

e-Court of de moderne Prometheus vs. het recht, een achterhoedegevecht?

dr. mr. C.N.J. de Vey Mestdagh en mr. A. Kamphorst¹

1. 'Robotrechter e-Court is een groot en niet transparant zwart gat'

De soap rond e-Court heeft een nieuw hoogtepunt bereikt. Deze zogenaamde robotrechter zou volledig geautomatiseerd incassozaken afhandelen. e-Court is negatief in het nieuws sinds recente publicaties in onder andere *De Groene Amsterdammer* en *Nieuwsuur*² naar aanleiding van een onderzoek van het platform voor journalistiek onderzoek Investico en van een onderzoeksrapport van de Landelijke Organisatie Sociaal Raadslieden (LOS) en Sociaal Werk Nederland (SWN).³ Beide onderzoeken putten zich uit om de weerzin tegen private 'commerciële' geschilbeslechting aan te wakkeren. Hierbij wordt ingespeeld op de gebrekkige kennis van technologie. Daardoor dreigt de discussie niet alleen e-Courts Nemesisis te worden, maar ook die van technologische vernieuwing in het algemeen. De koppen spreken boekdelen: 'Vonnis te koop' en 'Robotrechter e-Court is een groot en niet transparant zwart gat'. e-Court zou niet transparant zijn, in strijd met het recht werken en bovendien meer kosten dan de reguliere gerechtelijke procedure. De rechtbank Almelo heeft vervolgens besloten om geen arbitrale vonnissen van e-Court meer via een exequatur te bekrachtigen.⁴ Daarmee wordt het advies van het Landelijk Overleg Vakgroep Civiel en Kanton (LOVCK) gevolgd om eerst pre-

judiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over de wijze van toetsen van arbitragevonnissen door rechtbanken.⁵ Dit zal echter de behoefte aan kwalitatief goede, snellere en goedkopere alternatieven voor de overheidsrechtspraak niet verminderen. e-Court voldoet nu niet aan deze eisen. De technische mogelijkheden voor verbetering van de rechtsbescherming van schuldenaars en voor reductie van de kosten van de incassoprocedures zijn echter vele malen groter dan in deze discussie naar voren komt. Hieronder zullen wij daarom eerst kort de incassoprocedure beschrijven. Vervolgens worden de arbitrageprocedure bij e-Court en de bezwaren daartegen uiteengezet. Ten slotte zullen wij naar aanleiding van de e-Court casus de vraag beantwoorden of digitale rechtspraak voor incassozaken een goed alternatief vormt. Onze conclusie is dat de technische mogelijkheden hiervoor aanwezig zijn. De discussie – die inmiddels tot kamervragen heeft geleid⁶ – en verder onderzoek zouden zich moeten richten op de betrouwbare uitbouw van deze technische mogelijkheden.

2. Incassozaken

e-Court behandelt – naar verluid⁷ – jaarlijks tienduizenden incassozaken van onder andere circa negentig procent van de zorgverzekeraars. De incassopraktijk ziet er in grote lijnen als volgt uit.⁸ Een groot gedeelte van de incassodossiers wordt afgewikkeld in de *minnelijke fase*. Volgens de Nederlandse Vereniging van Incasso-ondernemingen (NVI) en de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) komt slechts een klein percentage van de vorderingen terecht in de *gerechtelijke fase*, waarbij nog weer een bepaald ge-

1. Kees de Vey Mestdagh is voorzitter van het bestuur van de Stichting Recht&ICT (c.n.j.de.vey.mestdagh@law-and-ict). Hij is gepromoveerd op het gebied van kunstmatige intelligentie en recht en verricht onderzoek op het gebied van IT-recht en legal engineering. Anne Kamphorst verricht promotieonderzoek bij de Rijksuniversiteit Groningen naar online dispute resolution en fair trial.

2. Investico, www.geheimerechtbank.nl; G.J. Dennekamp, 'Robotrechter e-Court is een groot en niet transparant zwart gat', *Nieuwsuur* 17 januari 2018, www.nos.nl/nieuwsuur (zoek op e-Court); K. Kuijpers, T. Muntz & T. Staal, 'Vonnis te koop', *De Groene Amsterdammer* 17 januari 2018.

3. Landelijke Organisatie Sociaal Raadslieden, *Rechtspraak op bestelling?! Stop commerciële rechtspraak*, Utrecht 2018.

4. 'Robotrechter e-Court in de problemen nu vonnissen niet worden goedgekeurd', *Nieuwsuur* 16 februari 2018, www.nos.nl/nieuwsuur (zoek op e-Court).

5. 'Rechtbanken zetten e-Court in de wacht', *Advocatenblad* 16 februari 2018, www.advocatenblad.nl (zoek op e-Court).

6. *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 1294. De kamervragen zullen voor 1 april 2018 worden beantwoord.

7. Zie o.a. K. Kuijpers, T. Muntz & T. Staal, 'Vonnis te koop', *De Groene Amsterdammer* 17 januari 2018.

8. X.E. Kramer e.a., *Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken*, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2012.

deelte van de vorderingen na het uitbrengen van de dagvaarding maar voor de eerste rolzitting van de rechtbank wordt geïnd. De NVI schat in dat in tachtig tot negentig procent van de vorderingen geen verweer wordt gevoerd. In een zaak zonder verweer kan de dagvaarding veelal via standaardmodellen, dus op eenvoudige wijze, worden opgesteld aan de hand van de gegevens die de schuldeiser aanlevert. De rechtbanken toetsen aan de hand van door rechters opgestelde standaardmodellen en handleidingen een vordering aan de formele en materiële vereisten, voordat het verstekvonnis wordt gewezen. In de gevallen waarin verweer wordt gevoerd vindt een inhoudelijke beoordeling plaats. Het vonnis levert de executoriale titel op waarmee de vordering in de *executoriale fase* kan worden geïnd. Een deel van deze procedure kan worden vervangen door arbitrage (art. 1020 e.v. Rv) indien de schuldeiser dit in zijn Algemene Voorwaarden heeft opgenomen en de schuldenaar niet binnen dertig dagen voor behandeling door de rechtbank kiest (opt-out, art. 6:236 lid n BW). Voor de uitkomst van de arbitrage moet toestemming (verlof) tot tenuitvoerlegging bij de voorzieningenrechter worden gevraagd. Dit exequatur levert een executoriale titel op waarmee de deurwaarder beslag kan leggen. De voorzieningenrechter van de rechtbank kan de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis op formele gronden zal worden vernietigd (art. 1063 lid 1 Rv). Er is geen sprake van een materiële (inhoudelijke) toetsing door de rechter.

3. Arbitrageprocedure e-Court

e-Court is een bedrijf dat sinds 2010 private geschillenbeslechting aanbiedt in civiele zaken en daarbij hoge inhoudelijke kwaliteit, grote snelheid en lage kosten belooft.⁹ Dit moet worden bereikt door het toepassen van arbitrage en een online procedure. e-Court geeft hierbij de volgende waarborgen voor helderheid, transparantie, snelheid en kwaliteit: simpele processtappen, begrijpelijke taal, een vonnis in acht weken, alle informatie bij de hand in één dossier, ondersteuning van de afdeling procesbewaking, onpartijdige en universitair opgeleide arbiters met minimaal 15 jaar relevante werkervaring, financiële onafhankelijkheid en een procesreglement dat beschermt tegen onnodige kostenstapeling.

De meeste zorgverzekeraars, Bol.com en binnenkort ook de waterschappen kunnen incassoprocedures bij e-Court starten via een arbitrageclausule in hun Algemene Voorwaarden.¹⁰ Hoewel het Procesreglement van e-Court bij een – feitelijke of

beweerde – wanbetaling slechts vereist dat de oproeping 'schriftelijk' geschied en geen nadere vormvereisten stelt,¹¹ wordt de gedaagde in de praktijk geregeld opgeroepen per deurwaardersexploot.¹² De deurwaarder is dus al vóór de executoriale fase bij de e-Courtprocedure betrokken.¹³ Bij de oproeping moet de schuldenaar worden voorgelicht over de keuze tussen e-Court en de overheidsrechter. Maakt de gedaagde niet binnen één maand bezwaar tegen de procedure bij e-Court, dan krijgt hij van e-Court een e-mail met inlogcodes. Hiermee krijgt hij toegang tot het online procesdossier, waarin de procedure wordt gevoerd. De procedure bij e-Court start met het openen van dit procesdossier. Het Procesreglement van e-Court biedt de mogelijkheden van wraking, verzet, hoger beroep, herroeping en vernietiging.¹⁴ De wraking wordt beoordeeld door de voorzitter van de raad van toezicht van e-Court. Tegen de beslissing staat geen rechtsmiddel open.¹⁵ Hoger beroep vindt plaats bij e-Court, maar alleen wanneer de mogelijkheid hiertoe is overeengekomen. Door de voorwaarden die worden gesteld aan dit hoger beroep zal het arbitraal hoger beroep doorgaans uitgesloten zijn.¹⁶ De overige rechtsmiddelen – herroeping en vernietiging – geven wel toegang tot de rechter.

De eerste schriftelijke ronde duurt vijf dagen, waarin gedaagde de kans krijgt om verweer te voeren. Doet hij dit niet, of erkent hij de vordering, dan wordt direct vonnis gewezen.¹⁷ Dit vonnis wordt door het geautomatiseerde systeem van e-Court opgesteld en door een arbiter geaccordeerd.¹⁸ Voert gedaagde wel verweer, dan volgt er een tweede schriftelijke ronde. Daarna weegt de arbiter de zaak en stelt hij zelf het vonnis op.¹⁹ Het vonnis wordt in afwijking van art. 1058 lid 1 sub b Rv niet bij de griffie van de rechtbank maar bij de notaris gedeponeerd en kan door e-Court worden gepubliceerd.²⁰ Als niet wordt betaald, kan het vonnis worden doorbestuurd naar de rechtbank voor een exequatur ex art. 430 Rv. Art. 1063 lid 1 Rv biedt de rechter slechts een beperkt aantal gronden om het exequatur te weigeren.

11. Art. 4 lid 1 Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.

12. *Supra* vn. 3, p. 20

13. Art. 3 lid 1 sub a Procesreglement stelt bijvoorbeeld: '[...] Het telefoonnummer van de gerechtsdeurwaarder staat in de oproeping vermeld, en ook in de e-mails van de afdeling procesbewaking'.

14. Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.

15. Art. 7 Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.

16. Art. 1 sub b Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.

17. Art. 12 lid 2 Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.

18. *Supra* vn. 3, p. 10.

19. *Supra* vn. 10.

20. Art. 13 lid 2 resp. 26 lid 9 Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.

9. www.e-court.nl; H.W. Wefers Bettink, 'E-Court en de lange weg naar houdbare elektronische geschiloplossing', *TVA* 2013-3.

10. K. Kuijpers, T. Muntz & T. Staal, 'Vonnis te koop', *De Groene Amsterdammer* 17 januari 2018.

4. Bezwaren tegen e-Court

e-Court is in januari 2010 opgericht en ontving al snel kritiek van de Raad voor de Rechtspraak. Die had moeite met de gebruikte terminologie ('rechtbank', 'rechtspraak', 'rechter' en 'vonnis') waardoor de illusie gewekt kon worden dat e-Court een echte rechtbank is. Naar aanleiding van deze kritiek heeft e-Court zijn terminologie aangepast.²¹ Bovendien kwam er ook kritiek op de procedure zelf.²² e-Court moest zijn Reglement vijf keer aanpassen in het eerste jaar.²³ Desondanks heeft e-Court ook onlangs veel kritiek ontvangen. Een van de belangrijkste bezwaren tegen de e-Courtprocedure is dat deze in strijd is met het recht op een eerlijk proces ex art. 6 EVRM.²⁴ Deze kritiek richt zich met name op het gebrek aan transparantie en de vermeende afhankelijkheid en partijdigheid van e-Court.²⁵ Nu e-Court een steeds groter marktaandeel lijkt te krijgen, is het belangrijk dat kan worden gecontroleerd hoe de procedure bij e-Court verloopt en of het recht goed wordt toegepast. e-Court kan inzicht in zijn procedures geven door vonnissen te publiceren. Onder druk van de media is e-Court hier per 1 februari 2018 mee begonnen.²⁶ De bevoegdheid om de vonnissen te publiceren had e-Court echter al langer. Desondanks zijn er tot nu toe slechts zes vonnissen gepubliceerd.²⁷ Dit is veel te weinig om inzicht te krijgen in de procedure. De lijst met arbiters die e-Court inmiddels heeft gepubliceerd geeft wel voldoende transparantie.²⁸ Voor het waarborgen van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid is echter meer vereist dan het uitsluitend publiceren van deze lijst. Volgens het EHRM moet ook de *schijn* van partijdigheid worden vermeden.²⁹ e-Court is afhankelijk van schuldeisers, waardoor de schijn van partijdigheid ontstaat. Consumenten kunnen namelijk niet zelf een zaak bij e-Court aanhangig maken, alleen de bedrijven en dienstverleners die e-Court in hun Algemene Voorwaarden hebben opgenomen kunnen dit doen. Wanneer de schuldeiser grootschalig in het ongelijk wordt gesteld, zal die niet meer bij e-Court terugkeren, maar een andere procedure zoeken waar hij meer kans op succes heeft. Hierdoor zal e-Court geneigd kunnen zijn om

in het voordeel van schuldeisers te beslissen. Dat e-Court uiteindelijk wordt betaald door de partij die in het ongelijk wordt gesteld, neemt niet weg dat e-Court voor zijn inkomsten (indirect) afhankelijk is van de schuldeisers die de zaken aanbrengen.³⁰ Partijen kunnen echter afstand doen van een of meer van de rechten die art. 6 EVRM biedt. Dit moet vrijwillig en ondubbelzinnig gebeuren.³¹ Vrijwillig en ondubbelzinnig afstand doen van een recht kan alleen wanneer de partijen zich daarvan bewust zijn. Met andere woorden: consumenten moeten zich bewust zijn van het feit dat ze afstand doen van het recht op een overheidsrechter en de waarborgen die daarbij horen. Dit bewustzijn is er alleen als ze goed geïnformeerd zijn. Of consumenten die informatie en dat bewustzijn in voldoende mate hebben, staat echter ter discussie.³² De consument verbindt zich vaak via de Algemene Voorwaarden van een dienstverlener onbewust aan de procedure bij e-Court.³³ Vervolgens blijkt de consument die voor e-Court wordt opgeroepen aan een opt-outbepaling vast te zitten, waarbij hij actief moet zeggen niet akkoord te gaan met de e-Courtprocedure. De inactieve consument committeert zich dus automatisch aan de procedure van e-Court.³⁴ Op grond van art. 6:236 sub n BW is het toegestaan om een dergelijke opt-outbepaling te hanteren, zolang de consument schriftelijk van de keuze voor e-Court op de hoogte wordt gesteld en een termijn krijgt van een maand om daar bezwaar tegen te maken. Op papier houdt e-Court zich dus aan de Nederlandse wet. Het is echter de vraag of consumenten voldoende worden geïnformeerd over de gevolgen van hun keuze.³⁵ Gedaagden die kiezen voor opt-out moeten dit schriftelijk kenbaar maken aan 'het adres dat in de oproeping staat vermeld'.³⁶ Aangezien het procesreglement voor elke vorm van informatieverstrekking naar de deurwaarder verwijst en de deurwaarder doorgaans de oproeping verzorgt, zal de gedaagde dus bij de deurwaarder moeten aangeven niet met de e-Courtprocedure in te stemmen. Het gebruik van deze opt-outbepaling brengt het risico met zich mee dat e-Court niet door de deurwaarder op de hoogte wordt gesteld van het bezwaar van de gedaagde tegen de procedure. Hierdoor kan e-Court ten onrechte vonnis wijzen als de gedaagde niet zou hebben ingestemd met de procedure.³⁷ Daarom zou

21. P.E. Ernste, 'Procederen bij e-Court', *JBP* 2010-3, p. 227 e.v.; H.W. Wefers Bettink, 'e-Court, een stap(je) naar elektronische geschiloplossing', *TvA* 2011-16.
 22. H.W. Wefers Bettink, 'e-Court, een stap(je) naar elektronische geschiloplossing', *TvA* 2011-16.
 23. H.W. Wefers Bettink, 'E-Court en de lange weg naar houdbare elektronische geschiloplossing', *TvA* 2013-3.
 24. *Supra* vn. 10.
 25. *Supra* vn. 10; G.J. Dennekamp, 'Robotrechter e-Court is een groot en niet transparant zwart gat', *Nieuwsuur* 17 januari 2018, www.nos.nl/nieuwsuur; *Supra* vn. 3, p. 14.
 26. K. Kuijpers, 'e-Court zwicht voor kritiek', *Investico* www.platform-investico.nl (zoek op e-Court).
 27. www.e-court.nl/uitspraken.
 28. www.e-court.nl/juridisch.
 29. Zie bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1026JUD000918680, nr. 9186/80 (*De Cubber/België*), §26.

30. *Supra* vn. 3, p. 11

31. EHRM 28 oktober 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1028JUD000164306, nr. 1643/06 (*Suda/Tsjechië*), §48; Directorate of the Jurisconsult, *Guide on Article 6 of European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb)*, Council of Europe 2017, p. 23, www.echr.coe.int (zoek op *Guide Right to a fair trial civil limb*).
 32. Zie bijvoorbeeld *Supra* vn. 3, p. 7.
 33. Zie bijvoorbeeld *Supra* vn. 10.
 34. Zie bijvoorbeeld *Supra* vn. 3, p. 7.
 35. *Ibid.*
 36. Art. 5 lid 1 Procesreglement e-Court 2017, www.e-court.nl/juridisch.
 37. Dat dit risico niet denkbeeldig is, blijkt uit Rb. Amsterdam 2 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:419.

e-Court ambtshalve moeten toetsen of de gedaagde goed is opgeroepen, voldoende is geïnformeerd over de opt-outbepaling en de keuze voor e-Court en of de gedaagde bezwaar heeft gemaakt tegen de e-Courtprocedure. In deze gevallen kan de rechter het exequatur weigeren als blijkt dat de gedaagde niet juist is opgeroepen voor de procedure bij e-Court. De kantonrechter zou echter als een 'stempelmachine' gefungeerd hebben.³⁸ Persrechter Matthieu Verhoeven van de rechtbank Almelo stelt in *De Groene Amsterdammer*: '... als e-Court de boel zou willen belazeren en toch beweert dat iemand niets van zich heeft laten horen, gaan wij niet kijken of dat juist is'.³⁹ Met andere woorden: de kantonrechter in Almelo biedt hier geen uitkomst. De kantongerechten zijn het overigens onderling niet eens over hoe indringend de vonnissen van e-Court getoetst moeten worden.⁴⁰ Als je kijkt naar art. 1063 lid 1 Rv, dan moet je concluderen dat de rechter niet inhoudelijk kan toetsen. Uit EU-rechtspraak blijkt echter dat de rechter ambtshalve moet toetsen of aan het consumentenrecht is voldaan.⁴¹

Volgens *De Groene Amsterdammer* trok de rechtbank Amsterdam eind 2016 aan de bel en nu is er een landelijk advies aan het vakoverleg van rechters om de vonnissen van e-Court goed te controleren. Volgens persrechter Verhoeven is dit advies echter nooit formeel bekrachtigd en verspreid onder de rechtbanken.⁴² Daarmee is het mogelijk dat een consument die zijn post niet opent, daardoor geen bezwaar heeft gemaakt tegen de procedure bij e-Court en daardoor ook geen verweer heeft gevoerd, opeens met een beslaglegging wordt geconfronteerd waardoor hij andere betalingen niet na kan komen. De kantonrechter zou bij een inhoudelijke behandeling van de zaak bovendien beter toetsen of de consument wordt benadeeld dan in de online procedure bij e-Court het geval is.⁴³

Een laatste bezwaar dat tegen e-Court is ingebracht, is dat de arbitrageprocedure niet of nauwelijks goedkoper is dan de procedure bij het kantongerecht. In de heftige discussie over de hoogte van de proceskosten wordt gesuggereerd dat '... bij een vordering die niet meer is dan € 500 ... De totale kosten van oproeping tot vonnis voor een procedure van een zorgverzekeraar bij de kantonrechter €392 bedragen en bij e-Court €500'.⁴⁴ Deze kosten omvatten de kosten van de dagvaarding, het salaris van de gemachtigde, het griffierecht bij de kantonrechtprocedure respectievelijk de arbitrage fee en

het griffierecht voor het exequatur bij de arbitrage via e-Court, het nasalaris van de gemachtigde en de betekening van het vonnis. Wie even nadenkt over de werkelijke kosten van de incassoprocedure komt waarschijnlijk tot de conclusie dat het gaat om een veelvoud aan kosten in vergelijking met de forfaitaire bedragen die in deze berekening zijn opgenomen. Bij de calculatie van de werkelijke kosten moet het traject vanaf het ontstaan van de schuld (registratie, aanmaning) tot aan de daadwerkelijke afhandeling (eventuele betaling) worden meegenomen, waarbij ook de werkelijke kosten van de betrokken rechters, advocaten en deurwaarders en de door hen gebruikte infrastructuur moeten worden betrokken. Deze kosten worden door de samenleving via publieke voorzieningen opgebracht en door de schuldeisers verwerkt in de prijzen voor hun producten en diensten. Om deze kosten zo laag mogelijk te houden voor alle betrokken partijen is het noodzakelijk om technische alternatieven voor de inherent te dure private en publieke rechtspraak serieus te nemen.

5. Technische uitdagingen

De groei van alternatieve en online vormen van geschilbeslechting is een gegeven.⁴⁵ Voor veel incassozaken is overheidsrechtspraak inhoudelijk, qua tijdsbeslag en wat betreft kosten een te zwaar middel. Dit neemt niet weg dat de kwaliteit van de private afhandeling van bulkzaken wel moet worden gegarandeerd en dat er altijd een publiek vangnet moet zijn voor zaken met een complexer verweer. In het geval van e-Court zijn er overduidelijk problemen met de openbaarheid en mogelijk met de kwaliteit van de procedure en van de vonnissen. Dit leidt de aandacht af van de mogelijkheden die de juiste toepassing van digitale geschilbeslechting biedt: in gevallen van schuldenaars die ten onrechte hun rekeningen niet betalen door het efficiënter maken van de procedure; in gevallen van schuldenaars die terecht verweer voeren door het ook inhoudelijk zorgvuldig omgaan met hun belangen; en in gevallen van schuldenaars die door de bomen het bos niet meer zien door het wegnemen van procedurele obstakels.

Voor een juiste toepassing van de techniek moeten de volgende drie vragen eerst worden beantwoord:

1. Kan digitale geschilbeslechting de kwaliteit van gerechtelijke geschilbeslechting evenaren

38. T. Staal, K. Kuijpers & T. Muntz, 'Oprukkende robotrechter handelt in strijd met de wet', *Investico*, www.platform-investico.nl (zoek op e-Court).

39. *Supra* vn. 10.

40. *Ibid.*

41. HvJ EU 18 februari 2016, C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98 (*Finanmadrid EFC*), punt 34 e.v. en de daar aangehaalde jurisprudentie.

42. *Supra* vn. 10.

43. Aldus kantonrechters Ulrici en Pennink in: K. Kuijpers, T. Muntz & T. Staal, 'Vonnis te koop', *De Groene Amsterdammer* 17 januari 2018.

44. *Supra* vn. 3, p. 18-19.

45. Zie hierover C.N.J. de Vey Mestdagh & T. van Zuijlen, 'Private rechtspraak: online én offline een realiteit', *Justitiële Verkenningen* 2012-8, p. 81-93. Uit de jaarverslagen van de Raad voor de Rechtspraak uit de periode 2010-2015 blijkt dat het aantal handelszaken in de sectoren kanton en civiel in de periode 2010-2015 met ca. 30% is afgenomen. In dezelfde periode groeit het beroep op aanbieders van ADR en ODR. Ook e-Court vertoont een forse groei, in 2013 is e-Court opgenomen in acht miljoen rechtsverhoudingen. Zie H.W.R. Nakad-Weststrate, 'Reactie', *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2014/3.

- of misschien zelfs verbeteren?
2. Zo ja, kan digitale geschilbeslechting werkelijk snellere en goedkopere procedures opleveren?
 3. Zo ja, zijn private organisaties geschikt om de kwaliteit, snelheid en lage kosten te garanderen?

Hierbij wordt gerechtelijke geschilbeslechting als uitgangspunt genomen en wordt onderzocht of de daaraan klevende bezwaren, zoals de hoge drempel voor de rechtzoekende en de complexiteit, de hoge kosten en de lange duur van de procedure, door private digitale geschilbeslechting kunnen worden weggenomen. Om een antwoord op de eerste vraag te kunnen geven moet duidelijk zijn wat wordt verstaan onder digitale geschilbeslechting. In de hele discussie rond e-Court wordt gesuggereerd dat er sprake is van een computer die juridische beslissingen van enige complexiteit neemt. e-Court heeft hier zelf aan bijgedragen door het oorspronkelijk gebruiken van aanduidingen als 'rechtbank' en 'rechter' voor zijn online procedure. In een latere publicatie van de oprichtster van e-Court wordt ook het begrip 'digital judge' gebruikt: 'the digital judge can be considered the 'most objective judge of the Netherlands', as the judge is impartial and will give rulings without favoring any of the parties involved on the basis of past or present relationships, misplaced empathy, admiration or other subjective influences in the decision making'.⁴⁶ De werking van e-Court wordt hierbij niet nader toegelicht. Als we echter met de expertise van een legal knowledge engineer kijken naar de zes gepubliceerde uitspraken van e-Court, dan wordt duidelijk dat er slechts sprake is van een – op een beperkt aantal casusgegevens gebaseerde – selectie uit een aantal formats en tekstblokken voor het vonnis en mogelijk van de toepassing van een rekenmodule voor de vordering en de kosten. e-Court is daarom geen juridisch kennissysteem dat beslissingen in incassozaken neemt. De procedure van e-Court kan dientengevolge ook niet gebruikt worden om de eerste vraag – of digitale geschilbeslechting de kwaliteit van gerechtelijke geschilbeslechting kan evenaren of misschien zelfs verbeteren – te beantwoorden.

In de negentiger jaren van de vorige eeuw is uitgebreid onderzoek verricht naar de mogelijkheid om complexe juridische beslissingen door computers te laten nemen. Dit onderzoek naar juridische kennissystemen toont aan dat computers met grote nuance kunnen beslissen over complexe juridische gevallen. Niet alleen op basis van wettelijke regels, maar ook van jurisprudentie, beleidsregels en opvattingen en belangen van betrokken partijen.⁴⁷

46. Zie H. Nakad-Weststrate e.a., 'Digitally Produced Judgments in Modern Court Proceedings', *International Journal of Digital Society* (6) 2015-4, p. 1108, waaruit blijkt dat het om een niet complex systeem gaat.

47. Vgl. C.N.J. de Vey Mestdagh, *Juridische Kennissystemen, rekentuig of rekenmeester? Het onderbrengen van juridische kennis in een expertsysteem voor het milieuvergunningenrecht*, Deventer: Kluwer 1997. Dit expertsys-

Juridische kennissystemen bevatten omvangrijke gegevensmodellen waarmee het systeem een gedetailleerde casus kan construeren⁴⁸ en uitgebreide regelmodellen waarmee het systeem beslissingen kan nemen. Het gaat hierbij ook om *niet* standaardoplossingen, waarbij verschillende kwalificaties van feiten, interpretaties van juridische begrippen, alternatieve beleidsregels en juridische opvattingen worden afgewogen.⁴⁹ In de juridische praktijk is de opvatting dat computers slechts standaardgevallen kunnen afhandelen en dat juristen de complexe gevallen voor hun rekening moeten blijven nemen ondanks deze en vele andere resultaten van wetenschappelijk onderzoek nog steeds dominant. Dit betekent dat de op angst gebaseerde kritiek van standaardisatie door automatisering niet moet worden gebaseerd op de beperkte mogelijkheden van automatisering, maar op de beperkte toepassing van de mogelijkheden van automatisering.

Als de voor het nemen van een juiste juridische beslissing vereiste complexe modellen eenmaal zijn geproduceerd dan zullen de organisaties die de er op gebaseerde juridische kennissystemen gebruiken ook sneller en efficiënter werken.⁵⁰ Wat verwarring kan scheppen is dat veel recent onderzoek zich heeft gericht op het ontdekken van patronen in juridische (big) data (bijvoorbeeld verzamelingen van eerdere uitspraken). Het gaat hierbij niet om de regelgebaseerde systemen zoals die hiervoor zijn beschreven, maar om zogenaamde case based systemen.⁵¹ De betrouwbaarheid van patroonherkenning is in sterke mate afhankelijk van het model dat wordt gehanteerd. Het meest eenvoudige model dat bijvoorbeeld slechts zoekt naar willekeurige woordfrequenties, zal onbetrouwbaarder resultaten opleveren dan een complexer model waarin bepaalde, voor een klasse van casus relevante juridische begrippen, in hun onderlinge samenhang worden gezocht. Het voordeel van case based systemen is dat zij zelf nieuwe oplossingen kunnen leren op grond van nieuwe gegevensbestanden binnen een bepaald domein. Bij regelgebaseerde

teem (ESM) verbetert 66% van de complexe milieuvergunningbeslissingen van juridische praktijkexperts.

48. Het selecteren en structureren van de relevante feiten.

49. Vgl. het Kwaliteitssysteem Boedelafwikkeling (KBA) dat alle (complexe en niet complexe) verklaringen van erfrecht kon produceren. C.N.J. de Vey Mestdagh, (red.) e.a., *IT voor Juristen*, Groningen: Stichting Recht & ICT 2016, p. 89-93.

50. In het geval van de toepassing van het Kwaliteitssysteem Boedelafwikkeling (KBA) bleek bijvoorbeeld dat de doorlooptijd voor het produceren van een verklaring van erfrecht afnam van 55 minuten naar 5 minuten.

51. Het op de Dag van de rechtspraak toegepaste systeem van LexIQ is bijvoorbeeld gebaseerd op patroonherkenning. Het is daarom niet verbazingwekkend dat de resultaten van de toepassing op bestaande casus niet erg indrukwekkend waren. Zie 'Dag van de Rechtspraak: computer vs rechter', *de Rechtspraak*, www.rechtspraak.nl (zoek op *De Rechtspraak duikt in de wereld van legal tech*).

systemen moet de mens deze nieuwe oplossingen invoeren. De toekomst ligt in een combinatie van rule based kennis-gebaseerde systemen en case based data-gebaseerde systemen.⁵²

Hoe kunnen we er nu voor zorgen dat die mogelijkheden ook worden gerealiseerd? Het rechtssysteem heeft hiervoor al een uitstekende procedure: openbaarheid. De kwaliteit van het werk van rechters wordt gecontroleerd doordat zij hun werk in de openbaarheid doen. Hetzelfde zal werken voor private geschilbeslechting. De consequentie hiervan is dat een private organisatie die geschilbeslechting wil aanbieden ook openbaarheid zal moeten betrachten. Het gaat hierbij zowel om de uitspraken als om de gevolgde procedure en de toegepaste kennis. Nu levert dat wel een nieuw probleem op. De meeste businessmodellen zijn gebaseerd op monopolisering van gegevens en kennis. De private geschilbeslechter die de namen van al zijn arbiters, alle toegepaste modellen en alle uitspraken beschikbaar stelt, loopt een groot risico om door de concurrentie te worden overvleugeld. De conclusie hieruit zou kunnen zijn dat het op commerciële basis aanbieden van private geschilbeslechting niet mogelijk is. Deze conclusie is echter voorbarig. Er zijn allerlei vormen van private organisaties die wel kunnen functioneren op een markt die openbaarheid vereist. Een van de mogelijkheden is een systeem van exclusieve licenties, waardoor een openbare procedure wordt beschermd tegen concurrentie. Een andere mogelijkheid is het gebruiken van technieken waarvan de toepassing zoveel investeringen in expertise, implementatie of continu onderzoek vraagt dat de private organisatie daardoor ondanks de openbaarmaking een exclusieve positie verwerft. Een derde mogelijkheid is de privaatsamenwerking van bedrijven, belangenorganisaties en overheid. Deze – in de rechtspraktijk nog niet uitprobeerde – oplossing biedt het voordeel van een maximale concentratie van juridische en praktijkkennis, vertegenwoordiging van alle betrokken belangen en bescherming van de vereiste openbaarheid tegen oneerlijke concurrentie.

Voor een digitaal systeem van arbitrage in incassozaken is gezien de problemen met e-Court noodzakelijk dat wordt voldaan aan de volgende eisen:

1. De consument moet beter beschermd worden dan bij de huidige opt-outbepaling het geval is. Dit kan het makkelijkst bereikt worden door de opt-outbepaling te vervangen door een opt-inbepaling. Een minder vergaande mogelijkheid is om de wettelijke opt-outmogelijkheid via een beslissingsondersteunend systeem volstrekt helder en begrijpelijk (op het niveau van de schuldenaar) toe te lichten. Dit vergt het opnemen van kennis van de sociale advocaten die zich bezighouden met het adviseren van schuldenaren in incassozaken;

2. De digitale arbitrageprocedure moet aan bepaalde eisen van openbaarheid voldoen zodat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiters, maar ook de kwaliteit van de vonnissen, kan worden gecontroleerd. Hiervoor is het onvoldoende om de namen van de arbiters en een (kleine) selectie van de uitspraken te publiceren. De procedure zelf en alle daarin toegepaste kennis (het algoritme en de regelbestanden) moeten ook openbaar worden gemaakt;
3. De toegepaste kennis moet niet alleen het formele recht omvatten maar ook het materiële recht. Het gemodelleerde materiële recht moet bovendien niet alleen wettelijke regels omvatten, maar ook de informele regels die arbiters gebruiken om hun beslissingen te nemen, zoals regels voor het bepalen van de bewijskracht en voor het al dan niet onredelijk bezwarend zijn van bepalingen.
4. Het systeem moet open en dynamisch zijn, dat wil zeggen het moet kunnen leren om overmatige standaardisatie en verstarring te voorkomen. Het is hiervoor voldoende om de gebruikers toe te staan om kennis aan het systeem toe te voegen. Ook hiermee is al in eerder onderzoek ervaring opgedaan.⁵³

Een systeem dat aan deze eisen voldoet is op grond van bestaande en beproefde technieken realiseerbaar, maar alleen haalbaar indien hierbij alle bij de incassoproblematiek betrokken partijen samenwerken (bedrijven, belangenorganisaties en de overheid).

6. Hoogwaardige digitale rechtspraak vereist

Het is overduidelijk dat het door e-Court aangeboden arbitrageproces vanaf het begin tekortkomingen heeft vertoond. Een belangrijke conclusie is dat er in het geval van e-Court geen sprake is van een 'robotrechter'. Er is sprake van een online procedure en van het gebruik van juridische modellen, maar in de verste verte *niet* van een geautomatiseerd beslissingsproces met de complexiteit van rechtspraak. Het gevolg hiervan is dat van e-Court ook niet verwacht kan worden dat de geautomatiseerde procedure – anders dan door menselijke interventie – materieel aan alle juridische eisen voldoet. Een serieus probleem is daarbij dat er slechts zes vonnissen van e-Court zijn gepubliceerd zodat geen volledig beeld kan worden verkregen van de inhoudelijke tekortkomingen van de incassoprocedure bij e-Court. Samengevat is er te weinig informatie voor een volledige en gedetailleerde beschrij-

52. Zie o.a. H.B. Verheij, *Argumenten voor goede kunstmatige intelligentie* (oratie Groningen), 2017.

53. C.N.J. de Vey Mestdagh, 'Learning from the Law Game. The simulation of legal tasks as a teaching method, considerations concerning the cohesion of levels of performance, education and simulation', in: I.S. Mayer & H.J.G. Warmelink, *Learning in a virtual world*, Oosterwijk: Wolf Legal Publisher 2009, p. 67-82.

ving van enerzijds het geautomatiseerde karakter en anderzijds de juridische kwaliteit van de beslissingen van e-Court. Wel is duidelijk dat de procedure formeel niet aan alle juridische eisen van fair trial voldoet. In het bijzonder doordat de schuldenaar vooraf onvoldoende is geïnformeerd over de arbitrageprocedure en doordat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbitrageprocedure onvoldoende is gewaarborgd. Dat hier aandacht voor is, is terecht. De vraag is echter of die aandacht leidt tot het gewenste resultaat: het realiseren van een betrouwbare, faire, snelle en betaalbare incasso-procedure. We zijn nu bezig met het voortdurend beschrijven van het probleem zonder dat wij werken aan een oplossing. Een mogelijke uitkomst van het proces is dat er door de Hoge Raad strengere eisen worden gesteld aan de materiële en formele beoordeling van arbitrale vonnissen door de rechter, maar dat daardoor de mogelijk toegevoegde waarde van arbitrage (snelheid en lagere kosten) tenietgedaan worden. Er is dan slechts sprake van het winnen van een achterhoedegevecht tegen slechte online arbitrage in plaats van het in de voorhoede van de technische ontwikkelingen bouwen aan betere afhandeling van incassozaken. Digitale geschilbeslechting zal steeds belangrijker worden, zowel in arbitrageprocedures als in gerechtelijke procedures. Openbaarheid van de procedure, de toegepaste kennis en de uitspraken is daarbij een essentiële voorwaarde voor de kwaliteit. De belanghebbenden hierbij – de schuldeisers, de schuldenaars, de sociale advocatuur, de incassobedrijven en de rechterlijke macht – moeten daarom samenwerken aan een openbaar en hoogwaardig systeem voor geautomatiseerde afhandeling van incassozaken.