en cassatieberoep kan instellen.

Bij tussenkost en oproeping van een derde in het geding ligt dit anders. Hoe de conclusiewisseling vervolgens verloopt wordt geacht te zijn overgelaten aan het beleid van de rolrechter, tenzij partijen daar onderling afspraken over weten te maken (hetgeen in de context van een procedure zelden het geval zal zijn). En ook hier werkt de zelfstandigheid van zaken door op de zojuist beschreven wijze, zowel in eerste aanleg als bij het instellen van beroep.

De vrijwaringsprocedure verloopt in zekere zin volledig separaat van de hoofdprocedure. Doorgaans wordt in zowel de hoofd- als de vrijwaringsprocedure tegelijk eindvonnis gewezen. Daarbij leidt afwijzing van de vordering in de hoofdzaak automatisch tot afwijzing van de vordering in de vrijwaringsprocedure.¹⁵ Tot 2002 bestond de mogelijkheid dat als een eiser, wiens vordering in eerste aanleg was afgewezen, op de laatste dag van de termijn hoger beroep instelde, de gedaagde niet meer tijdig in de gelegenheid was om ook veiligheidshalve een derde in vrijwaring op te roepen, dat wil zeggen voor het geval in hoger beroep alsnog een veroordeling zou volgen die hij dan op de derde in vrijwaring zou willen afwentelen. Nu was dit weliswaar niet fataal omdat gedaagde tegen de derde die hem zou moeten vrijwaren een nieuwe procedure kon beginnen (de afwijzing van de vordering in vrijwaring stond daaraan niet in de weg), maar onpraktisch was het wel. In 2002 heeft de wetgever dit opgelost door in art. 339 lid 5 Rv de termijn voor het instellen van

¹⁵ Uitgaande van de standaard situatie dat het gedaagde in de hoofdzaak is die een vrijwaringsprocedure begint. Ook eiser kan een derde in vrijwaring oproepen voor het geval zijn vordering tegen gedaagde wordt afgewezen en eiser de negatieve gevolgen daarvan mag afwentelen op een derde. Die situatie doet zich echter slechts zelden voor, omdat eiser doorgaans ervoor zal kiezen alle mogelijk aansprakelijke partijen tegelijk als gedaagde in rechte te betrekken.

hoger beroep in de vrijwaringsprocedure te verlengen tot het moment waarop geïntimeerde in hoger beroep de memorie van antwoord moet nemen. Er is echter geen regeling getroffen voor de situatie waarin gedaagde in de hoofdzaak is veroordeeld en hij deze veroordeling met succes op de derde in vrijwaring heeft kunnen afwentelen. Stelt de veroordeelde derde in de vrijwaringsprocedure op de laatste dag van de termijn hoger beroep in, dan zal gedaagde in de hoofdzaak zelf tijdig hoger beroep tegen de veroordeling in de hoofdzaak moeten hebben ingesteld. Van een verlenging van de termijn is geen sprake.

Verwijzing en voeging van zaken op grond van litispudentie dan wel connexiteit is, zoals gezegd, mogelijk. In de praktijk blijven dergelijke verwijzingen en voegingen van zaken doorgaans beperkt tot slechts enkele (doorgaans twee) zaken die men langs die weg aan elkaar wil koppelen. Dit laat zich verklaren doordat het initiatief tot verwijzing en/of voeging van partijen uit moet gaan. Partijen hebben er doorgaans geen behoefte aan om veel procedures langs deze weg bijeen te brengen. Ook verwijzing en voeging van zaken laat de zelfstandigheid van de zaken onaangetast met de gevolgen zoals hiervoor beschreven.

Ten slotte kan nog worden gewezen op de in mijn ogen minst zinnige discussie die gevoerd kan worden in meer-tegen-meer scenario's, namelijk de vraag of het bij één dagvaarding beroep instellen tegen, in meer of mindere mate met elkaar samenhangende zaken, al dan niet tussen verschillende partijen, die in verschillende uitspraken hebben geresulteerd, al dan niet tot niet-ontvankelijkheid moet leiden.¹⁶ Waarom hier niet gewoon tot splitsing wordt overgegaan in geval van onvoldoende samenhang, en tot gezamenlijk behandeling in het tegenovergestelde geval, valt eerlijk gezegd niet in te zien.

Alle hiervoor genoemde, meer juridisch-technisch getinte onderwerpen hebben vanzelfsprekend slechts een zeer beperkte betekenis, in die zin dat ze niet echt in de weg staan aan meer-tegen-meer scenario's. Ze onderstrepen hoogstens dat dergelijke scenario's niet de belangstelling van (met name) de wetgever – de wetswijziging per 2002 is zelfs expliciet geënt op recht-toe-recht-aan geschillen – en (in mindere mate) de rechter krijgen die ze in mijn ogen wel zouden verdienen. Veel belangrijker is dat meer-tegen-meer scenario's dwingen tot afwijking van het basismodel, terwijl rechters zoals gezegd alle zaken zoveel als mogelijk in dat basismodel willen hebben. Dit leidt tot een spanning die gemakkelijk meebrengt dat de procedure wordt ingericht op een wijze die niet strookt met hetgeen partijen voor ogen staat. Dat brengt mij bij een principieel punt.

4. Intermezzo: wat en wie bepaalt de inrichting van de procedure?

De afgelopen decennia is het primaat voor de inrichting van de procedure via de wetgever steeds meer bij de rechter komen te liggen. Het is immers in overwegende mate de rechter die bepaalt of na antwoord gecompareerd wordt, en die aansluitend bepaalt of daarna nog gelegenheid is voor re- en dupliek en pleidooi. Daarbij bestaat, zoals gezegd, een sterke neiging om alles via het basismodel te laten verlopen. Deze situatie verdient in mijn ogen aanpassing, in die zin dat bij de behandeling van een zaak veel vaker zou moeten worden gedifferentieerd al naar de

¹⁶ Zie laatstelijk bijvoorbeeld HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 116.

complexiteit van een zaak dat vergt, en meer rekening moet worden gehouden met de wensen van partijen.¹⁷ Daarbij zou de rechter vanzelfsprekend moeten toetsen of die wensen zich laten rechtvaardigen door het voorliggende geschil, teneinde zinloze proceshandelingen te voorkomen.

Meer rekening houden met de wensen van partijen bij de inrichting van de procedure past ook alleszins bij het beginsel van de partij-autonomie. Daar waar partijen ervoor mogen kiezen om (bij wege van voorbeeld) de aanhangigheid van een zaak zelfs zonder herstelexploot nog te herstellen, of in een laat stadium van de procedure een uitbreiding van de rechtsstrijd met nieuwe grieven nog te aanvaarden, valt eigenlijk niet goed te begrijpen dat de invloed van partijen op de inrichting van de procedure zelf zo zeer is teruggedrongen. Voor recht-toe-recht-aan geschillen in één-tegen-één scenario's zal daar overigens niet of nauwelijks behoefte aan bestaan. In complexe zaken en in geval van meer-tegen-meer scenario's zal die behoefte wel vaak bestaan. Ik zie eerlijk gezegd geen valide reden om met die behoefte geen rekening te houden (waarbij ik capaciteitsproblemen bij de rechterlijke macht niet als valide reden aanmerk).

Concreet zou ik willen voorstellen dat rechters in voorkomende gevallen – in het bijzonder in complexe zaken en in geval van meer-tegen-meer scenario's – bij aanvang van de procedure bij partijen peilen welke wensen zij hebben ten aanzien van de inrichting van de procedure, om daar vervolgens rekening mee te houden voorzover dat bij de rechter niet op overwegende bezwaren stuit. De wet biedt voor een dergelijke peiling reeds ruimte doordat in elk stadium van de procedure een comparitie van partijen kan worden gelast en dus ook bijvoorbeeld direct na dagvaarding.¹⁸ Ik zou overigens ook geen moeite hebben met een telefonische vergadering van de rechter met de advocaten van alle betrokken partijen. In internationale arbitrages en in andere landen¹⁹ zijn dergelijke 'procedural hearings' (al dan niet telefonisch) alleszins gebruikelijk, waarbij een telefonische vergadering uiteraard vele malen efficiënter kan zijn dan een zitting met verschijning van alle betrokkenen. Mijn voorstel zou overigens ook met zich moeten brengen dat de rechterlijke macht (de commissie Commissie Asser-Vranken-Groen m.m.v. Tzankova – zie noot 21 – heeft dit in 2006 al bepleit) overgaat tot het gebruik van zogeheten 'casemanagers', dat wil zeggen rechters die vanaf de aanvang van de procedure verantwoordelijk zijn voor een bepaalde zaak, die zaak dan ook

¹⁷ Alles is altijd al eens eerder gezegd en zo ook hier. Zie bijvoorbeeld Snijders, 'Civiel-processueel maatwerk ter bevordering van kwaliteit en efficiëntie', *NJB* 1987, p. 1488 e.v., waarin wordt voortgebouwd op diens preadvies voor de Nederlandse Orde van Advocaten: 'Prijzig recht, kwetsbaar recht', *Advocatenblad* 1987, p. 325 e.v.

¹⁸ Het merendeel van de hoven werkt sinds enkele jaren met de zogeheten comparitie na aanbrengen. Doel is daarbij te bezien of de zaak in dat stadium nog kan worden geschikt. De comparitie kan uiteraard ook worden besteed aan een bespreking van de door partijen gewenste inrichting van de procedure voor het geval een schikking niet mogelijk is. Zie over dit fenomeen Valk en Ter Veer, 'De comparitie na aanbrengen in hoger beroep', *NJB* 38, 2005, p. 1985-1987.

¹⁹ Zo gaf een Amerikaanse rechter (William Chandler III) in een overnamegeschil voor de Delaware Chancery Court recent tijdens een telefonische vergadering een beslissing naar aanleiding van het verzoek van de ene partij om de advocaat van de andere partij te diskwalificeren.

inhoudelijk kennen en dus veel beter dan de rolrechter kunnen beoordelen wat er in een zaak wel of niet moet worden gedaan.

Tegen mijn voorstel pleit dat rechters hier bij de huidige stand van zaken – gegeven de hoeveelheid zaken en de wijze waarop de rechterlijke macht gefinancierd wordt – geen ruimte voor hebben. Dat probleem zal door de politiek moeten worden opgelost door ofwel meer geld ter beschikking te stellen, ofwel de justitiabelen al naar gelang hun draagkracht meer te laten betalen voor hun toegang tot de rechter.

Een alternatief voor differentiatie binnen het huidige basismodel al naar gelang de complexiteit van het geschil en rekening houdend met de wensen van partijen, zou kunnen zijn dat de wetgever zich buigt over de wenselijkheid van de introductie van een meersporensysteem (ook wel ‘multi-track system’). In zo’n systeem zou dan bijvoorbeeld – meer of andere sporen zijn uiteraard denkbaar – een procedure kunnen worden ingericht voor allerhande incasso’s en dergelijke, waarbij doorgaans niet eens verweer wordt gevoerd, een procedure voor eenvoudige geschillen en een procedure voor complexe geschillen.²⁰ De differentiatie zou zich dan kunnen vertalen in bijvoorbeeld de manier van oproepen van de wederpartij (de zorgvuldigheid waarmee een deurwaarder te werk gaat, is in alle zaken waarin de wederpartij gewoon verschijnt immers eigenlijk onnodig), het aantal te nemen conclusies (hoe complexer de zaak, hoe meer conclusies mogelijk gewenst zijn), de mate waarin allerhande incidenten kunnen worden opgeworpen en de vraag of de procedure kan worden opgeknipt in delen zodat voorvragen als eerste kunnen worden behandeld. Daarbij kan dan ook worden nagedacht over mogelijke differentiatie in de mogelijkheid om bewijs te leveren. Vandaag de dag worden immers – gegeven het recht op bewijs door middel van getuigen indien aan bepaalde minimumeisen wordt voldaan en gegeven het welbekende prognoseverbod – heel wat bewijsaanbiedingen weggeschreven omdat rechters (terecht) geen zin hebben in heilloze getuigenverhoren in zaken waarin dat alles niet de moeite waard is. Helaas gebeurt dit ook in zaken die er wél toe doen en waarbij getuigenverhoren wél van invloed kunnen zijn op de uitkomst van de zaak. Hoe dan ook wekt dit wegschrijven in alle zaken doorgaans frustratie bij partijen en hun raadslieden. Een betere oplossing zou zijn dat rechters veel meer de mogelijkheid krijgen om in eenvoudige zaken bewijslevering achterwege te laten, of om louter te werken met schriftelijke getuigenverklaringen. Hiermee kan ruimte worden gecreëerd om in complexe zaken meer aan bewijslevering te doen. Voor die complexe zaken kan men denken aan introductie van eenzijdig opgestelde schriftelijke getuigenverklaringen voorafgaand aan het horen van die getuigen.

²⁰ Sceptici zullen erop wijzen dat die mogelijkheid zowel vóór als ná 2002 ook bestaat, omdat in eenvoudige zaken na een comparitie na antwoord de zaak direct bij vonnis kan worden beslist, terwijl in complexe zaken van een comparitie na antwoord kan worden afgezien, waarna partijen recht hebben op re-, dupliek en pleidooi. De praktijk werkt echter vaak anders. Bovendien is een veel verdergaande differentiatie gewenst, waarover nader de hoofdttekst.

5. Velen-tegen-velen scenario's

Dat brengt mij bij de velen-tegen-velen scenario's. Onder deze noemer vallen situaties waarin veel partijen aan de ene kant procederen tegen één of meer, of zelfs veel partijen aan de andere kant, in grotendeels afzonderlijke procedures. Het standaardvoorbeeld is de welbekende problematiek van de effectenleasezaken en de woekerpoliszaken.²¹ Ons systeem voorziet op dit moment niet in de mogelijkheid van een ordentelijke en waar mogelijk geconcentreerde afdoening van al dit soort zaken. De huidige regeling van de verwijzing en voeging van zaken biedt hier immers geen oplossing voor, aangezien het initiatief hiervoor zoals gezegd van partijen moet komen, en maar weinig partijen erop zitten te wachten om hun individuele procedure gevoegd te zien worden met heel veel andere procedures. Gevolg is dat al deze zaken in beginsel op individuele basis moeten worden afgedaan.

Rechterlijke samenwerking kan wel tot enige stroomlijning leiden.²² Die samenwerking is echter doorgaans beperkt tot één gerecht (en zelfs daarbinnen soms moeilijk te bereiken, gelet op het beginsel van de onafhankelijkheid van de rechter) en niet of nauwelijks te bereiken tussen verschillende gerechten.²³ Ook het uitgangspunt van de precedentwerking van rechterlijke uitspraken kan tot enige stroomlijning leiden, maar ook daar kan de onafhankelijkheid van de rechter in een individueel geval roet in het eten gooien. Bovendien ontbreken in het huidige systeem eigenlijk de randvoorwaarden om rechterlijke samenwerking en precedentwerking waar nodig beter tot hun recht te laten komen. Zo hebben gerechten bijvoorbeeld op dit moment niet zelf de mogelijkheid om – dat zou dan overigens moeten worden: met mate, aangezien enige diversiteit in de aanpak van zaken door diverse gerechten de rechtsontwikkeling bepaald ten goede kan komen – zaken voor de behandeling van het ene naar het andere gerecht te laten overhevelen, teneinde clustering van zaken mogelijk te maken. Ook ontbreekt bijvoorbeeld de wettelijke bevoegdheid om zaken, al dan niet op grote schaal, aan te houden in afwachting van een richtinggevende uitspraak van een hogere rechter. In de praktijk gebeurt dat al wel, maar als partijen in de desbetreffende procedure daar niet mee instemmen en aansturen op voortvarend doorprocederen, vraag ik mij toch af of een gerecht kan vasthouden aan een aanhouding in afwachting van die richtinggevende uitspraak.

Teneinde de discussie op puur juridische punten in velen-tegen-velen scenario's sneller tot een einde te brengen, wordt er al geruime tijd voor gepleit – ook vanuit de Hoge Raad – om in dit soort gevallen sneller en vaker gebruik te maken van de

²¹ Zie over de ervaringen vanuit de rechterlijke macht met financiële massaschadezaken Van den Reek en De Waal, *Trema* 7, 2009, p. 275 e.v. Zie voor een meeromvattende beschouwing van de problematiek Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschades*, Tilburg 2007 en – de opstap naar deze dissertatie – het eindrapport van de Commissie Asser-Vranken-Groen m.m.v. Tzankova: *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamente herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag 2006.

²² Zie daarover bijvoorbeeld Cleiren e.a., *Rechterlijke samenwerking*, Deventer 2001, en – in ruimer verband – Teuben, *Rechtswetgeving in het (burgerlijk) procesrecht*, Leiden 2004.

²³ Bij dit laatste valt bijvoorbeeld te denken aan de wijze waarop de diverse Hoven omgingen met de problematiek van de vergoeding in kennelijk-onredelijk-ontslagzaken (weer een heel andere variant van velen-tegen-velen scenario's).

mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. Dat vereist echter om te beginnen zaken met uitspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan. Bovendien moet iemand de desbetreffende uitspraak onder de aandacht van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad brengen met de vraag om in die zaak cassatie in het belang der wet in te stellen. Ten slotte moet het dan ook nog gaan om een uitspraak die zich leent voor cassatie in het belang der wet. Tot nu toe wordt van deze mogelijkheid slechts weinig gebruik van gemaakt. Sinds medio 2009 bestaat een breed samengestelde Commissie cassatie in het belang der wet²⁴ die een ruimere toepassing van dit instituut zou moeten bevorderen, maar het laatste bericht is dat die Commissie nog slechts enkele zaken aangemeld heeft gekregen, waarvan er nog geen enkele geschikt is bevonden voor cassatie in het belang der wet. Dat cassatie in het belang der wet niet erg populair is, laat zich in belangrijke mate verklaren doordat het partijdebat ontbreekt. De Hoge Raad heeft wel toegestaan dat ‘belangstellende derden’ zich met een cassatie in het belang der wet bemoeien,²⁵ maar dat lost niet het probleem van het ontbrekende partijdebat op. Ook het feit dat P-G’s in het verleden niet snel geneigd waren cassatie in het belang der wet in te stellen heeft mogelijk in de loop der tijd niet aan de populariteit van het instituut bijgedragen.

Een nieuwe poging om discussies op puur juridische punten in velen-tegen-velen scenario’s sneller tot een einde te brengen, wordt gedaan met de beoogde introductie van de mogelijkheid dat lagere rechters aan de Hoge Raad prejudiciële vragen stellen (waarover Numann in deze bundel). Dit experiment zou in eerste instantie worden beperkt tot zaken rond massaschades, maar het wetsontwerp zoals dat inmiddels voor advies bij de Raad van State ligt, kent naar verluidt een ruimer toepassingsbereik. Voordeel van deze route boven die van cassatie in het belang der wet is dat niet een in kracht van gewijsde gegane uitspraak behoeft te worden afgewacht, terwijl partijen – en als het goed is ook andere belanghebbenden – bovendien hun zegje mogen doen in de procedure die moet leiden tot beantwoording van de prejudiciële vraag. Of deze route dé oplossing zal bieden, valt echter nog maar te bezien. Zo zullen bijvoorbeeld veel procespartijen in hun eigen zaak (bijvoorbeeld vanwege de daarmee gemoeide kosten en vertraging) niet zitten te wachten op een prejudiciële vraag, is het de vraag of lagere rechters snel naar dit middel zullen grijpen (mede gelet op de mogelijkheid dat de Hoge Raad om hem moverende redenen de vraag onbeantwoord kan laten), is vereist dat een zaak op feitelijk vlak voldoende is uitgekristalliseerd alvorens een prejudiciële vraag wordt gesteld en is het de vraag of beantwoording van de prejudiciële vraag in die ene zaak richtinggevend kan zijn in al die andere zaken. Wat hier ook van zij, het instrument is zeker het proberen waard.

Rechterlijke samenwerking, precedentwerking, cassatie in het belang der wet en straks de prejudiciële vraag, het kan allemaal niet verhullen dat ons burgerlijk procesrecht bepaald niet is ingericht op velen-tegen-velen-scenario’s. Dit onderwerp verdient derhalve nadere overdenking en waar nodig aanpassing van ons huidige systeem.

²⁴ Zie de mededeling van de P-G bij de Hoge Raad in *Trema* 8, 2009, p. 256.

²⁵ Zie HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177.

6. Afronding

In 2006 is het eindrapport van de Commissie Asser-Vranken-Groen m.m.v. Tzankova verschenen, als sluitstuk van een langlopende fundamentele herbezinning op de inrichting van ons burgerlijk procesrecht. Dat eindrapport bevat tal van nuttige (en ook minder nuttige) gedachten om te komen tot aanpassing van ons burgerlijk procesrecht. Tot de dag van vandaag heeft de wetgever daar eigenlijk nog verrassend weinig mee gedaan. Dat biedt ruimte om verder te gaan met die fundamentele herbezinning, teneinde ons burgerlijk procesrecht beter in te richten met het oog op complexe zaken in het algemeen, waaronder begrepen meer-tegenmeer situaties, en velen-tegen-velen situaties in het bijzonder. Dat dit nodig is, hoop ik met het voorgaande te hebben aangetoond. Alvorens tot die betere inrichting te komen, zou de wetgever zich ook moeten buigen over de volgende vragen.

Welke geschillen zouden eigenlijk idealiter buiten het rechterlijke systeem om moeten worden beslecht? Voor al dat soort geschillen zouden (uiteeraard met inachtneming van het recht op toegang tot de rechter zoals verankerd in art. 6 EVRM) andere vormen van geschilbeslechting – bijvoorbeeld via geschillencommissies in consumentenzaken of via notarissen of mediators in allerhande familiezaken – van overheidswege sterk moeten worden gestimuleerd dan wel (waar mogelijk) moeten worden voorgeschreven teneinde te voorkomen dat die geschillen het rechterlijke systeem ‘vervuilen’.

Voor de resterende geschillen, die wel via het rechterlijk systeem moeten worden beslecht, zou onderzocht moeten worden via wat voor procedure dat idealiter zou geschieden. Daarbij valt, zoals hierboven is aangegeven, te denken aan een snelle en simpele procedure voor incasso's (vergelijkbaar wellicht met de oude betalingsbevelprocedure), een basisprocedure voor recht-toe-recht-aan geschillen en een bijzondere procedure met de nodige flexibiliteit voor allerlei soorten complexe geschillen (van één-tegen-één via meer-tegen-meer tot velen-tegen-velen). Bij dit alles zou eindelijk goed gebruik moeten worden gemaakt van de mogelijkheden die ons via internet e.d. ten dienste staan.

Voor alle categorieën van zaken zou ten slotte nog eens kritisch moeten worden bezien welke zaken de rechtsmiddelen verzet, hoger beroep en cassatieberoep echt nodig hebben, en bij welke zaken het best een tandje minder zou kunnen. Daarmee is niet gezegd dat louter het financiële belang bepalend zou moeten zijn voor de mogelijkheid van beroep, dat wil zeggen hoe geringer het financiële belang, hoe minder aanspraak op beroep. Wel is daarmee gezegd dat wij zorgvuldiger moeten omgaan met de inzet van een schaars goed als goede rechtspraak binnen een redelijke termijn. Daar waar goede rechtspraak binnen redelijke termijn als gevolg van de grote toevloed van zaken niet meer kan worden gewaarborgd (wat mij betreft is dat stadium vandaag de dag helaas al ruimschoots bereikt), zal de politiek ofwel moeten komen tot terugdringing van die toevloed aan zaken, ofwel tot uitbreiding van de rechterlijke macht, al dan niet door verhoging van de bijdrage van de justitabelen zelf. Dat alles vergt echter om te beginnen het besef dat het eigenlijk zo niet verder kan. Vervolgens moet er de politieke wil zijn om het systeem in zekere zin opnieuw op te bouwen teneinde er een deugdelijk werkend systeem van te maken, waarin elk geschil de aandacht krijgt die het verdient, maar ook niet méér dan dat. Het zou mooi zijn als ik ter gelegenheid van een volgende bundel van ons pleitgenootschap *Iustitia & Amicitia* kan concluderen dat het inmiddels zo ver is gekomen.