

# In appel? Eerst betalen

Partijen zijn zich er (vooraf) lang niet altijd van bewust, maar het is niet vanzelfsprekend dat proceskosten door de verliezende partij worden voldaan. Het gevolg: een gefrustreerde (want onbetaalde) 'winnaar'. De frustratie wordt nog eens vergroot wanneer de verliezer niet betaalt, maar wel in beroep gaat. De oplossing: laat de appelland betalen voordat hij het appel mag voortzetten.

Paul Wanders en Jorrit Kraaikamp<sup>1</sup>

Het gebeurt regelmatig dat een procespartij die in een procedure het gelijk aan haar zijde krijgt naar de toegewezen proceskostenveroordeling kan fluiten. Vooral voor partijen die vaak als gedaagde acteren, of althans de kosten daarvoor dragen zoals (beroepsaansprakelijkheids)-verzekeraars, is dit een doorn in het oog. Als de zaak in het voordeel van gedaagde wordt beslecht, is het niet vanzelfsprekend dat de proceskosten (veelal een fractie van de daadwerkelijke kosten) door de verliezende partij worden voldaan. Een executietraject is dan veelal een onzeker en weinig aantrekkelijk vooruitzicht. Dit geldt te meer als de oorspronkelijke eiser vervolgens ook nog hoger beroep instelt tegen het vonnis met wederom een kostbare exercitie en onzekerheid over (gedeeltelijke) compensatie van proceskosten als gevolg. Is er een oplossing voor deze kwestie?

De verliezende partij in een civiele procedure wordt in beginsel veroordeeld tot het betalen van de proceskosten van de wederpartij, zo volgt uit art. 237 Rv. Daarbij heeft onze wetgever er voor geopteerd liquidatietarieven te hanteren. Door dit systeem van gefixeerde bedragen aan de hand van een puntensysteem valt voorafgaand aan de procedure enigszins te voorspellen hoeveel een mogelijke kostenveroordeling uiteindelijk zal bedragen. Bovendien rijzen de kosten daardoor niet de pan uit. Uitzondering hierop betreffen zaken over intellectuele eigen-

dom<sup>2</sup>; ook bij misbruik van procesrecht kan onder omstandigheden een integrale kostenveroordeling worden uitgesproken.<sup>3</sup> De ratio achter ons systeem van een beperkte proceskostenveroordeling is te rechtvaardigen. Het beginsel van vrije toegang tot de rechter is een belangrijk onderdeel van onze rechtsstaat en een hoge financiële drempel in de vorm van een substantiële kostenveroordeling zou daar niet aan bijdragen.<sup>4</sup>

Maar gelijk hebben betekent lang niet altijd gelijk krijgen. Het succesvol ten uitvoer leggen van een vonnis na een gewonnen procedure kan grote frustraties opleveren; de verhalende partij dient bedacht te zijn op de bekende 'kale kip'. Dit probleem speelt ook indien het vonnis slechts een proceskostenveroordeling inhoudt die door de veroordeelde niet vrijwillig wordt voldaan. Vaak gaat het om relatief beperkte bedragen waardoor een kostenafweging bij eventuele executie een nog grotere rol speelt.

## Beperkte toepassing

Onze wetgever heeft aan deze verhaalproblematiek deels tegemoet willen komen. Voor gedaagden is daarom de mogelijkheid in het leven geroepen tot het vorderen van (het stellen van) zekerheid voor proceskosten. Dit geldt alleen

indien men van doen heeft met buitenlandse eisers. Deze regeling is verankerd in ons huidige art. 224 Rv en wordt ook wel aangeduid als de *cautio judicatum solvi* (eenvoudigweg: de cautie). De vordering kan bij incident voor alle weren worden opgeworpen. Wordt niet binnen de door de rechter gestelde termijn zekerheid gesteld, dan kan niet-ontvankelijkheid van de eiser volgen (art. 616 Rv).

De regeling biedt bescherming tegen oninbare proceskostenveroordelingen in het buitenland, maar kent door haar uitzonderingen in lid 2 een beperkt toepassingsgebied. Zo is de regeling ingevolge lid 2 sub a uitgesloten wanneer dit voortvloeit uit een verdrag of EG-verordening. De gedachte daarachter is dat door middel van de verschillende rechtsvorderingsverdragen, waarbij Nederland partij is, de tenuitvoerlegging van een Nederlands vonnis in het buitenland mogelijk is. Daardoor is de cautie geen noodzaak en dan ook uitgesloten in het betreffende verdrag.

Uiteindelijk is de cautie daarmee alleen mogelijk bij ingezetenen van de overige (niet-Europese) landen en daarmee in feite een papieren tijger.<sup>5</sup> Bovendien wijst de praktijk uit dat executie ook in EG-lidstaten<sup>6</sup> tijdrovend en kostbaar is en daardoor veelal niet opweegt tegen

<sup>1</sup> Paul Wanders en Jorrit Kraaikamp zijn advocaten bij Boekel De Nerée in Amsterdam.

<sup>2</sup> Hoewel rechters daar ook indicatietarieven hanteren (die echter wel hoger liggen dan de 'reguliere' liquidatietarieven).

<sup>3</sup> Vergelijk daarnaast ook de laatste volzin van artikel 237 Rv, met betrekking tot 'kosten die nodeloos werden aangewend'.

<sup>4</sup> Hoewel het mes natuurlijk aan twee kanten snijdt: een eiser die het gelijk aan zijn zijde krijgt, wordt ook slechts deels gecompenseerd, waardoor dit in feite ook een drempel tot het starten van een procedure opwerpt.

<sup>5</sup> Zie ook Snijders, Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering (2007), aantekening 6 bij artikel 224 Rv en in gelijke zin Van Schaick, Asser Procesrecht (2011) 2 Eerste aanleg, 203 Strekking van artikel 224 Rv. Overigens werd vrij recent nog bevestigd dat de cautie niet kon worden ingeroepen tegen een eiser uit Delaware (VS), gelet op het Verdrag van Vriendschap, Handel en Scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika van 5 december 1957 (Rechtbank Rotterdam 29 september 2010, NJF 2011/9).

<sup>6</sup> En natuurlijk ook in Nederland.

het belang van de zaak, vooral daar waar het enkel een proceskostenveroordeling betreft. Mede om deze reden kraakte W. Heemskerk al in 2004 een kritische noot bij de cautie en riep op tot herbezinning. Hij vroeg zich verder af waarom het Nederlandse eisers zo gemakkelijk is gemaakt om willekeurig een gedaagde voor de Nederlandse rechter te betrekken, zonder dat de eiser zich op voorhand druk hoeft te maken over de proceskosten van gedaagde. Hij opperde de mogelijkheid tot het stellen van zekerheid voor proceskosten, ook bij 'binnenlandse eisers'.<sup>7</sup>

Hoewel wij zo ver niet zouden willen gaan vanwege allerhande (praktische) bezwaren, is de kritiek van Heemskerk begrijpelijk. Het is een illusie te veronderstellen dat de proceskosten van een eiser uit een 'verdragsstaat', of een Nederlandse eiser, zonder problemen zullen worden voldaan, althans kunnen worden verhaald.

Het huidige 'systeem' (of beter: een gebrek daaraan) kan gedaagden op kosten jagen zonder zekerheid van enige compensatie daarvan. Daarbij lijkt het erop dat eisers zich niet altijd rekenschap geven van de financiële gevolgen van een verloren procedure. Het is niet uitzonderlijk dat er vele jaren wordt geprocedeerd, er veel kosten worden gemaakt en het uiteindelijk onmogelijk blijkt om een deel van die kosten (op grond van de uitgesproken proceskostenveroordeling) te verhalen. Dat gedaagde over een titel beschikt in de vorm van een (uitvoerbaar bij voorraad verklaarde) uitgesproken proceskostenveroordeling vormt geen garantie voor (vrijwillige) betaling, waardoor deze op executie van het vonnis is aangewezen. Daarbij loopt gedaagde op tegen het probleem van executiekosten (dat lang niet altijd opweegt tegen de vordering uit hoofde van de proceskostenveroordeling) en de eerder gesignaleerde kale kip met een gebrek aan verhaal als gevolg. Vrij naar Elsschot: 'Tussen de regeling die de wetgever voor ogen heeft en de werkelijkheid staan dan wellicht

## Waarom kunnen procespartijen niet tegen elkaar worden beschermd?

geen wetten in de weg, maar wel praktische bezwaren.'

### Betalen bij de poort

De frustratie van de niet-betaalde winnaar van de eerste instantie kan worden vergroot wanneer de verliezende partij zijn proceskosten niet voldoet, maar wel in appel gaat tegen het vonnis. Uitzonderingen daargelaten, wordt dan in feite de (niet-betaalde) proceskostenveroordeling gebruikt om de juridische kosten van het hoger beroep te voldoen.

Een systeem waarbij appelland eerst moet aantonen dat de in eerste aanleg verschuldigde proceskosten zijn betaald voordat het appel kan worden voortgezet, kan een uitkomst zijn. Denk aan de betaling van griffierechten: indien deze niet tijdig door eiser worden voldaan, wordt gedaagde van instantie ontslagen (art. 127a Rv). Deze regeling beoogt in feite de rechtspraak te beschermen tegen niet-betalende procespartijen, maar doet de vraag oproepen waarom procespartijen niet tegen elkaar kunnen worden beschermd. Er is veel voor te zeggen om een vergelijkbaar systeem te hanteren voor de (in eerste aanleg) verschuldigde proceskosten. Niet goed valt in te zien waarom het te rechtvaardigen is dat de verliezende partij de proceskostenveroordeling naast zich neer kan leggen en tegelijkertijd in appel rustig haar geluk nogmaals kan beproeven.

Natuurlijk vallen er kanttekeningen te plaatsen en bestaat er behoefte aan een op de omstandigheden van het geval geënte regeling. Te denken valt aan uitzonderingen voor partijen die op basis van gefinancierde rechtshulp procederen<sup>8</sup> en voor curatoren in boedelprocedures. Overigens wordt in procedures tegen bijvoorbeeld curatoren ook wel (met succes) gevorderd<sup>9</sup> dat in geval van uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis of arrest (ten faveure van de curator) de voorwaarde moet worden verbonden dat door de curator zekerheid in de vorm van een bankgarantie wordt gesteld.<sup>10</sup> Dit om te voorkomen dat de curator hangende het rechtsmiddel tegen het vonnis of arrest de boedelafwikkeling voortzet en de wederpartij van de curator bij een andersluidend oordeel in hoger beroep of cassatie achter het net zou vissen. In lijn daarmee zou het zo gek niet zijn om de (nu) regelmatig achter het net vissende winnende gedaagde in zijn algemeenheid tegemoet te komen.

Dat een algemeen systeem van (verschuldigde) proceskosten betalen aan de poort bij hoger beroep de vrije toegang tot de rechter zou belemmeren, overtuigt niet: die is al (tot op zekere hoogte) gewaarborgd door de forfaitaire proceskostenveroordeling. Bovendien kan over de vraag of de uiteindelijk toegewezen kostenveroordeling is verschuldigd geen twijfel bestaan. Daardoor ondergraven argumenten tegen het systeem van 'betalen aan de poort' slechts die verschuldigdheid. Een dergelijke regeling hoeft (dus) ook niet op gespannen voet te staan met art. 6 EVRM. Daarvan kan wel sprake zijn bij een combinatie van het weigeren van gefinancierde rechtshulp met de verplichting tot het stellen van zekerheid voor een hoog bedrag (vergelijk de cautie)<sup>11</sup>, maar bij heffing aan de poort van het gerechtshof bij 'solvabele partijen', lijkt strijd met het EVRM niet snel aan de orde. <<

8 Waarover Heemskerk, a.w., in onze optiek terecht opmerkt dat partijen die op toevoeging procederen zich niet altijd realiseren dat een proceskostenveroordeling wel geheel zelf gedragen moet worden.

9 Op de voet van artikel 233 of 235 Rv.

10 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 2 mei 2003, *JOR* 2003/183.

11 Vide P. Smits, 'Artikel 6 EVRM en de civiele procedure', Kluwer: Deventer 2008, pp. 83-84, onder verwijzing naar onder meer ECRM 10 december 1975, 6958/75, DR 3, p. 155. Dit is ten aanzien van de cautie overigens (deels) ondervangen door het (huidige) art. 224 lid 2 onder d Rv.

7 W. Heemskerk, 'Zekerheidstelling voor proceskosten', in: *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Kluwer: Deventer 2004, pp. 193-208.