

Doe-het-zelfrecht is in strijd met het recht op een eerlijk proces

Deurwaarders staan bij het begin en het eind van de rechterlijke procedure aan de deur. Letterlijk en figuurlijk. Met het programma KEI wordt de procesinleiding flink op de schop genomen, dat werd tijd. Maar er zijn zorgen, Maritza Bernardt en Ies van Apeldoorn uiten hun zorgen over het knabbelen aan de waarborg van het recht op een eerlijk proces.

Door mw. mr. M. Bernardt en mr. I. van Apeldoorn, gerechtsdeurwaarders in Rotterdam¹

INLEIDING

De invoering van een nieuwe basisprocedure in het civiele procesrecht heeft tot gevolg dat het oproepingsbericht, waarin de procesinleiding is opgenomen, op verschillende manieren ter kennis van de verweerder kan worden gebracht. Het zelf bezorgen van het oproepingsbericht door de eiser, per post, per e-mail of andere doe-het-zelfmethode aan de verweerder is in strijd met het recht van de verweerder op een eerlijk proces. De controle en daarmee de waarborg ontbreekt. Wij concluderen dan ook dat de wetgever deze bepaling dient te herzien.

DE NIEUWE BASISPROCEDURE

In de nieuwe basisprocedure start de eiser of verzoeker met het indienen van de procesinleiding. Zowel de dagvaarding als het verzoekschrift wordt hiermee afgeschaft. De procesinleiding is de tekst die de reden bevat om verweerder voor de rechter te dagen die de eiser – vanachter zijn computer – invult in de digitale omgeving van de rechtspraak. Nu is dat nog de inhoudelijke tekst van de dagvaarding. Het indienen van de procesinleiding gaat elektronisch. De nieuwe wet bevat een aantal uitzonderingen op de verplichting om de procesinleiding elektronisch in te dienen, in dit artikel wordt hierop niet verder ingegaan.²

Na ontvangst van de procesinleiding stuurt de griffier de eiser een oproepingsbericht.³ In het oproepingsbericht worden de inhoud en de datum van indiening van de procesinleiding opgenomen alsmede de wijze en de termijn waarbinnen de verweerder zich kan verweren, de rechtsgevolgen van het niet verschijnen en indien van toepassing, de regels omtrent het griffierecht.



Dit oproepingsbericht, waarin de procesinleiding is opgenomen kan:

- bij de verweerder bij exploit betekend worden;
- door de eiser op andere wijze bezorgd worden.⁴

Het is ook mogelijk dat de eiser de gerechtsdeurwaarder opdraagt de procesinleiding te betekenen vóórdat deze wordt ingediend. De gerechtsdeurwaarder stelt dan het oproepingsbericht op. Net als de griffier integreert hij de procesinleiding in het oproepingsbericht. Na betekening wordt het samenstel van stukken inclusief het exploit van betekening elektronisch ingediend.⁵

De verweerder kan volgens de nieuwe basisprocedure een verweerschrift indienen of schriftelijk meedelen dat hij in de procedure betrokken wil worden.⁶

HET OPROEPINGSBERICHT BIJ EXPLOIT BETEKENEN

Als de eiser het oproepingsbericht bij exploit wil laten betekenen, dient hij zich te wenden tot een gerechtsdeurwaarder. In het nieuwe procesrecht zal de gerechtsdeurwaarder in het bijzonder belast zijn met het betekenen van het oproepingsbericht bij exploit.⁷ De deurwaarder is een openbaar ambtenaar belast met taken die bij of krachtens de wet, al dan niet bij uitsluiting van ieder ander, aan hem zijn opgedragen en voorbehouden. De wetgever heeft aan de gerechtsdeurwaarder in het belang van het goed functioneren van de rechtsorde bijzondere privileges en een domeinmonopolie toegekend. Bij al zijn ambtshandelingen oefent de gerechtsdeurwaarder publiekrechtelijke macht uit; bij het grootste gedeelte van zijn ambtshandelingen ligt zijn macht als het ware in het verlengde van de macht van de rechter. Hij oefent in het belang van de rechtsorde een zekere 'politie' uit, bijvoorbeeld bij het leggen van beslag of een ontruiming.⁸

Het exploit waarmee de gerechtsdeurwaarder het oproepingsbericht betekent is een authentieke akte en heeft dwingende bewijskracht. Doordat de gerechtsdeurwaarder als openbaar ambtenaar geautoriseerd is gegevens uit de Basisregistratie Personen te verkrijgen wordt een exploit in 99,99 % van alle gevallen aan het werkelijke adres van de verweerder uitgebracht.

In het nieuwe procesrecht zal het betekenen van een oproepingsbericht bij exploit een van die taken zijn.

Bij de betekening van een oproepingsbericht, waarvan de procesinleiding de kern vormt, handelt de gerechtsdeurwaarder overeenkomstig de regels die de wet aan het doen van exploit heeft gesteld. Dat zijn in het bijzonder de voorschriften van artikel 45 en volgende van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Voor een deel dienen deze voorschriften de goede orde in het algemeen. Voor een ander deel strekken zij kennelijk tot bescherming van de wederpartij van de partij die de ministerie van de gerechtsdeurwaarder inriep. Terecht strekken zij daartoe, omdat de uit het exploit blijken rechtsactie van de ene partij onvermijdelijk een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de andere betekent.

Door de betekening van het oproepingsbericht komt de verweerder zijns ondanks in een relatie tot de overheidsrechter te staan

en in een nieuwe betrekking tot de eiser. Uit deze driehoeksrelatie kan hij zich niet bevrijden zonder dat hij of de rechter of de andere partij of zowel de een als de ander daarin heeft gekend. De ambtelijke bescherming van de andere partij, die de wet in het exploit heeft gelegd door te bepalen dat dit slechts op een welomschreven wijze kan worden uitgebracht, kan in het rechtsbestel niet worden gemist. De betekening van de procesinleiding beschermt de verweerder. Zij verzekert hem van zijn recht zich te verweren voordat de rechter oordeelt. Zij verzekert daarmee het recht op wederhoor waarzonder een eerlijk proces niet denkbaar is.

De rechtspraak is een pijler van de Nederlandse rechtsstaat en van groot belang voor het goed functioneren van de samenleving. Het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter staat in nauwe relatie tot de elementen van de democratische rechtsstaat. Het geeft concrete invulling aan dat eerlijk proces.⁹

Met dit in het achterhoofd is een wetsvoorstel voor consultatie uitgezet, strekkende tot het opnemen van een bepaling in de Grondwet over het recht op een eerlijk proces.¹⁰ Dit wetsvoorstel heeft tot doel de waarborg van individuele rechtsbescherming op grondwettelijk niveau te verankeren. Het verankeren van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet en het garanderen van het daaraan inherente recht op toegang tot de rechter kan ook bijdragen aan het vertrouwen van de burger in de rechtsstaat en meer in het bijzonder in de rechtspraak. Onderzoek uit 2012¹¹ toont aan dat het vertrouwen van burgers in de rechtsstaat (mede) berust op de overtuiging dat grondrechten grondwettelijk verankerd zijn en op de overtuiging dat er sprake is van een scheiding van machten, met een onafhankelijke rol voor de rechter.

De gerechtsdeurwaarder speelt een belangrijke rol in de vervulling van het inherente recht op toegang tot de rechter.

HET OP ANDERE WIJZE BEZORGEN

De wet bepaalt dat de eiser ook zelf het oproepingsbericht bij de verweerder kan (laten) bezorgen, door gebruikmaking van bijvoorbeeld post of e-mail. Indien de eiser het oproepingsbericht bezorgt op een 'andere' wijze dan bij betekening bij exploit en de verweerder verschijnt niet, dan zal door de rechter alleen verstek verleend worden, indien het oproepingsbericht alsnog betekend wordt bij exploit.

De KBvG heeft in haar reactie¹² op de consultatie Vereenvoudiging en digitalisering rechtspraak reeds aangegeven dat van de 600.000 zaken in 2013 er in 450.000 zaken verstek werd verleend. Ook is aangegeven dat 99% van de gedaagden (in de toekomst dus verweerder) geen belang, althans niet de behoefte hebben, om vrijwillig te verschijnen.

De memorie van toelichting¹³ op het wetsvoorstel geeft aan:

Uit oogpunt van rechtsbescherming wordt tegen de verweerder pas verstek verleend nadat het oproepingsbericht langs formele weg door de gerechtsdeurwaarder aan de verweerder is betekend en de verweerder ook dan niet in de procedure is verschenen.

De wetgever geeft hier expliciet aan dat de verweerder een extra rechtsbescherming nodig heeft. En wel door middel van betekening bij exploit door de gerechtsdeurwaarder.

De memorie vervolgt:

Een informele wijze van bezorging is goedkoper dan betekening door een deurwaarder, maar daar staat tegenover dat de betekening door een gerechtsdeurwaarder meer waarborgen biedt dat een (proces)stuk de geadresseerde van dat stuk daadwerkelijk bereikt. Een bezorging langs informele weg zal daarom worden toegestaan wanneer dat uit oogpunt van rechtsbescherming en rechtszekerheid verantwoord is. In de wetgeving die wordt aangepast aan de wetsvoorstellen KEI komt de aanvullende mogelijkheid van een bezorging op andere wijze dan de betekening bij exploit tot uitdrukking in woorden 'bezorgen of betekenen' (zie bijvoorbeeld de artikelen 6:260 lid 4 BW en 8:1595 lid 1 BW).

Bezorging langs informele weg biedt nimmer rechtszekerheid en rechtsbescherming aan de verweerder en de wetgever erkent dat gevaar niet. Hoe is het mogelijk dat de wetgever ervan uitgaat dat de eiser daadwerkelijk tracht het stuk zelf per post of e-mail te bezorgen? Het is niet voor niets dat de oproeping altijd onder de controle van een overheidsorgaan heeft gestaan. Ook de KBvG wijst daarop in de hierboven genoemde reactie op de consultatie. De controle van een overheidsorgaan is niet voor niets. Ook internationaal wordt deze zienswijze overgenomen. Het Mainstrat II rapport stelt: "It is widely recommended to continue to serve in particular documents instituting the proceedings additionally by way of judicial assistance".¹⁴ De KBvG kwam met een aantal voorbeelden waaronder de volgende:

Stel voor dat de eiser bij de vormvrije bezorging van het oproepingsbericht de gedaagde vraagt een document voor ontvangst te tekenen, welk document ook een (verborgen) referte (geen bezwaar) aan de vordering inhoudt. De eiser kan dit bericht ter griffie bezorgen en mogelijk op oneigenlijke wijze een vonnis op tegenspraak verkrijgen.

In bovengenoemd voorbeeld is er van uitgegaan dat de eiser daadwerkelijk de oproeping bezorgt.

De noodzaak van controle door een overheidsorgaan van het oproepingsbericht is bij het navolgende door ons gegeven voorbeeld nog duidelijker:

Stel dat de eiser het oproepingsbericht niet per post of bij email bij de verweerder bezorgt. De eiser schrijft in naam van de verweerder een brief naar de rechter (digitaal verschijnen¹⁵ is immers niet verplicht), waarin hij de vordering erkent. (In de terminologie van de wet: 'een erkennende verweerder'!). De eiser verkrijgt op oneigenlijke wijze een vonnis op tegenspraak zonder dat de verweerder een oproeping heeft ontvangen.

Is de kans hierop groot? Dat is onbekend. Bij partijen, die gezamenlijk besluiten een oordeel van de rechter te vragen, kan het

inderdaad verantwoord zijn de betekening door een onafhankelijke derde achterwege te laten, maar in hoeveel van de verwerende zaken is daarvan sprake? In de meeste gevallen kan een eiser totaal geen begrip opbrengen voor het feit dat een gedaagde zich met hand en tand verzet tegen de, in zijn ogen, volstrekt terechte vordering. Zeker wanneer de eiser zelf een liquiditeitsprobleem heeft, zal de verleiding ontstaan. Een controlerende rol van de griffies op dit punt mag niet verwacht worden. Daarnaast zullen griffies veel vaker dan nu erkenningsbrieven gaan ontvangen, aangezien het voor de schuldenaar de manier is om de betekeningskosten van de deurwaarder te ontlopen. Als de griffie al zou kunnen herkennen dat een brief niet van de verweerder maar van de eiser afkomstig is, dan valt deze weg in de massa.

Het gevolg is dat het recht op wederhoor niet door de verweerder uitgeoefend kan worden en daarmee is er geen recht op een eerlijk proces.

Nu zal hier tegenin gebracht worden dat een en ander recht is te trekken door middel van hoger beroep of een executiegeschil. Wanneer het echter om relatief lage bedragen gaat, is het de vraag of hoger beroep überhaupt wel mogelijk is, dan wel of de kosten van die maatregelen wel in verhouding staan tot het te bereiken resultaat.

Een civiel rechtsmiddel of een strafrechtelijke aangifte wegens valsheid in geschrifte zal, indien een en ander al bewijsbaar is, hooguit bij een oplettende verweerder en een te traceren eiser tot herstel en genoegdoening kunnen leiden. Theoretisch wordt het op grond van deze wet mogelijk om, via internet vanuit een ver buitenland op naam van een niet bestaande buitenlandse rechtspersoon, procedures in Nederland te starten. De gelden worden vervolgens via een gerechtsdeurwaarder geïncasseerd en uitbetaald op een buitenlandse bankrekening. In dat geval bieden onze rechtsmiddelen en vaak ook ons strafrecht weinig soelaas. Conservatoir beslag in kantonzaken wordt een overbodige exercitie, wanneer door middel van een 'een leugentje om bestwil' de gelden of roerende zaken executoriaal beslagen en afgegeven kunnen worden, zonder dat de verweerder kennis heeft gedragen van de voorafgaande gerechtelijke procedure.

Vergeet niet dat de overheid in het verleden vaker is uitgegaan van de goedheid van de mens en daarmee enige naïviteit bij wetgeving ten toon heeft gespreid. Denk aan de PGB-fraude en de 'Bulgaren-fraude' bij de toeslagenwetten. In geval van KEI zal echter niet de overheid, maar de burger de dupe zijn.

ARTIKEL 6 EVRM

Artikel 6 lid 1 EVRM garandeert dat eenieder bij geschillen over het vaststellen van civil rights and obligations en bij het bepalen van de gegrondheid van een criminal charge recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Voorts moet de uitspraak in beginsel in het openbaar worden gedaan. Artikel 6 lid 1 EVRM omvat naast het recht op een eerlijk proces ook het recht op toegang tot de rechter.¹⁶

Het recht op toegang tot de rechter is recentelijk nog aan de orde gekomen in een arrest van de Hoge Raad.¹⁷ De Hoge Raad overwoog dat:

(...) een afweging plaats dient 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.(...).

De Hoge Raad besliste dat het verzet tegen het dwangbevel gegrond was. In bovengenoemde uitspraak wordt het niet hebben van financiële middelen en het wel dienen te voldoen van het griffierecht al als belemmering gezien van het recht op toegang tot de rechter.

De verweerder heeft door het invoeren van een nieuw procesrecht in het civiele rechtsgeding geen garantie dat hij kennis kan nemen van het inleidend rechtsgeding, omdat de controle door een overheidsorgaan niet vanzelfsprekend is.

Een belangrijk onderdeel van een eerlijke en gelijke behandeling, dat is uitgewerkt in verdragen, wetgeving en jurisprudentie, is tot slot het recht op hoor en wederhoor. Dit recht houdt verband met het in de EHRM-jurisprudentie ontwikkelde beginsel van equality of arms, dat betekent dat partijen een gelijke kans tot procesvoering moet worden geboden. Zo moeten procespartijen onder meer in de gelegenheid worden gesteld om alle relevante processtukken in te zien en daarop te reageren.

CONCLUSIE

De wetgever handelt in strijd met artikel 6 EVRM omdat het recht op een eerlijk proces niet gewaarborgd is als de controle door een overheidsorgaan wegvalt bij het betekenen van een oproepingsbericht en kans bestaat dat het recht van wederhoor niet uitgeoefend kan worden.

De minister van Binnenlandse Zaken heeft een consultatie¹⁸ afgesloten met een voorstel tot wijziging van de Grondwet waarmee een eerlijk proces moet worden gewaarborgd. Als de wetgever dit voorstel aanneemt strookt deze bepaling in het geheel niet met de bezorging van een oproepingsbericht door de eisende partij zelf. De wetgever dient het voorgestelde artikel 112 lid 2 Rv te herzien.

Noten

- 1 Maritza Bernardt en Ies van Apeldoorn zijn beiden werkzaam voor GGN Maas-Delta.
- 2 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, 2, p. 5. Zie in het bijzonder art. 30c.
- 3 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, 2, p. 15-16. Zie in het bijzonder art. 111.
- 4 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, 2, p. 16. Zie in het bijzonder art. 112.
- 5 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, 2, p. 16. Zie in het bijzonder art. 113.
- 6 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, 3. Zie in het bijzonder art. 114.
- 7 Art. 2 Gerechtsdeurwaarderswet.
- 8 SEO, Kosteneffectiviteit domeinmonopolie gerechtsdeurwaarders.
- 9 Consultatie Recht op een eerlijk proces in de Grondwet, MvT, p. 4. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

- 10 Consultatie Recht op een eerlijk proces in de Grondwet, MvT. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.
- 11 J. Kleinnijenhuis e.a., 'De herkomst van vertrouwen in de rechtsstaat 1993-2012', VU Amsterdam i.o.v. WODC, 2012, p. 84.
- 12 KBvG, brief aan de minister van Veiligheid en Justitie inzake vereenvoudiging en digitalisering rechtspraak, 20 december 2013. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/kei/reactie/c2729208-9560-4026-a59c-b1a0613a28f8.
- 13 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 059, 3. Zie in het bijzonder art. 112 lid 2.
- 14 *Study on the application of Council Regulation (EC) No 1393/2007 on the service of judicial and extra judicial documents in civil or commercial matters. European Union*, 2014, p. 55.
- 15 Bij wijze van inloggen via Digid.
- 16 EHRM 21 februari 1975, 4451/70, NJ 1975, 462, m.nt. Alkema (*Golder/United Kingdom*).
- 17 HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:607.
- 18 Consultatie Recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/eerlijkproces.