

# Verhaal van (buitengerechtelijke) kosten – wat doen we ermee?

J.L.R.A. Huydecoper\*

## Kostenverhaal – redelijk en redelijkerwijs beschikbaar?

1 Zijn recht halen, kost geld. Dat weet iedereen. Vrijwel iedereen is ook geneigd om ‘primaair’ voor juist te houden dat de kosten die het halen van recht met zich meebrengt, uiteindelijk gedragen zouden moeten worden door degene die die kosten heeft veroorzaakt, en dat had behoren na te laten. ‘Op kosten van ongelijk’ wordt dat wel genoemd.<sup>1</sup>

Maar zoals bekend: die eenvoudige, primaire reactie strookt niet met wat de juridische werkelijkheid te zien geeft. Daar is het ‘werkelijke’ beeld dat een aanzienlijk deel van de prijs die het kost om zijn recht te halen, blijft voor rekening van degene die inderdaad een recht had en zich genoodzaakt heeft gezien om kosten te maken om dat recht te verwezenlijken.

2 Waarom is dat zo? Waarom hoeft degenen die het ten onrechte erop liet aankomen dat de ander zijn recht moest komen halen<sup>2</sup> die ander niet gewoon schadeloos te stellen? Artikel 6:96 lid 2 BW lijkt het onder b) en c) toch zo duidelijk aan te geven: redelijke kosten van vaststelling van schade en aansprakelijkheid en voor verkrijging van voldoening buiten rechte, kunnen als vermogensschade worden gevorderd. Dat strookt helemaal met de zojuist aangeduide ‘primaire’ reactie. Waarom moeten we het dan nog moeilijker maken?

U weet het echter: het wordt moeilijker gemaakt. Dat gebeurt langs verschillende wegen.

\* Advocaat-generaal Hoge Raad.

1 Deze ‘hoofdregel’ wordt onder andere verdedigd door Hendrikse, De buitengerechtelijke kosten, Preadvies VIA 2005, par. 5.3 en 10.3.

2 Men is geneigd te denken in termen van eisers die hun recht komen halen. Het kan natuurlijk ook de verweerder zijn die kosten moet maken om zijn gelijk vastgesteld te krijgen. Ook dan is er – althans in de context van deze beschouwing – sprake van ‘recht halen’; zie Hendrikse t.a.p.

3 Ten eerste: artikel 6:96 BW geldt alleen voor gevallen waarin iemand al onder de een of andere titel aansprakelijk is voor de schade van degene die hem in rechte betreft. Dán vormen de kosten van vaststelling en verhaal onderdeel van die schade. In andere gevallen geldt echter het uitgangspunt, dat men niet onrechtmatig handelt door een geschil met zijn wederpartij aan de rechter voor te leggen – door het ‘erop aan te laten komen’, dus.<sup>3</sup> Dat wordt ook niet anders als in rechte blijkt dat men ongelijk had – ook dan is het feit dat men het ‘erop aan liet komen’ geen bron van aansprakelijkheid voor schade wegens onrechtmatig handelen – en dus (als er geen andere grond voor aansprakelijkheid is vastgesteld) ook geen grond voor toepassing van artikel 6:96 lid 2 BW. De andere partij heeft dan alleen aanspraak op de proceskosten op de voet van artikel 237 Rv.<sup>4</sup>

4 Nu geeft ook artikel 237 Rv de partij die in het gelijk werd gesteld aanspraak op een veroordeling in de kosten. Wat dat betreft zijn we weer terug bij de ‘primaire reactie’ uit de eerste alinea. Maar de praktijk is anders: wie in een procedure in het gelijk wordt gesteld, krijgt niet de kosten vergoed die hij gemaakt heeft, maar een veroordeling in de kosten die vooral aan de hand van een forfaitair tarief, het zogenoemde Liquidatietarief,<sup>5</sup> worden bepaald. In dat tarief wordt aan iedere proceshandeling een aantal punten toegekend, en geldt per punt een kostenvergoeding die aan de hand van het belang van de zaak wordt bepaald (dus bij een gering belang een vrij klein bedrag per punt, en bij een groot belang vrij forse bedragen per punt). Voor zaken waarmee niet heel grote belangen gemoeid zijn, pakt het Liquidatietarief bijna altijd zo uit dat de ‘winnende’ partij aanzienlijk minder krijgt toegeschat, dan overeenkomt met de kosten die hij werkelijk gemaakt heeft.

5 Dat dat zo is, berust op sedert jaar en dag bestaand gebruik, niet op de wet. De wet (art. 237 Rv) zegt alleen dat de in het ongelijk gestelde partij ‘in de kosten (wordt) veroordeeld’, en dat die kosten bij het vonnis worden vastgesteld. Dat de rechter vrij is om die kosten anders vast stellen dan naar rato van wat werkelijk aan kosten gemaakt is, is een door de rechtspraak gehonoreerde gewoonte.<sup>6</sup>

3 HR 18 februari 2005, NJ 2005, 216, r.o. 5.3.2; HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651, r.o. 3.5.

4 Ik laat nu even daar dat er ook andere procedures dan dagvaardingsprocedures zijn – maar merk wel op dat de regels voor kostenvergoeding in die andere procedures gewoonlijk weer wat afwijken van de regel van art. 237 Rv; zie voor een opmerkelijk voorbeeld HR 8 februari 2002, NJ 2002, 242, r.o. 3.4.

5 Dit tarief is in overleg tussen de NVvR en de Nederlandse Orde van Advocaten vastgesteld (en regelmatig herzien). Zie onder andere de websites van beide organisaties.

6 Zie bijvoorbeeld HR 3 april 1998, NJ 1998, 571, r.o. 3.2 en 3.3.

Die gewoonte berust overigens niet op willekeur of onwil. Daaraan ligt vooral de gedachte ten grondslag, dat het risico van procederen niet excessief mag zijn. Door beperking van het proceskostenrisico zou dat belang worden gediend.<sup>7</sup>

6 Daardoor krijgt nader reliëf de regel die men in artikel 6:96 lid 2 sub c) BW aan het slot, en in artikel 241 Rv vindt: de vergoeding van kosten van voldoening buiten rechte, mag niet ook kosten omvatten die ten titel van proceskosten toewijsbaar zijn.<sup>8</sup> Het gaat er dan niet alleen om 'dubbel vangen' te voorkomen – het gaat er ook om, dat geen hogere vergoeding voor proceskosten kan worden gevorderd dan de enigszins gematigde vergoedingen die gewoontegetrouw op de voet van artikel 237 Rv worden toegekend.

7 Kosten die niet onder de regel van artikel 6:96 lid 2 BW vallen en die ook niet onder de noemer van proceskosten kunnen worden gebracht, komen in de regel (helemaal) niet voor vergoeding in aanmerking. Ik noem als voorbeeld een in het gelijk gestelde verweerder, die aanzienlijke preprocesuele kosten heeft gemaakt om te laten vaststellen dat de gronden waarop hij werd aangesproken, ondeugdelijk zijn (het spiegelbeeld van de in artikel 6:96 lid 2 onder b) BW beschreven situatie, dus). Die verweerder heeft geen recht op schadevergoeding, zodat artikel 6:96 lid 2 BW niet toepasselijk is. En of de preprocesuele kosten als proceskosten zullen worden aangemerkt, is zeer de vraag. Zoals uit de in voetnoot 6 aangehaalde beslissing blijkt, heeft de rechter een zekere 'vrije marge' bij de begroting van proceskosten. In de praktijk wordt van die marge zelden gebruikgemaakt als het gaat om toewijzing van kosten buiten het stramien van de proceskosten, zoals die gebruikelijkerwijs gevorderd en toegewezen worden; men kan ook op goede gronden tegenspreken dat preprocesuele kosten – bijvoorbeeld kosten van onderzoek, advies, begeleiding – onder de noemer van 'proceskosten' mogen worden gebracht.<sup>9</sup> De

7 Zo wordt het algemeen 'gevoeld', overigens zonder dat voor deze gedachte veel steun in de rechtsleer bestaat; zie onder andere Snijders-Ynzonides-Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2002, nr. 121; Brunner, noot onder NJ 1988, 275, al. 2, verwijzend naar de *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* [etc.], 1992, p. 36; en voor kritiek onder andere het preadvies van Wesseling-van Gent voor de Vereniging voor Procesrecht, 1992, en de discussie daarover (verslag NJB 1992, p. 1050 e.v.). Hendrikse, a.w. par. 10.5 oppert dat ook het feit dat men zijn kosten niet volledig vergoed krijgt, voor sommigen een beletsel kan opleveren om hun zaak aan de rechter voor te leggen – het spiegelbeeld, zou men kunnen zeggen, van de gedachte die aan de 'heersende leer' ten grondslag ligt.

8 Zie opnieuw HR 18 februari 2005, NJ 2005, 218, r.o. 5.3.1 en 5.3.2 en HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651, r.o. 3.5.

9 Zie bijvoorbeeld de moeilijkheden die in HR 18 februari 2005, NJ 2005, 218, r.o. 5.1-5.3.3 werden beoordeeld.

kans dat deze verweerder de gemaakte kosten niet vergoed krijgt, is dus aanzienlijk.<sup>10</sup>

## Contractuele regelingen

8 De hiervóór beschreven situatie maakt het begrijpelijk dat juristen ertoe over zijn gegaan contractsbepalingen te ontwerpen die degenen die daarvan gebruik maken, aanspraak geven op vergoeding van de kosten die aan de hand van de 'gewone' wettelijke regels niet verhaalbaar zijn. De wettelijke regels betreffende (proces)kosten zijn namelijk niet dwingend-rechtelijk – het is (dus) geoorloofd om bij overeenkomst daarvan afwijken-de regelingen te treffen.

Zulke regelingen helpen natuurlijk maar in een beperkt aantal gevallen – zij helpen in elk geval niet, als de andere partij niet aan de overeenkomst waarin zo'n regeling voorkomt, gebonden is – maar daar waar op de overeenkomst een beroep kan worden gedaan, kan ook een dergelijke regeling met succes worden ingeroepen.

Na het voorafgaande zal het niet verbazen waar zulke regelingen vooral op gericht plegen te zijn: op verhaal van de preprocesuele kosten die anders niet verhaald zouden kunnen worden, én op verhaal van de gemaakte proceskosten, voorzover die hoger zijn dan wat ingevolge artikel 237 Rv toegewezen wordt.

9 Bepalingen zoals in de vorige alinea bedoeld – 'incassobedingen' zoals die in veel verschillende varianten gehanteerd plegen te worden – kunnen overigens ook andere oogmerken hebben dan alleen het verhaalbaar maken van de door de houding van de wederpartij veroorzaakte kosten die anders onverhaalbaar zouden zijn. Vaak strekken incassobedingen er ook toe te werken als pressiemiddel om onwillige wederpartijen tot nakoming van hun verplichtingen aan te sporen. Zij zijn dan in zoverre te beschouwen als een boetebeding van het in artikel 6:91 BW omschreven soort. Incassobedingen kunnen er ook – en ook tegelijk – toe strekken, de in verband met incasso verschuldigde (schade)vergoeding te fixeren. Ook als dat de strekking is, kan het beding als een boetebeding in de zin van artikel 6:91 BW worden aangemerkt.<sup>11</sup>

10 Ook kan het zo zijn dat een incassobeding er (mede) toe strekt de kosten die de crediteur voor het verwezenlijken van zijn recht maakt, te

<sup>10</sup> Hendrikse keert zich hiertegen op de in voetnoot 1 genoemde plaatsen.

<sup>11</sup> Schelhaas, Het boetebeding in het Europese contractenrecht, (diss. 2004) Par. 3.3.5 en 3.6; Asser-Hartkamp 4 I, 2004, nr. 388, en par. 6.1 van het hierna in alinea's 20 e.v. te bespreken rapport 'Voor-werk II'.

‘verdelen’ over diegenen van de onwillige debiteuren die verhaal blijken te bieden. Verzonnen voorbeeld: de ondernemer die vaststelt dat circa 10% van zijn omzet moet worden besteed aan ‘debiteurenbewaking’, kan ervoor kiezen een incassobeding te hanteren dat de incassokosten op 15% fixeert. Ervan uitgaande dat sommige debiteuren nooit zullen betalen, levert de opbrengst van die debiteuren die uiteindelijk wél betalen (inclusief de ‘incassokosten’), dan ongeveer het bedrag op dat de crediteur voor debiteurenbewaking moet besteden: hij heeft de kosten daarvan dan ‘omgeslagen’ over zijn dubieuze debiteuren.

11 Dat betekent allicht dat de debiteuren die wel betaald hebben, per saldo méér kosten voor hun rekening hebben genomen dan zij zelf, strikt genomen, hebben veroorzaakt. Zij hebben immers meebetaald voor kosten die in verband met andere debiteuren zijn gemaakt (en onverhaalbaar zijn gebleken). In zoverre is hier dus het uitgangspunt losgelaten dat het redelijk zou zijn als degeen die het op ‘recht halen’ heeft laten aankomen, de daardoor veroorzaakte kosten van de in het gelijk staande partij vergoedt: voor een deel worden hier kosten vergoed waarmee deze partij niets te maken heeft.

Het gevoel dat dat niet billijk is, wordt intussen misschien wat getemperd als men het alternatief in ogenschouw neemt: ervan uitgaande dat een ondernemer<sup>12</sup> incassokosten niet voor eigen rekening zal nemen (en zijn winst navenant lager zal ‘nemen’), komt dat alternatief erop neer dat de incassokosten via de in rekening gebrachte prijzen over *alle* klanten van deze ondernemer worden omgeslagen. Dat is niet wezenlijk minder onbillijk dan de andere, zojuist beschreven oplossing.<sup>13</sup>

12 Dit is overigens voor instellingen die niet als ‘onderneming’ zijn aan te merken niet noodzakelijkerwijs anders.

13 Men kan hier een parallel trekken met de rechtsleer over ‘reservematerieel’ (zie bijvoorbeeld Schadevergoeding (losbl.), Lindenbergh, art. 96, aant. 46 en Mon. Nieuw BW B38, Salomons, nr. 21 sub d). Reservematerieel kan men bekostigen door alle kosten in zijn ‘gewone’ kostprijs door te berekenen (waardoor de kosten over alle klanten worden ‘omgeslagen’), óf door de kosten waar mogelijk te verhalen bij diegenen die het nodig maken het reservematerieel in te zetten. Ook dan doet zich een ‘omslageffect’ voor, waardoor de betrokkenen wat méér betalen dan de rechtstreeks aan hun eigen handelen toe te rekenen kosten, maar dat maakt deze benadering niet per se ongeoorloofd.

HR 26 september 2003, NJ 2003, 645, r.o. 3.3.3 en HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196, r.o. 3.6 en 3.7 kunnen de indruk geven dat ‘omslagstelsels’ als basis voor een vordering op de voet van art. 6:96 lid 2 BW niet aanvaard zullen worden, maar daarmee is niet gezegd dat het op *contractuele* basis bedingen van vergoedingen op die grondslag als onredelijk moet worden aangemerkt. De Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.], 1992, p. 40, beoordeelt ‘kruisfinanciering’ van incassokosten zonder meer positief.

12 Vaak zal men intussen moeten vaststellen dat van een beding dat tot vergoeding van 'kosten' strekt, niet kan worden gezegd dat het een van de eerder genoemde doelen specifiek op het oog heeft. In veel gevallen strekt een incassobeding ertoe, zowel een prikkel tot nakoming als een bron van extra revenuen (in verband met gemaakte kosten) te zijn. Om voor de hand liggende redenen wordt meestal niet gekozen voor een op slechts één doel gerichte oplossing.

In dit verband is interessant de variant, dat de stipulator in het incassobeding (alleen) aanspraak maakt op de in redelijkheid door hem aangewende kosten, en dat hij vervolgens in de praktijk (verschillende) incasso-organisaties inschakelt. De (aan de stipulator in rekening gebrachte) tarieven van incasso-organisaties vertonen allerlei verschillende structuren, waarin bijvoorbeeld meer en minder geprononceerde vormen van 'kruissubsidiëring' kunnen voorkomen.<sup>14</sup> De strekking van het *beding* is dan slechts, dat de stipulator zijn kosten vergoed krijgt – maar de effectuering in de praktijk kan meebrengen, dat daarmee de in de vorige alinea's besproken 'neveneffecten' optreden.

Bedingen van het hier besproken soort komen naar hun aard meestal voor in standaardovereenkomsten, met als gevolg dat zij onderworpen zijn aan de bijzondere regels van de artikel 6:231 e.v. BW.<sup>15</sup>

### **Wettelijke regels over incassobedingen**

13 De wet bevat een aantal regels die voor de in de vorige paragraaf bedoelde bedingen van belang zijn.

Artikel 6:94 BW bepaalt dat boetebedingen altijd aan matiging door de rechter blootstaan, zij het met de tamelijk restrictieve bijstelling dat de billijkheid de matiging klaarblijkelijk moet eisen én dat niet minder mag worden toegekend dan de krachtens de wet verschuldigde schadevergoeding. Bovendien geldt, dat matiging alleen op verlangen van de schuldenaar kan worden toegepast. Voor verstekzaken – die in de incassopraktijk zeer veel voorkomen – werkt dit middel dus niet.

14 Zie naast de in de vorige voetnoot genoemde vindplaatsen par. 3.3 van het in alinea's 20 e.v. hierna te bespreken rapport Voor-werk II: tarieven kunnen erop ingericht zijn om het risico van meer en minder incassowerkzaamheden te 'spreiden', om het risico van wanbetaling te 'spreiden', of beide – waarbij dus telkens het effect optreedt dat de ene debiteur 'meebetaalt' aan kosten (of andere nadelen) die in werkelijkheid door andere debiteuren zijn veroorzaakt.

15 Ook is voorstelbaar dat de bepalingen van Richtlijn 93/13/EEG (Pb. 1993 L95/29 – de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) voor de toepasselijkheid van incassobedingen van belang kunnen zijn, zie m.n. de Bijlage bij de Richtlijn onder e); en bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4 II, 2005, nr. 345.

14 De zojuist genoemde bijzonderheid – het ontbreken van de matigingsbevoegdheid van artikel 6:94 BW in verstekzaken – vormde de aanleiding voor de invoering van de tweede belangrijke regel op dit gebied, thans neergelegd in artikel 242 Rv (oorspronkelijk was dat art. 57ab Rv).<sup>16</sup> Die bepaling geeft de rechter de ruimte om ambtshalve bedragen uit hoofde van bedingen die op vergoeding van proceskosten of buitengerechtelijke kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 sub b) en c) BW betrekking hebben, te matigen. Hier geldt niet de restrictie dat de billijkheid klaarblijkelijk matiging moet eisen, maar wel de restrictie dat niet gematigd mag worden tot onder de bedragen waarvoor artikel 237 Rv geldt (de regeling voor proceskosten, dus) én de bedragen voor buitengerechtelijke kosten die ‘gelet op de tarieven volgens welke dergelijke kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht, jegens de wederpartij redelijk zijn’.

De strekking lijkt duidelijk: de partij die met recht kosten maakt om zijn recht te handhaven en daarbij een ‘incassobeding’ kan invoeren, heeft tenminste recht op de proceskosten volgens artikel 237 Rv en de preprocesuele incassokosten die redelijkerwijs volgens gebruikelijke tarieven aan hem (door zijn opdrachtnemer) in rekening worden gebracht.

Wat minder duidelijk is, is wanneer de rechter aanleiding zou moeten vinden om matiging toe te passen.

15 Of rond de invoering van (de ‘voorganger’ van) artikel 242 Rv aandacht is besteed aan de vraag of er niet ook bij verstekvorderingen ter zake van *niet-bedongen* buitengerechtelijke kosten behoefte was aan een rechterlijke bevoegdheid tot ambtshalve matiging, heb ik niet kunnen vaststellen. Men kan zich afvragen of de aanstonds te noemen ‘dubbele redelijkheidstoets’ zich leent voor toepassing in verstekzaken, en in het verlengde daarvan of de algemene bevoegdheid van de rechter om verstekvorderingen af te wijzen voorzover de vordering als niet rechtmatig of gegrond voorkomt (art. 139 Rv), een voldoende grondslag voor matiging biedt. Hoe dit zij: de wet is destijds op dit punt niet aangepast.

Ik wijs nog op artikel 6:109 BW. Daar staat, zoals bekend, de algemene regel dat schadevergoeding kan worden gematigd in geval van kennelijk onaanvaardbare uitkomsten. Die regel geldt ook voor de schadevergoeding van artikel 6:96 lid 2 BW. Voor toepassing van de regel van artikel 6:109 BW is hier echter maar een zeer beperkte ruimte: schadevergoeding op de voet van artikel 6:96 lid 2 BW is alleen toewijsbaar voorzover het

16 Zie voor de motieven voor het invoeren van deze regeling de Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.], 1992, p. 38 e.v.

redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten betreft (de al even genoemde 'dubbele redelijkheidstoets').<sup>17</sup> Dat een vordering die die toets doorstaat, toch nog onaanvaardbare uitkomsten zou opleveren is eigenlijk alleen denkbaar bij aanwezigheid van zéér bijzondere omstandigheden, naar in de rede ligt: aan de kant van de verweerder. Het mag wel uitgesloten worden geacht dat de rechter in een verstekzaak zou kunnen vaststellen dat dit aan de orde is. Dat ik de bepaling niettemin enigszins uitvoerig aanhaal rechtvaardig ik echter daarmee, dat het hierna (in alinea's 20 e.v.) te bespreken rapport 'Voor-werk II', aan die bepaling aandacht besteedt.

16 Volledigheidshalve verwijs ik hier nog naar de in alinea 6 hiervóór al aangehaalde bepalingen van artikel 6:96 lid 2 sub c) BW en artikel 241 Rv, die ertoe strekken de 'overlap' van buitengerechtelijke kosten en proceskosten te regelen.

Verder herinner ik eraan dat incassobedingen gewoonlijk ook onderworpen zullen zijn aan de regels betreffende 'algemene voorwaarden'. Uit dien hoofde kunnen zulke bedingen worden getoetst aan de hand van de 'onredelijk bezwarend'-maatstaf van artikel 6:233 onder a) BW. De andere bepalingen van deze afdeling, en dan met name de 'lijsten' van artikel 6:236 en 237 BW, bevatten geen specifiek op incassobedingen gerichte bepalingen (maar: zie voetnoot 15).

Voor de praktijk speelt deze regeling naast die van de eerder besproken wetsbepalingen slechts een bescheiden rol, maar het in alinea's 20 e.v. te bespreken rapport 'Voor-werk II' verwijst daar wel een aantal malen naar.

## Maatschappelijke context

17 Zoals al aangestipt zijn de hiervóór beschreven (praktijk)regels voor de vaststelling van proceskosten in belangrijke mate ingegeven door de wens te voorkomen dat de kosten van procederen prohibitief zouden (kunnen) worden.<sup>18</sup> Dat belang wordt dus zwaarder gewogen dan het – overigens wel als legitiem erkende – belang van de partij die met succes voor zijn recht is opgekomen, bij vergoeding van de (volledige) kosten die hij daarvoor heeft moeten maken.

Daarnaast heeft men oog gehad voor het belang dat de rechter, (ook) in verstekzaken, ruimte moest hebben om de redelijkheid van ingeroepen incassovooraan te toetsen. Daarbij vindt men echter geen aanwijzin-

17 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4 I, 2004, nr. 414; Spier c.s., Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, 2003, nr. 205.

18 Dat dat niet heeft kunnen verhinderen dat de kosten van procederen altijd als te hoog worden aangemerkt, doet aan de goede bedoelingen niet af.



gen dat de wens om gemaakte incassokosten vergoed te krijgen op zichzelf als onredelijk zou zijn beoordeeld – integendeel, de wet gaat er in artikel 242 Rv van uit dat de matigingsbevoegdheid de aanspraak op proceskosten én incassokosten volgens gebruikelijke en redelijke tarieven in elk geval onverlet laat.

18 Op dit punt aangekomen is het misschien goed erop te wijzen dat er de laatste tijd voor het belang van efficiënt kostenverhaal wat meer sympathie valt vast te stellen, zij het niet op Nederlands, maar op Europees niveau.

Ik denk dan in de eerste plaats aan Richtlijn 2000/35/EG.<sup>19</sup> Die richtlijn strekt ertoe, betalingsachterstanden bij handelstransacties – volgens al. 7 e.v. van de considerans een wezenlijk probleem in het intercommunautaire verkeer – te beteugelen. Voor ons onderwerp is vooral van belang artikel 3 lid 1 sub e, dat de lidstaten verplicht erin te voorzien dat de crediteur bij een betalingsachterstand in een handelstransactie (tenzij de debiteur daarvoor niet verantwoordelijk was) aanspraak heeft op een redelijke schadeloosstelling voor alle door de betalingsachterstand ontstane relevante invorderingskosten; met dien verstande dat de lidstaten hiervoor maximumbedragen mogen vaststellen. Volgens paragraaf 3 van de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse implementatiewet<sup>20</sup> voldoen de regels van de artikel 237 e.v. Rv en 6:96 lid 2 BW aan dit voorschrift uit de Richtlijn, zodat op dit punt geen nadere implementatie vereist was.<sup>21</sup>

19 Verder is interessant de zogenoemde Handhavingsrichtlijn, Richtlijn 2004/48/EG.<sup>22</sup> Deze richtlijn verplicht de lidstaten stappen te nemen ter verbetering van de handhaving van rechten van intellectuele eigendom. Artikel 14 houdt de verplichting in om redelijke en evenredige kosten in verband met dergelijke maatregelen ten laste van de verliezende partij te brengen.<sup>23</sup>

Het ligt in de rede om aan te nemen dat een systeem waarbij slechts een forfaitair bepaald *deel* van de kosten verhaalbaar is, niet met deze bepaling strookt – zeker wanneer de werkelijke kosten in de grote meerderheid van de gevallen aanzienlijk hoger zijn.<sup>24</sup>

19 Van 29 juni 2000, Pb. L 200/35.

20 Wet van 7 november 2002, Stb. 545; zie voor de Memorie van Toelichting Kamerstukken II 2001/02, 28 239, nr. 3.

21 Zie voor kritische opmerkingen hierover voetnoot 24 van de conclusie voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566; zie ook Knijp, *Advocatenblad* 2000, p. 225.

22 Pb. L 157/45.

23 In deze richtlijn is, anders dan in Richtlijn 2000/35/EG, op dit punt ook de mogelijkheid onder ogen gezien dat de *verweerder* gelijk kan blijken te hebben.

24 Althans: dat heb ik in AMI 2004, p. 121 betoogd.

De beide genoemde regelingen – die natuurlijk maar voor een beperkt gedeelte van de hier besproken materie rechtstreeks van belang zijn, omdat zij ieder slechts op een specifiek, beperkt terrein betrekking hebben – beklemtonen de aanspraak op vergoeding van kosten, en roepen daarmee op zijn minst de gedachte op dat die vergoeding, als uitgangspunt, als redelijk moet worden aangemerkt.<sup>25</sup>

## De Voor-werk-rapporten

20 De hier bedoelde rapporten zijn op initiatief van de NVvR opgesteld. Zij zijn bedoeld om de rechters die geconfronteerd worden met vorderingen wegens – contractueel bedongen of krachtens de wet (art. 6:96 lid 2 BW, dus) verschuldigde – buitengerechtigde kosten, houvast te geven voor de vaststelling daarvan.

Het gaat dan voor een deel om de rechterlijke bevoegdheid bij het begroten van schade, maar voor een ander deel – namelijk: bij de contractueel bedongen vergoedingen – (ook) om de toepassing van de matigingsbevoegdheid van artikel 242 Rv. In beide gevallen gaat het echter alleen om buitengerechtigde kosten. Over de andere kostencomponent – de ‘eigenlijke’ proceskosten – spreken de rapporten zich niet rechtstreeks uit, al hebben zij daarvoor, althans bij sommige lezingen, wel gevolgen.

21 Het eindresultaat, te weten het rapport ‘Voor-werk II’, heeft na brede consultatierondes<sup>26</sup> geleid tot een aanbeveling van het hoofdbestuur van de NVvR om (de aanbevelingen van) dat rapport als leidraad bij de beoordeling van vorderingen betreffende buitengerechtigde kosten toe te passen.<sup>27</sup>

Mede door de aanbeveling van het bestuur van de NVvR ligt het enigszins in de rede om de aanbevelingen van ‘Voor-werk II’ als belangrijke – misschien zelfs doorslaggevende – aanwijzing voor de vaststelling van de verkeersopvatting over de daarin behandelde onderwerpen te beschouwen.<sup>28</sup>

25 Beschouwingen hierover bij Knijp, Executief 2000, p. 217 e.v.

26 Beschreven in par. 1.2 van het rapport. Volledigheidshalve vermeld ik dat eerder ook ten aanzien van het rapport Voor-werk (I) een aanbeveling van het NVvR-bestuur was gevolgd, en dat de beide rapporten inhoudelijk niet veel verschillen vertonen (zie bijvoorbeeld Venhuizen, Executief 2000, p. 217-218).

27 Zie voor gegevens TREMA 2001, p. 177. Het rapport ‘Voor-werk II’ is in druk verschenen in Advocatenblad 2000, p. 216 e.v.

28 Ik spreek met opzet niet van het op dit punt geldende *recht*. Bij HR 19 november 2004, VR 2005, 59, r.o. 4.3 is geoordeeld dat het rapport ‘Voor-werk II’ niet als ‘recht’ in de zin van art. 79 RO mag worden aangemerkt (wat niet verrassend is, nu ten aanzien van eerdere NVvR-leidraden, zoals de TREMA-alimentatienormen, en ten aanzien van het hogergenoemde Liquidatietarief, al hetzelfde was geoordeeld). Op het rapport kan dus in cassatie niet als bron van geldend recht een beroep worden gedaan.

22 De aanbevelingen van het rapport 'Voor-werk II' kán men zo lezen, dat daarin vrij krachtig wordt afgedongen op de vrijheid om bij overeenkomst regels ter zake van de kosten van verhaal te stellen. Het gaat dan om de volgende (door mij in parafrase weergegeven) aanbevelingen:

Aanbeveling I: (contractueel) bedongen buitengerechterlijke kosten worden forfaitair gematigd tot twee punten van het Liquidatietarief, met een maximum van 15% van de hoofdsom (even afgezien van een rentecomponent), tenzij de crediteur stelt en zonodig bewijst dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn; met de kwalificatie dat gesteld moet zijn (en eventueel bewezen moet worden) dát er (werkelijk) buitengerechterlijke kosten zijn gemaakt.

Aanbeveling II: geeft een inhoudelijk ongeveer gelijke regel voor niet-bedongen buitengerechterlijke kosten, met dien verstande dat tevens moet blijken dat de kosten in redelijkheid zijn gemaakt en dat zij van redelijke omvang zijn.

23 Of het rapport zo moet worden begrepen dat over de hele linie op de vrijheid bij het bedingen van (buitengerechterlijke) kosten wordt afgedongen, en zo ja: hoe ver het daarbij beoogt te gaan, kan men intussen betwijfelen. Ik twijfel vanwege de navolgende beschouwingen van het rapport, die aan de Aanbevelingen voorafgaan:<sup>29</sup> het rapport onderscheidt in de paragrafen 6.1-6.2 enerzijds en 7.1-7.2 anderzijds (zie echter ook par. 8.5), het boetebeding van het beding waarbij (alleen) een aanspraak op buitengerechterlijke kosten wordt vastgelegd. Zoals eerder aangegeven, worden bedingen waarbij de schade ter zake van incassokosten wordt 'gefixeerd', als boetebedingen aangemerkt. Ook het rapport gaat er, onder andere in paragraaf 6.1, van uit dat dergelijke bedingen boetebedingen (kunnen) zijn. Voor het boetebeding wordt in het rapport verder naar de regels van artikel 6:91 e.v. BW verwezen. Er wordt echter – terecht, denk ik – toegevoegd dat voor boetebedingen die tevens incassobeding zijn, de bijzondere matigingsregel van artikel 242 Rv van toepassing is (wat impliceert dat de algemene matigingsregel van artikel 6:94 BW dan niet van toepassing is – zij kunnen niet beide tegelijk toepasselijk zijn).<sup>30</sup>

24 Aan de hand van dit onderscheid (tussen boetebedingen en incassobedingen die niet als boetebeding zijn aan te merken), ligt in de rede dat het beding waarop Aanbeveling I betrekking heeft, een beding is dat er (alleen) toe strekt de wederpartij aansprakelijk te maken voor (buitenge-

29 Met dien verstande dat de publicatie in het Advocatenblad juist met de Aanbevelingen begint, en de beschouwingen laat volgen – men zij gewaarschuwd.

30 Schelhaas t.a.p.

rechtelijke) incassokosten, zonder die kosten te kwantificeren of (anderszins) te fixeren (want als dat het geval is, is er sprake van een boetebeding, waarvoor een aparte regel wordt aangegeven).

In dat licht bezien zou het dan weinig verrassend zijn dat er verlangd wordt dat gesteld, en zo nodig aangetoond, moet worden dat er ook werkelijk (buitengerechtelijke) kosten zijn gemaakt: wij hebben het dan immers over bedingen waarin het over werkelijk geleden schade (gewoonlijk: in de vorm van werkelijk gemaakte kosten) gaat, en niet over forfaitair/ gefixeerd overeengekomen of anderszins los van de werkelijk geleden schade berekende schadeloosstellingen.

25 Twijfelen kan men echter (mede) omdat het rapport in paragraaf 6.2 een omschrijving van 'bedongen buitengerechtelijke kosten' geeft, en daarbij expliciet vermeldt dat de bedongen kosten ook kunnen worden gesteld op een vast bedrag of een percentage van de hoofdsom (gefixeerde bedragen, dus); en omdat het rapport in dezelfde volzin 'doorverwijst' naar paragraaf 8, waar de vaststelling van (bedongen) buitengerechtelijke kosten verder wordt behandeld. In paragraaf 8 (par. 8.1, slot) gebeurt dan hetzelfde: bij de kwalificatie van 'kostenbedingen'<sup>31</sup> wordt weer toegevoegd dat die er ('veelal') toe strekken dat de buitengerechtelijke kosten (ten minste) een vast bedrag of een bepaald percentage belopen; wat de indruk wekt dat ook dergelijke bedingen – hoewel die als 'boetebedingen' zijn aan te merken – door de verdere beschouwingen van deze paragraaf en door de aanbeveling (Aanbeveling I vormt de afsluiting van deze paragraaf) bestreken worden.

Die indruk wordt verder versterkt door paragraaf 8.6, omdat daarin expliciet naar paragraaf 8.5 wordt verwezen. In paragraaf 8.5 gaat het om een beding dat aldaar als een boetebeding dan wel als een (mogelijk onredelijk) bewijsbeding wordt gekwalificeerd – maar toch lijkt het de bedoeling te zijn dat daarop de in paragraaf 8.6 beschreven wijze van beoordeling – die voor boete- of bewijsbedingen niet goed bruikbaar is – wordt toegepast.

26 Ik zal hierna eerst uitgaan van de veronderstelling dat het rapport in de in alinea 24 hiervóór omschreven zin begrepen moet worden;<sup>32</sup> en dat

31 (Alleen) op dit punt noemt het rapport de mogelijkheid dat zo'n beding zowel op buitengerechtelijke kosten als op ('echte') proceskosten betrekking kan hebben (bijvoorbeeld: op 'alle terzake van invordering gemaakte kosten') – vandaar mijn keus voor de aanduiding 'kostenbeding'.

32 Ter vermindering van misverstand wijs ik erop dat in verschillende kritische commentaren op het rapport 'Voor-werk II' (kennelijk) van een andere, 'strengere' lezing daarvan wordt uitgegaan, en dat ik dat zelf in de conclusie voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566 ook heb gedaan. Bij nader inzien lijkt de hoger veronderstelde 'gematigde' interpretatie van het rapport mij echter aannemelijker dan de interpretatie waar ik destijds van uit ben gegaan.

Aanbeveling I en de inleidende beschouwingen daarover dus betrekking hebben op bedingen die ertoe strekken (alleen) werkelijk gemaakte kosten verhaalbaar te maken, en niet op bedingen die forfaitaire/gefixeerde vergoedingen op het oog hebben.<sup>33</sup>

Bij die lezing geldt – zoals ik al even aangaf – dat er niet veel valt af te dingen op de Aanbeveling, voorzover die ertoe strekt dat gesteld en eventueel bewezen moet worden dat de gevorderde kosten werkelijk gemaakt zijn. Als een beding ertoe strekt werkelijk gemaakte kosten verhaalbaar te maken, is het niet meer dan redelijk dat – althans in geval van betwisting – ook moet worden aangetoond dat die kosten gemaakt zijn.

27 Problematisch vind ik echter, ook bij de hier aangehouden interpretatie van het rapport, de aspecten van de Aanbeveling die in de volgende alinea's aan de orde komen.

27.1 Blijkens paragraaf 8.3 en 8.6 van het rapport is het de bedoeling dat er gesteld (en zonodig bewezen) wordt dat de gemaakte kosten ook betrekking hebben op *werkzaamheden* die als 'preprocessueel' mogen worden aangemerkt.

Hier lijkt mij bezwaarlijk dat het (heel) veel voorkomt dat 'incassobedingen' geen onderscheid maken tussen processuele kosten en 'echte' proceskosten – zoals in alinea's 8 en 9 hiervóór opgemerkt, strekken dergelijke bedingen er vaak toe alle 'kosten', ongeacht de kwalificatie daarvan, verhaalbaar te maken. Het rapport/de Aanbeveling is er verre van duidelijk over of (ook) zulke bedingen (waarbij het er dus in principe niet toe doet of de gemaakte kosten al dan niet voor preprocessuele werkzaamheden zijn gemaakt), naar de regels volgens het rapport beoordeeld zouden moeten worden. Zo ja, dan is mij noch duidelijk waarom dat zo zou zijn, noch hoe de rechter dan te werk moet gaan.<sup>34</sup> Zo nee, dan heeft de Aanbeveling, in de hier veronderstelde uitleg, slechts gelding voor de volgens mij nogal uitzonderlijke bepaling, waarin de stipulator alléén op vergoeding van (werkelijk gemaakte) *buitengerechtigde* kosten aanspraak maakt (en voor de rest dan vermoedelijk genoeg neemt met de proceskosten volgens het Liquidatietarief).

33 Waarbij ik herinner aan de in alinea 12 genoemde variant/complicatie: het beding dat tot louter kostenverhaal strekt, maar in de praktijk toch kan leiden tot het in rekening brengen van kosten volgens gefixeerde tarieven.

34 Ik begrijp namelijk niet wat het ertoe doet of verrichte werkzaamheden als processueel dan wel als preprocessueel zijn te kwalificeren, als het erom gaat te beoordelen in hoeverre een clause die aanspraak geeft op vergoeding van *alle* kosten, ongeacht of die onder de ene titel of de andere zijn gemaakt, voor matiging in aanmerking komt; en ik begrijp in het verlengde daarvan niet wat de rechter in deze context met gegevens over de processuele c.q. preprocessuele aard van de gemaakte kosten zou moeten beginnen.

27.2 Een tweede, overigens op het vorige aansluitend bezwaar betreft paragraaf 8.2 van het rapport. In deze paragraaf gaat het over het matigen van bedingen die zowel vergoeding van proceskosten als van preprocesuele kosten beogen – wat dus bij de bedingen die ik zojuist in alinea 27.1 besprak aan de orde kan zijn. In paragraaf 8.2 wordt, als ik het goed begrijp, zo geredeneerd: voor proceskosten geeft artikel 242 Rv aan dat matiging tot het niveau van het Liquidatietarief geoorloofd is. Voor de overige kosten is er minder duidelijkheid, door de verwijzing (in art. 242 Rv) naar gebruikelijke en redelijke tarieven. De in de praktijk veel voorkomende tarieven, zoals het (voormalige) Orde-incassotarief, kunnen hier niet bedoeld zijn omdat die *alle* kosten, waaronder (dus) ook de proceskosten, omvatten. Dus is men voor de overige kosten aangewezen op begroting aan de hand van de werkelijk verrichte werkzaamheden, gewaardeerd aan de hand van redelijke uurtarieven.

27.3 Als ik deze gedachtegang goed heb begrepen,<sup>35</sup> is op de houdbaarheid daarvan veel aan te merken.

Ten eerste de bevinding over proceskosten: het is juist dat artikel 242 Rv hier matiging tot het niveau van het Liquidatietarief *toelaat* – maar daarmee is niet gezegd dat ook altijd tot dat niveau gematigd moet worden (wat erop neer zou komen dat het bedingen van een hogere vergoeding voor proceskosten altijd verworpen zou moeten worden). Als men niet meegaat met de gedachte (die hier overigens niet expliciet wordt uitgesproken) dat matiging tot het Liquidatietarief niet slechts de ‘bodem’ maar tegelijk ook de norm is, heeft men voor de beoordeling van de vraag of een incassobeding waarin vergoeding van *alle* gemaakte kosten wordt ‘geclaimd’ moet worden gematigd, niet zo veel aan de constatering omtrent het Liquidatietarief – de vraag blijft (ook dan) of het beding de wederpartij met zodanige kosten belast dat matiging aangewezen is (en aan de hand van welke maatstaven daarover moet worden geoordeeld).

27.4 Ten tweede beoordeel ik de verwijzing, in deze paragraaf 8.2, naar het (voormalige) Orde-incassotarief, als verwarrend.

Dat incassotarief was<sup>36</sup> een forfaitair tarief, dat de advocaat – ten opzichte

35 Ik sluit niet uit dat ik het verkeerd heb begrepen, maar ben geneigd dan te denken dat de paragraaf onduidelijk is, en daardoor voor de praktijk niet goed bruikbaar.

36 De Orde ‘werkt’ overigens nog steeds met dergelijke tarieven, met dien verstande dat voor meer variatieruimte is gekozen; zie voor gegevens de website van de Nederlandse Orde van Advocaten, rubriek Tarieven, Liquidatie- en andere tarieven, Vrije Prijswijzer, par. 2.1.c en par. 2.5 (ook te vinden bij Hendrikse, a.w. p. 55). Het indertijd gangbare Orde-tarief was overigens goed vergelijkbaar met de daar als voorbeeld genoemde tarieven, en met nog onverminderd van toepassing zijnde incassotarieven van andere (beroeps)organisaties. Toepassing van zulke tarieven wordt ook in par. 3.1 en 3.2 van het rapport ‘Voor-werk II’ expliciet onder ogen gezien.

van zijn opdrachtgever, de cliënt – aanspraak gaf op gefixeerde percentages van het onder een incasso-opdracht geïncasseerde bedrag, ongeacht de hoeveelheid werk die daarmee gemoeid was geweest of de aard van dat werk (processueel of preprocessueel).

Voorzover (ook) de debiteur zich verplicht had naar een dergelijk tarief kosten te betalen, is hier dus sprake van een incassobeding dat naar gefixeerde incassokosten verwees. Voor dergelijke bedingen zou, in de hier gevolgde uitleg van het rapport 'Voor-werk II', Aanbeveling I niet gelden (omdat die bedingen als boetebedingen zijn aan te merken). Dan begrijp ik niet hoe de toepassing van de Aanbeveling aan de hand van een beding van dit type kan worden 'onderbouwd': hier is toepassing van de Aanbeveling gewoon niet aan de orde.

27.5 Ten derde lijkt mij in hoge mate aanvechtbaar dat (wat in deze par. 8.2 wordt gesteld) tarieven als het voormalige Orde-tarief, niet zouden kunnen gelden als gebruikelijke tarieven zoals die in artikel 242 Rv worden bedoeld. Nu dergelijke tarieven destijds in ruime mate gangbaar waren (zoals die nog steeds gangbaar zijn) en zulke tarieven (meestal) ook als redelijk plachten (en plegen) te worden aanvaard, lijkt al daarom onaannemelijk dat de wetgever bij de totstandkoming van (de voorganger van) artikel 242 Rv zou hebben bedoeld, die tarieven van de toepassing van de daarin gegeven regel uit te sluiten.<sup>37</sup>

Maar het ligt nog iets geprononceerder: in de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 242 Rv is het Orde-tarief (met het incassotarief van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders) expliciet genoemd als een voorbeeld van de tarieven die het toenmalige wetsvoorstel op het oog had.<sup>38</sup>

Als men deze gedachte van het rapport 'Voor-werk II' – namelijk de gedachte dat incassotarieven zoals het hier tot voorbeeld genomen Orde-tarief niet als de in artikel 242 Rv bedoelde 'gebruikelijke tarieven' kunnen worden aangemerkt – niet aanvaardt, ontvalt er een belangrijke schakel aan de gedachtegang waarop Aanbeveling I berust. Artikel 242 Rv verbiedt immers matiging tot een niveau beneden dat van gebruikelijke en redelijke incassotarieven. Als die bepaling mede het oog heeft op tarieven als het toenmalige Orde-tarief, komt matiging in dat verband al om die reden niet te pas.

27.6 De beschouwingen uit paragraaf 8.2 kunnen dan ook niet de conclusie onderbouwen waar men met die beschouwingen (kennelijk) naartoe

<sup>37</sup> Zie ook Schelhaas, a.w. par. 3.6, p. 81.

<sup>38</sup> Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.], 1992, p. 40; zie ook Venhuizen, De Gerechtsdeurwaarder 1999, p. 237.

wil, namelijk dat de rechter die geconfronteerd wordt met bedingen van het type: alle redelijkerwijs gemaakte kosten moeten worden vergoed (al dan niet met toepassing van een forfaitair incassotarif), kan matiging door de proceskosten volgens het Liquidatietarief vast te stellen, en voor het overige te verlangen dat wordt aangetoond welke buitenprocessuele werkzaamheden er zijn verricht (en wat die gekost hebben).

Integendeel, de hiervoor opgeworpen bezwaren wettigen het ernstige vermoeden dat de rechter die op die manier te werk gaat, de regel van artikel 242 Rv geweld zou aandoen. Voor matiging van de component van de 'eigenlijke' proceskosten zou immers geen redelijke grond worden vastgesteld (terwijl dat, zoals hierna nog te bespreken, wel nodig is); en voor de matiging van de buitengerechtelijke component zou, althans wanneer een forfaitair incassotarif was overeengekomen, vaak gelden dat de door artikel 242 Rv bepaalde 'bodem' voor matiging werd miskend.

27.7 Een aanmerking van meer 'technische' aard betreft de opzet van Aanbeveling I en Aanbeveling II: men kan die Aanbevelingen zo lezen, dat buitengerechtelijke kosten wel erg gemakkelijk op een toch niet onaanzienlijk niveau mogen worden 'getaxeerd' (namelijk: twee punten uit het Liquidatietarief met een maximum van 15% van de hoofdsom). De voorwaarde die de Aanbevelingen aangeven, beperkt zich er immers toe dat bij gebreke van tegenspraak of als gevolg van bewijslevering, vast moet staan dat er (enige) buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt.<sup>39</sup>

Ik stel mij nu het vrij alledaagse geval voor dat de verweerder (alleen) betwist dat de buitengerechtelijke kosten het bedrag hebben belopen dat gevorderd wordt. Die betwisting strekt er niet toe dat er helemaal geen buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt – hij strekt ertoe dat die kosten (veel) minder zijn geweest dan beweerd wordt. Moeten wij de Aanbevelingen nu zo begrijpen, dat dan als onbetwist geldt dat er (enige) kosten zijn gemaakt, en dat de eiser dus in elk geval aanspraak heeft op het forfaitaire bedrag? Als dat het geval is zouden de Aanbevelingen in heel wat gevallen onredelijk kunnen uitpakken; en als dat niet het geval is, voegen de Aanbevelingen wel erg weinig toe aan wat ook zonder die Aanbevelingen zou gelden: zij brengen dan met enige extra omhaal tot uitdruk-

39 De tekst van Aanbevelingen I en II kan tot de hier besproken lezing(en) aanleiding geven. De inleidende paragrafen (in het bijzonder par. 8.7, slotalinea, naast par. 9.1 en 9.2) suggereren dat de twee Aanbevelingen in dit opzicht verschillende betekenissen hebben.

Het rapport lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat de forfaitaire vergoedingen uit de Aanbevelingen als 'matiging' zullen uitwerken, maar ik kan mij gemakkelijk (vele) casusposities voorstellen waarin het tegendeel geldt (dat wil zeggen dat getrouwe toepassing van – althans – Aanbeveling I meebrengt dat de eiser meer krijgt dan hij aan kosten zou kunnen aantonen).



king dat de eiser die op een bepaalde schadepost aanspraak maakt, in geval van tegenspraak moet aantonen dat de schade inderdaad geleden is. In beide lezingen staat men voor de vraag of dát nu de bedoeling is.

27.8 Een bezwaar vind ik ten slotte dat het rapport 'Voor-werk II' zich dubbelzinnig uitdrukt als het gaat om de beoordeling van matiging in verstekzaken. De beschouwingen in de paragraaf 3.4 suggereren dat wel is gedacht aan ook in verstekzaken in aanmerking te nemen richtlijnen, maar in de Aanbevelingen vindt men telkens de formule 'waaromtrent onweersproken is gesteld dan wel na betwisting is bewezen'. Als men zich naar die formulering richt blijft er in verstekzaken voor de rechter alleen dan een noemenswaardige beoordelingsmarge over, als de eiser zijn stellingen niet naar de maatstaven van het rapport heeft ingericht (en van professionele incasseerders, de belangrijkste 'doelgroep' van het rapport, zou het toch verbazen wanneer die daar niet op zouden 'inspelen'). Waar wel voldoende gesteld is zou dan (blijven) gelden: wat niet weersproken is, heeft de rechter als vaststaand te aanvaarden.

28 Het rapport houdt zich indringend bezig met de vraag, welke werkzaamheden als 'buitengerechtelijk' zijn aan te merken. In de gedachtegang die in het rapport tot uitdrukking komt is dat immers zowel voor de vaststelling van bedongen kosten als voor de vaststelling van niet-bedongen kosten van aanzienlijk belang.

In de zojuist hiervóór neergeschreven alinea's heb ik uitgelegd waarom het onderscheid tussen buitengerechtigke en overige werkzaamheden volgens mij, als het gaat om bedongen kosten, slechts bij (vrij hoge) uitzondering relevantie bezit. Bij bedingen waarin op *alle* gemaakte kosten aanspraak wordt gemaakt, en ook bij bedingen waarbij gefixeerde vergoedingen worden bedongen, speelt de vraag welk deel van de daarmee vergoede werkzaamheden als 'buitengerechtelijk' is aan te merken immers in de hiervóór verdedigde gedachtegang geen wezenlijke rol.

Al daarom ben ik het oneens met de stelling (in par. 8.7 van het rapport) dat het wenselijk zou zijn om het onderscheid tussen bedongen en niet-bedongen buitengerechtigke kosten te elimineren. Bij de grote meerderheid van bestaande incassobedingen heeft het zin dat onderscheid wel te maken. De aanbeveling om het te elimineren kan slechts voor een kleine minderheid van de gevallen opgeld doen. Het propageren van die aanbeveling werkt daarom verwarring en misverstand in de hand.

29 De kleine minderheid van gevallen waar ik zo-even op doelde ziet dan op incassobedingen van het volgens mij uitzonderlijk type, dat ik ook aan het slot van alinea 27.1 heb omschreven: bedingen waarbij alleen aanspraak

wordt gemaakt op werkelijk gemaakte buitengerechtelijke kosten (al dan niet in combinatie met volgens een bepaalde maatstaf vastgestelde proceskosten). Bij zulke bedingen is maatgevend, welke buitengerechtelijke kosten de stipulator werkelijk gemaakt heeft, en daarmee ook: óf bepaalde werkzaamheden nu als buitengerechtelijk mogen worden aangemerkt of niet. Als men, met mij, aanneemt dat bedingen van de zojuist omschreven strekking uitzonderlijk zijn, speelt ook het hier gemaakte onderscheid bij bedongen kostenvergoedingen slechts bij uitzondering een rol.

30 Bij de krachtens de wet, dat wil zeggen: krachtens artikel 6:96 lid 2 BW, verschuldigde vergoedingen is dat precies omgekeerd. Daar gaat het juist om vergoeding in verband met andere verrichtingen dan die waarvoor de proceskostenveroordeling bestemd is. Artikel 6:96 lid 2 sub c) en artikel 241 Rv voorzien er dan ook beide in dat bij de toekenning van op grond van artikel 6:96 BW verschuldigde kosten, de werkzaamheden waarvoor de proceskostenvergoeding strekt, buiten beschouwing moeten worden gelaten. Voor de toepassing van artikel 6:96 lid 2 BW is het onderscheid dat in het andere verband maar zelden van belang kan zijn, dat dus juist altijd – of in elk geval dan, wanneer er zowel buitengerechtelijke als gerechtelijke (proces)kosten gevorderd worden.<sup>40</sup>

31 Het rapport ‘Voor-werk II’ beveelt in dit verband in paragraaf 8.3 aan dat een deel van de werkzaamheden die naar hun aard buitengerechtelijk zijn, zoals aanmaningen gedaan vóór er geprocedeerd wordt, eenvoudige stappen met het oog op een schikking, het prealabel inwinnen van inlichtingen en samenstellen van een dossier,<sup>41</sup> zouden moeten worden aangemerkt als begrepen onder de werkzaamheden waarop het Liquidatietierief betrekking heeft – en dat die daarom niet als buitengerechtelijke werkzaamheden in rekening zouden mogen worden gebracht.

40 Ik vermeld dat in de doctrine wordt getwist over de vraag of werkzaamheden die in een procedure onder de proceskosten worden begrepen, aanspraak kunnen geven op een vergoeding op de voet van art. 6:96 lid 2 BW als er *niet* geprocedeerd wordt – zoals het wel beeldend is geformuleerd: of deze werkzaamheden ‘van kleur verschieten’ wanneer het geschil op een procedure uitloopt (de uitdrukking is van Brunner, al. 3 van de noot bij NJ 1988, 275). Dit is een interessant dubium, en het spijt mij dan ook dat ik er thans, ter vermijding van een nog langere uitweiding, aan voorbij moet gaan.

41 De hier genoemde stappen vinden meestal plaats zonder dat al vaststaat dat er geprocedeerd zal (moeten) worden, en in de grote meerderheid van de gevallen wordt er na die stappen ook niet geprocedeerd (er wordt veel meer buiten rechte afgedaan dan geprocedeerd). Naar hun aard vinden de hier genoemde stappen plaats vóór er een procedure wordt begonnen (en zijn ze in zoverre typisch ‘buitengerechtelijk’); en met het oog op het zojuist genoemde ervaringsfeit (er wordt na het entameren van een dossier (veel) vaker niet geprocedeerd dan wel) ligt ook in de rede die stappen als buitengerechtelijk te kwalificeren, ook als de zaak wel op een procedure uitloopt.

De gedachte die het rapport hier omarmt, is goed te begrijpen. De stappen die het rapport aanwijst behoren tot de stappen die in de grote meerderheid van de gevallen ook genomen (moeten) worden als er wél geprocedeerd wordt; en ook ik neem aan dat bij de samenstelling van het Liquidatietarief is verondersteld, dat zulke stappen onder het daarmee ‘vergoede’ werk begrepen waren. Niettemin zou het, om de in voetnoot 41 kort aangeduide redenen, mijn voorkeur hebben om die stappen als buitengerechtelijk te kwalificeren, ook als er vervolgens geprocedeerd wordt. Dat dat bij het totstandkomen van het Liquidatietarief niet voor ogen gestaan moge hebben lijkt mij juist, maar lijkt mij ook een onvoldoende reden om een op verkeerde uitgangspunten gebaseerde gedachte (die aan het Liquidatietarief ten grondslag zal hebben gelegen) verder te blijven honoreren.

32 Bij de voorafgaande bespreking van het rapport ‘Voor-werk II’ ben ik uitgegaan van een bepaalde uitleg van dat rapport en zijn aanbevelingen, maar eerder gaf ik al aan dat die uitleg in sommige andere besprekingen van dit rapport niet op dezelfde manier plaatsvindt (en dat ik ook zelf eerder wel van een andere lezing van het rapport ben uitgegaan).

Ik wil nog even stilstaan bij de andere uitleg. Die komt er, in varianten die onderling op nuances (kunnen) verschillen, op neer dat het rapport in – met name – Aanbeveling I en de daarbij gegeven toelichting, zou voorstaan dat contractuele (incasso)bedingen die ertoe strekken dat de debiteur kosten moet betalen die niet corresponderen met werkelijk verrichte (en op een redelijk niveau gewaardeerde) buitengerechtelijke werkzaamheden, niet voor honorering in aanmerking komen (of eventueel: (altijd) voor ‘matiging’ in aanmerking komen); met als (min of meer stilzwijgend) uitgangspunt dat voor verdere werkzaamheden – dus werkzaamheden die niet buitengerechtelijk zijn – alleen vergoeding volgens het Liquidatietarief toegewezen mag worden, en niet méér.

33 Als ik van die uitleg uitga, deel ik de kritiek die daar in andere publicaties over is uitgesproken,<sup>42</sup> en om goeddeels dezelfde redenen (waarbij ik nog aantekenen dat de in alinea’s 27.1 e.v. besproken bezwaren ten dele ook bij deze uitleg opgeld doen).

Die redenen komen erop neer dat niet valt in te zien waarom het per se met de in artikel 242 Rv tot uitdrukking komende norm in strijd zou zijn om vergoedingen te bedingen die boven het in de vorige alinea omschreven niveau uitgaan: om redenen zoals in alinea’s 8-11 hiervóór besproken,

42 Zie onder andere de vindplaatsen genoemd in voetnoot 3 van de conclusie voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566.

kan het zeer wel redelijk zijn (of: niet onredelijk – wat niet precies het spiegelbeeld is van redelijk), om iets dergelijks te bedingen en het ook af te dwingen. Dan is een (vuist)regel die ‘generiek’ aanbeveelt om van het tegendeel uit te gaan, niet aanvaardbaar. Niet alleen miskent zo’n vuistregel dat (zoals aanstonds nader te bespreken) het in de rede ligt dat de rechter alleen aanleiding tot matiging zou behoren te vinden als het gaat om uitkomsten die de grenzen van het redelijke overschrijden, maar bovendien druist die vuistregel in tegen de expliciet in artikel 242 Rv neergelegde norm met betrekking tot de ondergrens waartoe matiging geoorloofd is.

### **De rechtspraak van de afgelopen jaren**

34 Het verhaal van proceskosten en buitengerechtelijke kosten heeft niet alleen de wetgever en de NVvR, maar ook de rechtspraak in de afgelopen jaren bezig gehouden. De ontwikkelingen in de rechtspraak zijn in ieder geval in die zin interessant, dat ten minste twee schrijvers zich hebben afgevraagd of die rechtspraak een koers markeert die afwijkt van die van het rapport ‘Voor-werk II’ – en zo ja, wat de respons van de ‘lagere rechter’ daarop zou moeten zijn.<sup>43</sup>

35 In de zojuist bedoelde publicatie gaat het over twee arresten van de Hoge Raad, die allebei op 24 september 2004 werden gewezen,<sup>44</sup> en waar het in beide gevallen ging om bij overeenkomst bedongen vergoedingen voor ‘verhaalskosten’.

Het als eerste te bespreken arrest, dat uit RvdW 2004, 107, betrof een beding uit een koopovereenkomst dat, naar vaststelling van de Hoge Raad, geen andere uitleg toeliet dan dat het gericht was op verhaal van kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand en proceskosten, beide voor het volle bedrag (het ging dus om een beding als bedoeld in alinea 27.1 hiervóór). Het hof had dat beding beoordeeld aan de hand van de regels die bij toepassing van artikel 6:96 lid 2 BW aan de orde komen (onder andere: beoordeling of de ‘geclaimde’ kosten als ‘buitengerechtelijke kosten’ mochten worden aangemerkt, en of ze redelijk waren en redelijkerwijs gemaakt moesten worden). Dat merkte de Hoge Raad aan als onjuist: bij deze contractuele grondslag kwam toetsing of de kosten redelijkerwijs gemaakt moesten worden en redelijk waren (en ik denk ook: of het om buitengerechtelijke kosten ging, al vermeldt de Hoge Raad dat gegeven niet apart), niet in aanmerking.

43 Van den Brink en Wamsteker, TCR 2005, p. 3 e.v.

44 RvdW 2004, 107 en 109.

36 Het andere arrest, gepubliceerd in RvdW 2004, 109, betrof eveneens een beding dat ertoe strekte dat de crediteur aanspraak had op vergoeding van de volledige kosten van door hem aangewende rechtsbijstand.<sup>45</sup> Hier had de rechtbank de daarop gebaseerde vordering afgewezen met de overweging dat een veroordeling tot betaling van alle kosten ten opzichte van de verweerster (de Staat) excessief belastend en niet redelijk zou zijn. Dat oordeel werd op een daartegen gerichte motiveringsklacht vernietigd, omdat de lagere rechter ten onrechte niet had gemotiveerd waarom hij tot de genoemde bevindingen was gekomen. Dat had wel moeten gebeuren, 'temeer (...) nu sprake is van twee op commerciële basis met elkaar handelende partijen.'

37 Vooral de overweging uit RvdW 2004, 107, prikkelt de nieuwsgierigheid. Men kan begrijpen dat wanneer kosten worden gevorderd uit hoofde van een contractueel beding dat ertoe strekt dat zowel buitengerechtelijke kosten als proceskosten voor het volle bedrag vergoed moeten worden, het niet aangaat om de eis te stellen dat er alleen buitengerechtelijke kosten mogen worden 'opgevoerd' – in zoverre is de motivering van dit arrest niet verrassend. Maar dat er sprake is van een onjuiste rechtsopvatting wanneer men voor de gevorderde kosten de 'dubbele redelijkheidstoets' aanlegt (zoals de Hoge Raad expliciet overweegt)<sup>46</sup> en daaraan consequenties voor de stelplicht verbindt, kan wel als verrassend 'overkomen'. Een beding zoals in deze zaak aan de orde, staat bloot aan matiging op de voet van artikel 242 Rv. Daarom ligt in de rede dat de door de Hoge Raad geformuleerde regel binnen het kader van deze wetsbepaling geldt: bij de beoordeling of voor matiging plaats is gaat het (als er sprake is van een beding dat aanspraak geeft op alle gemaakte buitengerechtelijke kosten en proceskosten) te ver om de 'dubbele redelijkheidstoets' aan te leggen. Hoe moeten we dat nu begrijpen?

38 Ik denk dat het antwoord mede te vinden is in het tweede arrest, dat uit RvdW 2004, 109. In r.o. 3.4.2 van dat arrest wordt onder meer overwogen dat de bedoeling van de wettelijke regeling (van art. 242 Rv) is, de rechter de bevoegdheid te geven om – met name ook waar het verstekzaken betreft – de onderhavige kosten binnen redelijke grenzen te houden. Ik begrijp dat zo, dat de soep niet zo heet gegeten hoeft te worden als men bij enigszins letterlijke lezing van de kernoverweging van het andere arrest zou kunnen denken: het is niet zo dat de rechter niet (ambtshalve) mag beoordelen of gevorderde kosten, ook op basis van bedingen als de

45 Over de inhoud van de bedingen in beide zaken zijn nadere gegevens te vinden in de conclusies, te vinden op <[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)>, LJN AP7760 en AP6874 respectievelijk.

46 Waarbij bovendien werd afgeweken van de conclusie van de advocaat-generaal.

onderhavige, de grenzen van het redelijke overschrijden – integendeel, het is de bedoeling van de regeling dat de rechter dat wél mag.<sup>47</sup> Wat niet mag, is: op voorhand verlangen dat de eiser (gespecificeerd) stelt dat aan de ‘dubbele redelijkheidstoets’ is voldaan. Dat betekent dus dat ófwel de verweerder (naar ik aanneem: gemotiveerd) moet aanvoeren dat de gevorderde kosten van dien aard zijn dat die de grenzen van het redelijke overschrijden, ófwel dat de kosten in de context van de stellingen van de eiser zodanig zijn, dat die als het ware ‘vanzelf’ de vraag oproepen of de grenzen van het redelijke niet worden overschreden (en dan mag – en moet – de rechter ambtshalve onderzoeken of daar inderdaad sprake van is).

Uit het arrest van RvdW 2004, 109 blijkt verder dat de rechter een beperkte, maar toch wezenlijke motiveringsplicht heeft: hij moet als hij tot matiging besluit, uitleggen waarom hij zo te werk gaat als hij doet (en die motivering moet stroken met de eerder aangeduide vereisten).

39 Dat dat inderdaad de grenzen zijn waarbinnen de rechter artikel 242 Rv moet toepassen vindt zijdelingse steun in een arrest van 20 december 2002, <www.rechtspraak.nl>, LJN AE9398, een zaak waarin de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO verwierp.

Zijdelings, ook omdat het in dit arrest ging om een vordering ter zake van buitengerechtelijke kosten op de voet van artikel 6:96 lid 2 BW, en dus niet om een kostenbeding (en dus ook niet om toepassing van art. 242 Rv).

40 Het cassatieberoep in deze zaak betrof een beslissing waarbij de rechter een vordering van buitengerechtelijke kosten voor een bedrag van ruim f 5000 had toegewezen tot een bedrag van f 1000.

De eiser tot cassatie voerde aan dat toepassing van de (dubbele) redelijkheidstoets die hier van toepassing is, vergt dat de rechter er in de motivering blijk van geeft hoe hij de redelijkheid van de gevorderde kosten (in beide opzichten) beoordeelt, en waarop die beoordeling berust.

41 De Hoge Raad aanvaardde die klacht dus niet. De lagere rechter had in dit geval zijn oordeel als volgt gemotiveerd:

‘Buitengerechtelijke incassokosten komen voor vergoeding in aanmerking indien zij redelijk zijn en in redelijkheid gemaakt.

Gelet op de overgelegde stukken en de aard van de zaak is voldoende aannemelijk geworden dat X de door hem gestelde kosten gemaakt heeft.

47 Zie over de dan toe te passen maatstaf Schelhaas, a.w. par. 3.6 en alinea's 16-20 van de conclusie voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566.

Bij de beoordeling van de vraag of de gemaakte kosten redelijk zijn en in redelijkheid zijn gemaakt neemt de rechtbank echter in aanmerking ten eerste de hoogte van de gemaakte kosten in verhouding tot de in eerste aanleg gevorderde hoofdsom, ten tweede het feit dat de gemaakte kosten voor een aanzienlijk deel betrekking hebben op de vaststelling van eventueel door X geleden materiële schade, ter zake waarvan uiteindelijk door X geen vordering is ingesteld, en ten slotte de omstandigheid dat partijen een schikking hebben getroffen. Gelet hierop zijn de gevorderde kosten naar het oordeel van de rechtbank toewijsbaar tot een bedrag van f. 1000,-'

42 Daarmee is – kennelijk – aan de motiveringseis die op dit punt geldt, voldoende tegemoet gekomen. Met een vergelijkbare motivering had, denk ik, ook het oordeel uit RvdW 2004, 109 stand kunnen houden (in werkelijkheid ontbrak in dat geval, zoals al aangestipt, een inhoudelijke motivering).

De motivering die hier – dat wil zeggen: in het arrest van 12 december 2002 – werd aanvaard, beantwoordt aan een 'gemiddeld' niveau: hij geeft aan langs welke lijn de rechter zijn oordeel heeft gevormd, en aan welke gegevens hij, rechter, daarbij gewicht heeft toegekend. Hij gaat niet verder in op de redenen waarom aan de desbetreffende gegevens gewicht is toegekend (en waarom andere gegevens niet van vergelijkbaar belang zijn geacht), en hij 'kwantificeert' de in aanmerking genomen wegingsfactoren ook niet. Dat is dus klaarblijkelijk hier niet nodig (en dat strookt met wat er in het algemeen, als er geen 'verzwaarde' motiveringseis geldt, op het punt van rechterlijke motivering pleegt te worden aangenomen).<sup>48</sup>

### **Waar hebben we ons nu aan te houden?**

43 Wijken de maatstaven die uit de rechtspraak van de Hoge Raad zijn op te maken inderdaad af van die, die in het rapport 'Voor-werk II' worden aanbevolen? Ik zou denken van wel.

Dat springt vooral in het oog als het gaat om bedongen buitencontractuele kosten: waar daarvan sprake is kan, blijkens de arresten uit RvdW 2004, 107 en 109, de rechter niet 'zo maar' de dubbele redelijkheidstoets aanleggen die uit artikel 6:96 lid 2 BW wordt afgeleid, of eisen ten aanzien van de stelplicht hanteren die in deze context niet verantwoord zijn.

(Ik moet daarbij overigens vooropstellen, dat de *uitleg* van bedingen inzake verhaal van kosten voor een belangrijk deel aan de 'feitelijke' rechters is

<sup>48</sup> Zie ook – met betrekking tot de redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 – Hendrikse, a.w. p. 36.

voorbehouden, en dat de Hoge Raad er blijk van geeft, in dat opzicht een ruime marge voor 'vrije' uitleg te respecteren.)<sup>49</sup>

44 Bij bedingen die ertoe strekken dat de wederpartij alle gemaakte kosten van verhaal moet betalen of dat er forfaitaire bedragen wegens kosten verschuldigd zijn (eventueel: met het karakter van pressiemiddel, en niet alleen gefixeerde schadevergoeding), valt uit de hier onderzochte arresten op te maken dat de rechter alleen heeft te onderzoeken – eventueel: ambtshalve – of de uitkomsten waartoe het beding in het gegeven geval leidt, de grenzen van het redelijke overschrijden. In dat geval kan (en wat mij betreft: moet) er gematigd worden, met inachtneming van de in artikel 242 Rv aangegeven 'bodem'. Ik zou echter menen dat matiging in het algemeen niet verder behoort te gaan dan nodig is om te bereiken dat de grenzen van het redelijke niet langer worden overschreden. Of dat ook de opvatting van de Hoge Raad is, kan ik uit diens recentere rechtspraak niet eenduidig opmaken.

Een oordeel waarbij een kostenbeding gematigd wordt, moet gemotiveerd zijn, maar niet in ruimere mate dan in het algemeen voor rechterlijke oordelen geldt.

45 Aanbeveling I van het rapport 'Voor-werk II', of men daaraan nu een ruimere of een beperktere uitleg geeft, gaat niet onaanzienlijk verder. Met name als het gaat om bedingen zoals die in de beide arresten uit RvdW 2004, 107 en 109 aan de orde waren – bedingen die ertoe strekken dat alle kosten, buitengerechtelijk en gerechtelijk, voor het volle bedrag vergoed moeten worden – geeft het rapport de rechter een belangrijk ruimere armslag, en verzwaart het de positie van degeen die op het beding aanspraak maakt ook aanmerkelijk, vergeleken met wat uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt af te leiden.<sup>50</sup> Dat geldt natuurlijk á fortiori als men aan Aanbeveling I uit het rapport de ruimere uitleg geeft, die ik in de bespreking hiervóór als minder aannemelijk heb aangemerkt; maar het geldt in beide hiervóór voor mogelijk gehouden lezingen – zie voor deze verschillende stellingen in het bijzonder alinea's 27.1-27.6 en 32-33 hiervóór.

De motiveringsplicht die in het arrest uit RvdW 2004, 109 wordt aangegeven, accentueert het verschil nog enigszins. De wettekst van artikel 242 Rv

49 HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566, r.o. 3.1 vormt hiervoor een illustratie. (Blijkbaar heeft de Hoge Raad in deze zaak niet aanvaard dat tot uitgangspunt genomen moest worden dat het te onderzoeken incassobeding onderdeel uitmaakte van een algemeen verbindend verklaarde CAO. De bepalingen van zulke CAO's zijn namelijk aan te merken als recht in de zin van art. 79 RO; daarvoor geldt dus niet, dat de uitleg in belangrijke mate aan de 'feitelijke' rechters is voorbehouden.)

50 In zoverre verschil ik in sommige opzichten met wat Van den Brink en Wamsteker in TCR 2005, p. 4 over dit arrest schrijven.



zou de indruk kunnen doen postvatten dat de hier gegeven matigingsbevoegdheid een discretionaire is, en dat de motiveringsplicht navenant (beperkt) is. Zowel de discretionaire aard van de regel als de lichte motiveringsnorm worden dus door de Hoge Raad 'getemperd'; en ook in dat opzicht wordt het de rechter die Aanbeveling I zou willen volgen, niet makkelijker gemaakt.

46 Voor buitengerechtelijke kosten die niet bij overeenkomst zijn bedongen (en hetzelfde geldt voor de, volgens mij overigens zeldzame, bedingen die ertoe strekken dat (alleen) op de krachtens de wet verschuldigde buitengerechtelijke kosten aanspraak wordt gemaakt) liggen de zaken minder 'gevoelig'. Ook hier hangt het er overigens van af hoe men de belangrijkste aanbeveling op dit punt, Aanbeveling II, uitlegt. Mijn uitleg kwam erop neer dat de Aanbeveling niet veel toevoegt aan wat ook zonder die Aanbeveling zou gelden: wie aanspraak wil maken op een bedrag aan buitengerechtelijke kosten dat niet voorshands als aannemelijk voorkomt, moet stellen/bewijzen dat de gevorderde kosten gemaakt zijn, en dat het maken daarvan en de omvang daarvan met de redelijkheid stroken.

47 Waar hebben we ons dan, uiteindelijk, aan te houden? Ik kom, na de voorafgaande beschouwingen, tot het volgende 'patroon'.

47.1 Een vordering wegens niet-bedongen buitengerechtelijke kosten moet worden getoetst aan artikel 6:96 lid 2 BW. Daarvoor moet worden nagegaan of de desbetreffende schade inderdaad is geleden – gewoonlijk zal die vraag samenvallen met de vraag, of de gevorderde kosten werkelijk zijn gemaakt – en of de kosten redelijkerwijs zijn gemaakt en van redelijke omvang zijn. Nu de wet op dit punt de rechter geen bijzondere ambtshalve taken oplegt, zie ik niet in waarom hier bijzondere eisen ten aanzien van stelplicht zouden mogen worden gehanteerd, of waarom de rechter in verstekzaken de in artikel 139 Rv neergelegde bevoegdheid tot ambtshalve beoordeling 'anders dan anders' zou behoren te – of zou mogen – gebruiken.

47.2 Problemen doen zich hier vooral voor bij een 'samenvatting' van buitengerechtelijke kosten en proceskosten, het geval waarop artikel 6:96 lid 2 onder c) BW en 241 Rv betrekking hebben. Daar zal ook moeten worden vastgesteld welke werkzaamheden met proceskosten en welke met buitengerechtelijke kosten behoren te worden vergoed. Om dezelfde reden als zojuist aangegeven, lijkt mij dat ook in dit verband geen andere maatstaven voor stelplicht zouden moeten worden gehanteerd dan overigens plegen te worden aangehouden. De bewijslast rust, bij gemotiveerde betwisting, op de partij die op de kosten aanspraak maakt.

47.3 Dan de vordering wegens *bedongen* kosten – waarbij zowel van buitengerechtelijke als van gerechtelijke kosten sprake kan zijn, en uiteraard ook van allebei. Hier is het eerste wat te doen staat: het door uitleg vaststellen van de strekking van het desbetreffende beding.

Men onderscheidt daarbij drie ‘hoofdvarianten’: (i) bedingen die ertoe strekken dat de debiteur een groter deel van de werkelijk gemaakte kosten van verhaal voor zijn rekening zal nemen dan al uit de wet voortvloeit (vaak worden dan allicht *alle* kosten ‘geclaimd’); (ii) bedingen die ertoe strekken dat de debiteur een forfaitair bedrag (al dan niet in de vorm van een percentage) aan kosten verschuldigd zal zijn – waarbij sprake kan zijn van een ‘gefixeerde’ *schadevergoeding*, maar ook, of tegelijk, van een prikkel om nakoming te bevorderen, terwijl ook rekening moet worden gehouden met de wens om kosten in meerdere of mindere mate over de ‘slechte’ debiteuren ‘om te slaan’; en (iii) bedingen die er (alleen) toe strekken dat werkelijk gemaakte kosten onder bepaalde titels, en dan met name onder de titel van preprocesuele werkzaamheden, vergoed moeten worden. (Van deze laatste variant heb ik eerder opgemerkt dat die in de praktijk vermoedelijk zelden of nooit door de opsteller van het desbetreffende beding beoogd wordt, maar in de rechtspraak is een geneigdheid waarneembaar om ‘daarnaar toe te redeneren’).<sup>51</sup>

47.4 Vervolgens zal moeten worden onderzocht of de uitkomst die uit de gevonden uitleg voortvloeit, consequenties heeft voor de verdere instructie en/of aanleiding geeft voor de toepassing van artikel 242 Rv.

Het eerste zal vooral het geval zijn bij bedingen die meebrengen (althans: die zo worden uitgelegd dat zij meebrengen) dat de bedongen vergoeding (mede) afhangt van de omvang van verrichte buitengerechtelijke werkzaamheden. Dan is immers van belang of daarover voldoende gesteld is, en of daarover voldoende komt vast te staan. Ik liet echter al verschillende malen blijken dat het volgens mij zelden of nooit voorkomt dat bedingen ertoe strekken dat de bedongen vergoeding van dit gegeven afhankelijk is – zij strekken er meestal toe dat kosten van rechtsbijstand vergoed moeten worden, ongeacht of die voor procesueel of buitenprocesueel werk zijn gemaakt, óf dat forfaitaire bedragen verschuldigd worden, waarbij dan meestal de vooropgezette bedoeling is dat helemaal niet gekeken hoeft te worden naar het verband met daarvoor verrichte werkzaamheden.

47.5 Bij de beoordeling of matiging op de voet van artikel 242 Rv in aanmerking komt gaat het erom, of de bedongen kosten (waarvan inmiddels dus is vastgesteld dat die krachtens het desbetreffende beding verschul-

51 Ook hier levert HR 11 juli 2003, NJ 2003, 566, r.o. 3.3 een illustratie op.

digd zijn), buiten redelijke grenzen vallen. Het ligt in de rede dat dat gewoonlijk alleen hoeft te worden onderzocht als er een gemotiveerd verweer van deze strekking wordt gevoerd.

Waar zo'n verweer niet wordt gevoerd, en met name in verstekzaken, kan er echter ook voor onderzoek aanleiding zijn wanneer (al) aan de hand van de stellingen van de eiser op voorhand betwijfeld kan worden of de gevorderde kosten binnen deze grenzen blijven. Ik denk bijvoorbeeld dat de rechter daartoe aanleiding zal hebben als een bedrag wordt gevorderd dat – zonder dat daarvoor een deugdelijke verklaring wordt gegeven – buitensporig hoog lijkt in verhouding tot wat, naar in de rede ligt, aan kosten is gemaakt, of dat buitensporig is in verhouding tot het belang van de zaak. Dat is dan weer anders, denk ik, als het gevorderde bedrag wordt onderbouwd met een plausibele verklaring – bijvoorbeeld een verwijzing naar een overeengekomen (incasso)tarief dat de rechter kent als gebruikelijk en redelijk. In zo'n geval kan ik niet inzien wat er, zolang geen gemotiveerde betwisting heeft plaatsgehad, voor de rechter nog te onderzoeken zou zijn.

48 Voor de werkwijze van Aanbeveling I van het rapport 'Voor-werk II' zie ik dan, naar uit het voorafgaande zal zijn gebleken, niet veel toepassingsruimte. Bij kostenbedingen die geen onderscheid maken tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten, al dan niet in de vorm van gefixeerd bedongen vergoedingen, lijkt mij voor de toepassing van deze Aanbeveling helemaal geen ruimte te bestaan (eventueel wél voor matiging op de voet van artikel 242 Rv, maar dan volgens de in alinea 47.5 kort aangeduide werkwijze); en voor de m.i. dus hoogst uitzonderlijke gevallen waarin een kostenbeding erop neerkomt dat alleen op buitengerechtelijke kosten naar rato van werkelijk verrichte buitengerechtelijke werkzaamheden aanspraak wordt gemaakt, lijkt mij nóg verkieselijk dat de eiser eenvoudig aannemelijk moet maken welke werkzaamheden er hebben plaatsgehad en welke kosten daarmee gemoeid zijn geweest (waarna eventueel matiging kan volgen, bijvoorbeeld als blijkt dat de kosten in verhouding tot de werkzaamheden exorbitant waren, of dat voor de werkzaamheden volstrekt onvoldoende aanleiding bestond). Ik zie niet in dat er iets gewonnen wordt door in deze betrekkelijk zeldzame gevallen de in de Aanbeveling beschreven forfaitaire begrotingswijze toe te passen.

49 Bij nadere beschouwing geldt intussen voor Aanbeveling II niet veel anders. Deze Aanbeveling lijkt te schipperen tussen de daarin genoemde forfaitaire bedragen (vastgesteld aan de hand van het Liquidatietarief of de voor kantonzaken opgestelde tabel) enerzijds, en een vrij vergaande toetsing aan wat er werkelijk aan werkzaamheden verricht is en of de daaraan te verbinden kosten aan de dubbele redelijkheidsmaatstaf beant-

woorden, anderzijds. De Aanbeveling doet daardoor geforceerd aan. Ik zou denken dat 'gewoon' begroten aan de hand van wat er werkelijk – redelijkerwijs – aan buitengerechtelijk werk verricht is en wat dat redelijkerwijs heeft mogen kosten, niet alleen eenvoudiger is, maar ook leidt tot uitkomsten die beter beantwoorden aan de wet én aan de redelijkheid.

50 De rechtsleer over kostenverhaal in Nederland oogt ingewikkeld, en de discussies van de afgelopen jaren hebben de complexiteit eerder groter gemaakt dan kleiner. Ook het feit dat ik zoveel plaatsruimte nodig heb gehad om mijn gedachten over die rechtsleer uit te werken, kan bijdragen tot de indruk dat het allemaal moeilijk ligt.

Ik waag het erop, toch een ander geluid te laten horen: de in alinea's 47.1-47.5 hiervóór beschreven aanpak brengt geen bijzondere moeilijkheden met zich. Als men, met mij, oordeelt dat die aanpak ook tot billijke (en met de wet sporende) uitkomsten leidt, hoeft het allemaal niet zo moeilijk te zijn als deze wijdlopijge beschouwingen misschien hebben doen vermoeden. Ik hoop maar dat dat inderdaad zo is.