

Het verstekvonnis, schone schijn in het burgerlijk procesrecht

N.P. Jonker

Tegen een gewezen verstekvonnis kan een niet in het geding verschenen gedaagde (een defaillant), verzet instellen. De verzettermijn vangt aan indien een defaillant bekend wordt geacht met de inhoud van het verstekvonnis, of op de dag van tenuitvoerlegging. Derhalve kan de situatie ontstaan dat een verstekvonnis alleen door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde kan gaan. De valkuil hierbij is dat dit een tenuitvoerlegging is van een herroepelijk vonnis, waarmee het risico wordt gelopen achteraf aansprakelijk te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging, indien de vordering in verzet alsnog wordt afgewezen. Beperking van deze aansprakelijkheid, mits voor tenuitvoerlegging een wachttermijn in acht is genomen, voorkomt deze valkuil, omdat het de mogelijkheid schept met tenuitvoerlegging te wachten tot het aansprakelijkheidsrisico is geweken, terwijl het recht van een defaillant op effectieve toegang tot de rechter gewaarborgd blijft. Uit de rechtseconomische analyse is gebleken dat de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico tot inefficiënte gevolgen leidt, hetgeen door beperking van aansprakelijkheid kan worden voorkomen, zonder dat daarmee een andere inefficiëntie ontstaat.

1. Inleiding

'I'll see you in court!'. Een uitspraak die zomaar kan worden gedaan in een conversatie tussen partijen met een geschil. Het is echter de vraag of deze uitspraak zal uitkomen, gezien het vaak voorkomt dat een gedaagde niet in het geding verschijnt. Zo is in het jaar 2010 in 448.992 civiele zaken een verstekvonnis geweest.¹

Ter voorkomen dat het niet verschijnen van een gedaagde ertoe leidt dat een eisende partij geen toegang heeft tot de rechter,² volgt uit artikel 139 Rv dat tegen de niet-verschenen gedaagde, de defaillant genoemd,³ verstek wordt verleend, en de vordering in beginsel wordt toegewezen. Daar staat tegenover dat een bij verstekvonnis veroordeelde partij het rechtsmiddel verzet uit artikel 143 Rv toekomt. Zodoende kan hij desgewenst alsnog zijn standpunt omtrent de vordering naar voren brengen.

Ter voorkoming dat het recht van verzet verwordt tot een papieren tijger, heeft de wetgever gekozen de verzettermijn van vier weken aan te laten vangen op het moment dat de defaillant met de inhoud van het verstekvonnis bekend is, of geacht wordt daarmee bekend te zijn.⁴ Dit heeft zich vertaald in artikel 143 Rv, waarin is bepaald dat de verzettermijn aanvangt de dag na die waarop het verstekvonnis in persoon is betekend, of de dag na die waarop de veroordeelde partij een daad pleegt waaruit noodzakelijk voortvloeit dat hij met de inhoud van het verstekvonnis bekend is. Tevens vangt de verzettermijn aan op de dag waarop het verstekvonnis ten uitvoer is gelegd. Een verstekvonnis kan slechts in deze gevallen in kracht van gewijsde gaan, aangezien daartoe is vereist dat de verzettermijn ongebruikt is verstreken.

¹ In de sector kanton zijn in het jaar 2010 622.211 bodemprocedures afgedaan, waarvan 465.067 bij verstekvonnis. Zodoende is 74,7% van de bodemprocedures in de sector kanton bij verstekvonnis afgedaan. In de sector kanton zijn in het jaar 2010 9.511 procedures in kort geding afgedaan, waarvan 1.426 bij verstekvonnis. Zodoende is 15% van de procedures in kort geding in de sector kanton bij verstekvonnis afgedaan.

In de sector civiel zijn in het jaar 2010 42.174 bodemprocedures afgedaan, waarvan 16.806 bij verstekvonnis. Zodoende is 39,8% van de bodemprocedures in de sector civiel bij verstekvonnis afgedaan.

In de sector civiele zijn in het jaar 2010 14.145 procedures in kort geding afgedaan, waarvan 1.693 bij verstekvonnis. Zodoende is 12% van de procedures in kort geding in de sector civiel bij verstekvonnis afgedaan. Zo blijkt uit onderzoek in opdracht van het WODC. Gepubliceerd in: R.J.J. Eshuis e.a. (red.), *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2010, Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: BJu 2011.

² M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 10.

³ P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 228.

⁴ A.I.M. van Mierlo, *Parlementaire geschiedenis: herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken: in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002, p. 348. A.C. van Schaick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 85. M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 158.

Een eiser die een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis ten uitvoer legt, loopt daarmee het risico aansprakelijk te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging, indien het verstekvonnis in verzet wordt vernietigd.⁵ Het is echter denkbaar dat het niet lukt een verstekvonnis in persoon te betekenen, noch een daad van bekendheid wordt gepleegd. In dat geval kan het verstekvonnis slechts door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde gaan. Daarmee ontstaat voor een eiser die een veroordelend verstekvonnis heeft verkregen de valkuil dat het verstekvonnis niet zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kan worden gelegd.

In deze bijdrage wordt gezocht naar een oplossing voor deze problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen, die recht doet aan de bij verstek en verzet betrokken belangen van zowel de eiser als de gedaagde. Na een uiteenzetting van het systeem van verstek en verzet in paragraaf twee, zal een passende oplossing voor de problematiek worden verdedigd in paragraaf drie. Vervolgens wordt in de paragraaf vier aan de hand van een rechtseconomisch analyse bekeken of vanuit economisch oogpunt behoefte bestaat aan een oplossing voor deze problematiek. In paragraaf vijf zal aan de hand van een rechtseconomische analyse worden bekeken of de aangedragen oplossing economisch gezien een verbetering oplevert. De kernvraag of een oplossing mogelijk is voor de problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen, die recht doet aan de bij verstek en verzet betrokken belangen van zowel de eiser als de gedaagde, en vanuit economisch oogpunt wenselijk is, wordt in paragraaf zes beantwoord.

⁵ A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, P. 21 - 72. HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, (Ontvanger/Bos).

2. De problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen

2.1 Wettelijk kader

Aan de hand van een uiteenzetting van het wettelijke systeem van verstek en verzet, zal in onderhavige paragraaf worden geschetst hoe de problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen ontstaat.⁶

2.1.1 Verstek

Op basis van artikel 139 Rv wordt tegen een gedaagde die niet in het geding verschijnt (een defaillant),⁷ dan wel verzuimt advocaat te stellen of een verschuldigd griffierecht niet tijdig voldoet, verstek verleend,⁸ mits de eiser alle voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht heeft genomen.⁹ De verstekverlening is de vaststelling door de rechter dat de gedaagde behoorlijk was opgeroepen, doch niet in het geding is verschenen.¹⁰

Bij de sector civiel geldt dat binnen vier weken na verstekverlening een verstekvonnis wordt gewezen,¹¹ bij de sector kanton is dit twee weken.¹² Een defaillant kan dit voorkomen door alvorens het verstekvonnis wordt gewezen alsnog in het geding te verschijnen. Door een dergelijke 'zuivering van verstek', zoals opgenomen in artikel 142 Rv, vindt alsnog een procedure op tegenspraak plaats. De kosten van verstekverlening komen op basis van artikel 141 jo. 142 Rv voor rekening van de defaillant die het verstek zuivert.

⁶ Het wettelijk systeem van verstek en verzet is opgenomen in afdeling zeven en acht van de tweede titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 139 – 148 Rv).

⁷ Omdat bij de sector civiel van de rechtbanken geen rolzittingen meer plaatsvinden, wordt onder het verschijnen in het geding verstaan, het tijdig bij de rechtbank binnen zijn gekomen van de proceshandelingen van een partij. W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier juridisch 2009, p. 66.

⁸ Dit gaat om de situaties met één gedaagde. Indien bij meerdere gedaagden één of meer van hen niet verschijnt, maar minimaal één gedaagde wel in het geding verschijnt, wordt tegen de niet verschenen gedaagde(n) verstek verleend. Doch wordt tussen alle partijen één vonnis gewezen, dat als vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Zo volgt uit art. 140 Rv. Het rechtsmiddel verzet komt in een dergelijke situatie niet toe aan de niet-verschenen gedaagde(n).

⁹ Dit termijnvereiste heeft alleen betrekking op de tijdigheid van de dagvaarding. Art. 139 Rv ziet zodoende op de dagvaardingstermijnen van art. 114 – 117 Rv. Conclusie A-G Franx voor HR 25 november 1988, NJ 1989, 175, onder 3.2.1.

¹⁰ HR 17 januari 1992, NJ 1992, 263 (*Martina/United Security*).

¹¹ Art. 6.4 lid 1 Landelijke procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken.

¹² Art. 2.12 Landelijk procesreglement voor civiele rol van de kantonsectoren.

Blijft zuivering uit, dan wordt op basis van artikel 139 Rv de vordering in beginsel toegewezen. Dit is alleen anders indien de vordering de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Een vordering is onrechtmatig indien deze in strijd is met regels van openbare orde of regels van dwingend recht, zoals door de rechter ambtshalve worden toegepast.¹³ Een vordering is ongegrond indien de aangevoerde gronden onvoldoende zijn om de vordering toe te wijzen.¹⁴ Tevens moeten toepasselijke algemene voorwaarden door de rechter ambtshalve worden getoetst op onredelijk bezwarende bedingen.¹⁵

Gezien de werkdruk van de rechterlijke macht, en het feit dat alleen de eiser zijn standpunt naar voren heeft kunnen brengen, toetst de rechter slechts marginaal of de vordering hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt.¹⁶ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat ingeval de rechter twijfelt aan de juistheid van de gestelde feiten, de eiser daartoe het bewijs kan worden opgedragen. Indien direct duidelijk is dat het gevorderde: *'klaarblijkelijk van elke grond ontbloot is'*, zal de vordering echter zonder bewijsopdracht worden afgewezen.¹⁷

2.1.2 Verzet

Nadat een verstekvonnis is gewezen, kan het verstek niet meer worden gezuiverd, zo volgt uit artikel 142 Rv. Gezien krachtens artikel 335 lid 1 Rv geen hoger beroep kan worden ingesteld tegen een verstekvonnis, kan de veroordeelde partij slechts tegen het verstekvonnis opkomen door aanwending van het rechtsmiddel verzet in de zin van artikel 143 lid 1 Rv. Verzet wordt ingesteld bij exploit van dagvaarding, die wordt aangemerkt als conclusie van antwoord, waarmee de oorspronkelijke instantie wordt heropend. Zo volgt uit artikel 143 lid 1 en 147 lid 1 Rv. De verstekprocedure en de verzetprocedure tezamen vormen een procedure op tegenspraak.¹⁸

¹³ M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 51.

¹⁴ M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 52.

¹⁵ HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-243/08 (*Pannon GSM/Erzsébet Sustikné Győrfi*). In de Nederlandse rechtspraak komt dit naar voren in o.a. Rb. Alkmaar 13 oktober 2010, *LJN* BO1673. Rb. Utrecht 20 april 2011, *LJN* BQ2143. Rb. Alkmaar 18 mei 2011, *LJN* BQ8461.

¹⁶ H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 192.

¹⁷ HR 17 januari 1969, *NJ* 1969, 112 (*Boré/De Vries*).

¹⁸ H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 295.

Voor het instellen van verzet heeft de defaillant op basis van artikel 143 lid 2 Rv in beginsel vier weken de tijd.¹⁹ De aanvang van de verzettermijn is afhankelijk gesteld van het moment dat de defaillant met het de inhoud van het verstekvonnis bekend is of hiermee bekend wordt verondersteld.²⁰ De wet noemt limitatief drie momenten waarop de verzettermijn aanvangt. De eerste twee worden genoemd door artikel 143 lid 2 Rv. Te weten de dag na die waarop het veroordelend verstekvonnis aan de defaillant in persoon is betekend,²¹ en de dag na die waarop de defaillant een daad pleegt waaruit noodzakelijk voortvloeit dat hij met de inhoud van het verstekvonnis bekend is.²² De maatstaf die de Hoge Raad heeft ontwikkeld ter beoordeling of sprake is van een daad van bekendheid houdt in dat:

' (...) veroordeelde zelf een handeling moet hebben verricht waaruit ondubbelzinnig valt op te maken dat hij over voldoende gegevens met betrekking tot (de inhoud van) zijn veroordeling beschikt om zich daartegen tijdig en adequaat te kunnen verzetten'.²³

De verzettermijn vangt krachtens artikel 143 lid 3 Rv mede aan op de dag na die waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd.²⁴ Voor de gerechtelijke verkoop van goederen, derdenbeslag op een vordering, tenuitvoerlegging van een veroordeling tot levering of afgifte van goederen, en gedwongen ontruiming van onroerende zaken, geeft artikel 144 Rv aan op welk moment geacht wordt dat het vonnis ten uitvoer is gelegd. Achterliggende gedachte bij dit derde moment van aanvang van de verzettermijn, is dat de rechtszekerheid vereist dat een verstekvonnis in kracht van gewijsde moet kunnen gaan.²⁵

¹⁹ De termijn is acht weken indien de defaillant geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland heeft, doch wel bekende woonplaats hetzij bekend werkelijk verblijf buiten Nederland heeft. Zo volgt uit art. 143 lid 2 Rv.

²⁰ P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 227. M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 140.

²¹ Weigering van de veroordeelde tot het in ontvangst nemen van het verstekvonnis, staat krachtens art. 46 lid 3 Rv gelijk aan betekening in persoon.

²² Net zoals de termijn voor het instellen van hoger beroep aanvangt de dag na die waarop het vonnis in eerste aanleg is gewezen, vangt de verzettermijn aan de dag na die waarop zich een geval voordoet zoals omschreven in art. 143 lid 2 Rv. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 227.

²³ HR 9 oktober 2009, NJ 2009, 491 (*Shamshum/Mahuko*).

²⁴ Art. 143 lid 3 Rv vermeldt specifiek dat de termijn aanvangt op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd. Dit in tegenstelling tot de twee in art. 143 lid 2 Rv genoemde gevallen van aanvang van de verzettermijn, aangezien in die gevallen de verzettermijn aanvangt de dag na die waarop zich een in dit artikel omschreven geval voordoet.

²⁵ P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 228.

2.2 Rechtvaardiging van het systeem van verstek en verzet

Dat een gedaagde niet in het geding verschijnt mag, op grond van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op een effectieve toegang tot de rechter, niet tot gevolg hebben dat een eiser zijn vordering niet aan een rechter kan voorleggen.²⁶ Dit wordt gewaarborgd door de mogelijkheid een veroordelend vonnis te verkrijgen ingeval een gedaagde niet in het geding verschijnt. Bovendien vloeit uit artikel 6 EVRM tevens voort dat een procedure binnen redelijke termijn moet worden afgedaan.²⁷ In de verstekprocedure is dit met name in het belang van de eiser. Aan dit belang wordt tegemoet gekomen doordat een defaillant binnen de gestelde termijn in verzet moet komen, anders gaat het verstekvonnis in kracht van gewijsde.²⁸

Daar staat tegenover dat een gedaagde, op grond van artikel 6 EVRM en 19 Rv, het recht toekomt zijn standpunt omtrent een vordering in het geding naar voren te brengen.²⁹ Het niet in rechte verschijnen van een daartoe behoorlijk opgeroepen gedaagde, is echter volgens de Hoge Raad op zichzelf geen schending van het beginsel van hoor en wederhoor.³⁰ De mogelijkheid bestaat evenwel dat na het wijzen van het verstekvonnis een defaillant alsnog zijn standpunt omtrent de vordering in rechte naar voren wenst te brengen.³¹ Een defaillant kan in dat geval het gebrek aan hoor en wederhoor herstellen door aanwending van het rechtsmiddel verzet.³²

²⁶ M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 10.

²⁷ H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 36.

²⁸ Het bestaan van een verzettermijn is volgens de Hoge Raad op zichzelf niet in strijd met art. 6 EVRM. HR 12 februari 1997, NJ 1997, 377 (*Baron Van Wassenaer/ABN AMRO*).

²⁹ M.L. Hendrikse, 'Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3.

³⁰ HR 9 juni 1989, NJ 1990, 56 (*Bos/Dijkstra*).

³¹ Te denken valt aan een gedaagde die lange tijd in het buitenland verbleef. Een gedaagde die in hechtenis zat, zoals het geval in: Rb. Zwolle 18 juli 2011, NJF 2011, 475. Of een gedaagde die verbaasd door de toewijzing van de vordering alsnog verweer wil voeren.

³² H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & C.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2011 p. 289, 295.

2.3 Valkuil bij verstek en verzet

In een geval waarin het verstekvonnis niet in persoon aan de defaillant kan worden betekend, en geen daad van bekendheid is gepleegd, kan de verzettermijn alleen nog aanvangen door de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis.³³ Dit is evenwel een tenuitvoerlegging voordat het verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan, aangezien de verzettermijn nog niet is verstreken. De tenuitvoerlegging van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis, heeft tot gevolg dat als de bij verstekvonnis toegewezen vordering in verzet alsnog wordt afgewezen, hetgeen is betaald, al dan niet uit de opbrengst van executie, zal moeten worden terugbetaald op grond van onverschuldigde betaling, aangezien de rechtsgrond aan deze betaling is komen te ontvallen.³⁴ Tevens ontvalt achteraf de titel aan de tenuitvoerlegging, zodat de executant door de tenuitvoerlegging onrechtmatig heeft gehandeld,³⁵ waarbij wordt aangenomen dat deze onrechtmatige tenuitvoerlegging op basis van de verkeersopvattingen aan de executant kan worden toegerekend.³⁶ Dit doet de valkuil ontstaan dat indien een betekening in persoon niet mogelijk is gebleken, en geen daad van bekendheid is gepleegd, een verstekvonnis niet zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kan worden gelegd.³⁷

³³ Zo volgt uit art. 143 lid 2 en 3 Rv. Zie ook §2.1.2.

³⁴ HR 8 oktober 1976, NJ 1977, 485 (*Maring/De Staat*). HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 5 – 9.

³⁵ HR 13 juni 1913, NJ 1913, 782. HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*), m.nt. C.J.H. Brunner. Van Rossum trekt de conclusie dat uit de rechtspraak het beeld naar voren komt dat vrijwel altijd de aansprakelijkheid wordt gebaseerd op onrechtmatige daad, omdat de executant achteraf gezien heeft gehandeld zonder titel. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 27 – 35, 37 – 40.

³⁶ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 110. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 21 e.v.

³⁷ Zie voor een bespreking van de omvang van de schadevergoedingsplicht: A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 131 – 151.

2.4 Extra onzekerheid als gevolg van artikel 6 EVRM

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien onverkorte toepassing van de verzettermijn tot gevolg heeft dat het rechtsmiddel verzet in de kern wordt aangetast, een defaillant op basis van artikel 6 EVRM een verruiming van de verzettermijn toekomt.³⁸ Volgens de Hoge Raad zal hiervan met name sprake zijn als een verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan, voordat de defaillant daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad zijn standpunt omtrent de vordering naar voren te brengen.³⁹ Derhalve kan een defaillant na het verstrijken van de verzettermijn alsnog de mogelijkheid worden geboden verzet in te stellen tegen een verstekvonnis.⁴⁰ Daarmee ontstaat een extra onzekerheid voor de eiser, vanwege het aansprakelijkheidsrisico dat is verbonden aan een tenuitvoerlegging terwijl het instellen van verzet nog mogelijk is.⁴¹

³⁸ HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 509 (*Stientra/Weijters*). HR 16 januari 2004, *NJ* 2005, 191 (*Jamaloeddin/Bodha*). HR 26 maart 2010, *NJ* 2010, 526 (*Azeta BV/Republiek Chili*). Deze verruiming van de verzettermijn komt ook met enige regelmaat in de lagere rechtspraak naar voren. Zie o.a. Hof Den Haag 16 mei 2003, *WR* 2004, 13. Rb. Amsterdam 22 augustus 2007, *LJN* BC0753. Rechtbank Utrecht 16 januari 2008, *LJN* BD0390. Hof Amsterdam 24 januari 2008, *WOR* 2008, 110. Rb. Amsterdam 30 juni 2010, *NJF* 2010, 455. Rb. 's Hertogenbosch 15 augustus 2011, *NJF* 2011, 495. Rb. Alkmaar 26 september 2011, *NJF* 2012, 50.

³⁹ Het zal logischerwijs gaan om de situatie waarin de verzettermijn op basis van art. 143 lid 3 Rv is aangevangen door tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, aangezien bij aanvang van de verzettermijn vanwege een betekening in persoon of een daad van bekendheid aangenomen mag worden dat een gedaagde bekend is met de inhoud het verstekvonnis.

⁴⁰ Dit gaat in tegen het idee van onherroepelijk worden van een vonnis indien het in kracht van gewijsde gaat. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 201.

⁴¹ Zoals behandeld onder § 2.3.

3. Op zoek naar een passende oplossing

3.1 Inleiding

In het geval waarin betekening van een verstekvonnis aan de defaillant in persoon niet mogelijk is, noch door de defaillant een daad van bekendheid wordt gepleegd, kan een verstekvonnis slechts door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde gaan.⁴² De eiser legt in dat geval een verstekvonnis ten uitvoer waartegen nog verzet kan worden ingesteld, waardoor hij zich blootstelt aan het risico achteraf aansprakelijk te worden gesteld voor de mogelijk schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging. In deze paragraaf wordt gezocht naar een oplossing voor dit probleem, die recht doet aan zowel de belangen van een eiser als de belangen van een defaillant in een situatie van verstek en verzet.

3.2 Simpel, doeltreffend, doch te verstrekkend

Het aansprakelijkheidsrisico voor een eiser vindt haar oorzaak in het bestaan van het rechtsmiddel verzet. Indien het rechtsmiddel verzet zou worden afgeschaft, ontnemt dit de defaillant de mogelijkheid een rechtsmiddel tegen een verstekvonnis in te stellen. Dit elimineert het aansprakelijkheidsrisico, aangezien de onmogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen het verstekvonnis direct in kracht van gewijsde doet gaan. De onmogelijkheid van de defaillant op te komen tegen een verstekvonnis is echter onwenselijk, omdat een gedaagde niet altijd op de hoogte zal zijn van de tegen hem ingestelde vordering. Bijvoorbeeld vanwege een tijdelijk verblijf in het buitenland, of in een ziekenhuis. Bovendien zal dit in strijd komen met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht van een defaillant op effectieve toegang tot de rechter.⁴³ Het voor de defaillant openstellen van hoger beroep tegen verstekvonnissen kan dit gebrek niet repareren. Zo zal de defaillant altijd een instantie worden ontnomen, en indien hoger beroep niet mogelijk is wordt zelfs geheel de mogelijkheid op te komen tegen het verstekvonnis ontnomen.⁴⁴

Het aansprakelijkheidsrisico van de eiser zal tevens kunnen worden weggenomen door de aanvang van de verzettermijn te koppelen aan het moment waarop het verstekvonnis wordt gewezen. Dit heeft echter tot gevolg dat het enkel verstrijken van tijd de defaillant het rechtsmiddel verzet kan ontnemen. Een defaillant die pas na verstrijken van de verzettermijn met het verstekvonnis bekend wordt, heeft dan nooit de mogelijkheid gehad verzet in te stellen. Dit zal de toets van artikel 6 EVRM niet kunnen doorstaan, aangezien het verstrijken van de verzettermijn alvorens de defaillant met het verstekvonnis bekend is, volgens de Hoge Raad onder bepaalde omstandigheden strijdig is met artikel 6 EVRM.⁴⁵

⁴² Zoals besproken in §2.3.

⁴³ M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 192.

⁴⁴ Bijvoorbeeld als de appelgrens van art. 332 Rv aan hoger beroep in de weg staat. M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 191, 192.

⁴⁵ Het gaat hier om de in § 2.4. beschreven extra onzekerheid als gevolg van art. 6 EVRM. Zie ook: HR 25 februari 2000, NJ 2000, 509 (*Stientra/Weijters*). HR 16 januari 2004, NJ 2005, 191 (*Jamaloeddin/Bodha*). HR 26 maart 2010, NJ 2010, 526 (*Azeta BV/Republiek Chili*).

3.3 Beperking van aansprakelijkheid als passende oplossing

Afschaffing van het rechtsmiddel verzet, of het koppelen van de aanvang van de verzettermijn aan het moment van wijzen van het verstekvonnis, kunnen zodoende geen wenselijke oplossing bieden voor het probleem van het aansprakelijkheidsrisico. Dit neemt evenwel niet weg dat de negatieve gevolgen hiervan kunnen worden weggenomen. Door de aansprakelijkheid van een eiser voor de schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis te beperken, wordt het aansprakelijkheidsrisico van een eiser voorkomen, zonder dat het recht van de defaillant op effectieve toegang tot de rechter wordt aangetast. Deze oplossing zal in onderhavige sub-paragraaf nader worden uitgewerkt.

3.3.1 Rechtvaardiging van de beperking van aansprakelijkheid

Het geheel schrappen van de aansprakelijkheid van een eiser, heeft tot gevolg dat een veroordelend verstekvonnis altijd ten uitvoer kan worden gelegd zonder aansprakelijkheidsrisico. Indien een gedaagde verschijnt is dit pas het geval na het ongebruikt verstrijken van de hoger beroepstermijn. Zodoende krijgt een eiser belang bij het niet-verschijnen van een gedaagde. Dit strookt niet met het streven naar een procedure op tegenspraak.⁴⁶ Tevens kan mijns inziens het enkel niet-verschijnen van een gedaagde het geheel ontvallen van aansprakelijkheid niet rechtvaardigen. Een gedaagde kan immers goede redenen hebben om niet in het geding te verschijnen, zoals een tijdelijk verblijf in het buitenland, of de verwachting dat de vordering zal worden afgewezen.

Naast de mogelijkheid dat een gedaagde bewust verstek laat gaan, is een situatie denkbaar waarin een gedaagde niet op de dagvaarding, noch op het veroordelend verstekvonnis kan reageren. Bijvoorbeeld vanwege een tijdelijke onbereikbaarheid door een ziekenhuisopname, een verblijf in het buitenland, of het niet begrijpen van de dagvaarding. Het is evenwel de eiser die door entameren van een procedure de gedaagde in de positie brengt dat de onmogelijkheid te reageren zwaarwegende gevolgen heeft, waardoor het redelijk is dat de eiser een bepaalde tijd het aansprakelijkheidsrisico loopt. Dit voorkomt bovendien dat een eiser die weet heeft van een tijdelijke onbereikbaarheid van een gedaagde, juist op dat moment overgaat tot dagvaarding en tenuitvoerlegging, omdat hij dan achteraf niet meer aansprakelijk kan worden gesteld voor de mogelijk schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging.

Aan de andere kant is het mijns inziens gerechtvaardigd dat na een bepaald tijdsbestek de mogelijk schadelijke gevolgen van de onbereikbaarheid voor rekening van de defaillant komen, aangezien de eiser anders de nadelen ondervindt van een situatie die door de defaillant in het leven is geroepen, en waar hij zelf niets aan kan veranderen. Bovendien rust op de defaillant de verplichting bereikbaar te zijn.⁴⁷

⁴⁶ Dit streven vindt men terug in de strikte vereisten die aan de dagvaarding en betekening van de dagvaarding worden gesteld op grond van art. 46 – 66, 111, 114 & 119 Rv. Dit streven komt ook naar voren in art. 121 lid 1 Rv, waarin is vastgesteld dat geen verstek wordt verleend als het exploit van dagvaarding lijdt aan een gebrek dat nietigheid meebrengt. Tevens vindt men dit streven terug in het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor, zoals gewaarborgd door art. 6 EVRM. P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 94. HR 12 januari 1979, NJ 1979, 290 (*De Jong/Maatschappij tot bevordering van Westland*).

⁴⁷ M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 196.

3.3.2 De wachttermijn

Door de aansprakelijkheid alleen te beperken indien de eiser een bepaalde termijn heeft gewacht met tenuitvoerlegging van het verstekvonnis, wordt aan zowel de verantwoordelijkheid van de eiser als de verantwoordelijkheid van de defaillant tegemoet gekomen. Na verstrijken van een dergelijke 'wachttermijn',⁴⁸ zal de eiser het verstekvonnis zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kunnen leggen. De eiser wordt zodoende de mogelijkheid geboden te wachten met tenuitvoerlegging van het verstekvonnis tot het aansprakelijkheidsrisico is geweken.⁴⁹ Nadat tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden, zal krachtens artikel 143 lid 3 Rv de verzettermijn aanvangen.⁵⁰

De wachttermijn zal slechts kunnen aanvangen nadat deze bij normale betekening is aangezegd, mits daarbij uitdrukkelijk de gevolgen van het verstrijken van de wachttermijn worden vermeld. Bewust wordt niet gekozen voor de zwaardere eis van betekening in persoon, aangezien bij betekening van het verstekvonnis in persoon de verzettermijn krachtens artikel 143 lid 2 Rv reeds aanvangt. Bovendien wordt de mogelijkheid verzet in te stellen niet aangetast door het verstrijken van de wachttermijn, zodat een lichtere eis aan betekening gerechtvaardigd is.

3.4 Restitutie en aansprakelijkheid

Na inachtneming van de wachttermijn kan de eiser het verstekvonnis ten uitvoer leggen zonder het aansprakelijkheidsrisico te lopen. Dit doet evenwel niets af aan het feit dat als de vordering in verzet alsnog wordt afgewezen, hetgeen de eiser door tenuitvoerlegging heeft ontvangen onverschuldigd zal zijn.⁵¹ Anders zou de defaillant met het instellen van verzet niets kunnen bereiken, waarmee verzet verwordt tot een lege huls.

⁴⁸ Hierbij dient opgemerkt te worden dat met de term 'wachttermijn' niet wordt bedoeld op de wachttermijn van acht dagen die op grond van art. 80 Rv (oud) voor tenuitvoerlegging van niet uitvoerbaar bij voorraad verklaarde verstekvonnissen in acht moest worden genomen. Zie over deze voormalige wachttermijn: M. Ynzonides, *Verstek en verzet* (diss. Rotterdam), 1996, p. 56 & 173.

⁴⁹ Een mogelijkheid die reeds bestaat in het geval het verstekvonnis aan de defaillant in persoon is betekend, of een daad van bekendheid is gepleegd, aangezien in een dergelijk geval de eiser met de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis kan wachten tot de verzettermijn is verstreken.

⁵⁰ Dit doet niets af aan de mogelijkheid van de defaillant om verzet in te stellen voor aanvang van de verzettermijn. Het is immers ook onder het bestaande systeem van verstek en verzet denkbaar dat verzet wordt ingesteld voordat de verzettermijn is aangevangen op grond van art. 143 lid 2 of 3 Rv.

⁵¹ Zie § 2.3 en HR 8 oktober 1976, NJ 1977, 485 (*Maring/De Staat*). HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 5 – 9.

3.5 Juridische kwalificatie van de beperking van aansprakelijkheid

Een tenuitvoerlegging waaraan achteraf de titel ontvalt is onrechtmatig.⁵² Aangenomen wordt dat dit op basis van de verkeersopvattingen kan worden toegerekend,⁵³ hetgeen de aansprakelijkheid van de eiser voor de schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis juridisch kwalificeert. Indien de eiser echter de wachtermijn in acht heeft genomen, vindt hierin mijns inziens een verandering plaats. Deze verandering, die tevens de juridische kwalificatie van de beperking van aansprakelijkheid biedt, wordt besproken in onderhavige sub-paragraaf.

3.5.1 Toerekenbaarheid

Inachtneming van de wachtermijn doet niets af aan de onrechtmatigheid van de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis, aangezien het geen verandering brengt in het aan de tenuitvoerlegging ontvallen van de titel. Na inachtneming van de wachtermijn kan de onrechtmatige tenuitvoerlegging mijns inziens echter niet meer aan de eiser worden toegerekend op basis van de verkeersopvattingen. Toerekening op basis van de verkeersopvatting berust op de gedachte dat de eiser bewust heeft gekozen voor tenuitvoerlegging van een herroepelijk vonnis, ondanks de mogelijkheid van het achteraf aan de tenuitvoerlegging ontvallen van de titel.⁵⁴ In een situatie waarin een verstekvonnis alleen in kracht van gewijsde kan gaan door tenuitvoerlegging daarvan is dit anders. De eiser heeft in redelijkheid niet de mogelijkheid met tenuitvoerlegging te wachten tot het verstekvonnis in kracht van gewijsde gaat.⁵⁵ Door inachtneming van de wachtermijn wordt de defaillant de mogelijkheid geboden voor tenuitvoerlegging met het verstekvonnis bekend te worden, en heeft de eiser gedaan wat hij redelijkerwijs kon doen om een onrechtmatige tenuitvoerlegging te voorkomen. Derhalve zal indien de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als onrechtmatig, dit op basis van de verkeersopvattingen niet meer aan hem kunnen worden toegerekend.

3.5.2 Van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid

Dat na inachtneming van de wachtermijn een onrechtmatige tenuitvoerlegging niet meer aan de eiser kan worden toegerekend, wil niet zeggen dat een onrechtmatige tenuitvoerlegging nooit aan de eiser kan worden toegerekend. Indien tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden op niet verdedigbare gronden, zal alsnog toerekening kunnen plaatsvinden op basis van schuld of de verkeersopvattingen.⁵⁶

⁵² HR 13 juni 1913, *NJ* 1913, 782. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*), m.nt. C.J.H. Brunner. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 27 – 35, 37 – 40.

⁵³ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 110. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p. 21 e.v.

⁵⁴ B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen. Monografieën BW*, Deventer: Kluwer 2007, p. 77, 79, 80. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*), m.nt. C.J.H. Brunner.

⁵⁵ De eiser heeft theoretisch de mogelijk te wachten met tenuitvoerlegging tot het moment dat wellicht ooit een betekening in persoon toch mogelijk wordt, of het moment dat alsnog een daad van bekendheid wordt gepleegd. Dit is evenwel geen redelijke optie vanwege de onzekerheid of, en zo ja wanneer, dit zal gebeuren.

⁵⁶ In een dergelijk geval levert zowel de tenuitvoerlegging als het instellen van de vordering een toerekenbare onrechtmatige daad op. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353 (*Waterschap Regge en Dinkel/Milieutech Beheer*).

De eiser kan bovendien na inachtneming van de wachtermijn alsnog aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een verstekvonnis, indien bij de tenuitvoerlegging wettelijke bevoegdheden onjuist zijn toegepast,⁵⁷ of de wijze waarop tenuitvoerlegging heeft plaatsgevonden op zichzelf onrechtmatig is.⁵⁸ Aansprakelijkheid is in die gevallen niet het gevolg van het aan de tenuitvoerlegging ontvallen van de titel, maar van de onrechtmatige wijze van tenuitvoerlegging.

Gevolg hiervan is dat de bestaande risicoaansprakelijkheid voor de mogelijk schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een nog niet in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis overgaat in een schuldaansprakelijkheid. Deze overgang van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid is vergelijkbaar met de overgang van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid zoals die zich in het bestaande systeem van verstek en verzet voordoet, op het moment dat tenuitvoerlegging op basis van een niet in kracht van gewijsde gegaan vonnis heeft plaatsgevonden voor meer dan uiteindelijk in het onherroepelijke vonnis is toegewezen.⁵⁹

3.6 Doorwerking naar de extra onzekerheid als gevolg van artikel 6 EVRM

De beperking van aansprakelijkheid dient ook doorwerking te vinden in het geval verzet door de rechter wordt opengesteld nadat het verstekvonnis in kracht van gewijsde is gegaan.⁶⁰ Dat de defaillant niet eerder in staat was verzet in te stellen, doch daartoe alsnog de mogelijkheid wordt geboden, verandert niets aan het feit dat op een bepaald moment de onbereikbaarheid van de defaillant voor zijn eigen rekening dient te komen.

3.7 Conclusie

De beperking van aansprakelijkheid elimineert het aansprakelijkheidsrisico van de eiser in een geval een verstekvonnis alleen door tenuitvoerlegging in kracht van gewijsde kan gaan, zonder aantasting van het recht van de defaillant op effectieve toegang tot de rechter. Door inachtneming van de wachtermijn kan een onrechtmatige tenuitvoerlegging echter niet meer aan de eiser worden toegerekend. Dit geeft de eiser evenwel geen vrijbrief om lichtvaardig over te gaan tot tenuitvoerlegging, of met de wijze van tenuitvoerlegging onrechtmatig te handelen. In die gevallen kan de onrechtmatige tenuitvoerlegging alsnog worden toegerekend, respectievelijk levert de wijze van tenuitvoerlegging zelfstandig een toerekenbare onrechtmatige daad op.

⁵⁷ Dit is het geval indien de regels omtrent tenuitvoerlegging, zoals opgenomen in het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 430 – 616 Rv), niet in acht worden genomen.

⁵⁸ F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 9. Zie voor een voorbeeld van aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige wijze van tenuitvoerlegging: HR 20 november 1981, NJ 1982, 174 (*Cornelis Rollman/Janos Varecza*).

⁵⁹ HR 11 april 2003, NJ 2003, 440 (*Hoda International/Mondi Foods*). HR 5 december 2003, NJ 2004, 150 (*K. te B./K. te H.*).

⁶⁰ Het gaat hier om de in § 2.4 beschreven extra onzekerheid als gevolg van art. 6 EVRM. Zie ook: HR 25 februari 2000, NJ 2000, 509 (*Stientra/Weijters*). HR 16 januari 2004, NJ 2005, 191 (*Jamaloeddin/Bodha*). HR 26 maart 2010, NJ 2010, 526 (*Azeta BV/Republiek Chili*).

4. Rechtseconomische analyse van het aansprakelijkheidsrisico

4.1 Inleiding

In het bestaande systeem van verstek en verzet, loopt een eiser die een veroordelend verstekvonnis ten uitvoer legt het risico aansprakelijk te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van die tenuitvoerlegging, indien achteraf het verstekvonnis wordt vernietigd.⁶¹ In deze paragraaf zal aan de hand van een rechtseconomische analyse de vraag worden beantwoord of dit vanuit economisch oogpunt onwenselijk is.

4.2 Rechtseconomie

De rechtseconomie analyseert aan de hand van economische theorieën de werking van rechtsregels. De vraag die wordt gesteld is hoe het gedrag van individuen door rechtsregels wordt beïnvloed. Het recht wordt daarbij gezien als verzameling van gedragsprikkelers.⁶² Studieobject is het keuzegedrag van individuen, waarbij wordt gewerkt met de veronderstelling dat een individu nutsmaximalisatie nastreeft, inhoudende dat een individu altijd kiest voor de mogelijkheid die voor hem het meeste nut oplevert.⁶³ Aan de hand van dit keuzegedrag bestudeert de rechtseconomie welk effect rechtsregels hebben op de maatschappelijke welvaart, zijnde de welvaart van alle individuen gezamenlijk.⁶⁴

4.3 Economische gevolgen van het aansprakelijkheidsrisico

Om de economische gevolgen van het aansprakelijkheidsrisico zichtbaar te maken, zal worden bekeken wat de invloed van de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico is op de verwachtingswaarde van een procedure.

⁶¹ De valkuil van het aansprakelijkheidsrisico is besproken in § 2.3.

⁶² L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatiggedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 2.

⁶³ T.S. Ulen, 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 790 – 793. J.L. Harrison & S.C. O'Connell Chair, *Law and economics in a nutshell*, Saint Paul: West Publishing 2011, p. 56, 57.

⁶⁴ B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Inleiding', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 3.

4.3.1 De verwachtingswaarde

De verwachtingswaarde van een procedure is de rechtseconomische theorie om te bepalen of de baten van een procedure hoger zijn dan de lasten.⁶⁵ De verwachtingswaarde, aangeduid als 'E', kan worden gevonden door middel van de vergelijking:

$$E = pB - (1 - p) K$$

In deze vergelijking wordt de kans die de eiser denkt te hebben op het winnen van de procedure, aangeduid met 'p', vermenigvuldigd met het bedrag van de vordering wat de eiser verwacht te verkrijgen indien hij de procedure wint, aangeduid met 'B'. Daarmee wordt de verwachte bruto opbrengst van een procedure gevonden. De eiser kan de procedure ook verliezen, hetgeen tot gevolg heeft dat hij zijn eigen proceskosten moet dragen, en tevens die van de wederpartij zal moeten vergoeden.⁶⁶ Dientengevolge moeten de verwachte kosten van een procedure worden afgetrokken van de verwachte bruto opbrengst van een procedure. De verwachte kosten van een procedure kunnen worden gevonden door kans dat de eiser verliest, aangeduid met '1 - P', te vermenigvuldigen met de som van de eigen proceskosten en die van de wederpartij, aangeduid met 'K'.⁶⁷ Uitgangspunt is dat het alleen tot een procedure zal komen als de verwachtingswaarde hoger is dan nul.⁶⁸

4.3.2 Invloed van het aansprakelijkheidsrisico op de verwachtingswaarde

Om de invloed van het aansprakelijkheidsrisico op de verwachtingswaarde van een procedure inzichtelijk te maken, zal de bovenstaande vergelijking worden uitgebreid met de kans dat achteraf sprake is van een toerekenbare onrechtmatige tenuitvoerlegging, aangezien de eiser in dat geval aansprakelijk zal zijn voor de schadelijke gevolgen van een tenuitvoerlegging.⁶⁹

⁶⁵ B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Geschillenbeslechting', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 218, 219.

⁶⁶ Zo volgt uit art. 237 lid 1 Rv.

⁶⁷ Hierbij dient bedacht te worden dat ondanks het bestaan van een proceskostenveroordeling, in veel gevallen een deel van de proceskosten voor eigen rekening zal komen. Dit komt voort uit het feit dat een proceskostenvergoeding forfaitair is, en los staat van de daadwerkelijk gemaakte kosten. H.W. Wiersma, 'Incidenten in het burgerlijk proces', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk Procesrecht Praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 296, 297.

⁶⁸ B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Geschillenbeslechting', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 218, 219.

⁶⁹ Krachtens art. 6:162 lid 1 BW bestaat immers recht op een vergoeding van schade, indien sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad.

De verwachte opbrengst van de procedure 'B', moet daarvoor ten eerste worden gecorrigeerd met de kans op een tenuitvoerlegging die achteraf niet toerekenbaar onrechtmatig is, aangezien alleen in dat geval een eiser de opbrengst van de tenuitvoerlegging niet hoeft terug te betalen.⁷⁰ De verwachte opbrengst wordt daartoe vermenigvuldigd met de kans dat tenuitvoerlegging niet toerekenbaar onrechtmatig is, aangeduid met '1 - q', aangezien variabele 'q' wordt gebruikt voor de kans dat tenuitvoerlegging achteraf toerekenbaar onrechtmatig blijkt. Weergegeven in een formule: (1 - q) B. Vervolgens wordt van deze gecorrigeerde verwachtingswaarde afgetrokken, de verwachte te betalen schadevergoeding als tenuitvoerlegging van een verstekvonnis achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, aangeduid met 'S'. Omdat deze schadevergoeding alleen zal moeten worden betaald indien de tenuitvoerlegging daadwerkelijk achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, wordt de te verwachte schadevergoeding vermenigvuldigd met de kans dat tenuitvoerlegging achteraf als toerekenbaar onrechtmatig wordt aangemerkt. Weergegeven in een formule: (1 - p) B - qS. De uitkomst hiervan is de verwachte opbrengst van een procedure. Omdat de verwachte opbrengst alleen wordt verkregen als de eiser de procedure wint, moet deze vervolgens worden vermenigvuldigd met de kans dat de eiser de procedure wint. Weergegeven in een formule: p ((1 - p) B - qS). Hiermee wordt de bruto verwachtingswaarde van een procedure gevonden.

Het aansprakelijkheidsrisico verandert echter niets aan de mogelijkheid dat de eiser de procedure verliest. Daarom zal van de verwachte bruto opbrengst moeten worden afgetrokken, de kans op verlies van de procedure maal de eigen proceskosten en de proceskosten van de gedaagde die de eiser in dat geval zal moeten betalen. De uiteindelijke vergelijking van de verwachtingswaarde waarin het aansprakelijkheidsrisico is verdisconteerd wordt daarmee:

$$E = p ((1 - q) B - qS) - (1 - p) K$$

Hieruit valt af te leiden dat het aansprakelijkheidsrisico voor de schadelijke gevolgen van een tenuitvoerlegging die achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, een verlaging van de verwachtingswaarde van een procedure tot gevolg heeft.⁷¹

⁷⁰ Van een onrechtmatige tenuitvoerlegging is sprake als het verstekvonnis achteraf wordt vernietigd, omdat daarmee de titel aan de tenuitvoerlegging komt te ontvallen. Naast de aansprakelijkheid van de eiser voor de schadelijke gevolgen van de tenuitvoerlegging, zal het betaalde moeten worden terugbetaald, aangezien de rechtsgrond aan de betaling is komen te ontvallen. HR 8 oktober 1976, NJ 1977, 485 (*Maring/De Staat*). HR 19 februari 1999, NJ 1999, 367. A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 1990, p. 5 – 9. Zie ook § 2.3.

⁷¹ Invulling van de vergelijking kan dit inzichtelijk maken. Stel de kans dat de eiser de procedure wint (p) is 80%. De verwachte bruto opbrengst van de procedure (B) is 2.000 Euro, en de som van de eigen proceskosten en die van de wederpartij is 750. De verwachtingswaarde (E) bedraagt zonder rekening te houden met het aansprakelijkheidsrisico van de eiser: $0,8 * 2.000 - (1 - 0,8) * 750 = 1.450$ Euro. De verwachtingswaarde (E) bedraagt in een geval waarin wel rekening wordt gehouden met het aansprakelijkheidsrisico van de eiser, waarin de kans dat de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (q) 30% bedraagt, en de te betalen schadevergoeding indien de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (S) 500 Euro bedraagt: $0,8 * ((1 - 0,3) * 2.000 - 0,3 * 500) - (1 - 0,8) * 750 = 850$ Euro.

4.4 Economische gevolgen van de afname van de verwachtingswaarde

De vraag die vervolgens zal worden beantwoord is wat, naast het voordeel van reductie van de aan rechtspraak verbonden maatschappelijke kosten,⁷² de economische gevolgen zijn van het minder vaak voorkomen van een procedure.

4.4.1 Nakoming van verbintenissen

Het vaker voorkomen van de situatie waarin de verwachtingswaarde kleiner of gelijk is aan nul, heeft tot gevolg dat de eiser eerder blijft zitten met een vordering waarvoor hij geen procedure zal entameren.⁷³ De veronderstelling van nutsmaximalisatie zorgt ervoor dat een individu een vordering niet nakomt indien dit voordeel oplevert, en nakoming niet kan worden afgedwongen.⁷⁴ Derhalve kan nakoming van verbintenissen niet worden gegarandeerd als de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul.⁷⁵ Als gevolg hiervan zullen individuen bij het sluiten van overeenkomsten rekening houden met de mogelijkheid van niet-nakoming, zodat minder snel een overeenkomst wordt aangegaan.⁷⁶ Dit is vanuit rechtseconomisch oogpunt ongewenst, omdat overeenkomsten in beginsel een verbetering van maatschappelijke welvaart opleveren, aangezien een overeenkomst alleen tot stand komt als het de welvaart van de betrokken partijen verhoogt.⁷⁷ Een vermindering van het aantal overeenkomsten is zodoende een rem op de verhoging van de maatschappelijke welvaart.⁷⁸

⁷² R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 137.

⁷³ Bijvoorbeeld een vordering tot nakoming van een verbintenis, of een vordering tot betaling van schadevergoeding.

⁷⁴ J.J.M. Theeuwes & P.W. van Wijck, 'Overeenkomsten', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 121 – 123. B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck, 'Geschillenbeslechting', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 211. R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 106 – 110.

⁷⁵ Hierbij dient opgemerkt te worden dat de afdwingbaarheid van een vordering niet de enige prikkel is die schuldeisers ertoe brengen een vordering te voldoen. Zo spelen ook gebruiken en het belang bij voortzetting van een handelsrelatie een rol. A. Jettinghoff, 'Voorkomen van Wanbetalen: Profielen in het privaatrecht', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het Recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 65, 66.

⁷⁶ Een overeenkomst wordt in beginsel slechts aangegaan indien dit voor beide partijen voordeel oplevert. Indien één van de partijen verwacht dat de wederpartij de overeenkomst niet zal nakomen, komt het niet tot een overeenkomst. A. Jettinghoff, 'Voorkomen van Wanbetalen: Profielen in het Privaatrecht', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het Recht*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 65, 66. R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 106 – 110. R.Craswell, 'Contract law: General Theories', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contract*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 19.

⁷⁷ De situatie waarin de welvaart van één of meer individuen in de maatschappij groter wordt, zonder een vermindering van de welvaart van een ander individu in de maatschappij, levert namelijk volgens het zogenaamde Pareto-criterium een verbetering van de maatschappelijke welvaart op. A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 55-57. H. Kerkmeester, 'Methodology: General', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 368.

⁷⁸ R.Craswell, 'Contract law: General Theories', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contract*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 18.

4.4.2 Inefficiënt gedrag

Dat het minder snel tot een procedure komt, vergroot tevens de kans op inefficiënt gedrag. Bij de keuze tussen het wel of niet plegen van een wanprestatie of onrechtmatige daad, weegt een individu namelijk de verwachte baten daarvan af tegen de verwachte kosten.⁷⁹ In een situatie zonder aansprakelijkheidsrecht kunnen de schadelijke gevolgen van een wanprestatie of onrechtmatige daad niet op de dader worden verhaald, waardoor een potentieel dader geen gedragsprikkel krijgt om deze negatieve externe effecten in zijn kosten-batenanalyse te betrekken.⁸⁰ Een potentieel dader zal kiezen voor de optie die voor hem het meest gunstig is. Vanwege het niet internaliseren van de negatieve effecten, zal dit in veel gevallen een vanuit oogpunt van maatschappelijke welvaart inefficiënte keuze zijn.⁸¹

4.5 Conclusie

Het eerder intreden van de situatie waarin de verlaging van een procedure kleiner of gelijk is aan nul, heeft als voordelig effect dat het de aan rechtspraak verbonden maatschappelijke kosten reduceert. Daar staat echter tegenover dat het tevens leidt tot een rem op de verhoging van de maatschappelijke welvaart, en de kans op inefficiënt gedrag vergroot. Vanwege de ernst van deze negatieve gevolgen, ligt het voor de hand dat dit nadeel niet kan worden gecompenseerd door de verlaging van de aan rechtspraak verbonden maatschappelijke kosten. De valkuil van het aansprakelijkheidsrisico is derhalve economisch gezien onwenselijk.

⁷⁹ T.S. Ulen, 'Rational Choice Theory in Law and Economics', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 799, 800.

⁸⁰ J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 170, 175, 176, 192, 193. L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 19 - 21. H. Schäfer & A. Schönenberger, 'Strict Liability versus Negligence', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 600.

⁸¹ Een onrechtmatige daad of wanprestatie is echter niet per definitie inefficiënt. Indien de nutswinst van de winnaar zo hoog is dat daarmee het nutsverlies van de verliezer kan worden gecompenseerd, is krachtens het Kaldor-Hicks criterium sprake van een verbetering van de maatschappelijke welvaart. R.W. Holzhauser & R. Teijl, *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 102 - 106. P.W. van Wijck, 'Welvaart, markten en overheid', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 28 - 30. J.J.M. Theeuwes & P.W. van Wijck, 'Overeenkomsten', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 138 - 153. J.L. Harrison & S.C. O'Connell Chair, *Law and economics in a nutshell*, Saint Paul: West Publishing 2011, p. 34 - 38.

5. Rechtseconomische analyse van de beperking van aansprakelijkheid

5.1 Inleiding

In paragraaf vier is naar voren gekomen dat de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico van een eiser voor de schadelijke gevolgen van een achteraf vernietigd verstekvonnis, leidt tot inefficiënte gevolgen. Derhalve ontstaat de vraag of de in paragraaf drie betoogde oplossing voor deze valkuil, bestaande uit de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn, economisch gezien een verbetering oplevert.

5.2 Invloed van de beperking van aansprakelijkheid op de verwachtingswaarde

Aangezien het aansprakelijkheidsrisico inefficiënte gevolgen met zich brengt vanwege het verlagen van de verwachtingswaarde van een procedure, wordt in onderhavige sub-paragraaf de invloed van de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn op de verwachtingswaarde van een procedure besproken.

De beperking van aansprakelijkheid wordt vormgegeven door een overgang van een risicoaansprakelijkheid naar een schuldaansprakelijkheid van de eiser voor de mogelijk schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis.⁸² Onder een systeem van risicoaansprakelijkheid is voor een toerekenbare onrechtmatige tenuitvoerlegging voldoende dat achteraf het verstekvonnis wordt vernietigd. De vernietiging van het verstekvonnis heeft ook onder het systeem van schuldaansprakelijkheid tot gevolg dat sprake is van een onrechtmatige tenuitvoerlegging. Indien de wachttermijn in acht is genomen, zal een onrechtmatige tenuitvoerlegging echter slechts toerekenbaar zijn als deze heeft plaatsgevonden op niet verdedigbare gronden.⁸³ De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn verlaagt derhalve de kans dat tenuitvoerlegging achteraf toerekenbaar onrechtmatig blijkt,⁸⁴ waarmee de verwachtingswaarde van een procedure stijgt.⁸⁵ De kans op een situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul wordt daarmee verlaagt, waardoor de inefficiënte gevolgen van die situatie, minder snel zullen intreden.⁸⁶

⁸² Zie omtrent de overgang van risicoaansprakelijkheid naar schuldaansprakelijkheid § 3.5.2.

⁸³ De juridische kwalificatie van de beperking van aansprakelijkheid is besproken in §3.5.

⁸⁴ In de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$, is de kans dat tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig opgenomen door middel van variabele q . Zie ook § 4.3.2.

⁸⁵ Invulling van de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$ kan dit inzichtelijk maken. Stel de kans dat de eiser de procedure wint (p) is 80%, de verwachte bruto opbrengst van de procedure (B) is 2.000 Euro, de som van de eigen proceskosten en die van de wederpartij is 750, de kans dat de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (q) is 30%, en de te betalen schadevergoeding indien de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (S) bedraagt 500 Euro, dan wordt de verwachtingswaarde: $0,8 * ((1 - 0,3) * 2.000 - 0,3 * 500) - (1 - 0,8) * 750 = 850$ Euro. Indien de kans dat de tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig (q) echter door beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachttermijn daalt tot 10%, en de rest van de waarden gelijk blijft, dan wordt de verwachtingswaarde: $0,8 * ((1 - 0,1) * 2.000 - 0,1 * 500) - (1 - 0,8) * 750 = 1.250$ Euro.

⁸⁶ Uiteraard blijft het evenwel mogelijk dat zich een situatie voordoet waarin de verwachtingswaarde kleiner of gelijk is aan nul. Of dit het geval is, hangt af van de concrete uitkomst van de verwachtingswaarde, zoals wordt verkregen door invulling van de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$.

Omdat de beperking van aansprakelijkheid afhankelijk is gesteld van inachtneming van een wachtermijn, zullen extra kosten ontstaan vanwege het gebruik van de wachtermijn. Dit zijn echter slechts de geringe kosten van aanzegging van de wachtermijn bij normale betekening, en bewaking van de wachtermijn.⁸⁷ Derhalve zullen deze kosten hoogst waarschijnlijk kunnen worden gecompenseerd door het voordeel van het minder snel intreden van de inefficiënte situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul.

5.3 Tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen voorkomen

Voor een antwoord op de vraag of de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtermijn een economisch wenselijke oplossing is voor de valkuil van het aansprakelijkheidsrisico, zal tevens moeten worden bekeken of de beperking van aansprakelijkheid leidt tot een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen.⁸⁸ Tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen is immers economisch gezien onwenselijk vanwege de daaraan verbonden kosten, zoals die van restitutie van hetgeen de eiser door tenuitvoerlegging onverschuldigd heeft verkregen.⁸⁹ Van een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen is sprake wanneer tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen zoveel mogelijk wordt voorkomen, tenzij de kosten daarvan hoger zijn dan de baten.

⁸⁷ Krachtens art. 2 onder d jo. art. 10 Besluit tarieven ambtshandelingen gerechtsdeurwaarders, bedragen de kosten van een normale betekening 64,49 Euro, exclusief 19% BTW.

⁸⁸ Zijnde verstekvonnissen die in een verzetprocedure worden vernietigd, omdat de bij verstekvonnis toegewezen vordering alsnog wordt afgewezen.

⁸⁹ De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtermijn doet immers niets aan het onverschuldigd zijn van hetgeen door tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis is verkregen. Zie §3.4.

5.3.1 Een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen

De beperking van aansprakelijkheid doet een systeem van schuldaansprakelijkheid van de eiser voor de schadelijke gevolgen van een achteraf vernietigd verstekvonnis ontstaan. Dit heeft tot gevolg dat een eiser die de wachtermijn in acht neemt, en zich aan de gestelde zorgvuldigheidsnorm houdt, niet aansprakelijk zal zijn voor de schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis.⁹⁰ In een dergelijk geval komt de schade voor rekening van de defaillant, waardoor de eiser en de defaillant een gedragsprikkel krijgen om tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis te voorkomen.⁹¹ Voor een antwoord op de vraag of hiermee een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnis kan worden bereikt, zal een vergelijking worden gemaakt met de algemene rechtseconomische theorie over de werking van schuldaansprakelijkheid in een situatie waarin zowel de dader als de benadeelde het intreden schade kan voorkomen, de zogenaamde bilaterale ongevalsituatie.⁹² Omdat het bij de onrechtmatige tenuitvoerlegging van verstekvonnissen gaat om een situatie waarin de eiser en de defaillant tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis kunnen voorkomen, kan deze situatie met de bilaterale ongevalsituatie worden vergeleken. De tenuitvoerlegging van een fout verstekvonnis kan immers aan de ene kant door de eiser worden voorkomen door een verstekvonnis niet ten uitvoer te leggen, terwijl aan de andere kant de defaillant voorzorgsmaatregelen kan nemen om bereikbaar te blijven, zodat hij voor de tenuitvoerlegging zijn standpunt omtrent een vordering naar voren kan brengen.

⁹⁰ Zie omtrent de overgang van een systeem van risicoaansprakelijkheid van een eiser voor de schadelijke gevolgen van een achteraf vernietigd verstekvonnis naar een systeem van schuldaansprakelijkheid van een eiser, en de vereiste zorgvuldigheidsnorm §3.5.1.

⁹¹ H. Schäfer & A. Schönenberger, 'Strict Liability versus Negligence', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 609 - 610. J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 190 – 199. L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 146 – 148.

⁹² Te denken valt aan een ongeval tussen een fietser en een voetganger, waarbij de fietser geen licht voerde, en de voetganger niet goede oplette tijdens het oversteken. Zowel het gedrag van de dader als het gedrag van de benadeelde heeft de schade doen ontstaan. J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 188, 189. L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2006, p. 145.

Uit die algemene rechtseconomische theorie over de werking van schuldaansprakelijkheid in bilaterale ongevalssituaties, blijkt dat schuldaansprakelijkheid in een dergelijk geval leidt tot een efficiënt niveau van zorg, mits de zorgvuldigheidsnorm op een efficiënt niveau is vastgesteld.⁹³ De zorgvuldigheidsnorm voor de eiser, inhoudende dat hij de wachtermijn in acht dient te nemen en niet op onverdedigbare gronden over mag gaan tot tenuitvoerlegging, is vastgesteld op een efficiënt niveau. Een strengere norm heeft namelijk tot gevolg dat een eiser een verstekvonnis alleen zonder aansprakelijkheidsrisico ten uitvoer kan leggen als hij zeker weet dat het niet achteraf zal worden vernietigd. Daarmee stijgt de kans dat tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, waardoor de kans op een verwachtingswaarde die kleiner of gelijk is aan nul wordt verhoogd, en de daaraan verbonden inefficiënte gevolgen eerder intreden.⁹⁴ Een minder strenge norm heeft tot gevolg dat een eiser zonder aansprakelijkheidsrisico een verstekvonnis ten uitvoer kan leggen waarover hij twijfelt of het stand zal houden in een mogelijke verzetprocedure, zonder achteraf voor de schadelijke gevolgen daarvan aansprakelijk te kunnen worden gesteld. Hierdoor zal vaker een fout verstekvonnis ten uitvoer worden gelegd, hetgeen vaker schade door tenuitvoerlegging doet ontstaan.

5.4 Conclusie

Al met al levert de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtermijn vanuit economisch oogpunt een verbetering op. Deze verbetering komt voort uit de verkleining van de kans dat tenuitvoerlegging van een verstekvonnis achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig, waardoor de verwachtingswaarde van een procedure stijgt. De situatie waarin de verwachtingswaarde kleiner of gelijk is aan nul, en de inefficiënte gevolgen daarvan, zullen derhalve minder snel intreden. De schuldaansprakelijkheid die ontstaat als gevolg van de beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtermijn, leidt bovendien tot een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen. De kosten die aan tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen zijn verbonden, worden daarmee tot een minimum beperkt.

⁹³ H. Schäfer & A. Schönenberger, 'Strict Liability versus Negligence', in: B. Bouckaert & G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 613, 614. J.K. Winters, 'Onrechtmatige daad', in: B.C.J. Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 195, 196.

⁹⁴ In de vergelijking $E = p((1 - q)B - qS) - (1 - p)K$, is de kans dat tenuitvoerlegging achteraf wordt aangemerkt als toerekenbaar onrechtmatig opgenomen door middel van variabele q . Zie ook § 4.3.2.

6. Conclusie

In deze bijdrage werd gezocht naar een oplossing voor de problematiek omtrent het in kracht van gewijsde gaan van verstekvonnissen, die recht doet aan de bij verstek en verzet betrokken belangen van zowel de eiser als de gedaagde, en tevens vanuit economisch oogpunt wenselijk is.

Mijns inziens kan deze oplossing worden gevonden in de beperking van de aansprakelijkheid van een eiser voor de schadelijke gevolgen van tenuitvoerlegging van een achteraf vernietigd verstekvonnis, indien de eiser voor tenuitvoerlegging een wachtttermijn in acht neemt. Daarmee verwordt de risicoaansprakelijkheid van een eiser voor deze schade tot een schuldaansprakelijkheid, waardoor een eiser slechts aansprakelijk kan worden gesteld indien hij op niet verdedigbare gronden is overgegaan tot tenuitvoerlegging, of door de wijze van tenuitvoerlegging onrechtmatig handelt. De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtttermijn biedt een eiser de mogelijkheid met tenuitvoerlegging van een verstekvonnis te wachten tot het aansprakelijkheidsrisico is geweken, zonder het recht van de defaillant op effectieve toegang tot de rechter aan te tasten. Misbruik van de beperking van aansprakelijkheid wordt bovendien voorkomen door de wachtttermijn en het systeem van schuldaansprakelijkheid.

Uit de rechtseconomische analyse is gebleken dat het aansprakelijkheidsrisico een negatieve invloed heeft op de verwachtingswaarde van een procedure. Hierdoor zal de situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul eerder intreden, waardoor het minder snel komt tot een procedure. Dit leidt tot een rem op het sluiten van overeenkomsten, vanwege het wegvallen van de zekerheid dat nakoming van een verbintenis in rechte kan worden afgedwongen. Het uitblijven van een procedure leidt er tevens toe dat de schade als gevolg van een wanprestatie of onrechtmatige daad niet op de dader zal worden verhaald. Een potentieel dader krijgt zodoende geen gedragsprikkel om af te zien van een schadeveroorzakend handelen of nalaten, hetgeen de kans op inefficiënt gedrag verhoogt. De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtttermijn neemt de negatieve invloed op de verwachtingswaarde van een procedure weg, waardoor het minder snel komt tot een situatie waarin de verwachtingswaarde van een procedure kleiner of gelijk is aan nul. Dit voorkomt de daaraan verbonden inefficiënte gevolgen. Bovendien geeft een systeem van schuldaansprakelijkheid gedragsprikkels aan zowel een eiser als een gedaagde om tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen te voorkomen, hetgeen leidt tot een efficiënt niveau van tenuitvoerlegging van foute verstekvonnissen, waardoor de kosten die daaraan zijn verbonden zo beperkt mogelijk worden gehouden.

De beperking van aansprakelijkheid na inachtneming van een wachtttermijn vergt echter wel geduld van een eiser, maar geduld is in dit geval een schone zaak, omdat het de schone schijn van een verstekvonnis elimineert.