Universiteit
Leiden
The Netherlands

Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken : regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

Vrendenbarg, C.J.S.

Citation
Vrendenbarg, C. J. S. (2018, February 1). *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken : regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/58468

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/58468

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/58468 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Vrendenbarg, Charlotte
Title: Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken : regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht
Date: 2018-02-01

Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken

Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

Serie Burgerlijk Proces & Praktijk XIX

Charlotte Vrendenbarg

Wolters Kluwer

Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken

Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

Serie Burgerlijk Proces & Praktijk

Redactie:
Prof. mr. H.B. Krans
Prof. mr. H.J. Snijders
Prof. mr. A.C. van Schaick

Verschenen dissertaties:

I. P. Broekveldt, Derdenbeslag, 2003
II. K. Teuben, Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht, 2005
III. M. Zilinsky, De Europese Executoriale Titel, 2005
IV. V.C.A Lindijer, De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief, 2006
V. M.B. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom in het burgerlijk recht, 2007
VI. J.P. Fokker, E-arbitrage, 2009
VII. G.C.C. Lewin, Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba, 2010
VIII. J. van der Linden, De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken, 2010
IX. J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht: art. 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 2017
X. J. Ekelmans, De exhibitieplicht, 2010
XI. R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, 2011
XII. P. Sluijter, Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?, 2011
XIII. M.W. Knigge, De procesovereenkomst, 2012
XIV. A.G.F. Ancery, Ambtshalve toepassing van EU-recht, 2012
XV. M. Meijsen, Ontwikkelingen in het civielrechtelijk conservatoir beslag in Nederland, 2013
XVI. J.F. Vlek, Parallelle procedures en misbruik van procesrecht onder de EEX-Verordening II, 2015
XVII. E.F. Groot, Het voorlopig getuigenverhoor, 2015
XVIII. N.E. Groeneveld-Tijssens, De verklaring voor recht, 2015
XIX. C.J.S. Vrendenbarg, Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken, 2018

Verschenen monografieën:

1. A.I.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg – 2e druk, 2011
2. H.J. Snijders, Civiel appel – 4e druk, 2009
3. W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, 2004
4. H.E. Ras, bew. door A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken – 5e druk, 2017
5. Th.B. ten Kate en E.M. Wesseling-van Gent, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechterlijke uitspraken – 2e druk, 2013
6. W.H.B. den Hartog Jager, Procederen met of zonder procesvertegenwoordiging: de stand van zaken in 2012 – 2e druk, 2012
7. A.H. Santing-Wubs, Mediation in juridisch perspectief – 2e druk, 2012
8. M. Freudenthal, Schets van het Europees civiel procesrecht – 2e druk, 2013
9. H.E. Ras, bew. door G.C.C. Lewin, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba, 2008
10. P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, 2008
11. M.O.J. de Folter, Vrijwaring & Interventie, 2009
12. H.B. Krans, Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht, 2010
13. G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage, 2011
14. T.F.E. Tjong Tjin Tai, De schadestaatprocedure, 2012
15. G. de Groot, Getuigenbewijs in civiele zaken, 2015
16. J. Ekelmans, In eerste aanleg. De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg, 2015
17. G.C. Boot, Arbeidsprocesrecht, 2017

Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken

Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 1 februari 2018
klokke 15:00 uur

door

Charlotte Joanna Sophie Vrendenbarg

geboren te Tilburg

in 1981

Promotores:	Prof. mr. H.J. Snijders Prof. mr. D.J.G. Visser
Promotiecommissie:	Prof. mr. H.B. Krans Prof. mr. S.J. Schaafsma Prof. mr. P.H. Blok (Universiteit Utrecht) Prof. dr. M. Buydens (Vrije Universiteit Brussel, België)

Charlotte Vrendenbarg

Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken

Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht

Wolters Kluwer

Deventer – 2018

Citeerwijze:
VERKORT: Vrendenbarg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken (BPP nr. XIX)* 2018
VOLLEDIG: C.J.S. Vrendenbarg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken. Regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XIX) (diss. Leiden)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Grafische vormgeving: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 14808 4
ISBN 978 90 13 14809 1 (E-book)
NUR 822-209

© 2018, Wolters Kluwer Nederland B.V.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.
Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).
Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
NAVIGATOR

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding / 1
1.1 Introductie / 1
1.2 Probleemstelling, opzet en methodologie / 5
1.3 Onderwerp en afbakening / 8

2. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken: Richtlijn 2004/48/EG / 11
2.1 Inleiding / 11
2.2 Achtergrond van de Richtlijn 2004/48/EG / 14
2.3 De Handhavingsrichtlijn: totstandkoming, doelstelling en inhoud / 23
2.4 De Handhavingsrichtlijn en het subsidiariteitsbeginsel / 30
2.5 Het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn / 35
2.6 Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 40
2.7 Proceskostenregels bij de aanstaand *Unified Patent Court* / 51
2.8 Conclusie / 53

3. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in Europees perspectief / 55
3.1 Inleiding / 55
3.2 De toenemende invloed van EU-recht op nationaal procesrecht / 56
3.3 Het Europees grondrecht op toegang tot de rechter / 67
3.4 Financiële drempels in de toegang tot de rechter: de verdragsrechtelijke voorwaarden / 76
3.5 De relevante beginselen van EU-recht / 87
3.6 De Europese invulling / 93
3.7 Conclusie / 97

4. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in Nederlands perspectief: het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW / 101
4.1 Inleiding / 101
4.2 Waarborgen voor de toegankelijkheid van de rechter / 102
4.3 De historische achtergrond van art. 237 e.v. Rv / 105
4.4 Uitzonderingen op de hoofdregel, dat de verliezer wordt veroordeeld in de proceskosten / 114
4.5 Beperking van de proceskosten: het liquidatietarief / 118

4.6 Buitengerechtelijke kosten / 125
4.7 De bedongen kostenvergoeding / 137
4.8 Verenigbaar met EU-recht? / 140
4.9 Conclusie / 144

5. De implementatie, uitleg en toepassing van art. 14 van de Richtlijn 2004/48/EG in Nederland / 145
5.1 Inleiding / 145
5.2 De implementatie / 146
5.3 Het toepassingsbereik van titel 15 Boek 3 Rv / 157
5.4 Het desgevorderd-vereiste / 171
5.5 De in het (on)gelijk gestelde partij / 189
5.6 Redelijk, evenredig, billijk / 200
5.7 Verstek / 216
5.8 Proceskosten in appel / 217
5.9 Proceskosten in cassatie / 222
5.10 De kosten van de prejudiciële procedure / 225
5.11 De procedure na verwijzing / 226
5.12 De overeengekomen proceskostenvergoeding / 227
5.13 Conclusie / 228

6. De rol van de rechter bij de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv / 231
6.1 Inleiding / 231
6.2 Art. 1019h Rv en de 'salto mortale' in de praktijk / 232
6.3 De taakverdeling tussen partijen en de rechter in het burgerlijk proces / 235
6.4 De invloed van het EU-recht op het civiele beslissingskader van art. 23-25 Rv / 243
6.5 De mogelijke invloed van EU-recht op de taakverdeling ter zake van art. 1019h Rv / 247
6.6 Conclusie / 258

7. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in Engeland & Wales, Duitsland en België / 261
7.1 Inleiding / 261
7.2 De gekozen kostenstelsels / 261
7.3 Engeland & Wales: justice at proportionate costs? / 262
7.4 Duitsland / 278
7.5 België / 287
7.6 Conclusies / 294

8. De effecten van proceskostenveroordeling op de toegang tot de rechter: theorie en praktijk / 299
8.1 Inleiding / 299
8.2 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv op het gedrag van partijen / 301

8.3 Het effect van de *English rule* op de beslissing om te procederen of te schikken: theorie en praktijk / 305
8.4 Conclusie / 328

9. Synthese, aanbevelingen en conclusies / 331
9.1 Inleiding / 331
9.2 De toets aan het normatief beoordelingskader / 332
9.3 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 343
9.4 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures in het algemeen / 360
9.5 Conclusie / 363

Summary / 365

Bijlage / 373

Lijst van aangehaalde literatuur / 375

Jurisprudentieregister / 401

Trefwoordenregister / 417

Curriculum vitae / 423

INHOUDSOPGAVE

Verkorte inhoudsopgave / VII

Inhoudsopgave / XI

1. Inleiding / 1

1.1 Introductie / 1
1 Het verband tussen proceskostenregelingen en toegang tot de rechter in IE-zaken / 1
2 Art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn / 3

1.2 Probleemstelling, opzet en methodologie / 5
3 Probleemstelling / 5
4 Opzet / 7
5 Methodologie / 7

1.3 Onderwerp en afbakening / 8
6 Onderwerp / 8
7 Afbakening en eerdere publicaties / 10

2. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken: Richtlijn 2004/48/EG / 11

2.1 Inleiding / 11
8 De open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 11

2.2 Achtergrond van de Richtlijn 2004/48/EG / 14
9 De Handhavingsrichtlijn in internationale en communautaire context / 14
10 De TRIPs-overeenkomst / 15
11 De Anti-Piraterij Verordening / 18
12 Geharmoniseerde materiële IE-wetgeving en Unierechten / 19
13 Aanleiding tot de Handhavingsrichtlijn: de behoefte aan een *level playing field* / 21
14 Deelconclusie / 23

2.3 De Handhavingsrichtlijn: totstandkoming, doelstelling en inhoud / 23
15 De totstandkoming van de richtlijn / 23
16 De doelstelling van de richtlijn / 24
17 De inhoud van de richtlijn / 25
17a De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen van de richtlijn / 25
17b Doeltreffend, evenredig en afschrikkend / 26
18 Deelconclusie / 30

2.4 De Handhavingsrichtlijn en het subsidiariteitsbeginsel / 30
19 De grondslag van de richtlijn: art. 114 VWEU / 30
20 De ontvangst van het richtlijnvoorstel in het licht van de subsidiariteit / 32
21 Deelconclusie / 35

2.5 Het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn / 35
22 Inleiding / 35
23 Het materieel toepassingsbereik van de richtlijn / 36
24 Het formeel toepassingsbereik van de richtlijn / 37
25 Deelconclusie: een richtlijn van compromissen / 40

2.6 Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 40
26 Inleiding / 40
27 De basis van de proceskostenbepaling: art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst / 41
28 Subsidiariteitsbezwaren ten aanzien van de proceskostenbepaling / 43
29 De uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn door het HvJ EU / 46
29a De doelstelling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 46
29b Welke kosten? / 48
29c De open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 49
30 Deelconclusie / 50

2.7 Proceskostenregels bij de aanstaand *Unified Patent Court* / 51
31 Proceskostenveroordeling en -vergoeding volgens de *Rules of Procedure* / 51

2.8 Conclusie / 53
32 Proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken: doeltreffend, evenredig en afschrikkend / 53

3. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in Europees perspectief / 55

3.1 Inleiding / 55
33 De relevante grondrechten en beginselen van EU-recht / 55

3.2 De toenemende invloed van EU-recht op nationaal procesrecht / 56
34 Inleiding / 56
35 De Rewe-criteria / 57
36 Europese harmonisering van procesrecht / 58
36a Art. 81 VWEU als bron van harmonisering van procesrecht / 58

36b Art. 114 VWEU als bron van harmonisering van procesrecht / 60
36c Het Handvest als bron van harmonisering van procesrecht / 65
37 Deelconclusie / 66

3.3 Het Europees grondrecht op toegang tot de rechter / 67
38 Inleiding / 67
39 De verhouding tussen art. 6 en 13 EVRM en art. 47 Handvest / 69
40 Doorwerking van art. 6 EVRM en art. 47 Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen / 72
41 Deelconclusie / 75

3.4 Financiële drempels in de toegang tot de rechter: de verdragsrechtelijke voorwaarden / 76
42 Waarborgen voor een praktische en effectieve toegang tot de rechter / 76
43 De driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest / 78
44 Toepassing van de driestappentoets door het HvJ EU / 79
45 De beperkingsclausules van art. 52 lid 1 Handvest / 81
46 Deelconclusie: de betekenis van de driestappentoets voor de uitleg van art. 1019h Rv / 86

3.5 De relevante beginselen van EU-recht / 87
47 Inleiding / 87
48 Het rechtszekerheidsbeginsel / 88
49 Het beginsel van gelijkheid der procespartijen / 90
50 Deelconclusie / 92

3.6 De Europese invulling / 93
51 *Loser pays*… maar niet *all* / 93

3.7 Conclusie / 97
52 Het overzicht van Europese randvoorwaarden waaraan nationale proceskostenregels moeten voldoen / 97

4. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in Nederlands perspectief: het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW / 101

4.1 Inleiding / 101
53 Algemeen / 101

4.2 Waarborgen voor de toegankelijkheid van de rechter / 102
54 Toegang tot de civiele overheidsrechter in Nederland / 102
55 Waarborgen ten aanzien van de eigen kosten / 104
56 Waarborgen ten aanzien van de mogelijke kostenveroordeling / 105

4.3 De historische achtergrond van art. 237 e.v. Rv / 105
57 De hoofdregel van art. 237 Rv / 105

58 De oorsprong van art. 237 e.v. Rv / 106
59 De grondslag van art. 237 e.v. Rv / 109
60 Deelconclusie / 113

4.4 Uitzonderingen op de hoofdregel, dat de verliezer wordt veroordeeld in de proceskosten / 114
61 De uitzonderingen van art. 237 Rv / 114
62 Compensatie bij (on)gelijk over en weer / 115
63 Nodeloos aangewende kosten / 117

4.5 Beperking van de proceskosten: het liquidatietarief / 118
64 Achtergrond van het liquidatietarief / 118
65 Totstandkoming van het liquidatietarief / 119
66 Toepassing en afwijking van het liquidatietarief / 122
67 Deelconclusie / 124

4.6 Buitengerechtelijke kosten / 125
68 De vergoeding van buitengerechtelijke kosten / 125
69 'Van kleur verschietende' buitengerechtelijke kosten / 126
70 Dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW / 127
71 Ambtshalve dubbele redelijkheidstoets? / 129
72 Normering buitengerechtelijke incassokosten / 130
73 Stellen en specificeren / 134
74 Deelconclusie / 136

4.7 De bedongen kostenvergoeding / 137
75 De rechterlijke matigingsbevoegdheid van art. 242 Rv / 137

4.8 Verenigbaar met EU-recht? / 140
76 Analyse van het kostenstelsel in het licht van de grondrechten en beginselen van EU-recht / 140

4.9 Conclusie / 144
77 Het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW en de toegang tot de rechter / 144

5. De implementatie, uitleg en toepassing van art. 14 van de Richtlijn 2004/48/EG in Nederland / 145

5.1 Inleiding / 145
78 Algemeen / 145

5.2 De implementatie / 146
79 Inleiding / 146
80 Art. 1019h Rv: volledige proceskostenveroordeling als uitgangspunt / 147
81 Glijdende schaal? / 149

82 Ontvangst en alternatieven / 151
83 Waarborgen voor de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken en de (niet-)verzekerbaarheid van IE-procedures / 154
84 Deelconclusie / 157

5.3 Het toepassingsbereik van titel 15 Boek 3 Rv / 157
85 Inleiding / 157
86 Het materieel toepassingsbereik / 158
87 Het formeel toepassingsbereik / 161
87a 'Handhaving' in de zin van art. 1019 Rv / 161
87b Het ongeldigheidsverweer en de toepasselijkheid van art. 1019h Rv / 163
87c Vervolgprocedures en incidenten in IE-zaken / 166
88 Temporele toepasselijkheid / 167
89 Wie bepaalt de toepasselijkheid van art. 1019h Rv? / 169
90 Deelconclusie / 170

5.4 Het desgevorderd-vereiste / 171
91 Inleiding / 171
92 Het *Endstra-arrest* / 171
93 De vordering ex art. 1019h Rv / 173
94 De aan de specificatie te stellen eisen / 176
94a Inleiding / 176
94b Specificatie en betwisting / 177
94c Specificatie en prijsafspraken / 180
95 Uitsplitsing naar grondslagen, conventie en reconventie, hoofdzaak en incident / 184
96 Tijdige specificatie / 185
97 Het verweer van de wederpartij / 187
98 Deelconclusie / 188

5.5 De in het (on)gelijk gestelde partij / 189
99 Inleiding / 189
100 Gemengde grondslag / 190
101 Meerdere IE-rechten / 193
102 Bepaling van het (on)gelijk op andere dan materiële gronden / 197

5.6 Redelijk, evenredig, billijk / 200
103 Inleiding / 200
104 Welke kosten? / 201
105 Redelijk en evenredig / 202
105a Inleiding / 202
105b Rechtspraak over de redelijkheids- en evenredigheidstoets en de functie van de Indicatietarieven / 205
106 De billijkheidstoets / 213
107 Deelconclusie / 216

5.7 Verstek / 216
108 Proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv in verstekzaken / 216

5.8 Proceskosten in appel / 217
109 Toepasselijkheid / 217
110 Het desgevorderd-vereiste / 217
111 De in het (on)gelijk gestelde partij / 220
112 De toepassing van de matigingsgronden in hoger beroep / 221
113 Proceskosten en de appelgrens / 222

5.9 Proceskosten in cassatie / 222
114 Toepasselijkheid / 222
115 Het desgevorderd-vereiste en het vereiste van (tijdige) specificatie / 223
116 De in het (on)gelijk gestelde partij / 224
117 De toepassing van de matigingsgronden in cassatie / 224
118 De proceskostenbeslissing in feitelijke instanties / 225

5.10 De kosten van de prejudiciële procedure / 225
119 De vergoeding van de kosten van de prejudiciële procedure ex art. 1019h Rv / 225

5.11 De procedure na verwijzing / 226
120 De vergoeding van de kosten van procedure na verwijzing ex art. 1019h Rv / 226

5.12 De overeengekomen proceskostenvergoeding / 227
121 Overeengekomen 1019h-kosten worden toegewezen / 227

5.13 Conclusie / 228
122 Voorlopige analyse van de implementatie, uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in het licht van EU-recht / 228

6. De rol van de rechter bij de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv / 231

6.1 Inleiding / 231
123 Algemeen / 231

6.2 Art. 1019h Rv en de 'salto mortale' in de praktijk / 232
124 Niet-betwisten = toewijzen, of ambtshalve matigen? / 232

6.3 De taakverdeling tussen partijen en de rechter in het burgerlijk proces / 235
125 Inleiding / 235
126 Het civiele beslissingsmodel van art. 23-25 Rv / 236
127 De taakverdeling tussen partijen en de rechter in hoger beroep / 239
128 Verstek / 240

129 Naar een actievere rechter? / 241
130 Deelconclusie / 243

6.4 De invloed van het EU-recht op het civiele beslissingskader van art. 23-25 Rv / 243
131 Inleiding / 243
132 Ambtshalve toepassing van EU-recht? / 243
133 Consumentenzaken (en mededingingszaken) / 244

6.5 De mogelijke invloed van EU-recht op de taakverdeling ter zake van art. 1019h Rv / 247
134 Handhavingsrichtlijn en Handvest: recht van openbare orde? / 247
135 De speelruimte van de rechter bij de beslissing over de proceskosten van art. 1019h Rv / 249
135a Inleiding / 249
135b Vordering c.q. verweer ambtshalve 'EU-conform' uitleggen? / 249
135c Minder toewijzen dan gevorderd? / 254
135d De speelruimte van de rechter in hoger beroep / 255
135e Verstek / 257
136 Deelconclusie: stelsel verenigbaar met het beginsel van effectieve rechtsbescherming? / 257

6.6 Conclusie / 258
137 Naar een actievere rechter? / 258

7. Proceskostenveroordeling en -vergoeding in Engeland & Wales, Duitsland en België / 261

7.1 Inleiding / 261
138 Doel van het rechtsvergelijkend onderzoek / 261

7.2 De gekozen kostenstelsels / 261
139 De keuze voor de stelsels van Engeland & Wales, Duitsland en België / 261

7.3 Engeland & Wales: justice at proportionate costs? / 262
140 Inleiding / 262
141 De Jackson en Woolf Reforms / 263
142 Proceskostenveroordeling na de Jackson Reforms / 265
143 Meer Jackson Reforms / 267
144 Hervormingen op het gebied van *IP litigation* / 271
145 *IP litigation* na de Jackson Reforms / 273
146 Ervaringen met de 'nieuwe' proceskostenregels in de praktijk / 275
147 Deelconclusie / 278

7.4 Duitsland / 278
148 Inleiding / 278

149 De Duitse proceskostenregels / 279
150 Rechtsbijstand en procesfinanciering / 282
151 Proceskostenveroordeling in IE-zaken / 283
152 Ervaringen in de praktijk / 285
153 Deelconclusie / 286

7.5 België / 287
154 Rechtsplegingsvergoeding en de toegang tot de rechter / 287
155 De Belgische proceskostenregels / 289
156 Proceskostenveroordeling in IE-zaken / 291
157 Deelconclusie / 294

7.6 Conclusies / 294
158 Algemeen / 294
159 *Loser pays* … maar niet altijd / 294
160 *Loser pays*… maar niet *'all':* de invloed van art. 47 Handvest / 295
161 De (afwezige) invloed van de Handhavingsrichtlijn / 296
162 Conclusie: verenigbaar met EU-recht? / 297

8. De effecten van proceskostenveroordeling op de toegang tot de rechter: theorie en praktijk / 299

8.1 Inleiding / 299
163 Art. 1019h Rv in de praktijk: effecten en effectiviteit / 299

8.2 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv op het gedrag van partijen / 301
164 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv: beperkingen en mogelijkheden / 301
165 Exploratief onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv / 302

8.3 Het effect van de *English rule* op de beslissing om te procederen of te schikken: theorie en praktijk / 305
166 De effecten van de *English rule* volgens het standaard rechtseconomisch beslismodel / 305
167 De invloed van de risicohouding van partijen op het effect van de *English rule* / 306
168 Het verhoogde uitgaven-effect van de *English rule* / 312
169 Het optimisme-effect van de *English rule* / 316
170 Andere effecten van de *English rule* / 317
171 Het *overall effect* van de *English rule* op het aantal schikkingen en procedures / 320
172 Analyse van de uitkomsten van de enquête in het licht van de theorie en empirie / 321
173 De invloed van tarieven op de effecten van de *English rule* / 323
173a De *German rule* / 323

173b De positieve invloed van tarieven op de effecten van de *English rule* / 324
173c De negatieve invloed van tarieven op de effecten van de *English rule* / 326
173d De *overall* invloed van tarieven op de effecten van tarieven de *English rule* / 327

8.4 Conclusie / 328
174 De effecten van art. 1019h Rv op de toegang tot de rechter / 328

9. Synthese, aanbevelingen en conclusies / 331

9.1 Inleiding / 331
175 Algemeen / 331

9.2 De toets aan het normatief beoordelingskader / 332
176 Het normatief beoordelingskader / 332
177 De doeltreffendheid van art. 1019h Rv / 335
178 Art. 1019h Rv en het recht op toegang tot de rechter: de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest / 336
179 Art. 1019h Rv en het rechtszekerheidsbeginsel / 341
180 Art. 1019h Rv en het beginsel van gelijkheid der procespartijen / 342
181 De toets aan het normatief beoordelingskader: conclusie / 342

9.3 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn / 343
182 Open normen / 343
183 De rol van de Europese wetgever / 344
184 De rol van het Hof van Justitie EU / 347
185 De rol van de Nederlandse wetgever / 347
186 De rol van de rechterlijke macht / 350
186a Inleiding / 350
186b EU-conforme rechtspraak? / 350
186c Naar een tariefstelsel met absolute maxima / 353
187 De per 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven / 357

9.4 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures in het algemeen / 360
188 Verenigbaarheid van de Nederlandse forfaitaire kostenvergoeding met het EU-recht / 360
189 Naar een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures / 361

9.5 Conclusie / 363
190 Naar een (maximum)tariefstelsel in alle civiele procedures / 363

Summary / 365

Bijlage / 373

Lijst van aangehaalde literatuur / 375

Jurisprudentieregister / 401

Trefwoordenregister / 417

Curriculum vitae / 423

1. INLEIDING

1.1 Introductie

1 Het verband tussen proceskostenregelingen en toegang tot de rechter in IE-zaken

Londen, maart 2012. Michael Wilcox, een 69-jarige uitvinder van innovatieve kleurprinttechnologie, staat voor de deur van het Brits Parlement. Voor het oog van een kleine groep toeschouwers verbrandt Wilcox het bewijs van één van zijn kostbare octrooiregistraties. De reden: het zou waardeloos zijn geworden. Verschillende bedrijven zouden aan de haal zijn gegaan met zijn technologie. Toestemming hebben zij daarvoor niet gevraagd. Gesprekken over eventuele licenties zouden zij niet willen aangaan. Er zou namelijk geen enkele noodzaak zijn een licentievergoeding te betalen aan iemand, die het zich toch niet kan veroorloven om gerechtelijke stappen te ondernemen. Het protest van Michael – *'the toothless tiger'* – Wilcox is gericht tegen het in zijn ogen 'falend' *patent system* in Engeland. De registratie van het octrooi zou al een zeer kostbare aangelegenheid zijn geweest, maar een eventuele inbreukprocedure zou zijn financiële ondergang betekenen. Waarom zou hij nog investeren in innovatie als de investering niet kan worden terugverdiend en beschermd?[1]

De kosten waarmee Wilcox geconfronteerd zou kunnen worden indien hij een gerechtelijke inbreukprocedure zou aanvangen, kunnen worden onderscheiden in directe en indirecte kosten. Onder directe kosten vallen de griffierechten, de kosten van rechtsbijstand (meestal de grootste kostenpost), deurwaarderskosten, de kosten van deskundigen en getuigen, reis- en verblijfskosten, buitengerechtelijke kosten en de eventuele proceskostenveroordeling. In procedures over intellectuele eigendom (IE) is bovendien vaak bijstand vereist door één of meer gespecialiseerde advocaten en daarnaast door octrooi- of merkgemachtigden. Verder kunnen de kosten gemoeid met de opsporing van inbreukmakers en het verzamelen van bewijs van inbreuk een

1 R. Tyler, 'Inventor fury as patents prove too costly to defend', *The Telegraph* 8 maart 2012, telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/9130815/Inventor-fury-as-patents-prove-too-costly-to-defend.html.

aanzienlijke post vormen.[2] In de meeste stelsels in de EU kunnen de directe kosten tot een zeker bedrag worden verhaald op de verliezende partij. Dat geldt niet voor de indirecte kosten, die worden gevormd door bijvoorbeeld vertraging in de bedrijfsvoering in verband met het voorbereiden van de zaak, dalende verkoopcijfers in afwachting van de uitspraak en stijgende kredietkosten in verband met een verhoogde kans op faillissement. Indien in meerdere landen inbreuk wordt gepleegd kan het bovendien nodig zijn in al die landen een inbreukprocedure aan te vangen. De indirecte kosten kunnen nog verder oplopen indien tegenstrijdige vonnissen worden gewezen en als gevolg de bedrijfsactiviteiten of de producten in een specifiek land moeten worden aangepast.[3] Procederen in IE-zaken is kortom een kostbare aangelegenheid. De wetenschap dat de directe kosten in geval van winst niet volledig op de verliezende partij kunnen worden verhaald, kan een reden zijn om af te zien van een procedure. Maar het vooruitzicht bij eventueel verlies alle directe kosten van de wederpartij te moeten betalen, schrikt zo mogelijk nog meer af.

In de brede context van de goede werking van de interne markt, één van de doelstellingen van de Europese Unie, worden obstakels in de toegang tot de rechter in IE-geschillen onwenselijk geacht. Ondernemingen en particulieren zouden minder gemotiveerd zijn innovatieve en creatieve activiteiten te ontplooien, indien de rechten die daaruit ontstaan niet beschermd kunnen worden. Bedrijven zouden niet langer willen investeren in innovatie, indien de investering niet kan worden terugverdiend.[4] In een klimaat waarin IE-rechten niet effectief gehandhaafd kunnen worden, krijgen inbreukmakers bovendien vrij spel. Grootschalige namaak- en piraterijpraktijken zullen een vlucht nemen, met ernstige gevolgen voor de Europese en nationale economieën.[5] De Handhavingsrichtlijn, het overkoepelend thema van dit proefschrift, maakt deel uit van een groots EU-actieplan ter bestrijding van inbreuken. Met de richtlijn wordt beoogd de civielrechtelijke handhavingsmaatregelen in de lidstaten van de EU te verbeteren en te harmoniseren. Het doel daarvan is tweeledig. Enerzijds wordt beoogd een klimaat te creëren waarin (het investeren in) innovatie en creatie weer wordt gestimuleerd. Anderzijds is het doel piraten en

---

2 European Observatory on Counterfeit and Piracy, 'Damages in Intellectual Property Rights' (2010), p. 5 e.v. (ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/damages_en.pdf); WIPO, 'IP Litigation Costs – Special Edition' (2010), *WIPO Magazine* 1, p. 2 (wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2010/wipo_pub_121_2010_01.pdf).

3 Weatherall, Webster & Bently 2009, p. 41.

4 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEU* 2004, L 195/16), ov. 3 considerans; Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM(2003)46 def., p. 18; Weatherall, Webster & Bently 2009, p. 11.

5 T. Daling, 'De economische schade als gevolg van piraterij loopt in de EU op tot jaarlijks € 83 mrd', *Het Financieel Dagblad* 5 december 2016, fd.nl/ondernemen/1178346/economische-schade-piraterij-loopt-in-eu-op-tot-jaarlijks-83-mrd. Zie ook RAND Europe, Measuring IPR infringements in the internal market - Development of a new approach to estimating the impact of infringements on sales 2012, te raadplegen via ec.europa.eu.

inbreukmakers te ontmoedigen door het voeren van een streng en effectief handhavingsbeleid.[6]

Hoog op de agenda van de EU staat de effectieve rechtsbescherming van *startups* en het MKB. Volgens de Europese Commissie worden met name de innovatieve midden- en kleinbedrijven ervan weerhouden hun IE-rechten te handhaven. Procedures in IE-zaken zouden voor deze groep te complex en te kostbaar zijn.[7] De mate waarin het MKB kan concurreren met grotere ondernemingen wordt evenwel essentieel geacht voor een gezonde marktwerking. In een systeem waarin alleen grote ondernemingen het zich kunnen veroorloven om te procederen, dreigt het ontstaan van een machtsconcentratie waarbij sterke partijen steeds sterker worden en zwakkere partijen steeds zwakker.[8] Het MKB moet in staat worden gesteld daaraan het hoofd te bieden. Een belangrijke doelstelling van het Europees handhavingsbeleid is daarom de toegang tot de rechter voor het MKB te verruimen. De mate waarin de kosten verhaald kunnen worden op de wederpartij als het tot een procedure zou komen, wordt daarbij geacht een belangrijke factor te zijn.

2 Art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn

Tegen deze achtergrond wekt het geen verbazing dat de EU regels voorschrijft over de proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken. Art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn ('Hrl') verplicht de lidstaten te zorgen voor regelgeving op grond waarvan de redelijke en evenredige kosten door de verliezende partij worden vergoed, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.[9] Daarmee is de richtlijn een uniek instrument te noemen, nu nationale regels over procesrecht en proceskosten voordien ongemoeid werden gelaten.[10] Het doel van de bepaling is weer tweeledig. Enerzijds moet de rechthebbende een substantiële kosten*vergoeding* in het vooruitzicht worden gesteld, zodat de kosten van een procedure hem er niet van zullen weerhouden zijn rechten te handhaven. Anderzijds zou van het risico van een substantiële kosten*veroordeling* een afschrikkend effect op inbreukmakers moeten

---

6 Europese Commissie – Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité, 'Naar een hernieuwde consensus over de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten: een EU-actieplan', COM(2014)392 def., 1 juli 2014, p. 4.

7 COM(2014)392 def., p. 9; European Parliament - Report on 'Towards a renewed consensus on the enforcement of Intellectual Property Rights: An EU Action Plan' (2014/2151(INI)), 18 mei 2015, p. 10; Commission – Staff Working Document (SWD) (2016) 373 of 22 November 2016: 'Putting intellectual property at the service of SMEs to foster innovation and growth' (Accompanying document to Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Europe's next leaders, the Start-up and Scale-up Initiative), COM(2016)733 def., p. 5-6: *'Evidence suggests that enforcing IP titles is costly and complex, especially for start-ups and SMEs facing large entities.'*

8 Weatherall, Webster & Bentley 2009, p. 11 en 40.

9 Art. 14 van de Richtlijn 2004/48/EG bepaalt: 'De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'

10 Krans 2010, p. 93 e.v.; Vrendenbarg 2015, p. 259-268. Zie hierna hoofdstuk 3.

uitgaan. Het risico te worden veroordeeld in de kosten van de rechthebbende zou hen moeten ontmoedigen inbreukmakende activiteiten te ontplooien.[11]

Waar de keuze voor bepaalde regelgeving is ingegeven door een beoogd en gewenst effect, mag worden verwacht dat die keuze steunt op bewijs van de effecten. De Europese wetgever heeft de effectiviteit van de proceskostenbepaling echter verondersteld, zonder daarbij in te gaan op mogelijke neveneffecten en praktische gevolgen. Regels over proceskostenveroordeling en -vergoeding en de effecten daarvan vormen echter bij uitstek een complex vraagstuk, waarover nog veel onduidelijk is.[12] Het is voorstelbaar dat een partij wordt ontmoedigd op te treden tegen inbreuk, als de kosten van de procedure vervolgens niet verhaald kunnen worden op de inbreukmaker. Maar de vraag is, of een substantiële proceskostenvergoeding als regel het probleem oplost. In dat geval is het risico zelf in de kosten van de wederpartij te worden veroordeeld immers steeds aanwezig. Dat risico kan met name ontmoedigend werken indien men er niet zeker van is, dat men van de rechter gelijk zal krijgen. Het mes snijdt dus aan twee kanten.

In Nederland – maar ook bijvoorbeeld in België – is daarom bewust gekozen voor een eenvoudig en voorspelbaar systeem van lage proceskostenvergoedingen op basis van forfaitaire tarieven (het zogeheten liquidatietarief). Men is vrij zich te laten bijstaan door een dure advocaat of meerdere advocaten, maar daarvoor heeft men in beginsel zelf te betalen. Uitgangspunt is dat hoge (buiten)gerechtelijke kosten zich niet verhouden met de toegang tot de rechter. De kosten waarin men bij verlies wordt veroordeeld zijn daarom beperkt.[13] Deze benadering vormt het spiegelbeeld van de overwegingen die ten grondslag liggen aan de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, dat omwille van de toegankelijkheid van de rechter juist een reële, redelijke vergoeding van de advocaatkosten in het vooruitzicht stelt. Aldus breekt de Europese proceskostenbepaling met de bestendige praktijk van forfaitaire kostenvergoeding in IE-zaken.

In dit boek worden de verschillende vraagstukken aan de orde gesteld die zijn opgekomen rond de implementatie, uitleg en toepassing van de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in de Nederlandse IE-praktijk. In de eerste plaats wordt getracht inzicht te verkrijgen in de werking van de bijzondere proces-

---

11 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/35, m.nt. C.J.J.C. Van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*).

12 Zie bijv. Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Huydecoper 2006, p. 130 e.v. Dat de kostenproblematiek met name in IE-zaken complex kan zijn werd reeds geconstateerd door Lord Justice Jackson, die in 2009 werd belast met de taak om wetswijzigingen voor te stellen teneinde de kosten van *(IP) litigation* in Engeland tot een aanvaardbaar niveau te brengen: *'The creation and use of IP plays a crucial role in economic activity and in the achievement of many social goals, such as effective health care or renewable energy. The background to any IP regime must be a civil justice system which enables parties to assert or defend their IP rights (…). Such a civil justice system must deliver correct judgments at affordable cost in the complex field of IP. This is no easy task.'* Jackson 2010, p. 248. Zie hierna paragraaf 7.3.

13 Zie hierna hoofdstuk 4.

kostenbepaling in de IE-praktijk, en in de gevolgen daarvan voor de toegankelijkheid van de rechter in geschillen over intellectuele eigendom. Via een analyse van de specifieke Europese en verschillende nationale regelingen op het terrein van proceskosten wordt daarnaast beoogd meer inzicht te verkrijgen in het verband tussen proceskostenregelingen en de toegankelijkheid van de rechter in civiele procedures in het algemeen.

1.2 Probleemstelling, opzet en methodologie

3 Probleemstelling

Art. 1019h Rv levert als gezegd een breuk op met de bestendige praktijk van forfaitaire kostenvergoedingen in IE-zaken. De veelheid aan literatuur, opiniërende artikelen en rechtspraak over de bepaling duidt erop dat in het jaar waarin dit proefschrift is afgerond, ruim 10 jaar na de inwerkingtreding, nog altijd veel onduidelijk is. Discussies worden gevoerd over de toepasselijkheid van de bepaling, over de betekenis van de normen 'redelijk en evenredig' en over de effecten van de bepaling op het gedrag van procespartijen. Er zijn geluiden gehoord over het vermeend *chilling effect* dat van de substantiële proceskostenveroordeling uit zou gaan op met name financieel zwakkere partijen. Uit verschillende hoeken klinkt de roep om een genuanceerder, eenvoudiger systeem van proceskostenveroordeling in IE-zaken. Een aantal ontwikkelingen, zoals de vaststelling van zogenaamde Indicatietarieven als hulpmiddel bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de kosten, draagt daaraan bij. Maar tot zeker 1 april 2017 – de datum waarop de Indicatietarieven zijn gewijzigd in maximumtarieven – kon van een duidelijk standpunt of scherpe keuzes vanuit de wetgever dan wel de rechterlijke macht niet worden gesproken.[14]

Daarvoor zijn verschillende mogelijke verklaringen. In de eerste plaats kan worden gewezen op de toenemende en veranderlijke invloed van het EU-recht op nationaal procesrecht. Lidstaten zijn verplicht richtlijnen – en daarmee ook procedurevoorschriften in richtlijnen – om te zetten naar nationaal recht, voor zover het nationale recht daarmee niet al in overeenstemming is. Doen zij dat niet, niet op juiste wijze of niet op tijd, dan ligt lidstaataansprakelijkheid op de loer. Spoedige en letterlijke omzetting wordt in dat opzicht wel zo veilig bevonden.[15] Indien een richtlijnbepaling open normen bevat, zoals art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn, dan heeft het letterlijk overnemen daarvan ook voordelen. De uitleg kan eenvoudig worden aangepast aan latere mededelingen van de Europese wetgever en rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU). Het relatief jonge Handvest van de grondrechten van de Europese Unie speelt daarbij een steeds belangrijker wordende rol. Het Handvest bevat een bepaling waarin specifieke eisen worden gesteld aan de

14 Zie hierna paragraaf 5.2.

15 Zie bijv. Krans 2013, p. 14; Krans 2014; Meijer 2007.

effectieve rechtsbescherming van onderdanen van de EU.[16] Procedurevoorschriften van Europese signatuur dienen te worden uitgelegd en toegepast op een wijze die niet in strijd komt met het Handvest.[17] Rechtspraak van het HvJ EU over het Handvest kan dus gevolgen hebben voor de uitleg en toepassing van richtlijnbepalingen in de nationale praktijk. Ook in deze context bieden open normen het voordeel dat waar nodig kan worden ingespeeld op latere ontwikkelingen.

Aan de keuze voor open normen kleven echter de bekende bezwaren van rechtsonzekerheid en mogelijke willekeur. Open normen vergroten zowel de discussieruimte van partijen als de beoordelingsvrijheid van de (feiten)rechter, en daarmee de onzekerheid over de uitkomst.[18] Voor rechtzoekenden is onzekerheid meestal nadelig, maar wanneer daaraan financiële consequenties zijn verbonden dan heeft dat directe gevolgen voor de toegankelijkheid van de rechter. Duidelijkheid en voorspelbaarheid ten aanzien van de kosten van een procedure zouden voor sommige partijen zelfs essentieel zijn.[19] Tegenover die onzekerheid staat weer wel de mogelijkheid van een ruime, zo niet volledige proceskostenvergoeding. Er is meer dan eens beweerd dat van art. 1019h Rv een *chilling effect* uitgaat, maar hetzelfde zou kunnen worden gezegd van het stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen op basis van het liquidatietarief. Daarbij kunnen de niet-verhaalbare kosten zo hoog zijn dat het niet de moeite loont naar de rechter te stappen. Aan art. 1019h Rv kunnen kortom tegengestelde (zowel positieve als negatieve) effecten in het licht van de toegankelijkheid van de rechter worden toegeschreven.

De combinatie van de veranderlijke invloed van het EU-recht op regels over proceskosten enerzijds, en onwetendheid over de daadwerkelijke effecten (en de effectiviteit) van art. 1019h Rv anderzijds, draagt bij aan het moeizame verloop van de rechtsontwikkeling op het terrein van proceskostenveroordeling in IE-zaken. Het zijn evenwel de onduidelijkheden rond essentiële aspecten van de proceskostenbepaling van art. 1019h Rv die van procederen in IE-zaken een zo mogelijk nog kostbaardere aangelegenheid voor partijen maken – als zij al besluiten de gang naar de rechter te bewandelen. De vraag doemt dan ook op, hoe de bepaling zoals geïmplementeerd, uitgelegd en toegepast in de Nederlandse IE-praktijk zich verhoudt met het EU-recht.

---

16 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *PbEG* 2000, C-364/01. Art. 47 Handvest luidt: 'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.
Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.
Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.'

17 Zie hierna hoofdstuk 3.

18 Zie bijv. Pavillon 2011, p. 2; Barendrecht 1992.

19 Zie hierna hoofdstuk 8.

4 Opzet

Centraal in dit proefschrift staat de vraag in hoeverre de omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in Nederland verenigbaar zijn met het EU-recht. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is in de eerste plaats van belang om vast te stellen wat 'Europa' verlangt van nationale proceskostenregelingen in IE-zaken. Daartoe zullen de relevante vereisten, grondrechten en beginselen van EU-recht worden geïdentificeerd en zoveel mogelijk worden gedefinieerd (hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3). Wanneer het kader eenmaal staat, zal worden toegekomen aan een schets van de nationale context waarin art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn geïmplementeerd moest worden (hoofdstuk 4). Vervolgens zal worden onderzocht in hoeverre de Nederlandse omzettingswetgeving beantwoordt aan het kader. Daartoe zal worden bekeken welke keuzes zijn gemaakt bij de implementatie en op welke wijze art. 1019h Rv wordt uitgelegd en toegepast in de praktijk (hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6). Ook zal onderzoek worden gedaan naar de mogelijke effecten van de bepaling op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen in IE-geschillen (hoofdstuk 8). Indien mocht blijken dat de Nederlandse invulling (of bepaalde aspecten daarvan) niet voldoet aan de vereisten van EU-recht, dan zal worden bekeken welke aanpassingen nodig zijn voor een meer EU-conforme invulling. Daarbij zal gebruik worden gemaakt van de inzichten die zullen worden opgedaan op basis van het rechtsvergelijkend en rechtseconomisch onderzoek (hoofdstuk 7-9). Het onderzoek naar de specifieke Europese regelingen en rechtspraak op het terrein van proceskosten en de inzichten die in dat verband worden opgedaan zullen tevens worden aangewend om de houdbaarheid van het stelsel van forfaitaire vergoedingen op basis van het liquidatietarief te onderzoeken (zie met name hoofdstuk 4). Richting het einde van het proefschrift zal worden bezien of en zo ja, welke lessen uit het onderzoek kunnen worden geleerd voor de proceskostenproblematiek in de civiele procedure in het algemeen (par. 9.4).

5 Methodologie

Het uitgangspunt van het onderzoek is dat coherentie binnen zowel de rechtsstelsels van de EU als Nederland zoveel mogelijk bevorderd moet worden. Een coherente uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn wordt geacht van belang te zijn zowel in het licht van de beoogde harmonisatie (het Europees niveau) als in het licht van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (het nationaal niveau). Op basis van wetgeving, totstandkomingsdocumentatie, literatuur en jurisprudentie zullen de Europese en nationale kaders worden geschetst waarbinnen de richtlijnbepaling dient te worden uitgelegd en toegepast (hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3). Om een beeld te kunnen schetsen van de uitleg en toepassing van de verschillende proceskostenbepalingen in de Nederlandse praktijk (hoofdstukken 4-6) zal uitgebreid literatuur- en jurisprudentieonderzoek worden gedaan. Rechtsvergelijkend en rechtseconomisch onderzoek zal worden gebruikt om de werking van de regel 'proceskostenveroordeling op basis van het gelijk' vanuit verschillende invalshoeken te kunnen benaderen (hoofdstuk 7 en hoofdstuk 8). Het licht empirisch onderzoek door middel van een enquête onder IE-advocaten (hoofdstuk 8) is gedaan om zoveel mogelijk informatie te verkrijgen over

de werkelijke effecten van art. 1019h Rv in de praktijk. Het is geenszins bedoeld als sluitend bewijs voor bepaalde effecten.

1.3 Onderwerp en afbakening

6 Onderwerp

Het centrale onderwerp van dit proefschrift is proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken. Het boek raakt daarnaast aan het bredere, actuele vraagstuk van de invloed van EU-recht op nationaal procesrecht, en de mogelijke gevolgen daarvan voor de praktijk.[20] De Nederlandse proceskostenregeling in IE-zaken is in deze brede context vooral illustratief voor de problemen die op nationaal niveau kunnen ontstaan als gevolg van Europese inmenging. Bij de behandeling van het vraagstuk komt ook het – in de civiele (IE-)procespraktijk nog relatief onbekende – Handvest aan bod. Met name van art. 47 Handvest, waaruit het beginsel van effectieve rechtsbescherming voortvloeit, valt te verwachten dat die bepaling een steeds dominantere rol zal gaan spelen bij ontwikkelingen op het terrein van het nationaal procesrecht. Lidstaten zullen zich steeds meer moeten inspannen om een zeker evenwicht in het meerlagige procesrecht te kunnen bewaren. In dit proefschrift wordt niet alleen geconcretiseerd waartoe een te weinig doordachte implementatie van een procedurevoorschrift kan leiden, maar wordt met name aan het slot ook ingegaan op de vraag, hoe vergelijkbare problemen in het vervolg het hoofd kunnen worden geboden.

Daarnaast gaat het proefschrift over open normen in procedureregels, en met name over de vraag wat er kan gebeuren als noch de wetgever, noch de Hoge Raad scherpe en eenduidige regels stellen. Dan kan een *lawyer's paradise* ontstaan,[21] zeker indien de uitleg van die open normen bepalend is voor de toewijsbaarheid en hoogte van de vergoeding van de *lawyer's fees.* Bij afwezigheid van een geobjectiveerde redelijkheidstoets bestaat ruimte voor het nastreven van een eigen belang bij een zo hoog mogelijke vergoeding. Het gesloten kostenstelsel op basis van forfaitaire tarieven, dat nog altijd geldt in niet-IE-zaken, stelt juist het publieke belang bij een betaalbare en toegankelijke rechtspleging voorop. Partijen krijgen het zelden voor elkaar een van het liquidatietarief afwijkende vergoeding af te dwingen, terwijl rechters de bevoegdheid hebben zelfs overeengekomen (hoge) kostenvergoedingen te matigen tot de geldende tarieven.[22] In IE-zaken bestaat geen garantie dat enkel de kosten die een verifieerbare redelijkheidstoets doorstaan voor rekening van de verliezer komen, zodat men is overgeleverd aan een uiterst onvoorspelbare proceskostenbeslissing. Wie zich die onzekerheid niet kan veroorloven, zal niet gaan procederen.

---

20 Andere literatuur over dit onderwerp: Krans 2010, 2013, 2016; Freudenthal 2007, 2013; Wilman 2014. Zie hierna hoofdstuk 3.

21 Schaafsma & Numann, *Kroniek* 2015, p. 40.

22 Zie hierna hoofdstuk 4.

Het proefschrift gaat daarmee dus ook over de mogelijke effecten van veranderde regelgeving op het gebied van proceskosten. De Nederlandse IE-praktijk in de periode 2006-2017 kan worden gezien als een groots laboratoriumexperiment met echte casus, en echte procespartijen. Wat gebeurt er als een systeem van volledige proceskostenvergoeding wordt 'losgelaten' in een praktijk waarin men niet beter weet dan dat slechts een klein percentage van de advocaatkosten wordt vergoed? Leidt het tot meer of minder procedures? Welke invloed heeft het op het aantal schikkingen? Sluijter merkte reeds in 2011 op dat vele rechts- en gedragseconomen het waarschijnlijk graag zouden hebben onderzocht, als zij daartoe de mogelijkheid hadden gehad.[23] Om een dergelijk onderzoek te kunnen uitvoeren, zijn *benchmarks* nodig. Gegevens over aantallen procedures en schikkingen, uitspraken in het voordeel van de eiser en gemiddelde procesuitgaven in IE-zaken hebben namelijk weinig betekenis, indien ze niet kunnen worden vergeleken met gegevens uit de periode onder het 'oude' regime. Door de spoedige aanname van de IE-Handhavingsrichtlijn ontbrak het echter aan gelegenheid om data te verzamelen. De afwezigheid van data, maar ook de vele onduidelijkheden rond de toepassing van de regel en de Indicatietarieven, beperken de mogelijkheden van kwantitatief empirisch onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv.[24] Andere beperkingen die inherent zijn gebleken aan het onderzoek worden gevormd door de vele subjectieve factoren die bepalend kunnen zijn voor het effect van de regel in een concreet geval. Gedacht moet worden aan de risicohouding, het (relatief) optimisme maar ook de verhouding tussen partijen. Om toch iets kunnen te zeggen over de effecten – en daarmee over de effectiviteit van de regel –, is aansluiting gezocht bij de rechtseconomische theorieën over de effecten van de *English rule*, waarmee art. 1019h Rv zich laat vergelijken. Licht kwalitatief empirisch onderzoek gekoppeld aan de ervaringen in Engeland met de *English rule*, de rechtseconomische theorieën over de effecten van deze regel en de in de literatuur beschreven verwachte effecten van art. 1019h Rv, heeft aanwijzingen voor bepaalde effecten van art. 1019h Rv opgeleverd. Op basis daarvan kan worden bezien in hoeverre de regel zijn doel heeft getroffen.

Daarnaast zal worden ingegaan op de vraag naar de houdbaarheid van het stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen in algemene civiele procedures. Dat stelsel is geen rustig bezit. Het draagvlak voor het (inmiddels sterk gedateerde) liquidatietarief lijkt kleiner te worden naarmate de kosten van civiele procedures stijgen. Steeds luider klinkt de roep om een meer reële vergoeding van de advocaatkosten. In de discussie over de houdbaarheid van het liquidatietarief wordt wel verwezen naar de Europese proceskostenbepaling in IE-zaken. Met het onderzoek naar de effectiviteit van die bepaling en de conformiteit met het EU-recht wordt tevens beoogd een bijdrage te leveren aan de voortdurende discussie over de vraag in hoeverre een ruimere proceskostenvergoeding in de civiele procedure in het algemeen gewenst is.

---

23 Sluijter 2011, p. 255.

24 Sluijter 2011, p. 348; Vrendenbarg 2017, p. 80 e.v.; zie hierna hoofdstuk 8.

7 Afbakening en eerdere publicaties

Dit boek kan dienen als een handleiding voor de praktijk. De knelpunten rond de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in de praktijk zullen vooral in de hoofdstukken 5 en 6 aan bod komen. Waar mogelijk worden eventuele oplossingen aangereikt. Voor zover vragen en knelpunten niet zijn behandeld, of is volstaan met problematiseren, geldt dat het boek als geheel als een kader kan dienen waarbinnen in de praktijk naar passende antwoorden en oplossingen kan worden gezocht.

Het onderzoeksterrein is beperkt tot de directe kosten van de civiele procedure, meer specifiek: het vraagstuk van de verdeling van de advocaatkosten tussen procespartijen. In beginsel komt de vraag naar de redelijkheid van de uurtarieven en kosten die advocaten bij de cliënten in rekening brengen, niet aan de orde. Het gaat bij de bespreking van de verschillende kostenstelsels vooral over de vraag, welk deel van de kosten in redelijkheid voor rekening van de verliezer kan worden gebracht en, op basis waarvan (een rechterlijke toets, tarieven?) dat deel wordt berekend en vastgesteld. De proceskostenregels in bepaalde specifieke civiele procedures, zoals de deelgeschilprocedure en de onteigeningsprocedure, blijven in beginsel eveneens buiten beschouwing.

Delen van het onderzoek zijn eerder (in bewerkte vorm) gepubliceerd. Met name valt te wijzen op de volgende publicaties:

- *De 'volledige' proceskostenveroordeling in IE-zaken. Een kritische bespreking van de implementatie en interpretatie van artikel 14 Handhavingsrichtlijn in Nederland*.[25]
- *Proceskostenveroordeling volgens 'de glijdende schaal van Verkade' – het ongeldigheidsverweer in IE-zaken en de (niet-)toepasselijkheid van art. 1019h Rv.*[26]
- *Toelaatbaarheid van forfaitaire proceskostenvergoeding bij handhaving van IE-rechten. De proceskostenregelingen van België, Nederland en het Unified Patent Court getoetst aan de beginselen van het Unierecht.*[27]
- *Legal Costs Awards and Access to Justice in Dutch Intellectual Property Cases: How the IPR Enforcement Directive impacts on litigation and settlement behaviour in IP disputes*.[28]

Het onderzoek is afgesloten op 1 mei 2017. Er is met name nog acht geslagen op de per 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven.[29] Met ontwikkelingen die zich nadien hebben voorgedaan is beperkt rekening gehouden.

---

25 Artikel in *BIE* 2013/6, p. 160-169.

26 Artikel in *BIE* 2014/5, p. 226-230.

27 Artikel in *IER* 2015/39, p. 259-268.

28 Hoofdstuk in: W.H. van Boom (red.), *Litigation, Costs, Funding and Behaviour: Implications for the Law*, Abingdon: Routledge 2017, p. 80-104.

29 Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad, gerechtshoven en rechtbanken (versie 2017), te raadplegen via rechtspraak.nl.

2. PROCESKOSTENVEROORDELING EN -VERGOEDING IN IE-ZAKEN: RICHTLIJN 2004/48/EG

2.1 Inleiding

8 De open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn

Art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn ('Hrl') over de kosten van IE-procedures wordt gekenmerkt door een aantal open geformuleerde normen:

> *'De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'*

Wie voor de invulling van de open normen 'redelijk en evenredig' en 'billijk' aanknopingspunten probeert te vinden in de richtlijn en de considerans, stuit op nog meer open begrippen. In art. 3 lid 1 IE-Handhavingsrichtlijn is bepaald dat de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen ter waarborging van IE-rechten 'niet onnodig ingewikkeld of kostbaar' mogen zijn. In het tweede lid staat dat deze tevens 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' moeten zijn. Een ander voorbeeld vormt ov. 17 van de considerans, waarin staat 'dat de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin de richtlijn voorziet in elk afzonderlijk geval zodanig moeten worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectueleeigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk'. Wat deze begrippen inhouden en wat zij betekenen voor de invulling van de open normen van art. 14, laat de richtlijn in het midden.

De niet-optionele aard van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn brengt mee dat het nationale recht van de lidstaten daarmee in overeenstemming moet zijn. Dat betekent dat de bepaling moet worden omgezet naar nationaal recht, voor zover het nationale recht niet voorziet in een redelijke en evenredige proceskostenvergoeding. De open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn geven de lidstaten echter

veel vrijheid bij de keuze voor middelen ter omzetting daarvan.[1] Dat geldt temeer nu de Handhavingsrichtlijn strekt tot minimumharmonisatie.[2] Lidstaten mogen in dat geval verdergaande maatregelen ter bescherming van IE treffen dan waarin de Handhavingsrichtlijn voorziet. Zoals elders in dit boek nader aan de orde zal komen, heeft deze ruime beoordelingsmarge geleid tot aanzienlijke interpretatieverschillen binnen de EU.[3] De meeste lidstaten hebben geen aanleiding gezien tot aanpassing van de geldende (onderling sterk verschillende) proceskostenregels, omdat werd verondersteld dat deze regels reeds in overeenstemming waren met de richtlijnbepaling.[4] In Nederland daarentegen is spoedig na de aanname van de richtlijn besloten tot invoering van geheel nieuwe titel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, inclusief afwijkende proceskostenbepaling, die in beginsel uitsluitend van toepassing is op procedures die onder het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn vallen.[5]

De beoordelingsmarge ten aanzien van de uitleg van open normen als 'redelijk' en 'evenredig' moge ruim zijn; vogelvrij zijn de lidstaten niet bij de keuze voor de vorm en middelen van implementatie. Het bestaan van een richtlijn brengt immers mee dat de nationale wetgever regelgeving moet garanderen die de realisering van het doel en inhoud van de richtlijn mogelijk maakt.[6] De nationale rechter is op zijn beurt verplicht het gehele nationale recht – de nationale regels ter omzetting van een richtlijn in het bijzonder – zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betreffende richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.[7] Rechtspraak van het HvJ EU over de uitleg en de doelstelling van een richtlijn(bepaling) kan aanleiding geven voor een lidstaat om deze anders toe te passen dan tot dan toe werd gedaan, of (alsnog) zorg te dragen voor specifieke omzettingswetgeving.[8]

---

1 Wissink 2001, p. 26; Wilman 2014, p. 422. Zie ook HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), waarin het HvJ EU heeft overwogen dat lidstaten '(…) bij ontbreken van een precisering in het Unierecht, aan de lidstaten staat om bij de omzetting van een richtlijn de volle werking ervan te verzekeren, maar dat zij daarbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken met betrekking tot de te kiezen middelen'.

2 Zie bijv. Wissink 2001, p. 26 e.v.

3 Zie hierna hoofdstuk 5 en 6 over de Nederlandse proceskostenveroordeling in IE-zaken en hoofdstuk 7 over de relevante Engelse, Duitse en Belgische regelingen.

4 Commission – Staff working document: Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States, SEC(2010)1589, 22 December 2010, p. 24: 'Most Member States did not need to implement this provision specifically as their previous civil procedural laws already covered the Directive's requirements.' Zie ook Vrendenbarg 2014, p. 160-169.

5 Zie hierna hoofdstuk 5.

6 Dit volgt uit art. 288 lid 3 VWEU: 'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.' Zie ook Freudenthal 2007, p. 282; Wilman 2014, p. 424.

7 HvJ EU 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*). Zie ook Wissink 2014, p. 119; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/182-183; Wilman 2014, p. 424.

8 Krans 2010, p. 12-14; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/182-183; Ancery & Krans 2010, p. 141-145.

Ten slotte heeft de bescherming en handhaving van IE-rechten in toenemende mate een grondrechtelijke dimensie.[9] Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de omzetting van de richtlijnbepalingen zich moet verdragen met de grondrechten en beginselen van de EU. De rechter dient nationaal recht te interpreteren op zodanige wijze dat dit niet alleen consistent is met de richtlijn, maar ook dat dit niet in conflict komt met de grondrechten en beginselen van de EU.[10] In de context van proceskostenveroordeling en -vergoeding zijn met name art. 6 EVRM en art. 47 Handvest relevant, omdat deze verdragsbepalingen specifieke eisen stellen aan processuele regels die een (financiële) drempel kunnen opwerpen in de toegang tot de rechter.[11] Hetzelfde geldt voor het beginsel van rechtszekerheid, dat volgens rechtspraak van het HvJ EU in het bijzonder dwingend is indien een regeling financiële consequenties kan hebben, zoals een veroordeling in de proceskosten van de wederpartij.[12] De uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn worden dus mede gekleurd door de relevante grondrechten en beginselen van de EU.

De contouren van de open normen van art. 14 zullen moeten worden geschetst in het licht van de doelstelling van de richtlijn, en binnen de kaders van de grondrechten en beginselen van het EU-recht. Daartoe zal in de eerste plaats moeten worden vastgesteld wat het doel is van de richtlijnbepaling, en welke Europese interpretatie daaraan wordt gegeven. In dit hoofdstuk zullen daartoe de totstandkomingsdocumentatie, de beleidsdocumentatie van de Europese wetgever, de relevante rechtspraak van het HvJ EU en de literatuur worden geraadpleegd.[13] Op basis daarvan zal worden vastgesteld, welke minimumvereisten de Handhavingsrichtlijn stelt aan nationale proceskostenregelingen in IE-zaken. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 worden onderzocht welke nadere, uit de grondrechten en beginselen van EU-recht voortvloeiende vereisten gelden voor nationale regels over proceskosten. Op basis daarvan kan het normatief beoordelingskader worden vastgesteld waaraan de omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn dient te voldoen.

---

9 Zie bijv. Geiger 2015; Alberdingk Thijm & De Vries 2015, p. 174-183; Wilman 2014, p. 123; Freudenthal 2007, p. 282.

10 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 70; HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/SABAM),* r.o. 33 en 36; HvJ EU 19 februari 2009, C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 (*LSG/Tele2*), r.o. 28-29; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 34; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 139; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 46.

11 Zie hierna hoofdstuk 3.

12 HvJ EU 15 december 1987, C-325/65, EU:C:1987:546, ov. 18; zie ook conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 5 april 2016 (ECLI:EU:C:2016:201), C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 61-62.

13 Vgl. Pavillon 2011, die op vergelijkbare wijze onderzoek heeft gedaan naar de Europese uitleg van open normen in het consumentenrecht.

2.2 Achtergrond van de Richtlijn 2004/48/EG

9 De Handhavingsrichtlijn in internationale en communautaire context

De Handhavingsrichtlijn en de daarmee beoogde harmonisering van nationale wetgeving met betrekking tot de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten wordt wel beschouwd als één van de meest vergaande communautaire initiatieven op het terrein van IE-handhaving. Het is evenwel niet het eerste, en zeker ook niet het enige supranationale initiatief op dit gebied. Toen namaak- en piraterijpraktijken in de jaren '80 een grote vlucht namen, kreeg de gedachte *'rights without sanctions are no rights'* vorm[14] en werd gesproken over bijzondere handhavingsregelgeving op supranationaal niveau als oplossing voor het probleem.[15] In die jaren en de daaropvolgende decennia zijn binnen de verschillende lagen in de internationale en communautaire rechtsorde meerdere initiatieven ontplooid waarmee de strijd tegen namaak en piraterij moest worden aangegaan.

Op internationaal niveau was reeds een aantal multilaterale en bilaterale handelsverdragen gesloten dat de intellectuele eigendom betreft. De 'traditionele' verdragen en conventies die dateren van het eind van de 19e eeuw schrijven voor dat bescherming moet worden geboden tegen inbreuken op IE-rechten. Zij zwijgen echter over de wijze waarop de bescherming en handhaving van die rechten dienen te worden gewaarborgd.[16] Het in 1994 tot stand gekomen TRIPs-overeenkomst (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, ofwel het Verdrag inzake handelsaspecten van intellectuele eigendom – een bijlage van het Wereldhandelsverdrag) was in dat opzicht revolutionair.[17, 18] De TRIPs-overeenkomst bevat een afzonderlijk hoofdstuk dat geheel is gewijd aan de handhaving van IE-rechten. Dat hoofdstuk handelt niet alleen over toegang tot de rechter, douanemaatregelen, schadevergoeding en beslag, maar ook over voorlopige maatregelen die kunnen worden getroffen in geval van inbreuk op IE-rechten. De handhaving van IE-rechten met behulp van privaatrechtelijke sancties en remedies kreeg daarmee een nieuwe dimensie. Met de TRIPs-overeenkomst is bovendien de basis gelegd voor vele

---

14 Reinbothe 2010 p. 4.

15 Reinbothe 2010, p. 3 e.v.

16 Gervais 2003, nr. 2.375.

17 Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs), *Trb.* 1995, 130. Zie ook de memorie van toelichting bij de goedkeuring van het WTO-verdrag: *Kamerstukken II*, 23961, p. 74-80 (MvT) en Goedkeuringswet 21 december 1994, *Stb.* 1994, 947.

18 De TRIPs-overeenkomst is in 1994 tot stand gekomen als onderdeel van de GATT-onderhandelingen (*Global Agreement on Tariffs and Trade*). Bij de oprichting van de WTO (*World Trade Organisation*, ofwel Wereldhandelsorganisatie) werd het GATT-verdrag, evenals andere tot dan toe onafhankelijk van elkaar bestaande verdragen, waaronder het GATS-verdrag (*General Agreement on Trade in Services*) onder de paraplu van de WTO gebracht en gezamenlijk 'WTO-handelsovereenkomsten' genoemd. De TRIPs-overeenkomst is als bijlage opgenomen bij het Wereldhandelsverdrag, het oprichtingsverdrag van de WTO; Stoll e.a. 2009, hoofdstuk I; Gervais 2003, Part One, p. 3 e.v.; Marijs 2010, par. 1.2.

daaropvolgende internationale en communautaire initiatieven die de handhaving van IE-rechten betreffen.

Op communautair niveau kan ten aanzien van de verschillende 'handhavingsinitiatieven' onderscheid worden gemaakt tussen maatregelen die zijn getroffen aan de buitengrens van de EU en maatregelen die de interne markt betreffen. Tot de eerste categorie behoort de Verordening 1383/2003, ook wel de Anti-Piraterij Verordening genoemd, waarmee de EU de im- en export van namaakgoederen beoogt tegen te gaan (nr. 11).[19] Binnen de EU gaven de harmonisering van materiële IE-wetgeving en de creatie van Unierechten (nr. 12) aanleiding zekere maatregelen ter handhaving van die rechten op communautair niveau te treffen. In de verschillende IE-richtlijnen en -verordeningen zijn bepalingen opgenomen die voorzien in sancties op te leggen aan inbreukmakers of maatregelen te treffen in geval van inbreuk. Daarbij kan worden gedacht aan een verplichting van de inbreukmaker tot het betalen van een schadevergoeding aan de rechthebbende en de mogelijkheid tot inbeslagname van inbreukmakend materiaal.[20] De Handhavingsrichtlijn, waarmee horizontale harmonisatie van de nationale wetgevingen op het gebied van handhaving van IE-rechten is beoogd, behoort tot de categorie communautaire 'handhavingsinitiatieven' die de interne markt betreffen (nr. 13).

Nadien zijn nog meer initiatieven ontplooid in de strijd tegen inbreuk. In 2014 heeft de Europese Commissie een EU-actieplan gelanceerd getiteld *'Towards a renewed consensus on the enforcement of Intellectual Property Rights'*.[21] Daarin worden nieuwe beleidsinstrumenten op het gebied van handhaving voorgesteld, zoals een zogenaamde '*follow the money*'-benadering. Het doel is degenen die op commerciële schaal inbreuk maken, de opbrengsten van inbreuk te ontnemen.[22] Tevens onderdeel van het actieplan is een strategie om het invoeren van strengere normen ter bescherming van IE en bestrijding van inbreukmakende activiteiten in derde landen te bevorderen.

10 De TRIPs-overeenkomst

Uit het richtlijnvoorstel van 2003 volgt dat de Handhavingsrichtlijn is bedoeld als aanvulling op de initiatieven ter bestrijding van namaak en piraterij in het kader van de betrekkingen die de Gemeenschap met derde landen onderhoudt, en van de

---

19 Verordening (EG) nr. 1383/2003 van de Raad van 22 juli 2003 inzake het optreden van de douaneautoriteiten ten aanzien van goederen waarvan wordt vermoed dat zij inbreuk maken op bepaalde intellectuele-eigendomsrechten en inzake de maatregelen ten aanzien van goederen waarvan is vastgesteld dat zij inbreuk maken op dergelijke rechten, *PbEU* 2003, L 196/7.

20 Zie bijv. art. 8 van de Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.* L 167/10.

21 COM(2014)392 final.

22 COM(2014)392 final, p. 2.

multilaterale overeenkomsten waarbij zij partij is.[23] In dit verband is met name relevant de TRIPs-overeenkomst. Zoals nader aan de orde zal komen, zijn diverse bepalingen van de Handhavingsrichtlijn overgenomen uit, althans gebaseerd op, de TRIPs-overeenkomst.

De TRIPs-overeenkomst bouwt voort op eerdere internationale verdragen op het gebied van IE, zoals het Unieverdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883[24] en de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886[25,26] Het doel van de TRIPs-overeenkomst is de internationale handel te bevorderen door o.a. de IE-rechten te beschermen, terwijl verzekerd dient te worden dat een doeltreffende en toereikende bescherming van de intellectuele eigendom niet het handelsverkeer belemmert.[27] Zowel de EU als geheel als de afzonderlijke lidstaten van de EU zijn partij bij de TRIPs-overeenkomst. Voor Nederland is het op 1 januari 1996 in werking getreden. Het Europese Hof van Justitie heeft in een advies verklaard dat de bevoegdheid tot sluiting van de TRIPs-overeenkomst berust bij de Europese Gemeenschap en haar lidstaten tezamen.[28] Doordat de EU zelf is aangesloten bij het Wereldhandelsverdrag en de TRIPs-overeenkomst, zijn zowel de TRIPs-overeenkomst als de uitleg van de daarin neergelegde bepalingen Europeesrechtelijke aangelegenheden geworden. Dat maakt het Europese Hof van Justitie bevoegd te beslissen op vragen van uitleg over TRIPs.[29]

---

23 Commissie van de Europese Gemeenschappen – Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM(2003)46 def., p. 3.

24 Unieverdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom. Het Unieverdrag van Parijs is zesmaal herzien, de laatste keer in Stockholm op 14 juli 1967. Deze laatste tekst trad voor Nederland op 10 januari 1975 in werking. Zie *Trb.* 1969, 144 en 1970, 187 en Goedkeuringswet van 26 juni 1974, *Stb.* 1974, 398.

25 Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, aangevuld te Parijs op 4 mei 1896, herzien te Berlijn op 13 november 1908, aangevuld te Bern op 20 maart 1914, herzien te Rome op 2 juni 1928, te Brussel op 26 juni 1948, te Stockholm op 14 juli 1967 en te Parijs op 24 juli 1971, en gewijzigd op 28 september 1979; (met Aanhangsel), *Trb.* 1972, 157.

26 Stoll e.a. 2009, p. 2-3; Cohen Jehoram & Rörsch 2008, p. 12.

27 Art. 7 en 8 TRIPs-overeenkomst.

28 Advies 1/94 van het HvJ EG aan de Commissie, uitgebracht krachtens art. 228, lid 6, van het EG-Verdrag inzake de 'bevoegdheid van de Gemeenschap om internationale akkoorden op het gebied van diensten en bescherming van de intellectuele eigendom te sluiten', *Jur.* 1994, p. I-5267, r.o. 105; Besluit van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten, *Pb.* 1994, L 336/1. De bevoegdheid van het HvJ EU om te beslissen op vragen van uitleg over de TRIPs-overeenkomst is bevestigd in HvJ EU 14 december 2000, *NJ* 2001/403 (*Dior/Tuk*), r.o. 33.

29 De bevoegdheid van het HvJ EU om te beslissen op vragen van uitleg over de TRIPs-overeenkomst is bevestigd in HvJ EU 14 december 2000, *NJ* 2001/403 (*Dior/Tuk*), r.o. 33.

TRIPs wordt beschouwd als het tot op heden meest vergaande internationale verdrag op het gebied van de intellectuele eigendom.[30] In de eerste plaats zijn de belangrijkste bepalingen van de eerdere verdragen via schakelbepalingen in TRIPs van kracht geworden voor de aangesloten landen. Aangezien meer landen partij zijn bij TRIPs dan bij de eerdere verdragen, is aldus de werking van de betreffende bepalingen tot die landen uitgebreid. Daarnaast betreft TRIPs, anders dan de eerdere verdragen, de intellectuele eigendom *als geheel*, waarmee wordt bedoeld: de industriële eigendom inclusief het auteursrecht en naburige rechten.[31] De TRIPs-overeenkomst is van toepassing op de volgende intellectuele-eigendomsrechten: auteursrechten, naburige rechten, merken, geografische (herkomst)aanduidingen, tekeningen en modellen, octrooien en ontwerpen voor topografieën van geïntegreerde schakelingen (chips). Daarnaast regelt TRIPs ook minder duidelijk omlijnde terreinen, zoals de bescherming van niet openbaar gemaakte informatie.[32] Niet genoemd in TRIPs zijn het handelsnaamrecht, het portretrecht, de geschriftenbescherming, het databankenrecht, de bescherming van domeinnamen, misleidende en vergelijkende reclame en slaafse nabootsing. In hoeverre deze, aan de intellectuele eigendom verwante, terreinen onder het bereik van TRIPs vallen is onderwerp van (internationale) discussie.[33]

Ten derde kan de TRIPs-overeenkomst als uniek en vergaand worden aangemerkt aangezien het, naast bepalingen die de *bescherming* van IE-rechten betreffen, tevens gedetailleerde bepalingen bevat met betrekking tot de (civielrechtelijke) *handhaving* van IE-rechten. Tijdens de onderhandelingen zijn grote verschillen tussen de rechtsstelsels geconstateerd voor wat betreft de grondslagen en beginselen van de individuele rechtsordes enerzijds, en de '*infrastructural and economic framework conditions*' anderzijds. De nationale regels van procesrecht behoren dan ook tot de soevereine competentie van staten, die ieder hun eigen juridische tradities erop nahouden.[34] Om die reden is de doelstelling van TRIPs niet de regels van procesrecht te harmoniseren, maar minimumstandaarden voor de handhaving van IE-rechten vast te stellen.[35] De keuze voor minimumstandaarden in de TRIPs-overeenkomst brengt mee dat verdergaande bescherming van IE-rechten toegestaan is. Dit volgt ook expliciet uit art. 1.1. TRIPs, dat bepaalt dat de verdragsluitende landen een uitgebreidere bescherming kunnen toepassen in hun nationale wetgeving dan in TRIPs is vereist, mits deze bescherming niet in strijd is met de bepalingen van het verdrag. TRIPs laat het dus aan de verdragsluitende landen over, in de context van hun eigen rechtsstelsel en -praktijken, de beschermde belangen en de wijze van bescherming ervan nader te regelen op voorwaarde dat die bescherming doeltreffend is.[36]

---

30 Reinbothe 2011, p. 5; Cohen Jehoram & Rörsch 2008, p. 11.

31 Stoll e.a. 2009, p. 2.

32 Art. 2 TRIPs-overeenkomst; Grosheide 2016, p. 26; Cohen Jehoram & Rörsch 2008, p.11.

33 TRIPs-overeenkomst, deel II titels 1 t/m 7. Zie Grosheide 2016, p. 26.

34 Cohen Jehoram & Rörsch 2008, p. 11; COM(2003)46 def., p. 17.

35 Stoll e.a. 2009, p. 680.

36 Cohen Jehoram & Rörsch 2008, p. 37.

In deel III zijn de minimumbepalingen over de middelen tot handhaving van IE-rechten vastgelegd. De aangesloten landen zijn in het algemeen verplicht erop toe te zien dat in hun nationale wetgeving is voorzien in procedures voor de handhaving van IE-rechten, *'opdat doeltreffend kan worden opgetreden tegen elke inbreuk (…)'* (art. 41 TRIPs). Onder dergelijke procedures worden (tevens) begrepen snelle middelen om inbreuken te voorkomen en middelen die verdere inbreuken tegengaan. De handhavingsprocedures dienen evenwel eerlijk en billijk te zijn, en mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn of onredelijke termijnen of nodeloze vertragingen inhouden (art. 41 lid 2). In het bijzonder dienen de aangesloten landen de houders van IE-rechten de mogelijkheid te bieden tot het voeren van civiele gerechtelijke procedures ter handhaving van hun IE-rechten. Deze procedures dienen te voldoen aan bepaalde minimumvoorwaarden zoals vastgesteld in art. 42. Verder biedt TRIPs de nationale rechterlijke autoriteiten enkele bevoegdheden ten aanzien van corrigerende maatregelen (bijvoorbeeld rechterlijke bevelen, toekenning van schadevergoeding, winstafdracht, beslaglegging, de verwijdering van inbreukmakende producten en – facultatief – het recht op informatie) en bevat het minimumvoorwaarden waaraan voorlopige maatregelen (zoals *ex parte* maatregelen, bewijsbeschermende maatregelen) moeten voldoen. Tot de corrigerende maatregelen behoort ook de vergoeding van proceskosten, waarover meer in par. 2.6. Verder zijn de verdragsluitende landen verplicht te voorzien in strafrechtelijke procedures en straffen in bepaalde gevallen, in ieder geval wanneer sprake is van opzettelijke namaak van handelsmerken of inbreuk op auteursrechten op commerciële schaal.

11 De Anti-Piraterij Verordening

Met Verordening (EG) nr. 1383/2003,[37] ofwel de Anti-Piraterij Verordening ('APV'), is op Europees niveau getracht te voorzien in maatregelen om inbreukmakende goederen aan de grens tegen te houden. Daarmee heeft de Europese Unie uitvoering gegeven aan de verplichtingen zoals vastgelegd in de art. 51 t/m 60 TRIPs-overeenkomst en art. 9 van het Unieverdrag van Parijs. Onder 'goederen die inbreuk maken op een intellectueel-eigendomsrecht' worden verstaan namaakgoederen (die inbreuk maken op een merk), 'door piraterij verkregen goederen' (inbreuk op een auteurs-, naburig- of modelrecht) en goederen die inbreuk maken op een octrooi, kwekersrecht of geografische aanduiding. De APV stelt voorwaarden waaronder de douane, op verzoek van de houder van een IE-recht, kan optreden wanneer bij controle van een zending wordt vermoed dat de zending inbreukmakende goederen bevat. Ook bevat het bepalingen in verband met het handelen van de douane indien de inbreuk is komen vast te staan. De APV is enkel van toepassing op de 'bewegingen

37 Verordening EG nr. 1383/2003 van de Raad van 22 juli 2003 inzake het optreden van de douaneautoriteiten ten aanzien van goederen waarvan wordt vermoed dat zij inbreuk maken op bepaalde intellectuele-eigendomsrechten en inzake de maatregelen ten aanzien van goederen waarvan is vastgesteld dat zij inbreuk maken op dergelijke rechten, *Pb.* L 196/7. Laatste versie: Verordening (EG) nr. 608/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 12 juni 2013, *PbEG* L 181/15.

van goederen waarvan wordt vermoed dat zij namaak- en piraatartikelen' zijn tussen derde landen en de Europese Unie. De bewegingen van die goederen binnen de EU vallen buiten de werkingssfeer van de APV.[38]

12 Geharmoniseerde materiële IE-wetgeving en Unierechten

Op het niveau van de Europese Unie zijn meerdere maatregelen op het gebied van de intellectuele eigendom genomen. In de eerste plaats heeft op grote schaal harmonisatie van het materiële recht plaatsgevonden. Het materiële recht met betrekking tot verschillende IE-rechten is geharmoniseerd, waaronder merken,[39] tekeningen en modellen,[40] geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen,[41] octrooien voor biotechnologische uitvindingen, geneesmiddelen en gewasbeschermingsmiddelen[42] en auteursrechten en naburige rechten.[43] Een aantal van deze richtlijnen en verordeningen bevat een enkele bepaling die voorziet in sancties op te leggen aan inbreukmakers of maatregelen te treffen in geval van inbreuk. Zo legt art. 8 van de Auteursrecht-richtlijn de verplichting op aan de lidstaten ervoor zorg te dragen, 'dat

---

38 Zie ook Grosheide 2016, p. 29; Van der Zaal 2015, p. 62 e.v.

39 Richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Pb.* L 299; Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (*PbEU* 2015, L 336/1).

40 Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *Pb.* L 289/12;

41 Verordening EG nr. 510/2006 van de Raad van 20 maart 2006 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen, (*Pb.* 2006, L 93).

42 Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Pb.* L 213; Verordening EG nr. 469/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 betreffende het aanvullende beschermingscertificaat voor geneesmiddelen, *Pb.* L 152; Verordening (EG) nr. 1610/96 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 1996 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor gewasbeschermingsmiddelen, *Pb.* L 198.

43 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *Pb.* L 248; Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *Pb.* L 372; Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb.* L 167/10; Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb.* L 111/16; Richtlijn 2011/77/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 tot wijziging van Richtlijn 2006/116/EG betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (*PbEU* 2011, L 265/1); Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt (*PbEU* 2014, L 84/72).

rechthebbenden wier belangen worden geschaad door een inbreukmakende handeling die op zijn grondgebied plaatsvindt, een vordering tot schadevergoeding en/of beëindiging van de inbreuk en in voorkomend geval een vordering tot inbeslagneming van het inbreukmakende materiaal en de in artikel 6, lid 2, bedoelde inrichtingen, producten of onderdelen kunnen instellen'. Lid 3 van datzelfde artikel voorziet in de mogelijkheid een verbod op te leggen aan een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken. Daarentegen is bijvoorbeeld in de Modellenrichtlijn overwogen 'dat bepalingen inzake sancties, tegenmaatregelen en wetshandhaving moeten worden overgelaten aan de nationale wetgeving'.[44]

Voorts zijn Gemeenschapsrechten (Unierechten) tot stand gebracht, die – in tegenstelling tot nationale IE-rechten – rechtstreeks gelding hebben binnen het gehele grondgebied van de Europese Unie.[45] Zij genieten in beginsel ook bescherming in alle lidstaten van de Europese Unie. Voorbeelden van deze Unierechten zijn merken,[46] kwekersrechten,[47] modellen[48] en het langverwacht unitair octrooi.[49] De verordeningen bevatten soms bepalingen met concrete maatregelen die getroffen kunnen worden in geval van inbreuk. Zie bijvoorbeeld artikel 89 ('Sancties ter zake van inbreuken') van de Modellenrichtlijn, art. 102 ('Sancties') en art. 103 ('Voorlopige en beschermende maatregelen') van de Merkenrichtlijn en Deel IV ('Civielrechtelijke vorderingen, inbreuken en rechterlijke bevoegdheid') van de Kwekersrechtrichtlijn. De procedure bij de aanstaande *Unified Patent Court* die zal gaan oordelen over unitair octrooien kent een autonome set procesregels. Hiervoor zij nader verwezen naar par. 2.7.

---

44 Richtlijn 98/71/EG, ov. 5.

45 COM(2003)46 def., p. 5.

46 Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk (*PbEU* 2009, L 78/1); Verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, en van Verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2869/95 van de Commissie inzake de aan het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) te betalen taksen (*PbEU* 2015, L 341/21).

47 Verordening (EG) 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (*PbEU* 1994, L 277/1).

48 Verordening (EG) 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende gemeenschapsmodellen (*PbEU* 2002, L 3/1); Verordening (EG) 1891/2006 van de Raad van 18 december 2006 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 6/2002 en Verordening (EG) nr. 40/94 in verband met de toetreding van de Europese Gemeenschap tot de Akte van Genève bij de Overeenkomst van 's-Gravenhage betreffende de internationale registratie van tekeningen en modellen van nijverheid (*PbEU* 2006, L 386/14).

49 Verordening (EU) 1257/2012 van de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibescherming (*PbEU* 2012, L 361/1); Verordening (EU) 1260/2012 van de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibescherming met betrekking tot de toepasselijke vertaalregelingen (*PbEU* 2012, L 361/89).

13 Aanleiding tot de Handhavingsrichtlijn: de behoefte aan een *level playing field*

De eerste stappen in de richting van de Handhavingsrichtlijn zijn gezet in 1998, toen de Commissie in een *Groenboek* opriep tot actie om het fenomeen 'namaak en piraterij' in de interne markt aan te pakken.[50] De Commissie stelde voor onderzoek te doen naar de behoefte aan – en haalbaarheid van – (aanvullende) communautaire initiatieven op het terrein van handhaving van IE-rechten.[51] Naar aanleiding van een consultatieronde onder belanghebbenden constateerde de Commissie een sterke behoefte aan een *level playing field* voor sancties en maatregelen tegen inbreukmakers.[52] De reeds genomen handhavingsinitiatieven ten spijt, zouden de verschillen tussen nationale sancties en maatregelen tegen inbreukmakers nog altijd te groot zijn om namaak en piraterij effectief te kunnen bestrijden.[53]

In de eerste plaats betreft de Anti-Piraterij Verordening slechts de maatregelen die in het kader van het externe handelsbeleid aan de buitengrenzen van de EU worden genomen. De nationale regels met betrekking tot het intracommunautair verkeer van inbreukmakende goederen van buiten en van binnen de EU werden tot dan toe niet op communautair niveau 'gecoördineerd'.[54] Voorts voldeden de richtlijnen en verordeningen met betrekking tot de harmonisering van het materiële intellectueleeigendomsrecht op dat punt evenmin; de daarin vastgelegde maatregelen en sancties zijn verschillend van aard en hebben bovendien enkel betrekking op de handhaving van de rechten die zij in het leven roepen of beheersen.[55] Met deze richtlijnen en verordeningen is dan ook niet, althans niet primair, beoogd de nationale regels met betrekking tot de handhaving van de intellectuele eigendom te harmoniseren. De TRIPs-overeenkomst, die minimumnormen bevat voor de bescherming en handhaving van IE-rechten, heeft daarentegen wel tot doel rechthebbenden in alle lidstaten van dezelfde maatregelen en procedures te voorzien. Hoewel de maatregelen en procedures ter handhaving van IE-rechten dus in feite gelijk zouden (moeten) zijn met de inwerkingtreding van TRIPs, stelde de Commissie in het Groenboek niet alleen vast dat daarvan geen sprake was, ook constateerde zij dat per lidstaat verschilde of, in hoeverre en met welke frequentie gebruik werd gemaakt van de door TRIPs beschikbaar gestelde maatregelen en procedures. De regelingen voor de toepassing van de voorlopige maatregelen die met name worden

---

50 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Groenboek – bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt, COM(1998)569 def.

51 COM(1998)569 def., p. 2.

52 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling - Follow-up van het Groenboek over de bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt, COM(2000)789 def.; COM(2003)46 def., p. 17; Reinbothe 2010, p. 7.

53 Ov. 7 considerans bij de richtlijn; zie ook: Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Groenboek – bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt' van 24 februari 1999, *Pb.* C 116/09.

54 Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Groenboek - bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt' van 24 februari 1999, *Pb.* C 116/09.

55 Amschewitz 2008, p. 72.

gebruikt ter bescherming van bewijsmateriaal, de berekening van schadevergoeding en de regelingen om een rechterlijk bevel toe te passen zouden van lidstaat tot lidstaat sterk uiteenlopen. Als voornaamste reden voerde de Commissie daartoe aan dat de nationale uitvoeringsbepalingen van de in TRIPs vastgelegde maatregelen en procedures aanzienlijke verschillen vertoonden.[56] Verder achtte de Commissie redengevend dat TRIPs enerzijds niet voorziet in bepaalde middelen tot handhaving van IE-rechten (gewezen wordt op het, op kosten van de namaker, uit de markt nemen van namaakartikelen) en anderzijds vooral middelen bevat die facultatief zijn (zoals het recht op informatie).[57]

Voorgaande omstandigheden hadden tot gevolg dat de 'juridische situatie' in de lidstaten van de EU grote onderlinge verschillen liet zien. De civielrechtelijke maatregelen en procedures die ter beschikking staan van houders van IE-rechten verschilden per lidstaat. Hetzelfde gold voor de strafrechtelijke sanctieregelingen.[58] Inbreukmakers en piraten zouden dankbaar gebruikmaken van deze lacunes. Zij zouden de betrokken producten doorgaans vooral verkopen en vervaardigen in de landen die namaak en piraterij het minst doeltreffend bestraffen. Voor de rechthebbenden zouden de verschillen volgens de Commissie met name van invloed zijn op 'de doeltreffendheid en de kosten van de procedures, de termijnen en het bedrag van de toegekende schadevergoeding'.[59] Deze omstandigheden zouden in de eerste plaats hun weerslag hebben op de handel tussen de lidstaten en directe gevolgen hebben voor de concurrentievoorwaarden in de interne markt. De situatie zou volgens de Commissie leiden tot omleggingen van het handelsverkeer, vervalsing van de concurrentie en (andere) marktverstoringen. Naast de schadelijke gevolgen voor de werking van de interne markt zouden de verschillen in de nationale sanctieregelingen de bestrijding van namaak en piraterij bemoeilijken, innovatie en creativiteit ontmoedigen en leiden tot minder investeringen. In het algemeen achtte de Commissie het feit dat de handhaving van IE-rechten van lidstaat tot lidstaat soms op zeer uiteenlopende wijze wordt gewaarborgd, moeilijk verenigbaar met 'de doelstelling om rechthebbenden binnen de interne markt een gelijk beschermingsniveau te garanderen'.[60]

In november 2000 presenteerde de Commissie een naar eigen zeggen, 'ambitieus actieplan' waarmee de problemen in de interne markt als gevolg van namaak en piraterij moesten worden aangepakt.[61] In het actieplan kondigde de Commissie aan op korte termijn een voorstel voor een richtlijn 'inzake de middelen om naleving van de intellectuele-eigendomsrechten te verzekeren'. De basis voor de Handhavingsrichtlijn was daarmee gelegd.

---

56 COM(2003)46 def., p. 14.

57 COM(2003)46 def., p. 14; ov. 7 considerans bij de Richtlijn 2004/48/EG.

58 COM(2003)46 def., p. 6; zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 3 (MvT).

59 COM(2003)46 def., p. 17.

60 COM(2003)46 def., p. 6.

61 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling – Follow-up van het Groenboek over de bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt, COM(2000)789 def.

14 Deelconclusie

De Handhavingsrichtlijn maakt deel uit van een meeromvattend plan van de EU om inbreukmakende praktijken te bestrijden, door de effectieve handhaving van IE-rechten te bevorderen. Als onderdeel van de internationale rechtsorde is de EU aangesloten bij (multilaterale) handelsverdragen, waaronder de TRIPs-overeenkomst die de aangesloten landen op te leggen sancties en maatregelen ter handhaving van IE-rechten voorschrijft. Ten tweede heeft de EU maatregelen aan de buitengrens van de EU genomen, door middel van de Anti-Piraterij Verordening die douaneautoriteiten bevoegdheden verleent om op te treden tegen de invoer van inbreukmakende goederen. Ten derde is gepoogd binnen de EU een juridisch kader te creëren dat de handhaving van IE-rechten betreft en uit hoofde van de EU bindend is voor alle lidstaten. Enerzijds, door middel van diverse handhavingsbepalingen in (harmonisatie)wetgeving die het materiële intellectueel eigendomsrecht betreffen en anderzijds, door middel van de Handhavingsrichtlijn.[62]

2.3 De Handhavingsrichtlijn: totstandkoming, doelstelling en inhoud

15 De totstandkoming van de richtlijn

Op 30 januari 2003 presenteerde de Commissie een voorstel voor een richtlijn betreffende maatregelen en procedures voor de handhaving van IE-rechten.[63] Iets meer dan een jaar later, op 30 april 2004, is de Richtlijn 2004/48/EG aangenomen. In de literatuur is in dit verband gesproken van een 'recordtijd' voor aanname van een Europese richtlijn.[64] De reden voor deze voortvarendheid zou zijn gelegen in de aanstaande uitbreiding van de EU met een tiental (Oost-Europese) landen, die de bereidwilligheid van de lidstaten snel tot een akkoord te komen zou hebben vergroot.[65] Omdat delen van de TRIPs-overeenkomst en de geharmoniseerde materiële IE-wetgeving als voorbeeld dienden kon het richtlijnvoorstel relatief snel worden opgetuigd. Maar met name ook de nodige druk vanuit lobbyisten in Brussel en de vele informele, *off the record* gevoerde overleggen zouden een spoedige aanname van de richtlijn hebben geforceerd.[66]

De richtlijn is tot stand gekomen volgens de gewone wetgevingsprocedure, die standaard van toepassing is op alle besluitvorming in de Europese Unie, tenzij in de

---

62 Reinbothe 2010, p. 6; Wilman 2014, p. 122 e.v.

63 Commissie van de Europese Gemeenschappen – Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen, COM(2003)46 def.

64 Amschewitz 2008, p. 81.

65 Amschewitz 2008, p. 81; Lakits-Josse 2011, p. 462.

66 Drexl, Hilty & Kur 2003, p. 530 e.v.; zie ook Raadsdoc. nr. 7012/04, 10 maart 2004: *'In accordance with the provisions of Article 251 (2) of the EC Treaty and the Joint Declaration on the Practical Arrangements for the Implementation of the Co-decision procedure, a number of informal contacts were made between the Council, the European Parliament and the Commission with a view to reaching agreement on this dossier at first reading, thereby avoiding the need for a second reading and a conciliation.'*

verdragen specifiek is aangegeven dat een bijzondere wetgevingsprocedure geldt. Kern van de procedure is dat zowel de Raad van Ministers ('Raad') als het Europees Parlement ('EP') een beslissende stem hebben in het wetgevingsproces, en dat beide instellingen de mogelijkheid hebben om een voorstel aan te passen. Het relatief korte totstandkomingsproces van de Handhavingsrichtlijn kenmerkt zich door concessies en compromissen op essentiële onderdelen, waarmee tegemoet is gekomen aan de uiteenlopende eisen en kritieken van de betrokken partijen. Er heerste met name onenigheid over het toepassingsbereik van de richtlijn, de zwaarte van bepaalde sancties in verhouding tot uiteenlopende vormen van inbreuk (proportionaliteit) en meer algemeen over de vraag in hoeverre de Europese wetgever bevoegd is op het terrein van nationaal procesrecht (subsidiariteit). Het resultaat van de compromisvorming is een richtlijn die door de flexibele, open geformuleerde begrippen en normen aan eenduidigheid heeft ingeboet.

16 De doelstelling van de richtlijn

Het oorspronkelijke, primaire doel van de richtlijn is de bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt.[67] Zoals hierna nog aan de orde zal komen, maakte de voorgestelde richtlijn volgens critici geen onderscheid tussen piraterijpraktijken op grote, commerciële schaal enerzijds en inbreuken door natuurlijke personen anderzijds. Tegelijkertijd werd erop gewezen dat ook inbreuken die niet het gevolg zijn van namaak en piraterij zeer schadelijk kunnen zijn voor rechthebbenden. In het totstandkomingsproces van de richtlijn is het toepassingsgebied daarom uitgebreid naar *elke* inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten.[68]

De 'meta' doelstelling van de richtlijn volgt uit ov. 32 considerans, waarin staat dat de richtlijn beoogt te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig art. 17 lid 2 Handvest.[69] De richtlijn beoogt de handhaving van IE-rechten te waarborgen door de invoering van verschillende maatregelen, procedures en rechtsmiddelen in de lidstaten.[70] Uit ov. 10 considerans volgt dat de richtlijn strekt tot (minimum)harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten teneinde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming in de interne markt te waarborgen. In verschillende arresten heeft het HvJ EU deze doelstelling bevestigd.[71]

---

67 Freudenthal 2016, p. 41; COM(1998)569 def.; COM(2003)46 def.

68 Zie art. 2 IE-Handhavingsrichtlijn: 'Onverminderd de middelen die in de communautaire of nationale wetgeving zijn of kunnen worden vastgelegd, voorzover deze middelen gunstiger zijn voor de rechthebbenden, zijn de bij deze richtlijn vastgestelde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen overeenkomstig artikel 3 van toepassing op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het communautaire recht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat.'

69 HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 31.

70 Art. 1 IE-Handhavingsrichtlijn. Zie ook HvJ EU 12 november 2012, C-180/11, ECLI:EU:C:2012:717 (*Bericap/Plastinnova*), r.o. 73; HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*), r.o. 60; Wilman 2014, p. 121.

71 HvJ 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668 (*Realchemie/Bayer*), r.o. 49; HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 (*Diageo/Simiramida*), r.o. 71; Wilman 2014, p. 121.

De regels van nationaal recht moeten volgens het HvJ EU zo worden ingericht dat de doelen van de richtlijn kunnen worden verwezenlijkt en de bescherming van IE-rechten *effectief* is.[72] Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt verder dat de richtlijnbepalingen 'niet alle aspecten betreffende de intellectuele-eigendomsrechten [beogen] te regelen, maar alleen de aspecten die inherent zijn aan enerzijds de handhaving van deze rechten en anderzijds de inbreuken op die rechten, door te eisen dat doeltreffende rechtsgangen bestaan om elke inbreuk op een bestaand intellectuele-eigendomsrecht te voorkomen, te doen staken of te verhelpen'.[73]

Uit de considerans volgt tevens wat de richtlijn zoal *niet* ten doel heeft. De richtlijn heeft niet ten doel de geharmoniseerde regels betreffende justitiële samenwerking, rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken vast te stellen, noch over de toepasselijke wetgeving te handelen. Deze onderwerpen pleegt de richtlijn juist te respecteren.[74] Terreinen die de richtlijn 'onveranderd' wil laten zijn het mededingingsrecht (ov. 12) en het communautaire en nationale materiële recht inzake de intellectuele eigendom (ov. 15). Voorts doet de richtlijn geen afbreuk aan de internationale verplichtingen van de lidstaten, met inbegrip van TRIPs (ov. 5) en eerbiedigt de richtlijn de grondrechten en beginselen van het Handvest (ov. 32). De richtlijn laat ten slotte de handhavings- en uitzonderingsbepalingen van de EU-wetgeving op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten onverlet (ov. 16).[75]

17 De inhoud van de richtlijn

17a De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen van de richtlijn

De bepalingen van de Handhavingsrichtlijn zijn overwegend gebaseerd op de bepalingen van de TRIPs-overeenkomst.[76] Verschillende, op TRIPs geïnspireerde bepalingen zijn echter gedetailleerder en – in tegenstelling tot de equivalenten in TRIPs – niet facultatief, zoals het recht op informatie van art. 8 IE-Handhavingsrichtlijn.[77] Daarnaast zijn in de richtlijn op *best practices* gebaseerde rechtsmiddelen geïntroduceerd, die verder gaan dan de middelen waarin de TRIPs-overeenkomst voorziet. Ook in dat opzicht is wel gesproken van een 'TRIPs-plus benadering' van de Handhavingsrichtlijn.[78] Volgens de Europese wetgever zou de harmonisatie het meest doeltreffend zijn wanneer deze zou geschieden volgens de *best practice* methode, waarbij 'de nationale bepalingen die het meest geschikt lijken om aan

72 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 131; HvJ EU 7 juli 2016, C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 (*Tommy Hilfiger*), r.o. 33; Wilman 2014, p. 121.

73 HvJ EU 12 november 2012, C-180/11, ECLI:EU:C:2012:717 (*Bericap/Plastinnova*), r.o. 75; HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*), r.o. 61; HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 (*Diageo/Simiramida*), r.o. 73.

74 Freudenthal 2016, p. 39.

75 Zie ook Grosheide 2016, p. 32.

76 COM(2003)46 def.

77 Wilman 2014, p. 126 e.v.; Freudenthal 2016, p. 39; Stoll 2009, p. 686.

78 Massa & Strowel 2004, p. 246; Hugenholtz 2004, p. 247-248; Stoll 2009, p. 686.

de behoeften van de benadeelde partijen tegemoet te komen en tegelijkertijd rekening te houden met de legitieme belangen van de verweerders' tot voorbeeld dienen. In dat kader is gewezen op de Engelse 'Anton Piller Order' en de Franse 'saisie contrefacon', waarmee bewijzen met betrekking tot inbreukmakende praktijken kunnen worden vergaard en bewaard. Ook het in de Nederlandse praktijk ontwikkelde fenomeen 'recall' (het op kosten van de inbreukmaker uit de markt halen van namaakproducten) is als voorbeeld van *best practices* genoemd.[79]

De Handhavingsrichtlijn bevat ten eerste diverse maatregelen met betrekking tot de verkrijging en bescherming van bewijsmateriaal, omdat 'het bewijs een uiterst belangrijk element voor de vaststelling van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten is' (ov. 20 considerans). Art. 6 heeft betrekking op de mogelijkheden tot het opvragen en overleggen van bewijsmateriaal dat zich in de macht van de wederpartij bevindt; art. 7 ziet op de voorlopige maatregelen ter bescherming van bewijsmateriaal.[80] Het recht op informatie van de bij de inbreuk betrokken partijen over de herkomst van de inbreukmakende goederen volgt uit art. 8.[81] Daarnaast bevat de richtlijn enkele voorlopige en conservatoire maatregelen in art. 9. Hieronder valt het (*ex parte*) bevel ter voorkoming of staking van (dreigende) inbreukmakende handelingen, dat zo nodig uitgevaardigd kan worden tegen tussenpersonen wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken (lid 1) en de mogelijkheid tot conservatoire beslaglegging op roerende en onroerende zaken van de inbreukmaker, met inbegrip van blokkeringen van bankrekeningen en andere tegoeden (lid 2).[82] Verder bevat de richtlijn maatregelen die genomen kunnen worden ten gevolge van een bodembeslissing (art. 10-12), waaronder het *recall* gebod (art. 10).[83] Ten slotte bevat de richtlijn bepalingen over schadevergoeding (art. 13),[84] de aan de procedure verbonden kosten (art. 14) en de openbaarmaking van vonnissen (art. 15).

17b Doeltreffend, evenredig en afschrikkend

De hiervoor genoemde procedures, maatregelen en rechtsmiddelen van de richtlijn (hierna kort: maatregelen) dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of nodeloze vertragingen inhouden (art. 3 lid 1 IE-Handhavingsrichtlijn). Voor de communautaire rechtsorde betekent deze bepaling niets nieuws. Reeds op grond van art. 6 EVRM en art. 47 Handvest – die nader zullen worden belicht in hoofdstuk 3 – zijn lidstaten verplicht procedurele waarborgen als het recht op effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces te garanderen.[85] Ook in de TRIPs-overeen-

79 COM(1998)569, p. 21-22.

80 Zie Kuipers 2016, p. 91 over bewijsvergarende maatregelen; Wilman 2014, p. 127.

81 Zie Eijsvogels 2016, p. 231.

82 Zie over verbod en bevel Lenselink 2016, p. 181; zie over het ex parte verbod Pinckaers 2016, p. 161; zie over bewarende en conservatoire maatregelen Freudenthal 2016, p. 69.

83 Zie over nevenvorderingen in IE-zaken Eijsvogels 2016, p. 225 e.v.; zie over rectificatie Volgenant 2016, p. 263; zie over de dwangsom Jongbloed 2016, p. 297.

84 Zie Deurvorst 2016, p. 191 e.v.

85 Vgl. Norrgard 2012, p. 207.

komst vinden we deze procedurele waarborgen terug (art. 41 lid 2). De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen daarnaast *doeltreffend, evenredig en afschrikkend* te zijn, en zodanig te worden toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures (art. 3 lid 2 Hrl). Deze beginselen zijn terug te vinden in verschillende Europese richtlijnen.[86]

Doeltreffend en afschrikkend

De *doeltreffendheid* ziet op de vraag of het doel van een regeling wordt bereikt.[87] De vraag of een bepaalde maatregel, sanctie of remedie doeltreffend is, kan zodoende pas worden beantwoord als het doel geïdentificeerd is. Wordt met de bepaling compensatie beoogd van de geleden schade en gemaakte kosten? Strekt de bepaling tot het ontmoedigen van ongewenst (normschendend) gedrag? Dient de bepaling als dwangmiddel om een partij alsnog tot een prestatie te dwingen, of als een afstraffing? De *afschrikkende* werking van een maatregel kan voorts twee dimensies hebben: ofwel degene die inbreuk maakt wordt een halt toegeroepen (individuele preventie), ofwel potentiële inbreukmakers worden ontmoedigd door de maatregel (algemene preventie).[88] De vraag of een bepaalde maatregel in deze zin 'afschrikkend' is hangt dus wederom af van het daarmee beoogde effect.[89]

Evenredig

De *evenredigheid* brengt voorts mee, dat een maatregel niet onevenredig mag zijn met de zwaarte van het belang dat daaraan ten grondslag ligt.[90] Tevens vereist de evenredigheid dat een passend evenwicht (*fair balance*) wordt verzekerd tussen de belangen en (grond)rechten van de betrokkenen bij de toepassing van de maatregelen.[91] De 'evenredigheid' van art. 3 lid 2 IE-Handhavingsrichtlijn is terug te voeren op het Europese evenredigheidsbeginsel, dat in de eerste plaats vereist dat het wetgevend

86 Zie bijv. art. 8 van de Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*Pb.* L 167, p. 10).

87 Voor het Europese begrip 'doeltreffend' of '*effective*' worden meerdere definities gehanteerd. Indien geen regeling van EU-recht (richtlijn, verordening) voorhanden is, dan geldt het doeltreffendheidsvereiste van de 'Rewe/Comet-doctrine', waaruit volgt dat lidstaten regelgeving moeten garanderen die de verwezenlijking van Unierecht 'niet onmogelijk of uiterst moeilijk' maakt (HvJ EU 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*) en HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*)). Zie ook Meijer 2014, p. 48. Indien wel een richtlijn of verordening voorhanden is, dan wordt met 'doeltreffend' meestal bedoeld dat het doel van de richtlijn en de richtlijnbepaling wordt bereikt; zie over dit onderscheid ook Wilman 2014, p. 424-425; zie hierna hoofdstuk 3.

88 Norrgard 2012, p. 209.

89 De effecten van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk in het algemeen en art. 1019h Rv, dat de implementatie vormt van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, in het bijzonder zullen in hoofdstuk 8 worden bestudeerd.

90 Grosheide 2016, p. 22.

91 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 143; HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 65-68; Fischman Afori 2015, p. 896; Ohly 2009, p. 257-274; Norrgard 2012, p. 209.

optreden door de EU beperkt is tot optreden op een wijze die niet verder gaat dan nodig is om de doelstellingen van de EU-Verdragen te verwezenlijken.[92] In Europese context houdt evenredigheid in dat daar waar gekozen kan worden tussen verschillende geschikte maatregelen, de keuze moet vallen op de minst vergaande. De nadelen van de maatregel moeten in verhouding staan tot het met de maatregel beoogde doel.[93] De evenredigheid is daarnaast een in het Handvest gecodificeerd vereiste waaraan een beperking van een grondrecht moet voldoen, wil deze geoorloofd zijn (art. 52 lid 1 Handvest). De toets is ook dan of de beperking geschikt, noodzakelijk en *evenredig* is om het nagestreefde legitieme doel te bereiken.[94] De lidstaten zijn aan het evenredigheidsbeginsel gebonden bij de omzetting van richtlijnen, en de nationale rechter is daaraan gebonden bij de richtlijnconforme uitleg van nationaal recht.[95] In hoofdstuk 3 wordt het Europees evenredigheidsbeginsel nader uitgewerkt.

In de context van de Handhavingsrichtlijn brengt het evenredigheidsbeginsel mee, dat bij de beoordeling van de evenredigheid van de gevorderde of toegepaste maatregel in beginsel ook de aard en de toerekenbaarheid van de inbreuk in acht moet worden genomen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen commerciële, opzettelijke inbreuken (piraterij), onopzettelijke inbreuken door particulieren – en inbreuken die daartussen liggen.[96] Hieruit laat zich afleiden dat vergaande maatregelen beperkt moeten blijven tot ernstige gevallen, zoals commerciële piraterij.[97] Zoals hierna in par. 2.5. aan de orde zal komen, werd tijdens het totstandkomingsproces van de richtlijn het oorspronkelijke toepassingsbereik (namaak en piraterij) verruimd naar *alle* vormen van inbreuk. Om te waarborgen dat bij de toepassing van de maatregelen rekening kan worden gehouden met de specifieke kenmerken van het betreffende IE-recht en de inbreuk, is enerzijds een aantal maatregelen van de richtlijn expliciet beperkt tot commerciële inbreuken (zoals art. 6 lid 2, art. 8 lid 1 en art. 9 lid 2 IE-Handhavingsrichtlijn)[98] en anderzijds het evenredigheidsbeginsel meer prominent gepositioneerd. Het beginsel van evenredigheid zoals neergelegd in art. 3 lid 2 is nader uitgewerkt in ov. 17 considerans:

> *'De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet, moeten in elk afzonderlijk geval zodanig worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectuele-eigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk.'*

---

92 Art. 5 lid 4 EU-Verdrag. Zie hierna hoofdstuk 3.

93 Vgl. Asser/Hartkamp *3-I* 2015/131; Trimidas, 2006, p. 136-137; Aronstein, 2014, p. 251-269; Norrgard 2012, p. 209.

94 Zie hierna hoofdstuk 3 en 9.

95 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, *NJ* 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Promusicae*), r.o. 68.

96 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, *NJ* 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Promusicae*); Conclusie A-G Kokott bij HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), sub 119; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*). Zie ook Grosheide 2016, p. 23; Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019 Rv, aant. 1-2 en 5; *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 6, p. 3.

97 Conclusie A-G Kokott bij HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 119; P.B. Hugenholtz, annotatie bij HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, *NJ* 2009/551 (*Promusicae*).

98 Daarmee zijn handelingen van eindgebruikers te goeder trouw uitgesloten van toepasselijkheid; zie Grosheide 2016, p. 32; Freudenthal 2016, p. 41.

In de considerans wordt verder op verschillende plaatsen gewezen op een belangenafweging en evenredigheidstoets bij de toepassing van de maatregelen van de richtlijn. Daaruit volgt dat ook de status van partijen, zoals de processuele positie van eiser ten opzichte van verweerder, een rol zou moeten spelen bij de beoordeling van de evenredigheid van een bepaalde maatregel. Van belang is dat de verweerder over het algemeen in een minder voordelige positie zal verkeren ten opzichte van de eiser, die gelegenheid heeft de 'aanval' goed voor te bereiden, terwijl de verweerder die gelegenheid doorgaans niet heeft.[99] In dit verband wordt er in ov. 20 considerans op gewezen dat 'de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd en de noodzakelijke waarborgen [moeten] worden geboden'. In ov. 24 staat voorts dat de vast te stellen maatregelen, procedures en rechtsmiddelen verbodsmaatregelen omvatten ter voorkoming van nieuwe inbreuken '[a]fhankelijk van het geval en zo de omstandigheden het rechtvaardigen…', terwijl de corrigerende maatregelen 'recht [moeten] doen aan de belangen van derden'. Dat rekening moet worden gehouden met de processuele positie van partijen volgt reeds ook uit het fundamentele beginsel van gelijkheid der procespartijen, dat in het volgende hoofdstuk aan bod zal komen.

De beginselen doeltreffend, afschrikkend en evenredig moeten dienen als hulpmiddel bij de interpretatie van de richtlijnbepalingen. De beginselen staan niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar. Welk gewicht moet worden toegekend aan de afzonderlijke beginselen hangt af van de omstandigheden van het geval.[100] Dit volgt ook uit de Luxemburgse rechtspraak, waarin de beginselen regelmatig worden betrokken bij de uitleg van de richtlijnbepalingen.[101] Het HvJ EU verduidelijkt echter niet altijd *waarom* het ene beginsel in een bepaald geval kennelijk zwaarder weegt dan het andere. Dit lijkt sterk afhankelijk te zijn van de prejudiciële vraag in kwestie en de casus die daartoe aanleiding gaf. In het *United Video Properties-arrest* bijvoorbeeld ging het HvJ EU uitgebreid in op de afschrikkende werking die zou moeten uitgaan van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. Aan de evenredigheid werd vrijwel geen aandacht besteed, vermoedelijk omdat het Belgische tariefstelsel waarover het HvJ EU zich diende te buigen reeds ruimte biedt aan de rechter om rekening te houden met de specifieke kenmerken van het geval.[102] Of het stelsel beantwoordt aan het evenredigheidsbeginsel stond met andere woorden niet ter discussie. Dat betekent niet, dat de evenredigheid in het algemeen geen rol speelt bij de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn.[103] Zie daarover met name hoofdstuk 3.

---

99 Grosheide 2016, p. 23.

100 Ohly 2009, p. 274; Norrgard 2012, p. 211.

101 Zie bijv. HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*); HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*); HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/SABAM)*.

102 C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, C-27/15, ECLI:EU:C:2016:611, *IER* 2016/54 (*United Video Properties/Telenet*).

103 Vrendenbarg 2013, p. 160-169; Vrendenbarg 2015, p. 259 e.v.; C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, C-27/15, ECLI:EU:C:2016:611, *IER* 2016/54 (*United Video Properties/Telenet*). Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019 Rv, aant. 5.

18 Deelconclusie

De Handhavingsrichtlijn omvat verschillende procedures, rechtsmiddelen en maatregelen bedoeld om het 'wapenarsenaal' van IE-rechthebbenden te versterken en uit te breiden. Deze handhavingsinstrumenten kunnen niet in alle gevallen en ook niet ongelimiteerd worden ingezet. Dat volgt uit de Handhavingsrichtlijn, die voorschrijft dat procedurele waarborgen moeten worden gesteld ter voorkoming van onnodig ingewikkelde, vertraagde of kostbare procedures. De tegen inbreuk te treffen maatregelen dienen voorts niet alleen doeltreffend en afschrikkend te zijn, maar ook evenredig. Dat laatste beginsel impliceert dat bij de beoordeling van de evenredigheid van de gevorderde of toegepaste maatregel in beginsel ook de aard van de inbreuk in acht moet worden genomen, en waar nodig de processuele posities van partijen. Zoals nog aan de orde zal komen in met name hoofdstuk 5 en 6 is de nadere concretisering van deze uitgangspunten niet eenvoudig gebleken.

2.4 De Handhavingsrichtlijn en het subsidiariteitsbeginsel

19 De grondslag van de richtlijn: art. 114 VWEU

Als grondslag 'voor de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten betreffende middelen tot handhaving van intellectuele-eigendomsrechten' is art. 95 lid 1 van het toenmalige EG-Verdrag – sinds het Verdrag van Lissabon art. 114 van het EU-Verdrag – aangenomen.[104] Het betreft een algemene bepaling op grond waarvan maatregelen op EU-niveau kunnen worden vastgesteld 'inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen' (art. 114 lid 1 EU-Verdrag).[105] Deze grondslag is ook voor de instrumenten die de materiële wetgeving op het gebied van intellectuele eigendom betreffen gekozen (zie nr. 12). De Commissie rechtvaardigt de keuze voor dezelfde grondslag als volgt:

> *'De in deze richtlijn voorgestelde maatregelen en procedures zullen de correcte toepassing van het communautaire acquis betreffende het materiële recht inzake intellectuele eigendom kunnen waarborgen; het is derhalve legitiem dat artikel 95 ook de rechtsgrondslag vormt van een richtlijn voor de harmonisatie van de handhaving van deze rechten, waardoor het communautaire acquis op dit gebied effect kan sorteren.'*

Het HvJ EU heeft bevestigd dat de EU bevoegd is tot het treffen van wetgevende maatregelen ter harmonisering van nationale rechtsmiddelen en procedures op grondslag van art. 114 VWEU, zolang deze 'rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt'[106] en wanneer de onderlinge verschillen 'van zodanige aard blijken dat zij distorsies veroorzaken of

---

104 COM(2003)46 def., p. 18.

105 Zie over deze rechtsgrondslag hierna hoofdstuk 3. Zie ook Wilman 2014, p. 413-416; Kuipers 2014, p. 175 e.v.

106 HvJ EU Advies van 15 november 1994, ECLI:EU:C:1994:384, *Jur.* 1994, p. I-05267.

de werking van de gemeenschappelijke markt schaden'.[107] Er zijn verschillende Europese richtlijnen uitgevaardigd op grond van art. 114 VWEU die de bevordering van de interne markt als doel hebben en (dus) primair materieelrechtelijk van aard zijn, maar niettemin de nodige specifieke procesrechtelijke voorschriften bevatten.[108] Belangrijke voorbeelden naast de Handhavingsrichtlijn zijn de Richtlijn voor schadevergoeding in mededingingszaken[109] en de Richtlijn bedrijfsgeheimen.[110] Deze richtlijnen hebben dus niet primair de harmonisatie van procesrecht voor ogen, maar de bevordering van de interne markt, zo nodig door middel van harmonisering van regels van procesrecht.[111] Zij zijn uitsluitend van toepassing op de sector of het rechtsgebied waarop zij betrekking hebben (zoals het mededingingsrecht of IE-recht). In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan op richtlijnen als bron van harmonisering van procesrecht.

De uitoefening van voornoemde, aan het VWEU ontleende wetgevende bevoegdheden is begrensd door de algemene beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zoals neergelegd in art. 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).[112] Op grond van het subsidiariteitsbeginsel onthoudt de EU zich van wetgevend optreden op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen. De EU treedt pas op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt (art. 5 lid 3 VEU). Overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken (art. 5 lid 4 VEU). De wetgevende bevoegdheid

---

107 HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), r.o. 5.

108 Krans 2010, p. 3-7; Kuipers 2014, p. 165.

109 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Pb.* L 349/1.

110 Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *Pb.* L 157/1.

111 Zie bijvoorbeeld Krans 2010, p. 3; Krans 2013, p. 11 e.v.

112 Artikel 5 EU-Verdrag:
'(…)
3. Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt. De instellingen van de Unie passen het subsidiariteitsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. De nationale parlementen zien er volgens de in dat protocol vastgelegde procedure op toe dat het subsidiariteitsbeginsel wordt geëerbiedigd.
4. Krachtens het evenredigheidsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken. De instellingen van de Unie passen het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.' (onderstrepingen toegevoegd)

op grond van het VWEU is daarnaast begrensd door de plicht van de Uniewetgever de grondrechten van het Handvest te eerbiedigen, waarop nader wordt ingegaan in hoofdstuk 3.

In het licht van de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit heeft de Commissie nadruk gelegd op het belang *'rekening te houden met de juridische tradities en de specifieke situatie in elke lidstaat'* en het waarborgen van een gelijkwaardige handhaving van IE-rechten in de EU *'binnen het bestaande nationale kader'*.[113] Op verschillende plaatsen in de (considerans bij de) richtlijn is verwezen naar de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit[114] en de grondrechten en beginselen van het Handvest.[115]

20 De ontvangst van het richtlijnvoorstel in het licht van de subsidiariteit

Reeds uit het richtlijnvoorstel volgde dat deze communautaire maatregel de lidstaten ertoe zou verplichten de nationale handhavingsregels met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten aan te passen. Toch zijn gedurende het wetgevingsproces maar nauwelijks bezwaren geuit op basis van de nationale soevereiniteit op het terrein van nationaal procesrecht. Dat heeft mogelijk te maken met het feit dat TRIPs reeds een zekere invloed uitoefende op nationaal (IE-)procesrecht. Het algemene standpunt van Nederland was dat nadere harmonisatie van civielrechtelijke handhaving nuttig kan zijn, maar dat de keuze van het handhavingsinstrumentarium en de wijze waarop een lidstaat handhaaft aan de lidstaten zelf moet worden overgelaten.[116] De twee voornaamste knelpunten in het licht van de subsidiariteit waren ten eerste de strafrechtelijke bepaling van art. 20 van het richtlijnvoorstel, en ten tweede de proceskostenbepaling van art. 18 richtlijnvoorstel.[117] Zowel het EP als de Raad achtten het niet opportuun strafrechtelijke bepalingen op te nemen in een richtlijn die art. 95 EG-Verdrag als grondslag heeft.[118] In de definitieve richtlijn is het artikel over de strafrechtelijke sancties weggelaten. Tegen de proceskostenbepaling is aangevoerd dat de formulering te weinig rekening hield met de grote verschillen in proceskostenregelgeving in de lidstaten en, meer algemeen, dat het de Europese wetgever niet aangaat om regels voor te schrijven

---

113 COM(2003)46 def., p. 18.

114 Ov. 31 considerans: 'Aangezien de doelstellingen van de richtlijn om eerdergenoemde redenen het beste op Gemeenschapsniveau kunnen worden verwezenlijkt, kan de Gemeenschap overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel maatregelen nemen. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan hetgeen noodzakelijk is om deze doelstellingen te bereiken.'

115 Ov. 32 considerans: 'Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig artikel 17, lid 2, van genoemd Handvest.'

116 *Kamerstukken II* 2002/03, 22112, 268, p. 3 (Brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van 23 april 2003).

117 Voor de tekst van art. 18 van het richtlijnvoorstel zij verwezen naar nr. 28 hierna.

118 A5-0468/2003 def., PE 322.534; A5-0468/65, PE 341.137/56; Raadsdoc. 6052/04, p. 2-4.

op het soevereine terrein van proceskosten(veroordeling). In par. 2.5. wordt uitvoerig ingegaan zowel op deze kritiek als op het resultaat van de compromisvorming op dit punt.

In de literatuur is betoogd dat het richtlijnvoorstel op gespannen voet stond met het subsidiariteitsbeginsel. De Handhavingsrichtlijn is de eerste richtlijn die uniforme bepalingen bevat over regels van procesrecht.[119] Het feit dat het procesrecht tot dan toe overwegend ongeharmoniseerd terrein was gebleven, werd uitgelegd als een kwestie van subsidiariteit.[120] Betoogd werd dat in elke lidstaat zowel het civiel- als het strafprocesrecht het resultaat is van *checks and balances,* waarbij nationale culturen, tradities en ervaringen een belangrijke rol spelen.[121] Met de *'one size fits all'*-benadering van richtlijnvoorstel zou hiermee nauwelijks rekening zijn gehouden.[122]

De verplichte aanpassing van nationaal procesrecht op het terrein van handhaving van IE-rechten zou voorts op nationaal niveau kunnen leiden tot onderscheid in regels die in het gemene (civiele) recht gelden en regels die in het recht van intellectuele eigendom gelden. Critici bekommerden zich om het beginsel van eenheid van recht dat met de voorgestelde richtlijn geschonden zou worden.[123] Vraagtekens werden geplaatst bij de rechtvaardiging voor een afwijkende set procesregels voor het recht van intellectuele eigendom; waarom zouden houders van intellectuele-eigendomsrechten meer procesrechtelijke bevoegdheden dienen te krijgen dan slachtoffers van een milieudelict of verkeersongeval?[124] In dit verband is ook wel gewezen op art. 41 lid 5 TRIPs-overeenkomst, dat met zo veel woorden benadrukt dat voor het recht van intellectuele eigendom geen procesrechtelijke *Sonderreglung* hoeft te worden getroffen.[125]

Wagner noemde de Handhavingsrichtlijn het meest sprekende voorbeeld van zijn opvatting, dat harmonisatie-instrumenten als deze leiden tot overhaaste harmonisatie van civiel procesrechtelijke regels *'in selected areas only, even though these subject-matter areas have nothing special about them'*.[126] Indien de Europese wetgever ervan overtuigd is dat het *loser pays*-beginsel een redelijk beginsel is, waarom heeft de Europese wetgever de toepasselijkheid ervan dan via art. 14 IE-Handha-

---

119 Zie ook Freudenthal 2016, p. 40.

120 Cornish e.a. 2003, p. 449; Hugenholtz 2004, p. 247-248.

121 Hugenholtz 2004, p. 247-248; Freudenthal 2016, p. 40-41.

122 Hugenholtz 2004, p. 247-248.

123 Drexl, Hilty, Kur 2003, p. 530 e.v.; Cornish e.a. 2003, p. 449.

124 Krans 2010, p. 103 e.v.; Hugenholtz 2004, p. 247-248; Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019 Rv, aant. 1; Wagner 2012, p. 110; Drexl, Hilty, Kur 2003, p. 530 e.v.

125 Art. 41 lid 5 TRIPs-overeenkomst luidt: *'It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law in general.'*

126 Wagner 2012, p. 110.

vingsrichtlijn willen beperken tot geschillen die inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten betreffen? De procesrechtelijke bepalingen in de richtlijn mogen dan wel hier en daar als controversieel worden aangemerkt, volgens Wagner lijken zij elk *'well balanced and thus suitable for generalisation'*.[127] In dit verband is betoogd dat de doelstellingen van de Commissie op andere manieren hadden kunnen worden bereikt, zonder 'in te grijpen' in nationaal (proces)recht. Zo had de Commissie de lidstaten kunnen verplichten in kaart te brengen in hoeverre de naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit TRIPs in het betreffende land wordt gewaarborgd. Op basis van die gegevens had de Commissie kunnen vaststellen op welk onderdeel de TRIPs tekortschiet en op dat specifieke punt nadere, geharmoniseerde maatregelen kunnen treffen.[128] Een dergelijke aanpak leidt echter evenzeer tot EU-bemoeienis met nationaal procesrecht en tot *Sonderreglungen* die uitsluitend gelden in IE-zaken.

Voorts is kritiek geuit op de cijfers waarop de Commissie zich baseerde, en die volgens de Commissie noopten tot actie door middel van harmonisatie van de nationale handhavingsregels op communautair niveau. Het 'bewijs' zou voornamelijk zijn samengesteld door (professionele) belangenorganisaties, die een groot belang hebben bij de verzwaring van de sancties en maatregelen tegen inbreukmakers en er daarom alles aan zouden zijn gelegen een zo dramatisch mogelijk beeld te schetsen van de schade die het gevolg is van namaak en piraterij.[129] Daar staat tegenover dat verschillende industrieën (waaronder de farmaceutische, vliegtuig- en auto-onderdelen en de luxegoederen branches) juist belang hebben bij geheimhouding van dergelijke cijfers en aantallen. Publicatie daarvan zou namelijk kunnen leiden tot terughoudendheid bij consumenten, die in toenemende mate zouden vrezen voor in de omloop zijnde 'namaak' geneesmiddelen die van mindere kwaliteit zouden zijn dan de originele medicijnen, of dat bepaalde luxeartikelen hun exclusiviteit zouden verliezen door de verwatering van de betreffende merken als gevolg van de hoeveelheid namaakartikelen op de markt.[130] Wat daarvan zij, men raakte niet overtuigd van de deugdelijkheid van de cijfermatige onderbouwing door de Commissie.

Ook de veronderstelling van de Commissie, dat inbreukmakers van de juridische leemten en verschillen tussen de nationale wetgevingen zouden profiteren door namaakartikelen en piraatproducten vooral te produceren en te verkopen in lidstaten waar minder effectieve handhavingsmechanismen zouden worden gehanteerd, werd in twijfel getrokken. Niet ter discussie stond dát er grote verschillen waren tussen nationale wetgevingen op het gebied van sancties en maatregelen tegen inbreuk; betwijfeld werd evenwel dat dergelijke verschillen werkelijk van invloed zouden zijn op de keuze van bijvoorbeeld een piraat in het ene land actief te zijn en in het andere

127 Wagner 2012, p. 110.
128 Drexl, Hilty & Kur 2003, p. 530 e.v.; Kierkegaard 2005, p. 490-491.
129 Drexl, Hilty & Kur 2003, p. 530 e.v.
130 Amschewitz 2008, p. 22.

land niet.[131] Hier had het op de weg van de Commissie gelegen om ten minste voor een solide onderbouwing van de noodzaak tot het initiatief te zorgen. Dit had de Commissie bijvoorbeeld kunnen realiseren door grondig, onafhankelijk onderzoek naar de oorzaken en gevolgen van namaak- en piraterijpraktijken voor de interne markt.[132]

De kritiek is te herleiden tot het feit dat het initiatief gestoeld is op een zuiver politiek-economische benadering van de problemen als gevolg van de toenemende namaak- en piraterijpraktijken. Vanuit deze benadering heeft de Europese wetgever zich hoofdzakelijk bekommerd om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, en niet om de harmonisatie van het civiele procesrecht.[133] Anders gezegd, de nadruk lag enkel op het tot stand brengen van een *'tool for law enforcement'*; een hoger doel, namelijk harmonisatie of verbetering van het gehele civiele procesrecht, werd niet nagestreefd.[134] De Europese wetgever, aldus Wagner, lijkt daarmee voorbij te zijn gegaan aan het feit dat *'civil justice is not about law enforcement at all, but about striking the right balance between vindication and protection of entitlements and denial of judicial protection for unwarranted claims'*.[135] Zoals nog zal blijken, is het zeer de vraag of een substantiële, zo niet volledige proceskostenveroordeling als regel een geschikt middel is om de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn te verwezenlijken.

21 Deelconclusie

De Handhavingsrichtlijn is gegrond op art. 114 VWEU. De richtlijn, primair materieelrechtelijk van aard, bevat vele procesrechtelijke voorschriften, waaronder met betrekking tot de proceskostenveroordeling. In deze context zijn vraagtekens geplaatst bij de conformiteit van het handelen van de Europese wetgever met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Zoals in de navolgende paragraaf aan de orde zal komen, heeft de wetgever gehoor willen geven aan de bezwaren door de richtlijn op onderdelen af te zwakken of anderszins te versoepelen.

2.5 Het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn

22 Inleiding

In deze paragraaf staat het toepassingsbereik van de richtlijn centraal. In navolging van de literatuur wordt hierna onderscheid gemaakt tussen het materieel toepassingsbereik, waarmee wordt gedoeld op de materiële IE-rechten die onder de werkingssfeer vallen, en het formele toepassingsbereik, dat ziet op de procedures die onder het bereik vallen.[136]

---

131 Drexl, Hilty & Kur 2003, p. 530 e.v.; Cornish e.a. 2003, p. 447 e.v.; Amschewitz 2008, p. 25.
132 Zie ook Drexl, Hilty & Kur 2003, p. 530 e.v.
133 Cornish e.a. 2003, p. 448 en 449; Wagner 2012, p. 109; Wilman 2014, p. 451.
134 Wilman 2014, p. 450 e.v.; Wagner 2012, p. 109.
135 Wagner 2012, p. 109.
136 Vgl. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019 Rv, aant. 4.

23 Het materieel toepassingsbereik van de richtlijn

De werkingssfeer van de Handhavingsrichtlijn in materiële zin strekt zich uit tot rechten van intellectuele eigendom. Art. 2 IE-Handhavingsrichtlijn luidt:

> *'Onverminderd de middelen die in de communautaire of nationale wetgeving zijn of kunnen worden vastgelegd, voorzover deze middelen gunstiger zijn voor de rechthebbenden, zijn de bij deze richtlijn vastgestelde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen overeenkomstig artikel 3 van toepassing op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het communautaire recht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat.'*

In een Verklaring van 2005 heeft de Commissie een niet-limitatieve opsomming gegeven van IE-rechten die onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen.[137] Het betreft de volgende rechten:

- auteursrechten;
- naburige rechten;
- databankrechten;
- de rechten van de maker van topografieën van halfgeleiderproducten;
- merkenrechten;
- rechten op tekeningen of modellen;
- octrooirechten, met inbegrip van de rechten afgeleid van aanvullende beschermingscertificaten;
- geografische aanduidingen;
- rechten op gebruiksmodellen;
- kwekersrechten; en
- handelsnamen, voor zover deze in het betrokken nationale recht als uitsluitende eigendomsrechten worden beschermd.

In ov. 13 van de considerans bij de richtlijn is bepaald dat de werkingssfeer van de richtlijn zo breed mogelijk dient te worden vastgesteld. Deze overweging is in lijn met de doelstelling van de richtlijn, een hoog minimumniveau van bescherming van IE-rechten te creëren. Zowel het ESC[138] als de belanghebbenden die zijn geconsulteerd[139] opperdden dat ook daden van oneerlijke mededinging en slaafse nabootsing onder de reikwijdte van het Groenboek moesten worden gebracht. Het ESC lichtte haar advies als volgt toe, dat de consument ook door andere parasitaire handelingen dan alleen namaak en piraterij wordt misleid. In dit verband doelde het ESC op flagrante imitaties en zogenaamde 'lookalikes'.[140] De belanghebbende kringen stuurden aan op een verruiming van het toepassingsbereik naar daden van oneer-

---

137 Verklaring 2005/295/EG van de Commissie betreffende art. 2 van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *Pb.* L 94, 13 april 2005.

138 Nr. 2 van het Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Groenboek – bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt' van 28 april 1999, *Pb.* C 116/09.

139 Nr. 2.1.4. van het samenvattend verslag, ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/piracy/piracy_en.pdf.

140 Nr. 2 van het Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Groenboek – bestrijding van namaak en piraterij in de interne markt' van 28 april 1999, *Pb.* C 116/09.

lijke mededinging en slaafse nabootsing, omdat dergelijke praktijken *'cannot at the present time in all EU States be combated under statute law'*. Aan deze wensen is tegemoetgekomen door de toevoeging aan ov. 13 van de considerans dat lidstaten, indien zij dat wensen, de toepassing van de bepalingen uit kunnen breiden tot handelingen die oneerlijke concurrentie vormen, waaronder het maken van illegale kopieën, of soortgelijke activiteiten. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. In hoofdstuk 5 zal hierop nader worden ingegaan.

Onduidelijk is of het toepassingsbereik van de richtlijn zich uitstrekt tot geschillen met betrekking tot, bijvoorbeeld, éénlijnsprestaties, portretrechten, persoonlijkheidsrechten, domeinnamen, schending van bedrijfsgeheimen, ongeoorloofde vergelijkende en/of misleidende reclame en oneerlijke handelspraktijken. In het kader van de evaluatie van de Handhavingsrichtlijn is door de lidstaten geopperd een (meer) concrete lijst op te nemen van de IE-rechten die onder de reikwijdte vallen. De Commissie heeft aangegeven het verzoek in overweging te zullen nemen.[141] Vooralsnog is dus van bovenstaande lijst van IE-rechten uit te gaan.

24 Het formeel toepassingsbereik van de richtlijn

Toen de Commissie op 30 januari 2003 het richtlijnvoorstel presenteerde, viel op dat het toepassingsbereik van de richtlijn niet langer beperkt was tot namaak en piraterij, maar tot inbreuken die met 'commerciële bedoelingen' worden gepleegd of de rechthebbende 'aanzienlijke schade' toebrengen.[142] Met deze verruiming gaf de Commissie gehoor aan kritieken en adviezen uit verschillende hoeken het toepassingsbereik te verruimen en onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van inbreuken.[143] In het richtlijnvoorstel zijn vergaande en – althans voor

141 Verslag van de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Toepassing van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, COM(2010)779, 22 december 2010, p. 6; Commission, Staff working document – analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, SEC(2010) 1589, 22 December 2010, p. 5-6; Commission – Synthesis of the comments on the Commission report on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, July 2011, p. 7.

142 Art. 2 van het richtlijnvoorstel luidde: 'Onverminderd de middelen die in de communautaire of nationale wetgeving zijn of kunnen worden vastgelegd, voor zover deze middelen voor de rechthebbenden gunstiger zijn, zijn de in deze richtlijn vastgestelde maatregelen van toepassing op elke inbreuk op de rechten die voortvloeien uit communautaire en Europese besluiten betreffende de bescherming van de intellectuele eigendom, waarvan de lijst is opgenomen in de bijlage en uit de bepalingen die de lidstaten hebben vastgesteld om aan deze besluiten te voldoen, indien een dergelijke inbreuk met commerciële bedoelingen wordt gepleegd of indien de inbreuk de rechthebbende aanzienlijke schade toebrengt.' (onderstrepingen toegevoegd)

143 Zie onder meer Resolutie van het Europees Parlement over het Groenboek van de Commissie van 29 maart 2000, A5-0096/2000 def., *Pb.* C 41/56 (zie met name overweging E); Samenvattend verslag van de reacties vanuit de lidstaten op het Groenboek nr. 2.1.1, ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/piracy/piracy_en.pdf.

Nederland – nieuwe rechtsmaatregelen geïntroduceerd die de rechthebbenden zware wapens in handen geven ter handhaving van hun rechten. Hierbij kan met name worden gewezen op het *ex parte* verbod en de volledige proceskostenveroordeling. Een rechtvaardiging voor deze vergaande maatregelen werd volgens de Commissie geboden door het *primaire* doel van het richtlijnvoorstel: namelijk de bestrijding van namaak- en piraterijpraktijken.[144]

Op het richtlijnvoorstel volgde een storm van kritiek vanuit belanghebbende kringen, wetgevende instanties, de lidstaten en de academische wereld.[145] Het voorgestelde toepassingsbereik lag onder vuur. De Commissie juridische zaken van het Europees Parlement wilde het toepassingsbereik verruimd zien tot *elke* vorm van inbreuk.[146] Vele lidstaten, waaronder Nederland, stonden daarentegen een beperking voor tot gevallen van ernstige, systematische inbreuken die op commerciële schaal en te kwader trouw worden gepleegd.[147] In de literatuur werd gewezen op het feit dat het toepassingsbereik van het richtlijnvoorstel niet langer in overeenstemming was met het primaire doel daarvan, namelijk namaak- en piraterijbestrijding. Het bereik zoals voorgesteld zou de facto elke vorm van inbreuk omvatten, nu vrijwel iedere inbreuk wel met commerciële bedoelingen wordt verricht of althans tot schade kan leiden voor de rechthebbende.[148] Daarnaast kwam de vraag op hoe de lidstaten de richtlijn zouden dienen te implementeren. Het zou onmogelijk zijn de maatregelen en procedures te implementeren en van toepassing te verklaren in slechts de gevallen genoemd in art. 2 van het richtlijnvoorstel, en andere vormen van inbreuk daarvan uit te sluiten. Ondanks het ogenschijnlijk beperkte toepassingsbereik zouden de lidstaten op deze manier toch verplicht worden de nationale handhavingsregels volledig aan te passen aan de voorgestelde richtlijn. Dat riep weer de vraag op of het richtlijnvoorstel wel voldeed aan de eis van proportionaliteit, inhoudende dat sancties evenredig moeten zijn aan het nagestreefde doel.[149]

De uiteindelijke richtlijn, die eind april 2004 werd aangenomen, is het resultaat van compromissen. In een poging tegemoet te komen aan de kritiek is gekozen voor een

---

144 COM(2003)46, p. 3.

145 Zie met name de zogenaamde '*Professor's Letter*' van Cornish e.a., 2003, p. 447-449.

146 A5-0468/2003 def., PE 322.534; A5-0468/65, PE 341.137/56. Deze commissie stond onder leiding van Fourtou, die stevig campagne heeft gevoerd vóór de verruiming van het toepassingsbereik. Er is beweerd dat de vastberadenheid waarmee Fourtou te werk ging alles te maken had met de positie van haar man, CEO van Vivendi Universal, een mediabedrijf dat wereldwijd heeft te gelden als één van de grootste houders van intellectuele eigendomsrechten. De beweerdelijke belangenverstrengeling zou wel aan de orde zijn gesteld tijdens de voorbereidingen voor de Richtlijn, maar heeft verder geen gevolgen gehad voor (de positie van) Fourtou bij het EP. Hierover Kierkegaard 2005, p. 490.

147 Raad van Europa doc. 16289/03, 2 oktober 2003; Raad van Europa doc. 6052/04, 9 februari 2004.

148 Kur 2004, p. 822; Massa & Strowel 2004, p. 244 e.v.; Drexl, Hilty & Kur 2003, p. 530: *'As no effective attempt is made to limit, by way of definition, the measures proposed to fraudulent forms of piracy and counterfeiting, the prospective scope of the directive is substantially extended beyond its original objectives.'*

149 Cornish e.a. 2003, p. 447-448; zie ook Drexl, Hilty & Kur, 2003, p. 530 e.v.

richtlijn waarin de nodige flexibiliteit is ingebouwd.[150] Een meerderheid van de delegaties gaf aan een compromisoplossing te kunnen aanvaarden, waarbij het toepassingsbereik van de richtlijn niet in haar geheel wordt beperkt, maar waarbij sommige bepalingen worden beperkt tot inbreuken op commerciële schaal.[151] De tekst van de considerans en de richtlijnbepalingen is gelardeerd met open normen die nationale wetgevers flexibiliteit geven bij de implementatie, en rechters de ruimte bieden om bij de uitleg en toepassing van de rechtsmiddelen van de richtlijn rekening te houden met de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk.[152]

Arresten over het toepassingsbereik

Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de bepalingen van de Handhavingsrichtlijn in beginsel uitsluitend van toepassing zijn op geschillen over de handhaving van IE-rechten tegen inbreuk. In het *Bericap-arrest* heeft het HvJ EU geoordeeld dat een bij het octrooibureau ingestelde administratieve procedure tot nietigverklaring van een gebruiksmodel buiten het bereik van de Handhavingsrichtlijn valt. Dergelijke procedures beogen immers niet 'de bescherming van houders van intellectuele-eigendomsrechten te verzekeren in de zin van de betrokken bepalingen' en betreffen niet een inbreuk op een IE-recht.[153] Buiten het toepassingsbereik vallen daarom ook procedures waarin de betalingsplichtigen van de billijke compensatie bij de verwijzende rechter vorderen dat hij verklaringen voor recht geeft ten laste van de organisatie die is belast met de heffing van deze vergoeding en de verdeling daarvan onder de houders van auteursrechten.[154] Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat een exequaturprocedure volgend op een IE-inbreukzaak wel onder het toepassingsbereik valt,[155] evenals een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een beslag dat in een andere lidstaat is gelegd ter voorkoming van een inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht, en in het kader van deze schadevordering de vraag rijst naar erkenning van een in die andere lidstaat gegeven beslissing waarbij is vastgesteld dat dit beslag onrechtmatig is.[156] In die gevallen gaat het om een vervolg op een procedure over de handhaving van IE-rechten tegen inbreuk. In hoofdstuk 5 zal worden ingegaan op het toepassingsbereik van art. 1019 e.v. Rv.

---

150 Zoals ook voorgesteld door de Commissie juridische zaken; Committee on Legal Affairs – Working Document on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual property van 23 april 2003, PE 329.425.

151 Raadsdoc. 16289/03 en 6052/04.

152 Zie ov. 17 in de considerans bij de Handhavingsrichtlijn. Hoewel deze versoepeling de lidstaten over de streep heeft getrokken, neemt deze niet de bezwaren weg dat de Handhavingsrichtlijn op nationaal niveau onderscheid creëert in procesregels in gemene civiele zaken enerzijds en IE-inbreukzaken anderzijds.

153 HvJ EU 15 november 2012, C-180/11, *IER* 2013/34, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Bericap/Plastinnova*). Zie ook Vrendenbarg, 'Kort commentaar bij HvJ EU 15 november 2012, zaak C-180/11, B9 11843 (Bericap/Plastinnova) en Rb. 's-Gravenhage 28 november 2012, LJN: BY4482, B9 11888 (Apple/Samsung)', *B9* 11890.

154 HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*).

155 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668 (*Realchemie/Bayer*).

156 HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, *IER* 2015/49, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Diageo/Simiramida*).

25 Deelconclusie: een richtlijn van compromissen

De bezwaren die tijdens het totstandkomingsproces tegen de Handhavingsrichtlijn zijn gericht hebben met name betrekking op het toepassingsbereik. Enerzijds heeft de beperking van de materiële werkingssfeer tot uitsluitend IE-rechten geleid tot verzoeken deze uit te breiden, anderzijds is de uitbreiding van het formeel toepassingsbereik naar alle vormen van inbreuken sterk bekritiseerd. Het resultaat van de bezwaren en kritieken is een richtlijn van compromissen, waarin de nodige flexibiliteit is ingebouwd om de lidstaten over de streep te trekken. De gevolgen daarvan voor de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zullen in de volgende paragraaf aan de orde komen. In met name hoofdstuk 5 zal aan de orde komen dat (onderdelen van) de Handhavingsrichtlijn, ondanks de ingebouwde flexibiliteit, toch een inbreuk van betekenis heeft opgeleverd in althans de Nederlandse (IE-) procespraktijk.

2.6 Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn

26 Inleiding

In deze paragraaf zal aan de hand van de geraadpleegde literatuur, totstandkomings- en beleidsdocumenten worden onderzocht welke Europese uitleg wordt gegeven aan de open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. Zoals zal blijken, zullen de aanknopingspunten met name moeten worden gevonden in de (schaarse) rechtspraak over de bepaling. In het afgelopen decennium[157] zijn relatief weinig arresten gewezen waarin de uitleg van de Handhavingsrichtlijn centraal staat. Het aantal arresten over art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is op één hand te tellen.[158] Hoewel men zou verwachten dat de 'vage' compromistekst van de bepaling tot de nodige vragen van uitleg zou leiden, is gebleken dat het juist de elasticiteit van de bepaling is waardoor de meeste lidstaten geen noodzaak zagen om tot aanpassing van de geldende regels over te gaan.[159] Regelingen over de proceskosten zijn dus vooral regelingen van nationaal recht gebleven en als zodanig geen onderwerp van prejudiciële procedures bij het HvJ EU geweest. Tot 2016 is slechts tweemaal een beroep op de interpretatieve taak van het HvJ EU gedaan, in beide gevallen door de Nederlandse Hoge Raad. Zoals in par 2.5. aan de orde is gekomen zagen de vragen op het toepassingsbereik van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, en niet op de uitleg van de bepaling. De impact van deze arresten is daardoor beperkt gebleven. Verwacht wordt dat het op 28 juli 2016 gewezen arrest *United Video Properties/Telenet* – het

157 Vanaf de uiterste implementatiedatum van 1 mei 2007 tot 1 mei 2017.

158 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668 (*Realchemie/Bayer*); HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*); HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, *IER* 2015/49, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Diageo/Simiramida*); HvJ EU 9 juni 2016, C-481/14, ECLI:EU:C:2016:419 (*Jorn Hansson/Jungpflanzen Grünewald*); HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*).

159 Vgl. Cook 2015, p. 264-269.

eerste en voorlopig enige arrest over de uitleg van de open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn – daarin verandering zal brengen.[160]

27 De basis van de proceskostenbepaling: art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst

Hiervoor is opgemerkt dat veel van de bepalingen van de Handhavingsrichtlijn zijn gebaseerd op de TRIPs-overeenkomst. Art. 3 lid 2 IE-Handhavingsrichtlijn bepaalt dat procedures ter handhaving van IE-rechten niet onnodig ingewikkeld of kostbaar mogen zijn. Deze bepaling is gebaseerd op art. 41 lid 2 TRIPs-overeenkomst. Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is voorts gebaseerd op art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst. Dit volgt uit het richtlijnvoorstel, dat expliciet verwijst naar art. 45 lid 2 van TRIPs-overeenkomst 'waarin deze mogelijkheid reeds wordt geboden'.[161] Art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst is te vinden in deel III (Handhaving van intellectuele-eigendomsrechten), titel 2 ('Civiele en administratieve procedures en corrigerende maatregelen') en luidt:

> *'The judicial authorities shall also have the authority to order the infringer to pay the right holder expenses, which may include appropriate attorney's fees.'*[162]

Het artikel legt de verdragsluitende staten een verplichting op de gerechtelijke autoriteiten de bevoegdheid verlenen de inbreukmaker te veroordelen in de kosten van de rechthebbende. Deze verplichting volgt uit de eerste regel van het artikel, *'the judicial authorities shall also have the authority…'*. De verdragsluitende staten hebben daarentegen de mogelijkheid deze kosten tevens de passende advocatenhonoraria te laten omvatten (*'which may include…'*).[163] In een concept van de TRIPs-overeenkomst van 1990 was deze optionele bepaling nog als een verplichting geformuleerd.[164] Tijdens de onderhandelingen over het artikel is geopperd dat het verplicht stellen van een veroordeling van de inbreukmaker in de kosten van de rechthebbende, inclusief de advocatenhonoraria, tot 'onevenwichtigheid' zou kunnen leiden, nu dit in vele jurisdicties juist een uitzonderlijke maatregel is.[165] In het algemeen werd bij de onderhandelingen over deel III van TRIPs (Handhaving van intellectuele-eigendomsrechten) aangevoerd dat rekening moest worden gehouden met de (soms

---

160 Zie hierover de verschillende bijdragen in het septembernummer van *BIE* 2016/7: Prins 2016, p. 246-248; Hildebrandt 2016, p. 249; Dack 2016, p. 250-252; Pors 2016, p. 253-254.

161 COM(2003)46 def., p. 26, art. 18: 'Aan de procedure verbonden kosten.'

162 De vertaling luidt als volgt: 'De gerechtelijke autoriteiten hebben ook de bevoegdheid de inbreukmaker te gelasten aan de houder van het recht kosten te betalen, die passende honoraria van een raadsman kunnen omvatten.'

163 Dergelijke '*may*'-bepalingen zijn terug te vinden in diverse artikelen van deel III van de TRIPs-overeenkomst. Zij lijken overbodig, maar zijn dat niet. In de eerste plaats geven zij aan hoe iets moet gebeuren, indien WTO leden ervoor kiezen een optionele bepaling te implementeren. In de tweede plaats kan hierop worden voortgeborduurd in bilaterale of multilaterale onderhandelingen. Zie ook Gervais 2003, par. 2.390.

164 Draft of July 23, 1990 (W/74), art. 8A: *'(…). The right holder shall also be entitled to claim remuneration for costs, including attorney's fees, reasonably incurred in the proceedings…'*. Zie ook Gervais 2003, p. 298.

165 Gervais 2003, p. 298 en 299; Correa 2006, p. 426-427.

grote) verschillen tussen de nationale wetgevingen. Meerdere partijen voerden aan dat te vergaande, gedetailleerde regels met betrekking tot de handhaving van IE-rechten kunnen leiden tot *'the creation of separate legal and judicial structures and practices applicable only to the enforcement of intellectual property rights'*.[166] Daarom is onder meer op het punt van de advocatenhonoraria de nodige flexibiliteit geboden bij de implementatie.[167]

Art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst spreekt van de *inbreukmaker* die kan worden gelast de kosten aan de *houder van het recht* te betalen. Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn maakt dit onderscheid niet; het rept over *de in het ongelijk gestelde partij* die in de kosten van *de in het gelijk gestelde partij* wordt veroordeeld. Strikt genomen had in het richtlijnvoorstel, waar art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst als basis van art. 14 wordt genoemd, tevens verwezen moeten worden naar art. 48 TRIPs-overeenkomst, dat een kostenveroordeling ten gunste van de gedaagde partij regelt.[168] Lid 1 van dat artikel luidt:

> *'The judicial authorities shall have the authority to order a party at whose request measures were taken and who has abused enforcement procedures to provide to a party wrongfully enjoined or restrained adequate compensation for the injury suffered because of such abuse. The judicial authorities shall also have the authority to order the applicant to pay the defendant expenses, which may include appropriate attorney's fees.'*[169] (onderstreping toegevoegd)

De zinsnede *'the judicial authorities shall have the authority'* wijst weer op een verplichting voor de verdragsluitende staten, in dit geval om de rechter de bevoegdheid te verlenen de verzoekende partij te gelasten een toereikende schadevergoeding te betalen aan de verwerende partij. De verplichting ziet alleen op de situatie waarin sprake is van, kort gezegd, misbruik van procesrecht en een ten onrechte opgelegd verbod of ten onrechte opgelegde beperking. Dit laat onverlet de mogelijkheid om de rechter de bevoegdheid te verlenen ook een toereikende schadevergoeding te laten betalen aan de verwerende partij wanneer géén sprake is van misbruik van procesrecht. Relevant is evenwel met name het tweede deel van het artikel, dat de verplichting inhoudt de rechter de bevoegdheid te verlenen de verzoekende, eisende partij in de kosten van de verwerende, gedaagde partij te

---

166 TRIPs-overeenkomst, tripsagreement.net/trips_files/documents/1_November_1990_E.pdf.

167 Het facultatieve karakter van de bepaling is in lijn met de algemene proceskostenregel in het Nederlands burgerlijk procesrecht, zie hierna hoofdstuk 4. Het is tevens in overeenstemming met het recht in de Verenigde Staten, waar het tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter behoort vergoeding van kosten en advocatenhonoraria toe te kennen aan de in het gelijk gestelde partij, UNCTAD-ICTSD 2005, p. 593.

168 Amschewitz 2008, p. 210.

169 De Nederlandse vertaling luidt: 'De rechterlijke autoriteiten hebben de bevoegdheid een partij op wier verzoek maatregelen werden genomen en die de procedures tot handhaving van rechten heeft misbruikt, te gelasten om een partij aan wie ten onrechte een verbod of beperking is opgelegd, een toereikende schadeloosstelling te bieden voor de wegens zodanig misbruik geleden schade. De rechterlijke autoriteiten hebben ook de bevoegdheid de verzoeker te gelasten de kosten van de verweerder te betalen, die passende honoraria van een raadsman kunnen omvatten.'

veroordelen. De beperking tot gevallen van 'misbruik' geldt hier niet, zodat de rechterlijke bevoegdheid niet kan worden tot dergelijke misbruikgevallen.[170] Ook hier wordt de mogelijkheid geboden de kosten de passende honoraria van de raadsman te laten omvatten.

De kosten die op grond van art. 45 lid 2 (en art. 48 lid 1) TRIPs-overeenkomst voor vergoeding in aanmerking komen zijn *'expenses, which may include appropriate attorney's fees'*. Onder 'expenses' worden verstaan de kosten van een gerechtelijke procedure.[171] Hieronder vallen de kosten van de deurwaarder en de griffierechten, maar ook de kosten van octrooigemachtigden en andere externe deskundigen, reiskosten etc.[172] De kosten voor de opsporing van inbreuken en het vergaren van bewijs van inbreuk kunnen ingevolge dit artikel eveneens worden vergoed.[173] Voor zover advocaatkosten in een bepaald land voor vergoeding in aanmerking komen, dienen deze *'appropriate'* te zijn. In de literatuur is gesteld dat 'appropriate' iets anders is dan 'adequate'; alleen de laatste term betekent 'volledig'.[174] De Nederlandstalige versie van TRIPs hanteert de term 'passende advocatenhonoraria'. Advocatenhonoraria worden passend geacht wanneer deze in lijn zijn met hetgeen gebruikelijk is in het betreffende land, althans meer specifiek, wanneer zij de vastgestelde tarieven niet aanzienlijk overschrijden.[175] Anders gezegd, aan de hand van de objectief geldende norm van het betreffende land dient te worden bepaald wat passende advocatenhonoraria zijn.[176] Zoals hierna zal blijken, gaat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in verschillende opzichten verder dan het equivalent in TRIPs.

28 Subsidiariteitsbezwaren ten aanzien van de proceskostenbepaling

De op art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst gebaseerde proceskostenregel in het richtlijnvoorstel (art. 18) luidde nog als volgt:

> *'De lidstaten bepalen dat de gerechtskosten, de advocatenhonoraria, alsmede de andere kosten die de partij die in het gelijk is gesteld eventueel heeft gemaakt, door de wederpartij worden gedragen, tenzij de billijkheid of de economische situatie van de wederpartij dit niet toelaat. De bevoegde rechterlijke instanties stellen het te betalen bedrag vast.'*[177]

---

170 Bronckers, Verkade & McNelis 2000, p. 35. Overigens viel de regel met betrekking tot de kostenvergoeding in het eerste concept van TRIPs nog wel onder de beperking van misbruikgevallen. In dat concept was tevens de mogelijkheid de advocaatkosten tot de kosten te rekenen als een verplichting geformuleerd. Zie de Draft of July 23, 1990 (W/74) en Gervais 2003, nr. 2.411.

171 Stoll e.a. 2009, p. 722.

172 Van Nieuwenhoven Helbach e.a. 2002, p. 402.

173 Stoll e.a. 2009, p. 722.

174 Gervais 2003, par. 2.396 en 2.400; Van Nieuwenhoven Helbach e.a. 2002, p. 402.

175 Zie Stoll e.a. 2009, p. 722: *'Remuneration is appropriate if the fees are in line with the norm in the relevant country and, in particular, if they do not exceed the established rates.'*

176 Stoll e.a. 2009, p. 722; Ariyanuntaka 1999, p. 373.

177 COM(2003)46 def., art. 18: 'Aan de procedure verbonden kosten.'

Uit de Engelstalige toelichting bij deze richtlijnbepaling[178] kan worden afgeleid dat met de bepaling een volledige proceskostenvergoeding is bedoeld:

> *'Article 18 provides for the legal costs, lawyer's fees and any other expenses incurred by the successful party (for example, investigation costs, costs for expert opinions) to be borne in full by the other party, unless equity or the economic situation of the other party does not allow this. This possibility is partly provided for by Article 45(2) of the TRIPS Agreement.'* (onderstreping toegevoegd)[179]

Ook uit ov. 16 van de considerans bij het richtlijnvoorstel kan worden opgemaakt dat volledige schadeloosstelling van de rechthebbende is beoogd met de bepaling:

> *'De maatregelen en procedures tot handhaving van intellectuele-eigendomsrechten moeten doeltreffend zijn en de rechthebbende ervan weer in de situatie brengen waarin hij zich zonder de desbetreffende inbreuk bevond.'*[180]

Een aantal lidstaten, waaronder Nederland, wilden het artikel over de proceskosten verwijderd hebben.[181] In het algemeen stelde Nederland zich in reactie op het richtlijnvoorstel op het standpunt dat harmonisatie van civielrechtelijke handhaving weliswaar nuttig kan zijn, maar dat de keuze van het handhavingsinstrumentarium en de wijze waarop een lidstaat handhaaft (civiel-, bestuurs- of strafrechtelijk) aan de lidstaten dienen te worden gelaten.[182] In dat kader achtte Nederland de voorgestelde proceskostenregel in strijd met het subsidiariteitsbeginsel en verweet Nederland de Commissie gebrek aan competentie op dit punt.[183] Nederland werd in deze opvatting gesteund door diverse lidstaten, waaronder het Verenigd Koninkrijk en Italië. Voornoemde lidstaten maar ook bijvoorbeeld Duitsland, België, Denemarken en Finland maakten een algemeen voorbehoud bij art. 18 van het richtlijnvoorstel.[184]

Niettemin is de bepaling gehandhaafd en vastgelegd in art. 14 van de richtlijn. Wel heeft de bepaling op enkele belangrijke, nader te bespreken punten wijzigingen ondergaan. Voor de overzichtelijkheid volgt hierna nogmaals het artikel (art. 14) zoals uiteindelijk opgenomen in de richtlijn:

> *'De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'*

---

178 Opvallend is dat de term 'volledig' niet in de Nederlandstalige toelichting bij art. 18 is opgenomen: COM(2003)46 def. (NL), p. 26.

179 COM(2003)46 final (EN), p. 24.

180 COM(2003)46 def., p. 33.

181 Raad van Europa, doc. 13027/03, 2 oktober 2003, p. 5; Raad van Europa, doc. 16289/03, 19 december 2003 p. 16.

182 Brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van 23 april 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, 22112, 268, p. 3.

183 Raad van Europa, doc. 13027/03, 2 oktober 2003, p. 5.

184 Raad van Europa, doc. 16289/03, 19 december 2003, p. 16.

De eerste wijziging die in het oog springt is de verwijdering van de term *'advocatenhonoraria'*. Hoewel dit niet woordelijk uit de Raadsdocumenten volgt (waarin de standpunten en voorbehouden van lidstaten slechts summier uiteen zijn gezet), is het zeer waarschijnlijk dat juist dit element in de richtlijnbepaling in de weg stond aan de aanvaarding daarvan door de lidstaten en daarom is geschrapt. Immers is het beginsel dat de proceskosten van de in het gelijk gestelde partij worden gedragen door de verliezende partij (*loser pays*) een algemeen erkend processueel uitgangspunt in Europa.[185] In zoverre bracht de richtlijnbepaling dus niets nieuws. Een vergelijkbare regel was bovendien reeds dwingend opgelegd aan de lidstaten door art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst, waarvan de vergoeding van 'passende advocatenhonoraria' niet meer dan een facultatief onderdeel uitmaakt. Het Europees Parlement, dat eveneens bezwaar had tegen de expliciete verwijzing naar *'advocatenhonoraria'* in het voorgestelde artikel, stelde voor het artikel in overeenstemming te brengen met art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst. Het artikel zou dan als volgt komen te luiden: *'…legal costs, and, where appropriate, lawyer's fees…'*. Met deze zinsnede zou volgens het EP recht worden gedaan aan de procedurele bijzonderheden in de verschillende lidstaten.[186] In het definitieve art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is alsnog afstand gedaan van enige verwijzing naar advocatenhonoraria. Conform het voorstel van de Raad van 9 februari 2004 rept het artikel slechts nog over *'legal costs and other expenses'*, ofwel *'gerechtskosten en andere kosten'*.

De gerechtskosten en andere kosten dienen bovendien *'redelijk en evenredig'* te zijn, willen zij voor vergoeding in aanmerking komen. Deze toevoeging door het EP is de tweede, belangrijke wijziging van het artikel en houdt ten opzichte van het voorgestelde artikel aanvullende voorwaarden in waaraan de kosten die de verliezende partij dient te vergoeden aan haar wederpartij dienen te voldoen. Voorts is de laatste zinsnede ('[d]e bevoegde rechterlijke instanties stellen het te betalen bedrag vast') verwijderd en vinden we het zinsdeel *'of de economische situatie van de wederpartij'* niet terug in art. 14 richtlijn. Mogelijk is de economische situatie van de wederpartij een omstandigheid die reeds is verdisconteerd in de toe te passen billijkheidstoets.[187] Een laatste wijziging van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn ten opzichte van het richtlijnvoorstel is het eerste zinsdeel: 'De lidstaten dragen er zorg voor dat, als algemene regel…' Dit komt in plaats van 'De lidstaten bepalen dat…' Tegen de achtergrond van de algemene bezwaren van proportionaliteit en subsidiariteit zou verondersteld kunnen worden dat de Europese wetgever hiermee slechts de verplichting heeft willen opleggen aan de lidstaten om de algemeen geldende proceskostenregel(s) in overeenstemming te brengen met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, althans voor zover daarin in het nationale procesrecht niet reeds is voorzien. Zeker is dit evenwel niet.

---

185 Zie hierna hoofdstuk 7; Amschewitz 2008, p. 211.

186 Europees Parlement, doc. A5_0468/2003, 5 december 2003, p. 29.

187 Dat is althans de Nederlandse interpretatie; *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT); *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C, p. 1. Zie hierna hoofdstuk 5.

Nadere aanknopingspunten voor de uitleg van de open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zijn niet te vinden in de (totstandkomings)documentatie van de Europese wetgever.

29 De uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn door het HvJ EU

29a De doelstelling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn

Zoals hiervoor in nr. 28 aan de orde is gekomen, werd met de proceskostenbepaling in eerste instantie een volledige vergoeding van de kosten van de rechthebbende beoogd, die in de situatie moest worden gebracht waarin hij zich zonder de desbetreffende inbreuk bevond. Deze verstrekkende maatregel kon niet rekenen op goedkeuring vanuit de lidstaten, omdat deze de Europese wetgever niet bevoegd achtten op dit punt en bovendien meenden dat met deze bepaling te weinig rekening werd gehouden met de verschillen tussen de nationale regelingen over proceskosten. Zoals in hoofdstuk 7 ook aan de orde zal komen, kennen vele rechtstelsels regelingen aan de hand waarvan de proceskosten worden beperkt. De mate waarin de proceskosten worden beperkt verschilt van land tot land en is afhankelijk van o.a. de 'architectuur' van de nationale civiele procedure, de procedeercultuur, de overige financiële verplichtingen (denk aan griffierechten) en beleidskeuzes.[188] Een volledige proceskostenveroordeling in uitsluitend procedures die onder het bereik van de Handhavingsrichtlijn vallen, zou leiden tot ingrijpende wijzigingen. De bepaling kon om die reden niet worden aanvaard.

Dat de proceskostenbepaling ondanks het verzet wel een plaats heeft gekregen in de Handhavingsrichtlijn, is een gevolg van de flexibiliteit die daarin is gebouwd. De open normen redelijk, evenredig en billijk en de toevoeging 'als algemene regel' wijzen op een ruime beoordelingsmarge ten aanzien van de keuze voor de middelen ter omzetting daarvan. De bepaling werd niet langer als een breekpunt in het totstandkomingsproces beschouwd, maar veeleer als een overvloedige en onschuldige regeling waarmee men akkoord kon gaan.[189] Het resultaat van de compromisvorming op het punt van de proceskosten was een vage en onduidelijke bepaling, die – met uitzondering van Nederland – vooralsnog niet heeft geleid tot omzetting in de lidstaten.[190]

In de rechtspraak over art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is de algemene doelstelling van de Handhavingsrichtlijn, 'de onderlinge aanpassing van wetgevingen teneinde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming in de interne markt te waarborgen', bevestigd.[191] Specifiek met betrekking tot art. 14 IE-Handhavings-

188 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 93; Sluijter 2011, hoofdstuk 6.

189 Vgl. Fischmann, 2014, p. 2.

190 Freudenthal 2016, p. 42; Wilman 2014, p. 145; SEC(2010)1589, p. 24

191 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak, *IER* 2012/20, m.nt. F.W.E Eijsvogels; *JBPR* 2012/1, m.nt. A.M. van Aerde, r.o. 49 (*Realchemie/Bayer*); HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, *IER* 2015/49, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Diageo/Simiramida*), r.o. 71.

richtlijn heeft het HvJ EU overwogen 'dat deze bepaling beoogt het niveau van de bescherming van de intellectuele eigendom te versterken door te voorkomen dat een benadeelde partij ervan zou worden weerhouden om ter waarborging van zijn rechten een gerechtelijke procedure in te stellen'. Overeenkomstig de algemene doelstelling van de richtlijn en de bijzondere doelstelling van art. 14 dient volgens het HvJ EU 'in het algemeen de pleger van de inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten alle financiële gevolgen van zijn handelwijze dragen'.[192] In deze context heeft het HvJ EU geoordeeld dat de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn ook van toepassing is op procedures die verband houden met de handhaving van IE-rechten. Meer specifiek wordt de bepaling geacht van toepassing te zijn op exequaturprocedures met betrekking tot rechterlijke beslissingen over inbreuk[193] en procedures over de rechtmatigheid van een-op-een gepretendeerd merkrecht gebaseerde beslaglegging.[194] Daarentegen is de bepaling niet van toepassing op een procedure waarin de betalingsplichtigen van de billijke compensatie verklaringen voor recht vorderen ten laste van de organisatie die is belast met de heffing van deze vergoeding en de verdeling daarvan onder de houders van auteursrechten.[195] In dat geval is geen sprake van een (vervolg op een) handhavingsprocedure.

In de literatuur is erop gewezen dat de door het HvJ EU geformuleerde doelstelling correspondeert met de *oorspronkelijke* intentie van de Europese wetgever, namelijk volledige compensatie van de door de rechthebbende in de inbreukprocedure gemaakte proceskosten.[196] Met name door de nadien geschrapte term 'advocatenhonoraria' en de toegevoegde normen redelijk, evenredig en billijk werd de bepaling daarom niet als zodanig geïnterpreteerd in de lidstaten. Deze arresten hebben voor zover bekend dan ook niet (alsnog) geleid tot wetswijzigingen in de lidstaten.[197] Daarvoor is vermoedelijk ook redengevend dat het uitdrukkelijk aan de nationale rechter is om na te gaan of het bedrag dat naar verwachting als gerechtskosten aan het slachtoffer van de inbreuk kan worden toegekend, van dien aard is dat het deze laatste ervan kan weerhouden zijn rechten in rechte geldend te maken.[198]

In het arrest *United Video Properties/Telenet* heeft het HvJ EU evenwel de nadruk gelegd op de 'afschrikkende werking' van een inbreukprocedure, die aanzienlijk zou worden afgezwakt als de inbreukmaker 'slechts kan worden verwezen in een klein

---

192 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak, *IER* 2012/20, m.nt. F.W.E Eijsvogels; *JBPR* 2012/1, m.nt. A.M. van Aerde (*Realchemie/Bayer*).

193 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak, *IER* 2012/20, m.nt. F.W.E Eijsvogels; *JBPR* 2012/1, m.nt. A.M. van Aerde (*Realchemie/Bayer*).

194 HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, *IER* 2015/49, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Diageo/Simiramida*), r.o. 71.

195 HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*).

196 Wilman 2014, p. 145; Vrendenbarg 2013, p. 160 e.v.

197 Wel hebben deze arresten critici in bijv. België en Duitsland gesterkt in hun opvatting dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn noopt tot vergoeding van de volledige kosten (althans voor zover redelijk en evenredig). In die landen is de discussie over de verenigbaarheid van de forfaitaire stelsels met de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn door het HvJ EU opgelaaid sinds het *Realchemie-arrest*. Hiervoor zij verwezen naar hoofdstuk 7.

198 HvJ EU 9 juni 2016, C-481/14, ECLI:EU:C:2016:419 (*Jorn Hansson/Jungpflanzen Grünewald*), r.o. 62-63.

deel van de redelijke advocaatkosten die de benadeelde houder van het intellectuele eigendomsrecht heeft gemaakt'.[199] Dit impliceert dat het doel (of, in de woorden van het HvJ EU, het 'nuttig effect'[200]) van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is of zou moeten zijn dat (potentiële) inbreukmakers worden ontmoedigd om inbreukmakende praktijken te ontplooien. Aan het oorspronkelijke doel van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn – volledige schadeloosstelling van de rechthebbende – wordt in het arrest niet gerefereerd. Het HvJ EU heeft overwogen dat het evenredigheidsvereiste van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn niet impliceert 'dat de verliezende partij noodzakelijkerwijze alle kosten van de andere partij moet vergoeden', maar wel vergt 'dat de in het gelijk gestelde partij recht heeft op vergoeding van minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt'.[201] De afschrikkende werking die daarvan uit moet gaan staat daarbij voorop, en niet het terugbrengen van de rechthebbende in de situatie waarin hij zich bevond vóór de inbreuk.

Betekent het *United Video Properties-arrest* dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn thans zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling bedoeld is om (potentiële) inbreukmakers af te schrikken? Kan dat effect worden bereikt met een bepaling die uitgaat van *two way fee shifting*, waaraan inherent is dat veroordeling in de proceskosten ook de eisende rechthebbende ten deel kan vallen? Speelt het evenredigheidsbeginsel nog een rol bij de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn? In hoeverre zijn de grondrechten en beginselen van EU-recht, met name voor zover deze eisen stellen aan financiële drempels in de toegang tot de rechter, daarbij van belang? En meer algemeen, hoe verhoudt zich deze uitspraak tot het door de lidstaten ingenomen standpunt, dat nationale procesregels vooral een nationale aangelegenheid moet blijven? In tegenstelling tot A-G Campos, die in zijn conclusie op al deze wezenlijke vragen ingaat, laat het HvJ EU deze onbesproken. Als gevolg roept het arrest meer vragen op dan het beantwoordt.[202]

29b Welke kosten?

In de toelichting bij het richtlijnvoorstel van 2003 staat dat het bij art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn (toen nog art. 18) gaat om 'de gerechtskosten, de honoraria van de advocaat, alsmede de overige kosten die de partij die de zaak heeft gewonnen eventueel heeft gemaakt (bijvoorbeeld onderzoekskosten, deskundigenkosten)'.[203] Hoewel in het totstandkomingsproces de term 'advocatenhonoraria' is geschrapt uit het artikel, heeft het HvJ EU in het *United Video Properties-arrest* verduidelijkt dat de 'gerechtskosten' van art. 14 wel degelijk de advocaatkosten omvatten. Uit het arrest

199 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 27.

200 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 30.

201 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 29.

202 Zie hierna hoofdstuk 3, 7 en 8.

203 COM(2003)46 def.

laat zich daarnaast afleiden dat kosten van technische raadgevers, zoals octrooi- of merkengemachtigden, ook hieronder vallen. Voorwaarde is wel, dat die kosten rechtstreeks en nauw verbonden zijn met de betrokken gerechtelijke procedure. De kosten van algemene opsporing van inbreuk zijn dus niet zonder meer toewijsbaar.[204]

Deze kosten van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn omvatten in beginsel ook de buitengerechtelijke kosten.[205] Het is de vraag of ook de kosten van een kort geding, waarin de inbreuk is afgewezen, als schade kunnen worden opgevoerd in een bodemgeding waarin de inbreuk alsnog wordt toegewezen. In het arrest *Jorn Hansson/Jungpflanzen Grünewald* overwoog het HvJ EU dat de bepaling over schadevergoeding in de Kwekersrechtverordening niet in de weg staat aan nationale regelgeving waarin dergelijke kosten van schadevergoeding worden uitgesloten.[206] De bepaling staat ook niet in de weg aan regelgeving die in het kader van de bodemprocedure gemaakte buitengerechtelijke kosten niet in aanmerking neemt. Uit het arrest kan echter worden afgeleid, dat buitengerechtelijke kosten mogelijk wel voor vergoeding in aanmerking kunnen komen op grond van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. Het HvJ EU overweegt namelijk dat het buiten beschouwing laten van deze kosten afhankelijk is van de voorwaarde, dat het bedrag dat naar verwachting als gerechtskosten aan het slachtoffer van de inbreuk kan worden toegekend, niet van dien aard is dat het deze laatste ervan kan weerhouden zijn rechten in rechte geldend te maken, gelet op de buitengerechtelijke kosten die te zijnen laste blijven en op het nut daarvan voor de primaire vordering tot schadevergoeding.[207] In hoofdstuk 5 zal nader aan de orde komen hoe hieraan invulling is gegeven in Nederland.

29c De open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn

Als gezegd is het *United Video Properties-arrest* het eerste arrest waarin het HvJ EU zich heeft uitgesproken over de uitleg van de open normen redelijk, evenredig en billijk van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. Aanleiding was een prejudiciële vraag van het Antwerps Hof van Beroep over de verenigbaarheid van het Belgisch tariefstelsel met deze richtlijnbepaling.[208] Zoals in hoofdstuk 7 uitgebreider aan de orde zal komen, wordt in België voor de proceskostenbeslissing gebruikgemaakt van tarieven die de werkelijke kosten (in IE-zaken) bij lange na niet benaderen. In de octrooizaak van Telenet tegen United Video Properties leidde de toepassing van de tarieven tot een vergoeding van niet veel meer dan 5% van de werkelijk gemaakte kosten ad € 200.000.

---

204 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 33-40.

205 Zie hierna hoofdstuk 5.

206 HvJ EU 9 juni 2016, C-481/14, ECLI:EU:C:2016:419, *BIE* 2016/32, m.nt. T.E. Deurvorst (*Jorn Hansson/Jungpflanzen Grünewald*), r.o. 62-63.

207 HvJ EU 9 juni 2016, C-481/14, ECLI:EU:C:2016:419, *BIE* 2016/32, m.nt. T.E. Deurvorst (*Jorn Hansson/Jungpflanzen Grünewald*), r.o. 63.

208 Hof van Beroep Antwerpen 26 januari 2015, *IEF 14605* (*United Video Properties/Telenet*).

Het HvJ EU heeft in het arrest *United Video Properties/Telenet* geoordeeld dat een regeling waarbij een absolute grens wordt vastgesteld voor de advocaatkosten in beginsel gerechtvaardigd kan zijn, mits deze regeling waarborgt dat die grens de tarieven weerspiegelt die daadwerkelijk gelden voor de diensten van advocaten op het gebied van IE en dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de verliezer worden gedragen.[209] In het arrest worden voorts enkele richtsnoeren geboden voor de beoordeling van de redelijkheid van de kosten. De redelijkheid dient in het concrete geval te worden beoordeeld in het licht van factoren als het voorwerp van het geding, de waarde ervan of het werk dat ervoor nodig is. Buitensporige kosten 'wegens ongewoon hoge erelonen' en kosten die niet noodzakelijk zijn vallen niet onder redelijke kosten. Bij de beoordeling van de redelijkheid dient voorts uit te worden gegaan van de gemiddelde tarieven die in de praktijk gelden voor de diensten van de advocaat in de betreffende lidstaat. Van de kosten die deze redelijkheidstoets doorstaan, dient een significant en passend deel aan de winnende partij te worden vergoed.[210] Volgens het HvJ EU heeft de billijkheid ten slotte 'betrekking op nationale regels op grond waarvan de rechter in een bijzonder geval bij wijze van uitzondering de algemene regeling inzake proceskosten buiten toepassing mag laten als die zou leiden tot een resultaat dat onrechtvaardig wordt geacht'.[211]

Of de geldende maximumtarieven aan deze criteria voldoen is aan de nationale rechter om na te gaan, zo besluit het HvJ EU. Deze overweging laat alsnog ruimte aan de lidstaten om aan de bepaling een eigen invulling te geven. In het volgende hoofdstuk zal aan de orde komen dat de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn mede wordt bepaald door de relevante grondrechten en beginselen van de EU. Zoals zal blijken is het de vraag of een substantiële proceskostenveroordeling, bedoeld als afschrikwekkend middel, daarmee in overeenstemming is.

30 Deelconclusie

Op basis van de totstandkomingsdocumenten en de rechtspraak van het HvJ EU kunnen de contouren van de open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn worden geschetst. Gebleken is dat de proceskostenbepaling tijdens de totstandkoming wezenlijke veranderingen heeft ondergaan. Hoewel oorspronkelijk bedoeld als een in de nationale context te interpreteren 'passende' vergoeding van advocaatkosten (art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst), is de proceskostenbepaling in IE-zaken geëvolueerd tot een regel strekkende tot volledige compensatie van de door de rechthebbende in de inbreukprocedure gemaakte proceskosten (art. 18 van het richtlijnvoorstel). De daartegen gerichte kritiek vanuit de lidstaten heeft vervolgens

209 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 32.

210 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 25-26.

211 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 31.

geleid tot een afzwakking van de regel. Niet langer zijn de volledige kosten toewijsbaar, maar enkel de redelijke en evenredige kosten en voor zover de billijkheid zich daartegen niet verzet. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU moet de bepaling zo worden uitgelegd dat de kosten van een gerechtelijke procedure rechthebbenden er niet van mogen weerhouden naar de rechter te stappen. Ook wijst het HvJ EU op de afschrikkende werking die van de bepaling uit zou moeten gaan op inbreukmakers. Bij deze doelstellingen past dat 'ten minste een significant en passend deel van de redelijke kosten' door de verliezer worden gedragen, zo volgt uit het arrest *United Video Properties/Telenet*.

2.7 Proceskostenregels bij de aanstaand *Unified Patent Court*

31 Proceskostenveroordeling en -vergoeding volgens de *Rules of Procedure*

Met het unitair octrooi en de komst van een *Unified Patent Court* (UPC), wordt beoogd meer uniforme octrooibescherming in de verschillende lidstaten van de Europese Unie te bereiken.[212] Zodra het verdrag door het benodigd aantal landen is geratificeerd, kan bij de UPC centraal worden geprocedeerd over inbreuken op of vernietiging van Europese octrooien.[213] Verschillende uitspraken over inbreuken en geldigheid van octrooirechten binnen de EU zouden daarmee moeten worden voorkomen. Interessant is dat bij de UPC kan worden geprocedeerd volgens – in de woorden van Pors – 'een gloednieuwe, autonome procedure, die een mix is van het procesrecht van de deelnemende landen aangevuld met een nieuwe, praktische aanpak (…)'.[214]

De *Rules of Procedure* bevatten specifieke bepalingen ten aanzien van de griffierechten en proceskosten. Met name het Duitse stelsel, waarop in hoofdstuk 7 nader wordt ingegaan, heeft daarbij als voorbeeld gediend. De regeling ziet er als volgt uit. In art. 69 lid 1 Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooigerecht is bepaald:

> *'De gerechtskosten en andere uitgaven van de in het gelijk gestelde partij worden, in het algemeen, in een redelijke en proportionele mate en tenzij de billijkheid anders vereist, gedragen door de in het ongelijk gestelde partij, tot een overeenkomstig het reglement voor de procesvoering bepaald maximum.'*

De bepaling is gebaseerd op art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. In het Consultation Document van mei 2015 is een voorstel neergelegd voor de 'Rules on Court Fees and Recoverable Costs'.[215] Later zijn nieuwe voorstellen gedaan ten aanzien van de griffierechten en het kostenregime van de UPC. Naar aanleiding daarvan zijn de

---

212 Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooigerecht, Brussel 19 februari 2013, *Trb.* 2013, 92.

213 Pors 2014, p. 384-393. Zie ook Visser 2016; Ynzonides 2016. In Nederland is de Overeenkomst reeds goedgekeurd: *Kamerstukken II* 2015/16, 34411, 3.

214 Pors 2014, p. 390.

215 Preparatory Committee for the Unified Patent Court – Consultation Document, Rules on Court fees and recoverable costs, May 2015, te raadplegen via unified-patent-court.org.

maximumtarieven verlaagd.[216] Volgens de *'scale of ceilings for recoverable costs'* is de maximering van de proceskostenvergoeding (per instantie en per partij) gekoppeld aan de waarde van de vordering. In procedures waarvan de vordering een waarde van € 250.000 vertegenwoordigt kan maximaal € 38.000 aan kosten voor de advocaat worden vergoed. Vóór de consultatieronde was het maximum gesteld op € 50.000. Voor vorderingen met een waarde van € 50 mln is het initieel genoemde maximaal vergoedbare bedrag van € 3 mln verlaagd naar € 1,5 mln. De eisende partij bepaalt in beginsel de waarde van de zaak. Indien partijen het niet eens zijn over de waarde van de zaak, dan kan hierover worden gedebatteerd tijdens de *case management conference*.

Tijdens de onderhandelingen is gebleken dat tussen de lidstaten bestaat geen consensus over wat redelijke en evenredige kosten zijn.[217] In de explanatory note is toegelicht dat er is gekozen voor maxima om de verliezende partij te beschermen tegen *'excessive cost burdens'*. Over de maximumtarieven vermeldt het document dat *'the proposed ceilings are steering a middle course and are the result of a compromise reached after thorough discussions'*.[218] In bepaalde situaties zal van deze maxima kunnen worden afgeweken. In uitzonderlijke gevallen kunnen de maximumtarieven worden verhoogd op verzoek van een of beide partijen.[219] De maximumtarieven kunnen worden verlaagd indien de betalende partij een micro-, klein- of middenbedrijf is. Hetzelfde geldt voor non-profitorganisaties, universiteiten, onderzoeksinstellingen of natuurlijke personen.[220]

---

216 Preparatory Committee for the Unified Patent Court (Draft 16 June 2016) – Decision of the Administrative Committee of the Unified Patent Court on the scale of recoverable cost ceilings, te raadplegen via unified-patent-court.org.

217 Zie Preparatory Committee for the Unified Patent Court – Consultation Document, May 2015, p. 22: *'there is no common legal basis within the 25 Member States as to the question of what reasonable representation costs are and when they become excessive (…)'*.

218 Preparatory Committee for the Unified Patent Court - Consultation Document, May 2015, p. 22.

219 Preparatory Committee for the Unified Patent Court Rules on Court fees and recoverable costs van 25 februari 2016, p. 13: *'(2) In limited situations, such as the particular complexity of the case or multiple languages used in the proceedings having an impact on the representation costs, the ceiling laid down in the Annex upon request by one party, having regard to the financial capability of all the parties in the light of the principle of fair access to justice may be raised up to a certain extent.'* Zie ook art. 2 lid 1 van de draft.

220 Preparatory Committee for the Unified Patent Court Rules on Court fees and recoverable costs van 25 februari 2016, p. 13: *'(3) Upon request by one of the parties, the Court may lower the ceiling applicable in the Annex with regard to that party if, in the event that the requesting party is unsuccessful, the recoverable costs of representation to be awarded to the successful party would threaten the economic existence of the requesting party, especially if the latter is an SME, non-profit organisation, university, public research organisation or natural person. For this purpose the Court shall take into consideration all available information on the parties, including, where possible, the procedural behaviour of the parties, the applicable level of the ceiling for recoverable costs in comparison with the annual turnover of both parties, the type of economic activity of both parties, as well as the impact the lowering of the ceiling would have on the other party.'* Zie ook art. 2 lid 2 en 3 van de draft.

Sinds het in juli 2016 gewezen arrest *United Video Properties/Telenet* is er discussie over de vraag, in hoeverre het stelsel van maximumtarieven nog houdbaar is.[221] Deze discussie dient evenwel te worden gevoerd met inachtneming van de grondrechten en beginselen van de EU, waarover het volgende hoofdstuk zal handelen.

2.8 Conclusie

32 Proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken: doeltreffend, evenredig en afschrikkend

In dit hoofdstuk zijn de contouren van de open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn geschetst. De nationale regels over proceskostenveroordeling en -vergoeding in IE-zaken dienen zoveel mogelijk te beantwoorden aan de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn. Het algemene doel van deze richtlijn is het waarborgen van bescherming van IE-rechten door de harmonisering van de verschillende civiele handhavingsmaatregelen, procedures en rechtsmiddelen in de lidstaten. Het specifieke doel van de proceskostenbepaling is te voorkomen dat de kosten van een procedure de rechthebbende ervan weerhouden zijn rechten te handhaven. Uit de richtlijn kan daarnaast worden afgeleid dat de toepassing van de proceskostenbepaling doeltreffend, afschrikkend en evenredig dient te zijn. Tevens dient te worden voorkomen dat procedures onnodig kostbaar zijn, zoals vereist in art. 3 lid 2 IE-Handhavingsrichtlijn. Specifiek met betrekking tot art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn heeft het HvJ EU aangegeven dat lage proceskostenvergoedingen inbreukmakers niet zullen afschrikken. Dat brengt volgens het HvJ EU mee dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de verliezer moet worden gedragen. Hoewel niet expliciet aan de orde is gekomen in het arrest *United Video Properties/ Telenet*, zal ook het evenredigheidsbeginsel een rol dienen te spelen bij de omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. De relevantie van dit beginsel en andere beginselen van EU-recht, zoals het beginsel van effectieve rechtsbescherming, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid der procespartijen, zal in het volgende hoofdstuk worden belicht.

221 Hierover Pors 2016, p. 253-254.

3. PROCESKOSTENVEROORDELING EN -VERGOEDING IN EUROPEES PERSPECTIEF

3.1 Inleiding

33 De relevante grondrechten en beginselen van EU-recht

Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de lidstaten bij de omzetting van de Handhavingsrichtlijn acht moeten slaan op de grondrechten en beginselen van de EU. De rechter dient nationaal recht te interpreteren op zodanige wijze dat dit niet alleen consistent is met de richtlijn, maar ook dat dit niet in conflict komt met de grondrechten en beginselen van de EU.[1] Deze verplichting tot EU-recht conforme interpretatie vloeit voort uit het beginsel van loyale samenwerking van art. 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).[2] Op grond van dit beginsel dient secundair EU-recht (richtlijnen, verordeningen) te worden geïnterpreteerd binnen de grenzen van de verdragen,[3] en dient nationaal recht te worden geïnterpreteerd

---

1 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 70; HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/SABAM),* r.o. 33 en 36; HvJ EU 19 februari 2009, C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 (*LSG/Tele2*), r.o. 28-29; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 34; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 139; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 46.

2 Art. 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie luidt:
'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.
De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.
De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.'

3 Een verplichting die ook op het HvJ EU rust; art. 19 lid 1 VEU: 'Het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde rechtbanken. Het verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen. De lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren.' Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 136; Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 479.

conform EU-recht.[4] Het beginsel van loyale samenwerking brengt mee, dat ook de open normen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moeten worden geïnterpreteerd binnen de kaders van de grondrechten en beginselen van de EU. De uitleg mag hier niet mee in strijd komen. In dit hoofdstuk zal dan ook worden onderzocht welke randvoorwaarden de 'grondrechten en beginselen van de EU' stellen aan Europese en nationale procedurele voorschriften, proceskostenregelingen in het bijzonder. Deze randvoorwaarden zullen, tezamen met het in het vorige hoofdstuk besproken doeltreffendheidsvereiste, het normatief beoordelingskader vormen waaraan de implementatie, uitleg en toepassing van art. 1019h Rv moeten worden getoetst.

Hierna zal worden besproken langs welke lijnen het nationale procesrecht, waaronder regelingen over proceskosten, wordt beïnvloed door EU-recht (par. 3.2). Zoals zal blijken is in dit kader een steeds belangrijker wordende rol weggelegd voor het Handvest, waarin de grondrechten en beginselen van de EU zijn gecodificeerd. Het inhoudelijk met art. 6 EVRM corresponderende art. 47 Handvest stelt eisen aan nationale regels van procesrecht die de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter kunnen beperken. Met deze vereisten dienen nationale proceskostenregelingen in overeenstemming te zijn, althans voor zover zij de implementatie vormen van een voorschrift van EU-recht (zoals art. 1019h Rv) dan wel van toepassing zijn op procedures over de handhaving van aan het EU-recht ontleende rechten (par. 3.3). In par. 3.4. zal worden ingegaan op de specifieke verdragsrechtelijke vereisten ten aanzien van financiële drempels in de toegang tot de rechter. Vervolgens worden de relevante beginselen geïdentificeerd, waaraan ook de interpretatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is gebonden (par. 3.5). De vraag, hoe deze vereisten en beginselen op Europees wetgevend en rechtsprekend niveau worden geïnterpreteerd, wordt in par. 3.6. verkend. Ten slotte wordt een overzicht gegeven van de randvoorwaarden waaraan nationale proceskostenregelingen dienen te voldoen (par. 3.7).

3.2 De toenemende invloed van EU-recht op nationaal procesrecht

34 Inleiding

Nationaal civiel (proces)recht wordt in toenemende mate en langs verschillende lijnen beïnvloed door het Unierecht.[5] Hoewel proceskosten en regels over de -veroordeling en -vergoeding in beginsel worden beschouwd als een nationale aangelegenheid, worden ook deze regelingen op verschillende manieren 'geraakt' door het EU-recht.[6]

---

4 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 75; Wissink 2001.

5 Hierover handelen verschillende bijdragen in Hartkamp e.a. 2014. Andere literatuur over dit onderwerp: Nylund & Krans 2016; Krans 2013, p. 11 e.v.; Wilman 2014; Ancery 2012, p. 109 e.v; Freudenthal 2007; Freudenthal 2013.

6 Vgl. Krans 2010, p. 93; Wilman 2014, p. 354-358. Het Europees Parlement, co-wetgever van de Europese Unie, staat op het standpunt dat het aan de lidstaten is 'om eigen regels vast te stellen voor de verdeling van de kosten'; Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 over 'Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalmechanismen', P7_TA (2012)0021, nr. 20.

35 De Rewe-criteria

Ten aanzien van nationale regels van procesrecht geldt het in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde beginsel van procedurele autonomie, dat inhoudt dat lidstaten zelf de regels over de procedure bepalen. Op deze manier pleegt het HvJ EU nationale constitutionele en procesrechtelijke tradities te respecteren.[7] Lidstaten zijn in beginsel ook autonoom ten aanzien van de regels die gelden in procedures waarin over de handhaving of toepassing van het EU-recht moet worden beslist.[8] In die procedures wordt de procedurele autonomie echter begrensd door een aantal voorwaarden, zijnde de – door het HvJ EU voor het eerst in het *Rewe-arrest* geformuleerde – beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[9] Het gelijkwaardigheidsvereiste houdt in dat procesregels nationale zaken en zaken met een EU-rechtelijke grondslag gelijk dienen te behandelen. Zij mogen niet ongunstiger zijn voor vorderingen gebaseerd op EU-recht. Het doeltreffendheidsvereiste brengt mee dat de verwezenlijking van EU-recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden door de betreffende procesregel. Daarnaast geldt het – uit art. 6 en 13 EVRM c.q. art. 47 Handvest voortvloeiende – algemeen EU-rechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming.[10] Dit beginsel, inhoudende dat iedereen die rechten kan ontlenen aan het EU-recht toegang moet hebben tot de rechter teneinde de handhaving van deze rechten te kunnen afdwingen, zal in par. 3.4. meer uitgebreid worden besproken.

Het beginsel van procedurele autonomie, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, geldt ook ten aanzien van regelingen over proceskosten.[11] In de arresten *Clean Car* en *Evans* heeft het HvJ EU geoordeeld dat het aan de lidstaten is om – binnen deze randvoorwaarden – regels te geven voor de proceskostenvergoeding.[12] De beoordeling of in een concreet geval aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel is voldaan, laat het HvJ EU in beginsel exclusief over aan de nationale rechter.[13] Deze beoordeling hangt namelijk mede af van de belangenafweging die in het kader van de doeltreffendheidstoets moet worden uitgevoerd.[14] Op grond van de zogenaamde procedurele *rule of reason*

---

7 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 487 e.v.

8 Krans 2010, p. 5; Wilman 2014, p. 29 en 419; Freudenthal 2013, p. 309-310; Meijer 2014, p. 39; HvJ EU 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*); HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

9 HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*); HvJ EU 16 december 1976, C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*). Zie meer uitgebreid over deze beginselen Meijer 2014, p. 48; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/111; Krans 2010, p. 5; Wilman 2014, hoofdstuk 2.

10 HvJ EU 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206, p. 1651 (*Johnston*); Wilman 2014, p. 44; Freudenthal 2013, p. 310-313; Ancery 2012, p. 106; Widdershoven 2011, p. 103-114; Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 487 e.v.

11 Meijer 2007, p. 200-201; Krans 2010, p. 96-97.

12 HvJ EU 6 december 2011, C-472/99, ECLI:EU:C:2001:663 (*Clean Car*); HvJ EU 4 december 2003, C-63/01, ECLI:EU:C:2003:650 (*Evans*). Zie ook Krans 2010, p. 96.

13 Vgl. Wilman 2014, p. 37.

14 Meijer 2007, p. 202; A-G Wattèl in zijn conclusie voor HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*), sub 7.31 met verwijzing naar HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*).

moet de nationale rechter het belang van een doeltreffende bescherming van EU-recht afwegen tegen het belang dat aan de nationale proceskostenregeling is verbonden.[15] In hoeverre de balans zal doorslaan naar het belang van een doeltreffende bescherming van het EU-recht, hangt volgens Meijer mede af van de vraag in hoeverre het belang dat wordt gediend met de nationale regeling kan worden beschouwd als *'a commonly acknowledged interest which is also accepted in Union law'*.[16] De implicaties hiervan voor het Nederlandse stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen zullen in hoofdstuk 4 aan de orde komen.

36 Europese harmonisering van procesrecht

36a Art. 81 VWEU als bron van harmonisering van procesrecht

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam[17] in 1999 is de totstandkoming van een Europese Juridische Ruimte een zelfstandig doel van de Europese Gemeenschap (thans Europese Unie) geworden.[18] De justitiële samenwerking in civiele zaken heeft in dat kader een rechtsgrondslag gekregen in art. 65 EG-Verdrag (EGV), dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 is vervangen door art. 81 van het Verdrag betreffende de werking van de Unie (VWEU).[19] Hiermee heeft de ontwikkeling van het Europees internationaal privaatrecht een hoge vlucht genomen.[20] Op basis van art. 65 EGV c.q. 81 VWEU zijn tal van verordeningen en richtlijnen tot stand gekomen in het kader van justitiële samenwerking in civiele zaken. Zo zijn er de verschillende verordeningen met betrekking tot de bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen[21] en de Verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure.[22] De toegankelijkheid van de

15 A-G Wattèl, conclusie voor HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*), sub 7.31; Meijer 2007, p. 202. Over de procedurele *rule of reason* zie Krans 2010, p. 9; Wilman 2014, p. 41; Ancery 2012, p. 105; Meijer 2014, p. 45.

16 Meijer 2014, p. 45.

17 Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 1997, C 340/1.

18 Freudenthal 2007, p. 37.

19 Art. 81 lid 1 VWEU luidt als volgt: 'De EU ontwikkelt een justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, die berust op het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en van beslissingen in buitengerechtelijke zaken. Deze samenwerking kan maatregelen ter aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten omvatten.'

20 Wagner 2012, p. 94; Freudenthal 2013, p. 2; zie voor een uitgebreide (chronologische) behandeling van de ontwikkelingen van het Europees civiele procesrecht Freudenthal, 2007. Zie over de rechtsgrondslag van art. 81 VWEU Kuipers 2014, p. 169 e.v.

21 Brussel I-bis: Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1 (Verordening 2012/1215/EU).

22 Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *PbEU* 2006, L 399/1.

rechtspleging is daarnaast een eigen doelstelling van de EU geworden.[23] Op basis daarvan zijn diverse instrumenten ter bevordering van de toegang tot de rechter tot stand gekomen, zoals de Richtlijn rechtsbijstand[24] en de Verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen.[25]

Ten tijde van de afronding van dit proefschrift heeft de Commissie juridische zaken van het Europees Parlement een voorstel gepubliceerd voor een Richtlijn tot vaststelling van minimumnormen voor civiele procedures in de EU.[26] Het doel van de richtlijn is – kort gezegd – de bevordering van de kwaliteit en toegankelijkheid van civiele procedures in alle lidstaten. Teneinde deze doelstelling te verwezenlijken is een kader geïntroduceerd op basis van minimumnormen waaraan de nationale civiele procedure in de lidstaten moet voldoen. Het voorstel bevat onder meer bepalingen ten aanzien van het verloop van de procedure, maatregelen ter verkrijging en bescherming van bewijs en regels over de aanstelling van deskundigen. Het derde deel ('Access to courts and justice') bevat specifieke regels over proceskostenveroordeling en rechtsbijstand. Van belang in deze context is dat als grondslag voor het richtlijnvoorstel art. 81 VWEU is aangenomen.[27] In het eerste lid van voornoemd artikel is uitdrukkelijk bepaald dat op deze grondslag 'maatregelen ter aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten' kunnen worden getroffen. Hoewel de op grond van art. 81 VWEU verleende wetgevende bevoegdheid beperkt is tot burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen,[28] zal de praktische relevantie van richtlijn – indien deze wordt aangenomen – mogelijk breder zijn. In het richtlijnvoorstel is benadrukt dat het begrip 'grensoverschrijdende gevolgen' ruim moet worden opgevat en niet gelijk moet worden gesteld met het begrip 'grensoverschrijdende procedures'. Ook nationale procedures met enig grensoverschrijdend aspect zullen vermoedelijk dus onder het bereik van de richtlijn vallen.[29] Daarnaast – of daarenboven – wordt met de richtlijn uitdruk-

---

23 Art. 67 VWEU bepaalt in het vierde lid:
'4. De Unie vergemakkelijkt de toegang tot de rechter, met name door het beginsel van wederzijdse erkenning van gerechtelijke en buitengerechtelijke beslissingen in burgerlijke zaken.'
Art. 81 VWEU bepaalt in het tweede lid:
'2. Voor de toepassing van lid 1 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure, met name wanneer dat nodig is voor de goede werking van de interne markt, maatregelen vast die het volgende beogen: […]
f. het wegnemen van de hindernissen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen inzake burgerlijke rechtsvordering; […].'

24 Richtlijn van de Raad 2002/8/EC van 27 januari 2003 tot verbetering van de toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen door middel van gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand bij die geschillen, *PbEG* 2003, L 26/41.

25 Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *Pb. EU* 2007, L 199/1.

26 Draft Report with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the EU (2015/2084(INL)), 10 February 2017, PE593.974v01-00.

27 Draft Report PE593.974v01-00, p. 8.

28 Zie Kuipers 2014, p. 171 e.v.; Freudenthal 2007, p. 39; Wagner 2012, p. 98.

29 Mánko 2015, p. 11.

kelijk beoogd een basis te creëren voor *'gradual deepening of the approximation of civil procedural regimes of Member States'*. Aldus vallen nadere instrumenten ter harmonisering van nationaal procesrecht te verwachten, op grondslag van art. 81 VWEU dan wel het hierna te bespreken art. 114 VWEU.[30]

36b Art. 114 VWEU als bron van harmonisering van procesrecht

Art. 114 VWEU verleent de Europese wetgever de bevoegdheid 'de maatregelen vast [te stellen] inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen'.[31] De uitoefening van deze wetgevende bevoegdheid is begrensd door de algemene beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zoals neergelegd in art. 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).[32] Op grond van het subsidiariteitsbeginsel onthoudt de EU zich van wetgevend optreden op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen. De EU treedt pas op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt (art. 5 lid 3 VEU). Overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken (art. 5 lid 4 VEU). Het HvJ EU heeft in verschillende uitspraken bevestigd dat de EU bevoegd is tot het treffen van wetgevende maatregelen ter harmonisering van nationale rechtsmiddelen en procedures op grondslag van de bevordering van de interne markt,[33] zolang deze 'rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt'[34] en wanneer de

30 Mánko 2015, p. 11 e.v.

31 Zie over deze rechtsgrondslag Wilman 2014, p. 413-416; Kuipers 2014, p. 175 e.v.

32 Art. 5 EU-Verdrag:
'(…)
3. Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt. De instellingen van de Unie passen het subsidiariteitsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid. De nationale parlementen zien er volgens de in dat protocol vastgelegde procedure op toe dat het subsidiariteitsbeginsel wordt geëerbiedigd.
4. Krachtens het evenredigheidsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken. De instellingen van de Unie passen het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.' (onderstrepingen toegevoegd)

33 Derhalve op grondslag van art. 114 VWEU, en overigens ook op grondslag van bijv. art. 115 VWEU; vgl. Wilman 2014, p. 420-421.

34 HvJ EU Advies van 15 november 1994, ECLI:EU:C:1994:384, *Jur.* 1994, p. I-05267.

onderlinge verschillen 'van zodanige aard blijken dat zij distorsies veroorzaken of de werking van de gemeenschappelijke markt schaden'.[35]

De beperking tot grensoverschrijdende civiele geschillen geldt niet voor de op grondslag van art. 114 VWEU vastgestelde maatregelen. Er zijn tal van richtlijnen uitgevaardigd op grond van art. 114 VWEU die de bevordering van de interne markt als doel hebben en (dus) primair materieelrechtelijk van aard zijn, maar niettemin de nodige specifieke procesrechtelijke voorschriften bevatten.[36] Belangrijke voorbeelden zijn de Consumentenrichtlijn,[37] richtlijnen op het terrein van het mededingingsrecht[38] en uiteraard de Handhavingsrichtlijn, die verschillende bepalingen van procesrechtelijke aard bevat, zoals de bepaling over de proceskosten.[39] Deze richtlijnen hebben dus niet primair de harmonisatie van procesrecht voor ogen, maar de bevordering van de interne markt, zo nodig door middel van harmonisering van regels van procesrecht.

Laatstgenoemde harmonisatiemaatregelen zijn uitsluitend van toepassing op de sector of het rechtsgebied waarop zij betrekking hebben, zoals het consumentenrecht of het IE-recht. Zij zijn van groot belang voor de praktijk. Richtlijnen zijn namelijk verbindend voor de lidstaten ten aanzien van het te bereiken resultaat. Zij zijn niet rechtstreeks van toepassing in de interne rechtsorde van de lidstaten, doch dienen daartoe eerst te worden omgezet in nationale wetgeving. Omzetting is niet verplicht en kan achterwege blijven, bijvoorbeeld indien de wetgever van oordeel is dat het nationale recht al voldoet aan de eisen die het EU-recht stelt. Indien de wetgever wel besluit tot omzetting, dan heeft hij de nodige vrijheid bij de keuze voor de vorm en middelen van implementatie.[40] In beide gevallen echter – omzetting blijft achterwege dan wel geschiedt 'op eigen nationale wijze' – heeft de betreffende regeling een Europese achtergrond. Die Europese achtergrond kan op verschillende manieren en momenten van wezenlijk belang blijken voor de praktijk.[41] De nationale rechter is namelijk verplicht het gehele nationale recht – de nationale regels ter omzetting van een richtlijn in het bijzonder – zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betreffende richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.[42] Arresten van het HvJ EU over de uitleg van de richtlijn(bepaling) kunnen tot gevolg hebben dat daaraan een andere invulling

35 HvJ EU 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), r.o. 5.

36 Krans 2010, p. 3-7; Kuipers 2014, p. 165; Wilman 2014.

37 Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG en van Richtlijn 1999/44/EG en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG, *Pb.* L 304.

38 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *Pb.* L 349.

39 Krans 2010, p. 3.

40 Art. 288 lid 3 VWEU. Deze keuzevrijheid is met name groot in het geval van minimumharmonisatie; Wissink 2001, p. 26 e.v.

41 Krans 2010, p. 13; Wilman 2014, p. 424.

42 Zie bijv. Wissink 2014, p. 119; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/182-183.

moet worden gegeven dan aanvankelijk werd aangenomen. Een eventueel oordeel van het HvJ EU over de juistheid van de omzetting of van de beslissing de omzetting achterwege te laten kan evenzeer belangrijke gevolgen hebben voor de nationale praktijk.[43]

Vanuit de lidstaten wordt bemoeienis met nationale regels van procesrecht via materieelrechtelijke rechtsinstrumenten (zoals de Handhavingsrichtlijn) over het algemeen bezwaarlijk bevonden. Door procesregels en rechtsmiddelen voor te schrijven uitsluitend voor een specifieke sector tracht de Europese wetgever tegemoet te komen aan een bepaalde behoefte in die sector. Maar procedurevoorschriften die voor één specifiek rechtsgebied gelden kunnen op nationaal niveau leiden tot verbrokkeling van het bestaande stelsel van procesregels.[44] Dat geldt ook voor bepalingen over proceskosten, die niet op zichzelf staan, maar gevormd zijn door – en deel uitmaken van – het nationaal burgerlijk procesrecht als een innerlijk coherent systeem.[45] Het binnen de nationale procesrechtelijke architectuur gevonden evenwicht kan danig worden verstoord indien van hogerhand zogenaamde *best practice* regelingen op het terrein van de proceskosten worden opgelegd.[46] Een belangrijk voorbeeld is de ruimhartige omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in Nederland, waarvan de details en praktische gevolgen in de volgende hoofdstukken zullen worden belicht.

Uit rechtspraak volgt dat het HvJ EU het belang van nationale autonomie op het terrein van de proceskosten onderstreept.

> In het *Edwards-arrest*[47] lag een vraag van uitleg voor ten aanzien van de invulling van het begrip 'niet buitensporig kostbare procedures' in de zin van de Richtlijn Milieueffectbeoordeling.[48] Het HvJ EU heeft in deze zaak slechts algemene criteria geformuleerd aan de hand waarvan de Engelse rechter (maar ook nationale rechters van andere lidstaten die hiermee worden geconfronteerd) het eventueel buitensporig karakter kan beoordelen. Volgens het Europees Hof moet namelijk bij de keuze van middelen om tot een niet buitensporig kostbare procedure te komen rekening worden

43 Krans 2010, p. 12-14; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/182-183; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 78.

44 Over de (consequenties van) fragmentarische invloed van materieel EU-recht op nationaal procesrecht in het algemeen zie o.a. Krans 2016, p. 89-100; Krans 2010; Krans 2013, p. 11 e.v.; Wilman 2014, p. 450 e.v.

45 Vgl. Nederlandse reactie op het Groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672, te raadplegen via ec.europa.eu; Wilman 2014, p. 450 e.v. Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 93: *'A very important conclusion is that there is an inextricable connection between the architecture of the procedures and the costs rules. The rules were designed with the costs rules in mind, and vice versa.'*

46 Zie Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 107: *'It may (…) be difficult to extract and transplant one feature, say predictable and low costs, into a foreign procedure that has a different architecture.'*

47 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*).

48 Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten, *Pb.* L 175, p. 40; Richtlijn 96/61/EG van de Raad van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging, *Pb.* L 257, p. 26, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003, *Pb.* L 156, p. 17.

gehouden met alle relevante bepalingen van het nationale recht, met name met een nationaal stelsel van rechtsbijstand en een regeling tot beperking van proceskosten.[49] Volgens het HvJ EU 'moet immers rekening worden gehouden met de aanzienlijke verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen op dit gebied'.[50]

In het arrest *DEB/Duitsland*[51] heeft het HvJ EU voor een vergelijkbare insteek gekozen. In die zaak ging het om de vraag, of de verplichting tot betaling van een voorschot in de proceskosten en de weigering door de Duitse staat om DEB rechtsbijstand te verlenen het verkrijgen van schadevergoeding wegens schending van het EU-recht 'niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt'. Het HvJ EU volstond met het formuleren van een algemeen beoordelingskader aan de hand waarvan de nationale rechter moet toetsen of in het concrete geval recht op rechtsbijstand bestaat in de zin van art. 47 derde alinea Handvest.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het HvJ EU op het standpunt staat dat de invulling van de vereisten als 'niet buitensporig kostbare procedures' en het al dan niet bestaan van een recht op rechtsbijstand in een concreet geval ook alleen aan de nationale rechter kán worden overgelaten. Hij is immers als enige in staat de invulling daarvan toe te spitsen op de situatie in de lidstaat en in de context van de nationale civiele procedure. De nationale rechter is ook de enige die kennis heeft van de financiële aspecten van een procedure, zoals de mogelijkheid van een veroordeling van de wederpartij in de advocaatkosten en eventuele beperkingen van die mogelijkheid, maar ook bijvoorbeeld de in de betreffende lidstaat verschuldigde griffierechten.[52] Per lidstaat en per geval kan die beoordeling anders uitvallen. De aanpak van het HvJ EU, in kwesties over de kosten van gerechtelijke procedures niet meer dan algemene richtsnoeren te geven waarmee de nationale rechter aan de slag kan gaan, vindt dan ook steun in de literatuur.[53]

In deze context kan men zich ook afvragen, of richtlijnen een geschikt instrument zijn om procesrecht te harmoniseren. De 'vreemde', sectorgerichte regels moeten worden uitgelegd en toegepast in een (vooralsnog) overwegend niet-geharmoniseerde context. Rechterlijke oordelen zullen vooral tegen de eigen nationale achtergrond worden geveld. Dat leidt er mogelijk ook toe, dat rechters minder snel geneigd zullen zijn een beroep te doen op de interpretatieve taak van het Hof van Justitie EU.

---

49 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), r.o. 38; HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 46.

50 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), r.o. 46. A-G Kokott spreekt in dit verband wel van een 'noodzaak' van een ruime armslag waar het proceskosten betreft, 'gezien de grote verscheidenheid aan kostenregelingen in de lidstaten': conclusie A-G Kokott inzake HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), sub 21; zie ook conclusie A-G Kokott inzake HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), sub 46.

51 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*).

52 Zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221, *AB* 2014/79 (*Edwards*).

53 Zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221, *AB* 2014/79 (*Edwards*) en HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*); Gerards 2011, p. 8-120.

En dat kan weer gevolgen hebben voor de rechtsontwikkeling en de beoogde harmonisatie van het procesrecht.[54]

De in de volgende hoofdstukken te bespreken gevolgen van Europese bemoeienis met de proceskostenregeling in IE-zaken hebben overigens voor de Nederlandse regering aanleiding gegeven een duidelijker standpunt in te nemen ten aanzien van nadien voorgestelde communautaire proceskostenbepalingen. Zo heeft de optie van een bijzondere proceskostenregel voor mededingingszaken niet op steun uit Nederland kunnen rekenen, omdat mededingingszaken volgens de regering 'geen incidentele breuk met de bestaande proceskostenpraktijk rechtvaardigen'.[55] In reactie op het Groenboek schadevergoedingen wegens schending van de communautaire antitrustregels,[56] heeft de Nederlandse regering betoogd dat indien behoefte aan aanpassing van de proceskostenregeling bestaat, het zal moeten gaan om een aanpassing over de hele linie, dus voor alle civielrechtelijke zaken.[57] Uit het daarop volgende Witboek[58] volgt dat de Europese wetgever heeft afgezien van een bijzondere proceskostenbepaling in mededingingszaken, waarna Nederland heeft laat weten daarover 'verheugd' te zijn.[59] De uiteindelijke Richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken bevat geen enkele verwijzing naar proceskosten.[60] De schaarse proceskostenbepalingen die na de Handhavingsrichtlijn zijn opgenomen in Europese wetgeving kenmerken zich door algemene formuleringen met expliciete[61] dan wel impliciete[62] verwijzingen naar het nationale recht voor de uitvoering daarvan.

---

54 Vgl. Cook 2015, p. 264-269.

55 Brief van de Minister van Economische Zaken van 28 april 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 22112, 439, p. 10.

56 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Groenboek schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672 def.

57 Het Nederlandse standpunt vond bijval uit verschillende lidstaten; Reactie op het Groenboek schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672, te raadplegen via ec.europa.eu.

58 COM(2008)165, p. 10-11.

59 Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, SEC(2008)404, p. 16-17.

60 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese EU (*PbEU* 2014, L 349/19).

61 Zie bijv. Aanbevelingen Collectief Verhaal (2013/396/EU, *Pb.* L 201/602013), punt 13: 'De lidstaten zorgen ervoor dat de partij van wie de collectieve vordering wordt afgewezen, de door de in het gelijk gestelde partij gedragen noodzakelijke proceskosten vergoedt ('beginsel dat de verliezer betaalt'), onder de voorwaarden van het toepasselijke nationale recht.' Zie ook de Verordening (EG) nr. 861/2007 van 11 juli 2007, *PbEU* 2007, L 199/1, tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, punt 29 considerans: 'De in het ongelijk gestelde partij dient in de proceskosten te worden verwezen. De proceskosten moeten in overeenstemming met het nationale recht worden bepaald' (onderstrepingen toegevoegd).

62 Zo bepaalt art. 6 lid 3 van Richtlijn 2011/7/EU over betalingsachterstanden dat '(…) de schuldeiser aanspraak [kan] maken op een redelijke schadeloosstelling door de schuldenaar voor alle door diens betalingsachterstand ontstane invorderingskosten (…)', en bepaalt art. 10 bis van richtlijn 2005/35 over de milieueffectbeoordeling [vindplaats] dat 'een dergelijke procedure (…) niet buitensporig kostbaar [mag] zijn' (onderstrepingen toegevoegd).

Evenwel worden als gezegd ook de proceskostenregelingen op die terreinen in toenemende mate beïnvloed door EU-recht. In deze context kan tevens worden gewezen op het in nr. 36a besproken richtlijnvoorstel tot vaststelling van minimumnormen voor civiele procedures in de EU, dat specifieke bepalingen over proceskosten, rechtsbijstand en procesfinanciering bevat. Van belang is bovendien (de rechtspraak over) het in het Handvest gecodificeerde beginsel van effectieve rechtsbescherming.[63]

36c Het Handvest als bron van harmonisering van procesrecht

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, is de wetgevende bevoegdheid op grond van het VWEU begrensd door de algemene beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit van art. 5 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). De bevoegdheid is daarnaast begrensd door de plicht van de Europese wetgever de grondrechten en beginselen van het Handvest te eerbiedigen.[64] Art. 67 VWEU bepaalt dat de Unie een ruimte is van vrijheid, veiligheid en recht, waarin de grondrechten en de verschillende rechtsstelsels en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd. De grondrechten en beginselen, die voorheen de status van 'algemene beginselen van de EU' hadden, zijn verankerd in het Handvest van de Grondrechten van de EU (Handvest), dat door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 juridisch bindend is geworden.[65] In hiërarchie staat het Handvest op gelijke hoogte met het VEU en het VWEU, zo volgt uit art. 6 lid 1 VEU waarin is bepaald dat het Handvest dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. De bescherming van grondrechten heeft daarmee de status van primair EU-recht gekregen.[66] Zoals hierna uitgebreid aan de orde zal komen, is het Handvest een belangrijke bron van harmonisering van fundamentele procesrechtelijke beginselen geworden.[67] Tevens heeft het Handvest daardoor voorrang op secundair EU-recht zoals richtlijnen, verordeningen en beschikkingen. Rechtsinstrumenten die het VWEU als rechtsgrond hebben, zoals de Handhavingsrichtlijn, zijn dus gebonden aan het Handvest.[68] Hetzelfde geldt voor omzettingswetgeving en voor de *toepassing* van de omzettings-

---

63 Vgl. Wilman 2014, p. 354-360 en 422-424.

64 Art. 51 lid 1 Handvest. Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 148; Wilman 2014, p. 418.

65 Verdrag van Lissabon, *Pb*EU 2010, C 83. Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 141-142; Mak 2014, p. 236-258.

66 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 9 en 146; Freudenthal 2013, p. 8.

67 Freudenthal 2013, p. 8-9; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/110; Wilman 2014, p. 44 e.v.; Widdershoven 2011, p. 103-114.

68 Zie art. 51 lid 1 Handvest, waaruit volgt dat het Handvest in de eerste plaats geldt voor de instellingen en organen van de Unie, en zie ook art. 6 lid 2 VEU, dat de Unie verplicht de grondrechten te eerbiedigen. Zie voorts Wilman 2014, p. 418; Freudenthal 2013, p. 8-9. Zie ook Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 490: 'Uit de rang van het Handvest als Verdrag vloeit in dat kader voort dat richtlijnen, verordeningen en beschikkingen vernietigbaar zijn wanneer ze in strijd met het Handvest komen (en niet Handvest-conform kunnen worden uitgelegd).'
Voorbeelden uit rechtspraak zijn: GEA 17 maart 2016, F-76/11 DEP, ECLI:EU:F:2016:67 (*Grazyte/Commissie*) r.o. 38: *'Cela étant précisé, il convient toutefois de rappeler que, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même*

wetgeving, die immers evenzeer zijn aan te merken als een tenuitvoerlegging van het recht van de EU.[69]

De invloed van het Handvest op het nationale procesrecht reikt evenwel verder dan de regels die specifiek zijn uitgevaardigd om het EU-recht te effectueren. Zoals hiervoor in nr. 35 is besproken, geldt dat nationale procesregels die de handhaving van aan EU-recht ontleende rechten kunnen bemoeilijken niet alleen moeten voldoen aan de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid, maar ook aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest.[70] In deze context wordt wel gesproken van de 'controlefunctie' van het Handvest.[71] Het Handvest heeft daarmee ook terrein gewonnen op gebieden waar het de EU ontbreekt aan bevoegdheden om procesregels te harmoniseren.[72] De relevantie van art. 47 Handvest voor nationale proceskostenregelingen zal hierna in par. 3.3. worden geanalyseerd.

37 Deelconclusie

Langs verschillende wegen oefent Europa invloed uit op regels van nationaal procesrecht. In de eerste plaats zijn talloze verordeningen en richtlijnen uitgevaardigd die raken aan het nationale procesrecht. De op grondslag van art. 81 VWEU

---

valeur juridique que les traités. Il s'ensuit que les normes de force obligatoire inférieure à la Charte doivent être interprétées dans toute la mesure du possible d'une manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme à celle-ci (…). Plus précisément, le règlement de procédure du Tribunal doit être interprété en conformité avec l'article 47 de la Charte qui garantit un droit à un recours effectif devant un tribunal.' (Vertaald naar het Engels: 'Pursuant to the first subparagraph of Article 6(1) TEU, the Charter of Fundamental Rights of the Europe Union and the Treaties have the same legal value. It follows that rules of lesser mandatory force than the Charter must be interpreted as far as possible in such a way that they are able to be applied in accordance with the Charter. Specifically, the Rules of Procedure of the Civil Service Tribunal must be interpreted in accordance with Article 47 of the Charter, which guarantees the right to an effective remedy before a court or tribunal). Zie ook HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*), r.o. 49: 'Artikel 1 van richtlijn 89/665 moet bijgevolg noodzakelijkerwijs worden uitgelegd in het licht van de in het Handvest verankerde grondrechten, met name het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, dat in artikel 47 ervan is opgenomen (…).'

69 Art. 51 lid 1 Handvest. Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 150; De Mol 2014, p. 89.

70 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/109; De Mol 2014, p. 118. Waar de Europese wetgever specifieke procedurevoorschriften heeft gegeven, geldt het beginsel van nationale procedurele autonomie – met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid als randvoorwaarden – niet; Wilman 2014, p. 34. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest daarentegen is een (gecodificeerd) grondrecht met bindende kracht. Bepalingen ter omzetting van specifieke, door de Europese wetgever opgelegde procedurevoorschriften moeten daar altijd aan voldoen. Vgl. Wilman 2014, p. 47; zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*).

71 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/109.

72 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 487.

uitgevaardigde instrumenten zijn beperkt tot procedures met grensoverschrijdende gevolgen, terwijl de sectorgerichte instrumenten die zijn gegrond op art. 114 VWEU de goede werking van de interne markt beogen te bevorderen. De procedurele autonomie van de lidstaten op het terrein van het procesrecht is voorts danig ingeperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In opkomst is het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals vastgelegd in art. 47 Handvest, dat eisen stelt aan de inhoud van Europese rechtsinstrumenten, aan de nationale (toepassing van) omzettingswetgeving en aan procedures met een grondslag in het EU-recht. Daarmee vormt het beginsel in feite dus een belangrijke, extra inperking van de nationale procedurele autonomie.[73] In de navolgende paragraaf zal het beginsel van effectieve rechtsbescherming en het daaruit voortvloeiende recht op toegang tot de rechter aan de orde komen.

3.3 Het Europees grondrecht op toegang tot de rechter

38 Inleiding

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming (ook wel het beginsel van daadwerkelijke rechterlijke bescherming genoemd[74]) is reeds in 1986 erkend als algemeen fundamenteel beginsel van EU-recht.[75] In 2009 is het beginsel verankerd in art. 47 Handvest van de grondrechten van de EU.[76] Volgens artikel 47 Handvest geldt het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in geval van schending van door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden. Het artikel luidt:

> *'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.*
>
> *Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen.*
>
> *Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.'*

Met de aanvaarding van het beginsel als algemeen fundamenteel beginsel en grondrecht van EU-recht in art. 47 Handvest is beoogd aan te sluiten bij de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en bij art. 6 en 13

---

73 Vgl. De Mol 2014, p. 117.

74 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB/Duitsland*), *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*), r.o. 29

75 HvJ EU 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206, r.o. 18-19 (*Johnston*); Asser/Hartkamp *3-I* 2011/110.

76 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 147.

EVRM.[77, 78] De gedachte die ten grondslag ligt aan het beginsel is dat de rechten die kunnen worden ontleend aan het EU-recht alleen dan betekenis hebben indien deze effectief in rechte gehandhaafd kunnen worden.[79] De lidstaten zijn daarom verplicht ervoor te zorgen dat er een mogelijkheid is voor rechtzoekenden om hun recht in een gerechtelijke procedure af te dwingen.[80]

Art. 47 Handvest stelt eisen aan de regels van nationaal procesrecht voor wat betreft de toegang tot de rechter, de kwaliteit van het proces bij de rechterlijke instanties en de beschikbare middelen, zoals gefinancierde rechtsbijstand. Inhoudelijk lijkt het zich niet van art. 6 en 13 EVRM te onderscheiden.[81] Dat volgt ook uit art. 52 lid 3 Handvest, dat preciseert dat voor zover het Handvest rechten bevat die correspon-

---

77 Artikel 6 EVRM - Recht op een eerlijk proces luidt:
'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.
Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.
Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:
a. onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
b. te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
c. zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen;
d. de getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;
e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal, die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.'
Artikel 13 EVRM - Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel luidt:
'Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.'

78 Zie bijv. HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*), r.o. 35; HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245 (*Alassini*); Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/76, p. 547 e.v.; Mak 2014, p. 4; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 143; Widdershoven 2011, p. 107.

79 Vgl. Asser/Giesen *I* 2015/93; HvJ EU 15 mei 1986, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), r.o 19.

80 Art. 19 VEU. Zie ook Asser/Hartkamp *3-I* 2015/110; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 145.

81 Asser/Giesen *I* 2015/96; Wilman 2014, p. 44 e.v.; Widdershoven 2011, p. 103-114.

deren met rechten die zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als door het EVRM eraan zijn toegekend, met dien verstande dat dit niet verhindert dat het EU-recht een ruimere bescherming biedt.[82] Op basis van dit uitgangspunt stemt het HvJ EU de inhoud van art. 47 Handvest dan ook zoveel mogelijk af op de rechtspraak van het EHRM.[83]

39 De verhouding tussen art. 6 en 13 EVRM en art. 47 Handvest

Alvorens in te gaan op de eisen die het EVRM en het Handvest stellen aan procesrechtelijke beperkingen van de toegang tot de rechter, wordt de verhouding tussen art. 6 en 13 EVRM enerzijds en art. 47 Handvest anderzijds onderzocht. De wisselwerking tussen deze verdragsbepalingen zal mogelijk vragen doen rijzen ten aanzien van de meerwaarde van art. 47 Handvest.[84]

In de eerste plaats lijkt de meerwaarde te zijn gelegen in het afwijkend beschermingsbereik van art. 47 Handvest. Het bereik van de equivalente bepalingen van het EVRM is beperkt tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of van de gegrondheid van strafvervolging. Het bereik van art. 47 Handvest strekt zich ook uit tot terreinen die daarbuiten vallen, zoals het vreemdelingenrecht en het fiscale recht. Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte van art. 47 Handvest geldt dus in feite voor alle zaken die binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen.[85] Anderzijds lijkt de reikwijdte van het Handvest ten aanzien van nationale handelingen beperkt. Het Handvest, dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 bindend is voor de instellingen, organen en instanties van de EU, is ook bindend voor de (bestuurlijke, rechterlijke en wetgevende organen van de) lidstaten, doch slechts *'wanneer zij het recht van de EU ten uitvoer brengen'* (art. 51 Handvest). De door de bepalingen geboden garanties gelden dus uitsluitend voor zover het EU-recht door middel van nationale handelingen ten uitvoer wordt gebracht.[86] Uit de rechtspraak

---

82 Art 52 lid 3 Handvest luidt: 'Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.' Over deze bepaling: Asser/Hartkamp *3-I* 2015/231a-b.

83 Zie bijv. HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, (*DEB/Duitsland*), *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 35; HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245 (*Alassini*); Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/76, p. 547 e.v.; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 143; Widdershoven 2011, p. 107.

84 Zie bijv. ook Asser/Hartkamp *3-I* 2015/109-110; Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68 en *NTBR* 2011/76; Morijn e.a., 2015, p. 123-132.

85 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/76; De Mol 2014, p. 80-81. Zie ook HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg/Fransson*), r.o. 21: '(…) Wanneer het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden.'

86 Art. 51 Handvest. Vgl. Morijn e.a. 2015, p. 123-132; zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*); zie ook HvJ EU 7 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:149, *EHRC* 2013/114 (*Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*) waarin het HvJ EU wijst op zijn vaste rechtspraak dat lidstaten alleen gebonden zijn aan EU-grondrechten wanneer zij handelen binnen het toepassingsgebied van EU-recht.

wordt evenwel afgeleid dat het HvJ EU een 'ruime' uitleg van het artikel voorstaat, zodat al snel sprake is van nationaal handelen dat binnen de reikwijdte van het Handvest valt.[87] Daarnaast is in de literatuur betoogd dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming, als erkend algemeen fundamenteel beginsel van de EU, zelfs ook buiten de reikwijde van het Handvest toepassing moet krijgen.[88] In gevallen die niet binnen de werkingssfeer van het Handvest vallen zou het beginsel van effectieve rechtsbescherming een leemte moeten opvullen. In de Nederlandse rechtsorde lijkt inderdaad van een zekere reflexwerking van art. 47 Handvest te worden uitgegaan.[89]

Van een nationale handeling die onder de reikwijdte van het Handvest valt is in ieder geval sprake wanneer een lidstaat een richtlijn(bepaling) implementeert.[90] De omzettingswetgeving, die is aan te merken als een tenuitvoerlegging van het recht van de EU, dient de grondrechten en beginselen van de EU dus te respecteren.[91] Hetzelfde geldt ten aanzien van de *toepassing* van de wettelijke omzettingsregeling.[92] De verplichting voor lidstaten om de grondrechten en beginselen van de EU te eerbiedigen geldt tevens (sterker: juist) indien zij beschikken over een beoordelingsruimte, hetgeen inherent is aan (minimumharmonisatie)richtlijnen. Deze beoordelingsruimte vindt zijn grenzen in de grondrechten en beginselen van de EU.[93] In het kader van de onderzoeksvraag naar de Europese randvoorwaarden waaraan art. 1019h Rv moet voldoen, is dit een belangrijk gegeven. Het betekent immers dat bij de implementatie, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn een belangrijke rol toebedeeld zou moeten worden aan de grondrechten en beginselen van het Handvest.

De meerwaarde van art. 47 Handvest lijkt daarnaast te zijn gelegen in bepaalde procesrechtelijke bijzonderheden. De bepalingen van het EVRM werken als eenieder verbindende verdragsbepalingen in de zin van art. 93 en 94 Grondwet door in de

87 HvJ EU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105, *EHRC* 2013/112, *AB* 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Akerberg/Fransson*); HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*); vgl. Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 149; Morijn e.a. 2015, p. 125-126 met verwijzing naar literatuur en rechtspraak; Fierstra 2013, p. 197-205.

88 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 145; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/109-110.

89 Reflexwerking lijkt bijv. te zijn aangenomen in HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014/699, Belastingblad 2014/220: 'Mede gelet op het belang dat in een rechtsstaat toekomt aan de toegang tot een onafhankelijke rechterlijke instantie, welk belang mede ten grondslag ligt aan artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese EU, kan daarom in een dergelijk geval ook buiten de werkingssfeer van de genoemde artikelen niet worden aanvaard dat een (hoger) beroep wegens het onbetaald blijven van griffierecht niet-ontvankelijk wordt verklaard.' Zie ook Chébti 2015, p. 66-72.

90 Vgl. Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 150-151, die opmerken dat de lidstaten bij de implementatie van EU-recht handelen als *'agent of Union law'*. Zie ook Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 490; Barkhuysen & Bos 2014, p. 97; De Mol 2014, p. 88 e.v.

91 Volgens De Mol kan in geval van implementatiemaatregelen die in strijd zijn met het Handvest niet worden gesproken van een correcte implementatie; De Mol 2014, p. 89.

92 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 150.

93 De Mol 2014, p. 91.

Nederlandse rechtsorde.[94] De Nederlandse rechter kan mogelijke schendingen van het recht op toegang tot de rechter toetsen aan art. 6 EVRM, indien partijen zich daarop in rechte beroepen.[95] Het laatste woord over de vermeende schending is aan het EHRM. Voordat het EHRM echter kan worden bereikt, moeten eerst de nationale rechtsmiddelen worden uitgeput.[96] Daardoor kan het lang duren voordat een oordeel van een internationale rechter over de eventuele schending van art. 6 EVRM kan worden verkregen.[97] Het Handvest heeft daarentegen rechtstreeks gelding binnen de Nederlandse rechtsorde en voorrang boven het nationale recht. Het zal daarom steeds door zowel de wetgever als de rechter in acht moeten worden genomen. In geschillen die onder het toepassingsbereik van het Handvest vallen, kan een rechtstreeks beroep worden gedaan op het grondrecht op toegang tot de rechter van art. 47 Handvest bij het HvJ EU.[98] Op grond van art. 267 VWEU kan namelijk een prejudiciële vraag worden gesteld over 'de uitlegging van de Verdragen', waartoe het Handvest behoort. In geval van mogelijke schending van art. 47 Handvest kan – en voor de hoogste rechter geldt: moet – hierover dus een prejudiciële vraag worden gesteld (art. 267 VWEU). In theorie kan dus betrekkelijk snel duidelijkheid worden verkregen over de eventuele schending van het grondrecht.[99]

Een ander belangrijk verschil is gelegen in de bindende kracht die uitgaat van de arresten van het HvJ EU. Het EHRM beperkt zich tot een oordeel over de toepassing van art. 6 EVRM in een concreet geval. Het toetst zelf of de betreffende nationale regeling in strijd is met deze Verdragsbepaling.[100] Een dergelijk oordeel heeft in beginsel alleen gevolgen voor de staat die partij is bij het geschil. Andere staten zijn niet gebonden aan de uitspraak en kunnen deze naast zich neerleggen.[101] Het HvJ EU daarentegen geeft een algemene uitleg aan bindend recht. Het formuleert het algemeen juridische kader, aan de hand waarvan de nationale rechter moet beoordelen of de litigieuze bepaling van nationaal recht in strijd is met het EU-recht.[102] Daarbij geldt dat het HvJ EU (secundair) EU-recht zoveel mogelijk dient uitleggen conform de Verdragen en beginselen van de EU.[103] Vanwege de uit het samenwerkingsbeginsel voortvloeiende plicht tot conforme uitleg heeft een dergelijk arrest vervolgens dwingende kracht voor alle (rechters in de) lidstaten van de EU.[104] Aangezien het HvJ EU de in het EVRM gewaarborgde rechten als bindend

94 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/201.
95 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/201; Barkhuysen *NTBR* 2011/68.
96 Art. 35 EVRM; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/199.
97 Morijn e.a. 2015, p. 124; Barkhuysen & Bos 2014, p. 107.
98 Freudenthal 2013, p. 8-9; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/231a-h; Barkhuysen & Bos 2014, p. 107.
99 Zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*); Morijn e.a. 2015, p. 123-132.
100 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/206.
101 Art. 46 lid 1 EVRM. Zie Morijn e.a. 2015, p. 124. Evenwel lijkt het EHRM ook uit te gaan van een zekere feitelijke *erga omnes*-werking van (delen van) uitspraken waarin het verdrag in algemene zin wordt geïnterpreteerd; zie Barkhuysen 2004, p. 47.
102 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/206. Zie ook Daalder & De Graaff 2015, p. 324 e.v.
103 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 161.
104 Sieburgh 2015, p. 3 e.v.

heeft aanvaard en bij de uitleg van art. 47 Handvest pleegt aan te sluiten bij de rechtspraak van het EHRM, krijgt de jurisprudentie over art. 6 EVRM langs deze weg ook een zekere bindende kracht.[105,106] Zodoende speelt het HvJ EU zelf een steeds belangrijker wordende rol bij de uitlegging van de algemene procesrechtelijke beginselen van het EVRM.

Tot slot is de meerwaarde van (art. 47 van) het Handvest ten opzichte van het EVRM gelegen in de mogelijkheid van de Europese Commissie om een inbreukprocedure te entameren tegen de lidstaat die de in het Handvest neergelegde grondrechten schendt.[107] Dit betekent – althans in theorie – een extra waarborg voor de naleving van de grondrechten en beginselen van de EU ten opzichte van het EVRM.

40 Doorwerking van art. 6 EVRM en art. 47 Handvest in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen

Voorts zijn er verschillen in de doorwerking van het EVRM en het Handvest. Beide bronnen kunnen in beginsel in verticale verhoudingen direct doorwerken.[108] Dat betekent dat in geschillen tussen burgers en de staat het nationale handelen (bijvoorbeeld de onrechtmatige of onwettige wet- of regelgeving) getoetst kan worden aan de grondrechten en beginselen. Het toetsingsrecht van de nationale rechter volgt uit de gebondenheid aan het EVRM en het EU-recht bij de uitleg en toepassing van het geldende recht.[109] De nationale rechter dient volgens dit uitgangspunt te waarborgen dat de uitleg van de op de rechtsverhouding toe te passen rechtsregel niet in strijd is met het EVRM en het Handvest.[110] Deze gebondenheid vloeit ook voort uit de door het EHRM ontwikkelde leer van de *'positive obligations'* van de verdragsstaten. Op grond van hun verdragsverplichtingen zijn de staten niet alleen verplicht zich van schendingen op grondrechten te onthouden, maar zijn zij ook verplicht naleving van de grondrechten te waarborgen.[111]

Een vergelijkbare verplichting voor de lidstaten vloeit voort uit het samenwerkingsbeginsel van art. 4 lid 3 VEU ten aanzien van het EU-recht.[112] Op grond van dit beginsel dient secundair EU-recht (richtlijnen, verordeningen) te worden geïnterpreteerd binnen de grenzen van de verdragen,[113] en dient nationaal recht te worden

105 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/204 en 231a.

106 Volgens Widdershoven ontstaat zo 'een uniform behoorlijkheidskader […] waaraan deze rechtsbescherming altijd moet voldoen'; zie R.J.G.M Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*).

107 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/76, p. 555; Barkhuysen & Bos 2014, p. 107.

108 Sieburgh 2015, p. 3; De Mol 2014, p. 62; Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/27.

109 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/27; Lindijer 2006, p. 514-516.

110 Sieburgh 2015, p. 6; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/201.

111 De Mol 2014, p. 208; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/200.

112 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19; Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 486.

113 Een verplichting die ook op het HvJ EU rust; art. 19 lid 1 VEU. Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 136 en Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 479.

geïnterpreteerd conform EU-recht.[114] De plicht het nationale recht zoveel mogelijk te interpreteren in het licht van de bewoordingen en het doel van EU-recht, waaronder het Handvest, geldt ten aanzien van wet- en regelgeving maar ook ten aanzien van rechtspraak.[115] Door middel van *'consistent interpretation'* dient te worden gewaarborgd dat nationaal recht niet conflicteert met EU-recht, en dat de onderdanen de bescherming genieten die het EU-recht hen biedt, ook in de gevallen waarin zij daarop geen rechtstreeks beroep kunnen doen.[116]

Van belang is dat deze positieve verplichting voor de verdragsstaten om grondrechtbescherming te bieden tevens kan gelden ten aanzien van private verhoudingen. Ook in die verhoudingen dient de staat maatregelen te treffen om schending van grondrechten tussen particulieren onderling te voorkomen.[117] De inhoud van die maatregelen wordt soms bepaald door het betreffende grondrecht zelf. Zo volgt bijvoorbeeld uit de – hier relevante – art. 6 en 13 EVRM en art. 47 Handvest de positieve plicht tot het bieden van effectieve rechtsbescherming tegen schendingen van grondrechten, en het onder omstandigheden toewijzen van gefinancierde rechtsbijstand.[118] Bepaalde grondrechten kunnen ook verplichtingen voor de nationale *rechter* – als onderdeel van de verdragsluitende staat – in horizontale geschillen in het leven roepen. Dat volgt uit rechtspraak van het EHRM waarin het toetst of de nationale rechter het EVRM op een juiste wijze heeft laten doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen.[119] Eenzelfde taak rust op de nationale rechter ten aanzien van de grondrechten en beginselen van de EU. Dat is bepaald in art. 52 lid 5 Handvest, waaruit volgt dat de nationale rechter richtlijnen en nationale wetgeving dient uit te leggen in het licht van de grondrechten en beginselen van EU-recht, en de rechtmatigheid daarvan dient te toetsen.[120] Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat daarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke wetgeving.[121] Voorwaarden zijn wel, dat de uit

---

114 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 75.

115 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 486.

116 Indien een nationale rechtsregel in strijd is met EU-recht, dan dient het EU-recht voorrang te krijgen. De voorrang van het EU-recht boven nationaal recht volgt onder meer uit het arrest HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/Enel*). Zie ook Asser/Hartkamp *3-I* 2015/8-9; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 73.

117 De Mol 2014, p. 209; Mak 2014, p. 9.

118 De Mol 2014, p. 209; HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB/Duitsland*), *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

119 De Mol 2014, p. 209-211; Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 486.

120 Art. 52 lid 5 Handvest luidt als volgt: '5. Aan de bepalingen van dit Handvest die beginselen bevatten, kan uitvoering worden gegeven door wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie en door handelingen van de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden. De rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van die bepalingen blijft beperkt tot de uitlegging van genoemde handelingen en de toetsing van de wettigheid ervan.' Zie hierover o.a. Asser/Hartkamp *3-I* 2015/231d; Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 486 e.v.

121 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/231e; Sieburgh 2015, p. 5 e.v. met verwijzingen naar onder meer de arresten HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, *NJ* 2010/256, m.nt. M.R. Mok (*Kücükdeveci*) en HvJ EU 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, *NJ* 2006/227, m.nt. M.R. Mok (*Mangold*), waarin nationale regelgeving werd getoetst aan het non-discriminatiebeginsel.

te leggen of te toetsen (nationale) wetgeving het recht van de EU ten uitvoer legt, en dat het betreffende grondrecht of beginsel 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig' is geformuleerd.[122]

Grondrechten en beginselen kunnen dus invloed uitoefenen op private verhoudingen. In deze context wordt wel gesproken van *indirecte* horizontale doorwerking van grondrechten van het EVRM en het Handvest.[123] Deze vorm van horizontale doorwerking moet worden onderscheiden van de *directe* horizontale doorwerking waarin de privaatrechtelijke rechtsverhouding zelf wordt getoetst, waarover meer hierna. Van indirecte horizontale doorwerking is dus kort gezegd sprake wanneer een regel of wettelijke bepaling die is toegepast op een privaatrechtelijke rechtsverhouding, wordt geïnterpreteerd in het licht van grondrechten[124] dan wel wordt getoetst aan een grondrecht.[125] Het gevolg van die rechtmatigheidstoets kan zijn dat de regel of wettelijke bepaling buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijd met het grondrecht. De rechter zal in dat geval, voor zover het nationale recht daartoe de mogelijkheid biedt, een uitleg moeten kiezen die geschikt is om de door het EVRM c.q. Handvest verleende rechten te waarborgen.[126] In deze zin kan de privaatrechtelijke rechtsverhouding (die uitdrukkelijk niet zelf aan een toets wordt onderworpen) indirect worden beïnvloed.

> Een voorbeeld van een arrest waaruit volgt dat het Handvest als interpretatiebron indirecte werking kan hebben in private verhoudingen is het *Promusicae-arrest*.[127] Daarin heeft het HvJ EU geoordeeld dat de nationale rechter bij de uitleg van nationaal recht in overeenstemming met de Handhavingsrichtlijn, deze richtlijn niet zo mag uitleggen dat deze in strijd komt met algemene beginselen van EU-recht. In een concreet privaatrechtelijk geschil kan de uitleg van de betreffende regel in het licht van het Handvest invloed hebben het geschil of de uitkomst daarvan. Een voorbeeld van rechtmatigheidstoetsing vormt het arrest *Sky Österreich*, waarin een richtlijnbepaling werd getoetst aan het Handvest.[128]

> Er zijn ook voorbeelden te vinden in de nationale rechtspraak. In de eerste plaats kan worden gewezen op het arrest *Van Marrum/Wolff*, waarin het Hof Leeuwarden de open norm 'onredelijk bezwarend beding' van art. 6:233 aanhef en sub a BW uitlegde in het licht van het recht van toegang tot de rechter van art. 47 Handvest.[129] Mede op basis daarvan kwam het Hof tot het oordeel dat het litigieuze arbitragebeding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend was. Het Handvest speelde hier dus expliciet een rol bij de beoordeling van een nationale rechtsnorm.[130] Hoewel niet aanstonds uit het arrest kan worden afgeleid dat de beslissing anders was uitgevallen indien het Handvest buiten beschouwing was gelaten, wordt dit arrest regelmatig genoemd als een voorbeeld van indirecte horizontale invloed van het Handvest op privaatrech-

122 Vgl. Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 483; Sieburgh 2015, p. 5 e.v.; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/231d; Hartkamp 2014, p. 961-966.

123 Sieburgh 2015, p. 5-6; Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/27; Smits 2008, p. 27.

124 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/18; Sieburgh 2015, p. 5.

125 Sieburgh 2015, p. 7; Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/27. De Mol 2014, p. 64; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/21.

126 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 485.

127 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 70.

128 HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*).

129 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2500, *NJF* 2011/382 (*Van Marrum/Wolff*).

130 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 486.

telijke verhoudingen.[131] Een ander voorbeeld vormt het arrest *GS Media/Sanoma*, waarin de Hoge Raad overwoog:

> *'5.2.5 Onderdeel II.4 neemt terecht tot uitgangspunt dat de rechter, indien een daarop gericht verweer wordt gevoerd, dient te onderzoeken of in het concrete geval de handhaving van een intellectueel eigendomsrecht afstuit op een ander grondrecht. Weliswaar dient reeds bij de totstandbrenging van regelgeving betreffende intellectuele eigendom een juist evenwicht tussen de diverse grondrechten te worden verzekerd, maar dat laat onverlet dat ook de rechter in een hem voorgelegd geschil, indien de stellingen van de aangesproken partij daartoe aanleiding geven, dient te onderzoeken of in de omstandigheden van het geval bij toewijzing van de gevraagde maatregel, gelet op het beginsel van proportionaliteit, niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het grondrecht waarop de aangesproken partij zich beroept (vgl. bv. HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, NJ 2012/479 (Scarlet/Sabam), HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (UPC Telekabel Wien) en EHRM 10 januari 2013, zaak 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (Ashby Donald e.a./Frankrijk)).'*[132] (onderstrepingen toegevoegd)

Voorwaarde voor indirecte horizontale werking van de grondrechten is als gezegd dat de betreffende bepalingen 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig' zijn geformuleerd.[133] Aangenomen wordt dat art. 47 Handvest een bepaling is die daaraan voldoet, en dus indirecte horizontale werking kan hebben.[134] Uit verschillende arresten van het HvJ EU volgt dat ook het Europese Hof de indirecte werking van art. 47 Handvest heeft aanvaard, waarin de bepaling de grondslag vormde voor een rechtmatigheidstoets dan wel als grondrecht dat direct rechten kan creëren.[135] Van een directe horizontale werking kan (nog) niet worden gesproken. Wel zijn er gevallen bekend waarin de uitkomst van rechtmatigheidstoets van een regel of de toepassing daarvan door de rechter dicht in de buurt komt van de toetsing van de rechtsverhouding zelf.[136]

Een andere vraag is, of de nationale rechter de rechtmatigheidstoets ook *ambtshalve* moet uitvoeren, anders gezegd, indien geen beroep is gedaan op de grondrechten. Deze vraag zal worden verkend in hoofdstuk 6.

41 Deelconclusie

Het grondrecht op toegang tot de rechter vloeit voort uit zowel het EVRM als het Handvest. Beide verdragen stellen specifieke vereisten aan de effectieve rechtsbescherming van onderdanen van Europa c.q. de EU. Het grondrecht als neergelegd in art. 47 Handvest kan indirect (horizontaal) doorwerken in private verhoudingen. Partijen kunnen in een civielrechtelijk geschil de rechtmatigheid van een toe te passen

131 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 486; Emaus 2015, p. 1-2.

132 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*), r.o. 5.2.5. Zie ook conclusie A-G Van Peursem van 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:729 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*), sub 2.2.6.

133 Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 483.

134 De Mol 2014, p. 66 en 69.

135 HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*); HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Toma*); HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245 (*Alassini*); HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*). Zie ook De Mol, p. 119 en p. 69; Mak 2014, p. 11 e.v.

136 Sieburgh 2015, p. 8 met verwijzing naar rechtspraak.

of toegepaste regel aan de orde stellen. De rechter kan de toepassing toetsen aan art. 47 Handvest. Op de lidstaten rust een positieve verplichting om ook in private verhoudingen effectieve rechtsbescherming te bieden tegen schendingen van grondrechten, en om in bepaalde omstandigheden gefinancierde rechtsbijstand te verlenen.

3.4 Financiële drempels in de toegang tot de rechter: de verdragsrechtelijke voorwaarden

42 Waarborgen voor een praktische en effectieve toegang tot de rechter

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is het recht op toegang tot een rechter een essentieel onderdeel van het in art. 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces. Zonder toegang tot de rechter immers kunnen de overige rechten en beginselen van art. 6 EVRM niet worden afgedwongen. Het recht op toegang tot de rechter moet daarom effectief door de nationale autoriteiten worden gewaarborgd.[137] Dat impliceert dat er geen onoverkomelijk feitelijke of financiële drempels mogen bestaan in de gang naar de overheidsrechter.[138] Het heffen van griffierechten in verband met de *'fair administration of justice'* is toelaatbaar, zolang daar tegenover staat dat zo nodig gefinancierde rechtsbijstand wordt verleend.[139] Dat kan in de vorm van gratis rechtsbijstand, maar ook in de vorm van vrijstelling van betaling van kosten.[140] In dit verband zal sprake zijn van een verplichting tot het verlenen van dergelijke bijstand in geval van geringe financiële draagkracht, indien de rechtzoekende is betrokken in een procedure met verplichte procesvertegenwoordiging of indien de complexiteit van de procedure kosteloze rechtsbijstand eist.[141] Deze verplichting geldt niet alleen ten aanzien van natuurlijke personen, maar ook van rechtspersonen.[142] Volgens het EHRM moet elke procespartij namelijk de mogelijkheid worden geboden om 'haar zaak met vrucht voor de rechter te verdedigen'.[143]

---

137 Zie bijv. EHRM 21 februari 1975, Series A. no. 18, *NJ* 1975/462, m.nt. Alkema (*Golder/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 7 mei 2002, Receuil des arrets et décisions 2002-III (*McVicar/Verenigd Koninkrijk*), par. 46. De tekst van het EVRM noemt de 'toegang tot de rechter' weliswaar niet expliciet, maar dit moet wel in art. 6 EVRM worden gelezen, zie EHRM 21 februari 1975, Series A. no. 18, *NJ* 1975/462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder/Verenigd Koninkrijk*): 'De rechten van art. 6 EVRM kunnen slechts gewaarborgd worden indien het recht op toegang tot de rechter in dit artikel besloten ligt.'

138 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/157.

139 EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ireland*). Zie ook Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/180; Asser Procesrecht/Van Schaick *II* 2016/1.2.5; Asser Procesrecht/*Giesen I* 2015/160.

140 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:*811* (*DEB/Duitsland*), *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven; zie Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 373.

141 EHRM 26 februari 2002, nr. 46800/99 (*Del Sol/Frankrijk*); EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ireland*). Zie F.H. Fernhout, annotatie bij EHRM 22 maart 2007, *EHRC* 2007/5, no. 8932/05 (*Staroszczyk/Polen*).

142 Vgl. Wilman 2014, p. 46; HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*) (recht op rechtsbijstand geldt ook voor rechtspersonen); EHRM 26 oktober 2010, *EHRC* 2011/7 (*Marina/Letland*) waarin is geoordeeld dat de heffing van griffierechten niet alleen een legitiem doel moet dienen, maar ook redelijk moet zijn in het licht van het inkomen van rechtspersonen.

143 EHRM 15 februari 2005, 68416/01 (Steel & Morris/Verenigd Koninkrijk), r.o. 39-72.

De financiële drempel – gevormd door (het geheel aan) griffierechten, proceskosten en (het gebrek aan) rechtsbijstand – mag dus niet prohibitief uitvallen.[144] Regels die voorwaarden stellen aan de verlening van rechtsbijstand, maar ook regels over griffierechten en proceskosten, kunnen de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter beperken.[145] Dat betekent evenwel niet dat dergelijke beperkingen in strijd zijn met art. 6 EVRM c.q. art. 47 Handvest. Het recht op toegang tot de rechter is namelijk niet absoluut.[146] Gelet op de aard van het recht zijn beperkingen zelfs nodig. Een onbeperkte toegang tot de rechter zou zeer onwenselijk zijn; het zou onder meer procederen stimuleren, en zodoende kunnen leiden tot een overbelasting van de rechterlijke macht en vertragingen in gerechtelijke procedures.[147] De nationale autoriteiten wordt een zekere beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) gegund ten aanzien van de concrete inhoud van deze beperkingen. Wel geldt dat de overheden dienen te waarborgen dat de toegang *practical and effective* is.[148] Meer concreet houdt dit in dat de beperkingen van de toegankelijkheid van de rechter niet zodanig mogen zijn dat zij het recht in de kern aantasten, en dat zij een legitiem doel moeten nastreven en in redelijke verhouding moeten staan tot het beoogde doel.[149] In dit verband rust

---

144 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/163; Barkhuysen & Stip 2012, p. 31; Sluijter 2011, p. 68-69, met verwijzing naar EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996/544 (*Tolstoy/Verenigd Koninkrijk*) over zekerheidsstelling voor proceskosten, EHRM 19 juni 2001, no. 28249/95 (*Kreuz/Polen*) over griffierechten en EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376 (*Airey/Ireland*) over de kosten van rechtsbijstand. Zie ook EHRM 6 maart 2014, no. 22840/07 (*McKee/Hongarije*) over achteraf geheven griffierechten.

145 Smits 2008, p. 69.

146 Smits 2008, p. 74; Asser Procesrecht/*Giesen I* 2015/157, 168 en 186; EHRM 21 februari 1975, Series A. No. 18 (*Golder/Verenigd Koninkrijk);* HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245, *AB* 2010/157, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Alassini*), r.o. 63; HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Toma*), r.o. 44.

147 Zie hierna hoofdstuk 8.

148 EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980/376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ierland*); EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11 (*Moor c.s./Zwitserland).* Zie ook Asser Procesrecht/*Giesen I* 2015/161; Sluijter 2011, p. 68-70.

149 Smits 2008, hoofdstuk 2; Asser Procesrecht/*Giesen I* 2015/161. Een voorbeeld is EHRM 4 december 1975, 23805/94 (*Bellet/Frankrijk*), r.o. 31: *'Since establishing the principle of the right of access to a court in its judgment of 21 February 1975 in the case of Golder v. the United Kingdom (Series A no. 18, p. 18, para. 36) the Court has clarified its scope in the following terms:*
'(a) The right of access to the courts secured by Article 6 para. 1 (art. 6-1) is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access 'by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to the needs and resources of the community and of individuals'.
(b) In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, but the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired.
(c) Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 para. 1 (art. 6-1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.'
Zie ook EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996/544 (*Tolstoy/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 28 mei 1985, *NJ* 1991/623 (*Ashingdane*); EHRM 19 juni 2001, no. 28249/95 (*Kreuz/Polen*); HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245, *AB* 2010/157, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Alassini*).

een positieve verplichting op de nationale autoriteiten om te waarborgen dat processuele beperkingen in overeenstemming zijn met de vereisten van deze zogenaamde driestappentoets.

43 De driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest

Voornoemde driestappentoets die in de rechtspraak van het EHRM is ontwikkeld, is 'overgenomen' in het EU-recht en gecodificeerd in art. 52 lid 1 Handvest. Die bepaling staat beperkingen op de uitoefening van grondrechten toe voor twee alternatieve doelen: de beperking moet aan een door de EU erkende doelstelling van algemeen belang (eerste alternatief), dan wel aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (tweede alternatief) beantwoorden. Bij het eerste alternatief gaat het erom dat er een rechtvaardig evenwicht *(fair balance)* is tussen het algemene belang dat gediend wordt met de beperkende maatregel en de inbreuk op het individuele grondrecht.[150] Het tweede alternatief houdt in dat een rechtvaardig evenwicht tussen de toepasselijke (grond)rechten worden gevonden.[151]

Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van een beperking van een grondrecht dienen de volgende stappen te worden doorlopen:
i) Is de beperking 'bij wet gesteld' (legaliteitsbeginsel)?
ii) Eerbiedigt de beperking de 'wezenlijke inhoud' van het betreffende grondrecht?
iii) En is de beperking geschikt, noodzakelijk en evenredig om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (evenredigheidsbeginsel)?[152]

Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen, is de doelstelling van de Handhavingsrichtlijn de bescherming van het grondrecht op intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest). Het betreft hier een legitieme doelstelling van algemeen belang.[153] De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen op grondslag van de Handhavingsrichtlijn kunnen evenwel de uitoefening van (andere) grondrechten beperken. Zo kan de verplichting voor een *access provider* een kostbaar filtersysteem te installeren om inbreuken op te sporen de uitoefening van het recht op ondernemerschap en het recht op privacy beperken.[154] En kan proceskostenveroordeling ex art. 14 IE-Hand-

150 Gerards 2011, p. 140; Chébti 2015, p. 66 e.v.

151 Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 180. Vgl. HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 63.

152 Art. 52 lid 1 luidt: '1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

153 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, *NJ* 2012/479, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Scarlet/SABAM)*, sub 90.

154 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, *NJ* 2012/479, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Scarlet/Sabam).*

havingsrichtlijn c.q. art. 1019h Rv gevolgen hebben voor de uitoefening van het grondrecht op toegang tot de rechter.[155] Dergelijke beperkingen zijn toelaatbaar mits zij voldoen aan de hiervoor beschreven vereisten van art. 52 lid 1 Handvest.

De vraag die in dit proefschrift centraal staat, is of de omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in art. 1019h Rv en de uitleg en toepassing daarvan in de praktijk verenigbaar zijn met EU-recht. Omdat de omzetting, uitleg en toepassing als een tenuitvoerlegging van het recht van de EU hebben te gelden (zie par. 3.3), vallen zij onder de werkingssfeer van het Handvest. Daar waar art. 1019h Rv de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter beperkt, geldt dat de rechtmatigheid daarvan kan worden getoetst aan de clausules van art. 52 lid 1 Handvest. Daarbij is van belang dat beperkingen van de grondrechten en beginselen van het Handvest, om rechtmatig te zijn, aan alle genoemde voorwaarden moeten voldoen.[156] Daarom zullen hierna alle clausules aan een afzonderlijke analyse worden onderworpen. Dit zal de basis vormen voor het onderzoek naar de rechtmatigheid van de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in de volgende hoofdstukken.

44 Toepassing van de driestappentoets door het HvJ EU

Al eerder is opgemerkt dat er een verschil is in de wijze waarop het EHRM en het HvJ EU opereren (par. 3.3). Dat geldt ook ten aanzien van de wijze waarop de beide hoven omgaan met de driestappentoets ter beoordeling van de toelaatbaarheid van beperkingen van grondrechten wegens een algemeen dan wel een individueel belang. Het EHRM toetst de rechtmatigheid van een grondrechtelijke beperking zelf en is consequent met het toetsen aan de afzonderlijke beperkingsclausules.[157] Het HvJ EU daarentegen pleegt het algemeen juridisch kader te schetsen, aan de hand waarvan de nationale rechter moet beoordelen of de litigieuze bepaling van nationaal recht in strijd is met het EU-recht.[158] De toetsingscriteria van art. 52 lid 1 Handvest worden daarbij meestal niet los van elkaar besproken.[159]

Een voordeel van deze aanpak ten aanzien van de beoordeling van processuele belemmeringen is dat het HvJ EU daarmee de ruimte laat voor een op de omstandigheden van een lidstaat toegespitste invulling van het recht op toegang tot de rechter.[160] Door het toetsingskader te schetsen kan een EU-recht conforme uitleg worden gewaarborgd, terwijl de lidstaten een zekere mate van autonomie behouden ten aanzien van keuzes die passen binnen de nationale procesrechtelijke architec-

155 Zie hierna hoofdstuk 8.

156 Conclusie A-G Cruz Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 33.

157 Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 174-183.

158 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/206; Zie ook Daalder & De Graaff 2015, p. 324 e.v.

159 Peers & Prechal 2014, p. 1480.

160 Smits 2008, p. 326; Sluijter 2011, p. 68-70; Barkhuysen & Stip 2012, p. 34; zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*).

tuur. Een nadeel echter ten opzichte van de concrete voorbeelden van grondige rechtmatigheidstoetsing door het EHRM, is dat de rechtspraak van het HvJ EU minder doorgrondelijk is.[161] Dat laat zich illustreren aan de hand van een aantal voorbeelden.

In verschillende arresten over een vermeende schending van art. 47 *Handvest* verwijst het HvJ EU naar de driestappentoets van het *EVRM*. Zo lag in het arrest *DEB/Duitsland* de prejudiciële vraag voor of er bezwaren bestaan tegen een nationale regeling waarbij de betaling van een voorschot voor de proceskosten wordt verlangd van een rechtspersoon, die dit voorschot niet kan betalen en bovendien op grond van nationaal recht geen recht heeft op rechtsbijstand. Volgens het HvJ EU ging het hier in feite om een vraag die betrekking heeft op het recht van een rechtspersoon op daadwerkelijke toegang tot de rechter – en dus op het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals neergelegd in art. 6 en 13 EVRM en art. 47 Handvest (ov. 29). Het HvJ EU converteerde de prejudiciële vraag naar een vraag van uitleg over het recht op toegang tot de rechter van art. 47 Handvest. Met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM, kwam het Hof tot het oordeel dat het niet uitgesloten is dat rechtspersonen een beroep kunnen doen op het beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest. Ten slotte overwoog het HvJ EU expliciet dat het aan de nationale rechter is de betreffende processuele belemmering te toetsen aan de driestappentoets van het EVRM.[162] Hier had het vanuit het oogpunt van consistentie en coherentie voor de hand gelegen om te verwijzen naar art. 52 lid 1 Handvest.[163] Hetzelfde geldt ten aanzien van het arrest *Alassini*, waarin het ging om de vraag of een regeling die inhoudt dat bij geschillen tussen consumenten en een telecommunicatieonderneming een (verplichte) poging tot bemiddeling een voorwaarde vormt voor de ontvankelijkheid van beroepen bij de rechter, afbreuk doet aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest. In plaats van te verwijzen naar de beperkingsclausules van art. 52 lid 1 Handvest, noemt het HvJ EU de in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde toets.[164]

Voorts zijn er verschillende Europese zaken bekend waarin de advocaten-generaal de litigieuze beperkingen aan een uitgebreide toets aan de afzonderlijke clausules van art. 52 lid 1 Handvest onderwerpen, waarna het HvJ EU zich vooral richt op het vinden van een *fair balance* tussen de verschillende betrokken grondrechten.[165] Anderzijds zijn ook arresten bekend waarin het HvJ EU wel wijst op de driestappen-

161 Peers & Prechal 2014, p.1480; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 189; Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 182.

162 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*), r.o. 60.

163 Zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*).

164 HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245 (*Alassini*).

165 Zie bijv. HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*); HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*). Zie ook Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 182.

toets van het Handvest, maar deze vervolgens niet uitgewerkt. Een voorbeeld vormt het *Toma-arrest*, waarin het ging over Roemeense wetgeving waarin is bepaald dat publiekrechtelijke rechtspersonen, in tegenstelling tot privaatrechtelijke natuurlijke en rechtspersonen, geen griffierechten hoeven te betalen. Het Hof beoordeelde deze kwestie in het licht van art. 47 Handvest, maar liet een bespreking van (de afzonderlijke clausules van) art. 52 lid 1 Handvest achterwege.[166]

De reden voor deze uiteenlopende benaderingswijzen is niet duidelijk. In deze context is wel gesteld dat een meer Handvestconforme benadering door het HvJ EU wenselijk is, ook met het oog op de ontwikkeling van de rechtspraak rond de driestappentoets.[167] Ondanks het ontbreken van duidelijke rechtspraak over art. 52 lid 1 Handvest, zal hierna een poging worden gedaan om aan de hand van de beschikbare rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU te verkennen wat de afzonderlijke beperkingsclausules specifiek inhouden voor financiële drempels in de toegang tot de rechter.

45 De beperkingsclausules van art. 52 lid 1 Handvest

(i) Het legaliteitsbeginsel
Art. 52 lid 1 Handvest bepaalt dat beperkingen van grondrechten 'bij wet [moeten] worden gesteld'. Het legaliteitsvereiste houdt in dat een beperking slechts toelaatbaar is indien deze berust op een wettelijke basis in het nationale recht.[168] Voor de inhoud en uitleg van het vereiste van een wettelijke basis van art. 52 lid 1 Handvest dient aansluiting te worden gezocht bij de rechtspraak van het EHRM.[169] Het EHRM heeft in meerdere arresten verduidelijkt dat de term 'wet' in zijn materiële zin moet worden opgevat: zowel de 'geschreven rechtsregel' als de 'ongeschreven rechtsregel' moeten daaronder worden begrepen. De term 'wet' kan zelfs de in de rechtspraak 'uitgewerkte rechtsregel' omvatten.

Aan de kwaliteit van de wet (in enge en in ruime zin) worden ook eisen gesteld.[170] Het kwaliteitsvereiste houdt in dat de wet voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar moet zijn.[171] In het verlengde daarvan kan dus ook vaste jurisprudentie ter aanvulling of uitlegging van een wettelijke bepaling worden aangemerkt als

166 HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Toma*). Een ander voorbeeld is HvJ EU 17 september 2014, C- 562/23, ECLI:EU:C:2014:2229 (*Liivimaas*) waarin het HvJ EU de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest noemt, maar niet geheel uitwerkt (de beperking van art. 47 Handvest wordt reeds niet toelaatbaar geacht wegens strijd met het legaliteitsbeginsel). Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 367.

167 Peers & Prechal 2014; zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321 (*Toma*).

168 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*), sub 94.

169 Peers Prechal 2014, p. 1471; Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*), sub 94.

170 Peers & Prechal 2014, p. 1473.

171 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*), sub 94 met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM; Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), sub 36.

'wet', mits deze toegankelijk (gepubliceerd) is en de wettelijke bepaling zodanig verduidelijkt dat deze voorzienbaar wordt.[172] Het vereiste van een voldoende nauwkeurig geformuleerde wet dient ertoe om de rechtzoekende in staat te stellen om, zo nodig na het inwinnen van deskundig advies, de omstandigheden waaronder de wettelijke bepaling zal worden toegepast te voorzien.[173] Voor zover de wet de rechter een discretionaire bevoegdheid toekent om in te mengen in grondrechten, moet de omvang en wijze van uitoefening van een dergelijke bevoegdheid voldoende duidelijk zijn omschreven om rechtzoekenden te beschermen tegen willekeur.[174] Uit rechtspraak volgt dat deze vereisten zwaarder gelden indien de nationale regeling financiële gevolgen kan hebben voor de betrokken partijen.[175] Met andere woorden, bepalingen die financiële consequenties kunnen hebben voor partijen dienen in de wet (in ruime zin) te zijn vastgelegd, op een toegankelijke, duidelijke en voorzienbare wijze.

De vraag rijst, wie verantwoordelijk is voor wetgeving die voldoet aan de kwaliteitseisen: de Europese wetgever of de nationale wetgever. Volgens Peers & Prechal moet worden uitgegaan van een gedeelde verantwoordelijkheid, waarbij de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de Europese en de nationale wetgever afhangt van het onderwerp van de bepaling en de mate van harmonisatie die de Europese wetgever voor ogen heeft.[176] Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, is met de Handhavingsrichtlijn minimumharmonisatie beoogd en heeft de Europese wetgever met name op het punt van de proceskosten bewust gekozen voor open normen en een ruime beoordelingsvrijheid voor de nationale rechter, zodat daaraan invulling kan worden gegeven binnen de nationale context. Daarmee lijkt de verantwoordelijkheid om zorg te dragen voor conformiteit met het legaliteitsbeginsel te zijn doorgegeven aan de lidstaten. Een vergelijkbare verantwoordelijkheid rust overigens bij de lidstaten op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, dat meebrengt dat lidstaten moeten zorgen voor duidelijke en kenbare nationale omzettingswetgeving; zie hierover nader nr. 48.

---

172 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*), sub 99.

173 Peers & Prechal 2014, p. 1473; Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*), sub 94 met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM.

174 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 14 april 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/Sabam*), sub 95 met verwijzing naar rechtspraak van het EHRM.

175 Zoals het HvJ EU heeft verklaard dient 'de gemeenschapswetgeving […] met zekerheid kenbaar te zijn en moet de toepassing ervan voor de justitiabelen voorzienbaar zijn. Die rechtszekerheid is in het bijzonder een dwingend vereiste in het geval van een regeling die financiële consequenties kan hebben, teneinde de belanghebbenden in staat te stellen de omvang van hun verplichtingen nauwkeurig te kennen'. HvJ EU 15 december 1987, C-325/85, EU:C:1987:546 (*Ierland/Commissie*), r.o. 18. Zie ook Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), sub 61.

176 Peers & Prechal 2014, p. 1473.

(ii) De eerbied voor de 'wezenlijke inhoud' van het recht op toegang tot de rechter
Art. 52 lid 1 Handvest bepaalt verder dat de beperking in elk geval de 'wezenlijke inhoud' van het betrokken grondrecht of de betrokken grondrechten moet eerbiedigen. Daarvan is geen sprake indien de beperking de uitoefening van een grondrecht belet.[177] Ten aanzien van art. 47 Handvest geldt, in de woorden van A-G Cruz-Villalón, 'dat de wezenlijke inhoud van het recht op effectieve rechtsbescherming niet wordt geëerbiedigd, indien de bestreden nationale regeling tot gevolg heeft dat het recht van eventuele houders van intellectuele-eigendomsrechten op rechterlijke bescherming wordt geblokkeerd'.[178]

In de context van financiële drempels heeft het EHRM geoordeeld dat het recht op toegang tot de rechter in de kern is aangetast indien de griffierechten dermate hoog zijn dat een rechtzoekende afziet van het entameren (of het voortzetten) van een gerechtelijke procedure.[179] In de rechtspraak van het EHRM zijn hoge kosten van de advocaat tevens expliciet genoemd als een potentieel te groot obstakel in het licht van de toegang tot de rechter op grond van art. 6 EVRM.[180] In dat verband is van belang dat volgens het EHRM ook het *achterwege* laten van een proceskostenveroordeling in strijd kan zijn met art. 6 EVRM.[181] Bij de beoordeling van de vraag of in een concreet geval het recht in de kern is aangetast, dienen factoren te worden meegewogen als de financiële draagkracht, de fase waarin een partij geconfronteerd wordt met de kosten en de kans om daarvan te worden vrijgesteld. Volgens het EHRM zijn het deze factoren 'which are material in determining whether or not a person enjoyed his or her right of access to a court or whether, on account of the amount of fees payable, the very essence of the right of access to a court has been impaired'.[182]

Uit de rechtspraak van het EHRM laat zich afleiden dat het enkele feit dat iemand een zaak kan aanbrengen, onvoldoende is om aan art. 6 EVRM te voldoen. De toegekende mate van toegang naar nationaal recht moet ook afdoende zijn om ieders individuele *'right to a court'* te verzekeren.[183] In verschillende arresten van heeft het HvJ EU gewezen op de relatie tussen hoge (proces)kosten en de toegang tot

---

177 HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 49.

178 Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), sub 39. In die zaak ging het om de vraag naar verenigbaarheid van een Duitse regeling die bankinstellingen toestaat een verzoek om inlichtingen met betrekking tot een bankrekening af te wijzen (bankgeheim) met het recht op informatie van art. 8 lid 3 sub e Hrl. Deze vraag werd onder meer uitgelegd in het licht van het recht op effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest. Zie HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 35-43.

179 EHRM 19 juni 2001, no. 28249/95 (*Kreuz/Polen*), r.o. 60.

180 EHRM 14 juni 2006, no. 46917/99, *EHRC* 2006/68, m.nt. F.H. Fernhout (*Stankiewicz/Polen*).

181 EHRM 14 juni 2006, no. 46917/99, *EHRC* 2006/68, m.nt. F.H. Fernhout (*Stankiewicz/Polen*), r.o. 60. Annotator Fernhout wijst erop dat ook de bevoegdheid van de Nederlandse rechter de kosten te compenseren op grond van art. 237 Rv onder omstandigheden in strijd kan zijn met art. 6 EVRM.

182 EHRM 29 mei 2012, nr. 16563/08 (*Julin/Estland*), r.o. 159.

183 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/160.

de rechter.[184] In de jurisprudentie over de uitleg van het begrip 'niet buitensporig hoge kosten' van de Richtlijn Milieueffectbeoordeling in het licht van het recht op toegang tot de rechter, heeft het HvJ EU geoordeeld dat het feit dat een partij zich naar verwachting niet door het kostenrisico zal laten afschrikken, geen reden mag zijn om hem *cost protection* te onthouden.[185] Tevens heeft het HvJ EU overwogen dat ook draagkrachtige eisers niet aan buitensporige of prohibitieve kostenrisico's mogen worden blootgesteld.[186]

(iii) Evenredigheid
Art. 52 lid 1 bepaalt *in fine*:

> *'Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk […] aan de eisen beantwoorden aan door de EU erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'*

Hieruit volgt dat bij de beoordeling van de evenredigheid van de 'inmenging' in grondrechten de vraag moet worden beantwoord, in hoeverre deze geschikt is om de verwezenlijking van dit doel te bevorderen. Dat wil zeggen: ertoe kan bijdragen dat dat doel kan worden bereikt. Voorts moet worden nagegaan of de inmenging noodzakelijk is, wat betekent dat deze niet verder mag gaan dan hetgeen noodzakelijk is ter verwezenlijking van de beoogde doelstelling. Het noodzakelijkheidsvereiste brengt mee dat wanneer een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen mogelijk is, de maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt.[187] Ten slotte mogen de door de inmenging veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel. Dat betekent dat er een redelijke verhouding tussen de ingezette middelen en de nagestreefde doelen of resultaten moet bestaan.[188] Kortom, beoordeeld moet worden of het evenwicht is bewaard tussen de vereisten van algemeen belang bij de beperkende maatregel en het belang van het individu dat zich beroept op een grondrecht.

---

184 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*), r.o. 61; HvJ EU 27 juni 2000, C-240-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo*), r.o. 26; HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Espanol de Credito*), r.o. 54; HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 36; HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*). Zie ook GEA 17 maart 2016, F-76/11 DEP, ECLI:EU:F:2016:67 (*Grazyte/Commissie*); Gerecht voor Ambtenaren EU 27 september 2011, F-55/08 DEP, ECLI:EU:F:2011:155 (*De Nicola*).

185 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), r.o. 40; HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 48.

186 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), r.o. 43.

187 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 190; Conclusie Bot inzake HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), sub 99 en 103.

188 Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 190; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 49; Conclusie A-G Bot inzake HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), sub 47.

Toepassing van de evenredigheidstoets door het EHRM heeft in een aantal zaken over het griffierechtstelsel in Polen geleid tot een veroordeling van die lidstaat wegens schending van art. 6 EVRM, omdat het doel de staatskas aan te vullen in relatie tot de hoogte van de griffierechten niet door de grondrechtelijke beugel kon.[189] In een arrest over de toelaatbaarheid van griffierechten in het licht van art. 6 EVRM is geoordeeld dat het feit dat op grond van het Bulgaarse systeem moeilijk kan worden ingeschat welke griffierechten verschuldigd zijn, terwijl deze griffierechten hoog zijn en niet gematigd kunnen worden, evenzeer een disproportionele beperking van het recht op toegang tot de rechter oplevert.[190] Ten aanzien van een verplichting tot betaling van een voorschot voor de proceskosten oordeelde het HvJ EU in het arrest *DEB/Duitsland* dat de nationale rechter voor de evenredigheidsbeoordeling rekening kan houden met de hoogte van de proceskosten die moeten worden voorgeschoten en met de vraag of deze mogelijk een al dan niet onoverkomelijk obstakel voor de toegang tot de rechter vormen.[191] In het arrest *Mgn Limited/Verenigd Koninkrijk* oordeelde het EHRM dat de verplichting tot het betalen van zogenaamde (exorbitant hoge) *'success fees'* aan de advocaat van de winnende partij disproportioneel is.[192] Het EHRM volgde het betoog van Mgn Limited dat een systeem waarbij ook dergelijke *fees* op het bordje van de verliezer kunnen komen een *'chilling effect'* heeft op het (i.c. ingeroepen) recht op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM. Deze uitspraak heeft mede aanleiding gegeven tot de afschaffing van de vergoeding van *success fees* in Engeland, waarvoor zij verwezen naar hoofdstuk 7.

In geval van botsende (grond)rechten zal een rechtvaardig evenwicht *(fair balance)* tussen deze rechten moeten worden gevonden.[193] Bij de toepassing van art. 1019h Rv zal het in de regel gaan om een botsing tussen het recht op bescherming van IE van art. 17 lid 2 Handvest en het recht op effectieve toegang tot de rechter van art. 47 Handvest, of een botsing tussen wederzijdse grondrechten op toegang tot de rechter.[194] In de rechtspraak is nader verduidelijkt hoe het evenwicht in geval van botsende grondrechten moet worden gewaarborgd.[195] Indien één van de grondrechten die in het geding zijn een absoluut karakter heeft, zoals het recht op leven, dan gaat dat grondrecht voor. Bij een botsing tussen de grondrechten van art. 17 lid 2 en 47 Handvest is hiervan geen sprake (beide grondrechten zijn immers niet absoluut). In dat geval geldt de regel, dat indien één van de in het geding zijnde

189 Vgl. Barkhuysen & Stip 2012, p. 32 met verwijzing naar rechtspraak.

190 EHRM 12 juli 2007, 68490/01, *EHRC* 2007/105, m.nt. F.H. Fernhout (*Stankov/Bulgarije*).

191 HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, r.o. 61 (*DEB/Duitsland*).

192 EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04 (*Mgn/Verenigd Koninkrijk*).

193 Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 180. Vgl. HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 63.

194 Denkbaar is dat een proceskostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv ook gevolgen kan hebben voor de uitoefening van andere grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting; zie het genoemde voorbeeld uit de rechtspraak EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04, *ECHR* 2011/66 (*Mgn/Verenigd Koninkrijk*).

195 Zie ook Barkhuysen & Bos 2014, p. 113-116.

grondrechten in de kern wordt geraakt door een gevraagde maatregel, de bescherming van dat grondrecht voorrang zal moeten krijgen. Zo volgt uit rechtspraak van het HvJ EU dat een maatregel die leidt tot een *ernstige aantasting* van een in het Handvest beschermd recht niet voldoet aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten.[196] Uit de rechtspraak van het HvJ EU kan verder worden afgeleid dat een beperkende maatregel over het algemeen in strijd wordt geacht met het evenredigheidsvereiste wanneer deze onbeperkt en onvoorwaardelijk kan worden opgelegd.[197] Indien geen sprake is van botsende grondrechten waarvan één een absoluut karakter heeft of in de kern is aangetast, dan zullen de betrokken belangen in het concrete geval tegen elkaar moeten worden afgewogen. Uiteindelijk zal de nationale rechter deze belangenafweging moeten maken.[198]

46 Deelconclusie: de betekenis van de driestappentoets voor de uitleg van art. 1019h Rv

De Nederlandse proceskostenveroordeling in IE-zaken heeft een wettelijke basis, om precies te zijn in art. 1019h Rv. Aan het legaliteitsbeginsel lijkt aldus *prima facie* te zijn voldaan. In hoeverre deze wet voldoet aan de genoemde kwaliteitsvereisten van toegankelijkheid, duidelijkheid en voorzienbaarheid zal worden onderzocht in de hoofdstukken 5-6.

Uit de rechtspraak over 'het wezenlijke inhoudsvereiste' kan voorts worden afgeleid dat de proceskostenveroordeling van art. 1019h Rv niet zodanig hoog mag uitvallen dat de kern van het recht op toegang tot de rechter wordt aangetast, in die zin dat deze kosten een partij kunnen beletten zich tot de overheidsrechter te wenden. Tevens volgt daaruit dat waarborgen moeten worden gesteld ter voorkoming van blootstelling aan hoge, prohibitieve proceskosten en dat gefinancierde rechtsbijstand geboden moet worden waar nodig. In hoeverre hiervan sprake is zal evenzeer in de navolgende hoofdstukken worden onderzocht.

---

196 HvJ 14 april 2011, C-70/10, *NJ* 2012/479, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Scarlet/Sabam*), r.o. 48-49; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 35 en r.o. 39-41.

197 Peers & Prechal 2014, p. 1486. Zie ook HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 39: 'Het zich onbeperkt en onvoorwaardelijk kunnen beroepen op het bankgeheim kan beletten dat bij de procedures van richtlijn 2004/48 en de maatregelen van de bevoegde nationale autoriteiten, met name wanneer deze autoriteiten het verstrekken van de vereiste informatie op grond van artikel 8, lid 1, van de richtlijn willen gelasten, naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van elk intellectuele-eigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk. Hierdoor kan in de context van artikel 8 van richtlijn 2004/48 sprake zijn van een ernstige aantasting van het ten volle uitoefenen van het grondrecht op intellectuele eigendom – ten gunste van het recht van de in artikel 8, lid 1, van richtlijn 2004/48 bedoelde personen op bescherming van hun persoonsgegevens – als gevolg van de voor bankinstellingen geldende verplichting het bankgeheim in acht te nemen.'

198 Zie Barkhuysen & Bos 2014, p. 113-116. Zie ook Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 181.

Tot slot vereist het evenredigheidsbeginsel dat er een redelijke verhouding is tussen het met art. 1019h Rv nagestreefde doel en de beperking van de uitoefening van grondrechten. Omdat de beperking (van het recht op effectieve toegang tot de rechter) doorgaans zal zijn ingegeven door een ander grondrecht (het recht op bescherming van IE en/of het recht op effectieve toegang) zal een balans moeten worden gevonden. Om de evenredigheidstoets i*n abstracto* te kunnen doorstaan dient art. 1019h Rv daarom zo te worden uitgelegd en toegepast dat een mogelijke veroordeling in de proceskosten geen disproportionele beperking van het recht op toegang tot de rechter vormt, in die zin dat partijen kunnen worden belet dit grondrecht uit te oefenen. Meer specifiek brengt het voorgaande mee dat de proceskostenveroordeling niet prohibitief hoog mag uitvallen en indien nodig gematigd moet kunnen worden. De vraag zal moeten worden beantwoord of er alternatieve interpretaties mogelijk zijn die minder schadelijk zijn om het gestelde doel te bereiken. Het evenredigheidsbeginsel zal *in concreto* vereisen dat de nadelen van een proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv in redelijke verhouding staan tot het daarmee beoogde doel. De uitoefening van het grondrecht op de bescherming van IE-rechten mag de grondrechten van de wederpartij niet onevenredig beperken. Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, kan bij de beoordeling van de evenredigheid van de verzochte proceskostenveroordeling bijvoorbeeld ook de aard en de toerekenbaarheid van de IE-inbreuk in acht worden genomen.

3.5 De relevante beginselen van EU-recht

47 Inleiding

Tot het primaire EU-recht behoren verschillende algemene beginselen van EU-recht.[199] Voorbeelden van klassieke algemene beginselen van EU-recht zijn het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen, het reeds besproken evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.[200] Tot de klassieke algemene beginselen behoren ook de grondrechten van het Handvest.

Vanuit hiërarchisch oogpunt zijn de algemene beginselen van EU-recht en het Handvest gelijkwaardig aan elkaar.[201] Zij hebben met het Handvest vergelijkbare functies. In de eerste plaats kunnen zij dienen als zelfstandige toetsingsmaatstaf voor de geldigheid of rechtmatigheid van handelingen van de EU en nationale handelingen. Tevens kunnen zij functioneren als instrument van uitleg.[202] Dit geldt voor zowel secundaire EU-wetgeving als voor nationale wetgeving voor zover deze onder het bereik van het EU-recht valt.[203] Hoewel de beginselen hoofdzakelijk van publiekrechtelijke aard zijn, in die zin dat zij de fundamentele waarden weerspiegelen waaraan het overheidshandelen is gebonden, kunnen zij van belang zijn

199 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/105; De Mol 2014, p. 25 e.v.
200 De Mol 2014, p. 26; Jans, Prechal & Widdershoven 2015.
201 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/106.
202 De Mol 2014, p. 26; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/106.
203 Asser/Hartkamp 3-*I* 2015/106.

voor het privaatrecht. Ook privaatrechtelijke wetgeving en rechtspraak kunnen namelijk worden getoetst aan de algemene beginselen van EU-recht.[204] In die zin kunnen algemene beginselen dan ook indirecte horizontale werking hebben, zoals uitgelegd in nr. 40.[205]

In het licht van de onderzoeksvraag van dit proefschrift zijn vooral de beginselen relevant die van toepassing zijn op de uitleg van de richtlijnen (de Handhavingsrichtlijn in het bijzonder). Het evenredigheidsbeginsel, waaraan de uitleg van de Handhavingsrichtlijn volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU is gebonden,[206] is reeds in hoofdstuk 2 en nr. 45 besproken, zodat hier kan worden volstaan met een verwijzing. Van belang is daarnaast het rechtszekerheidsbeginsel, dat steeds in acht moet worden genomen bij de omzetting en uitleg van richtlijnen.[207] Tot slot is het uit art. 47 lid 2 Handvest (en art. 6 EVRM) voortvloeiende beginsel van gelijkheid der wapenen van belang.[208]

48 Het rechtszekerheidsbeginsel

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU vereist de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijs dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke (of bestuursrechtelijke) bepaling worden overgenomen. Een algemene juridische context volstaat wanneer deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze verzekert.[209] Wanneer een richtlijn echter rechten toekent of plichten oplegt aan ondernemingen of burgers dan worden er in verband met het beginsel van rechtszekerheid hoge eisen gesteld aan de duidelijkheid en kenbaarheid van de nationale bepalingen die dienen ter omzetting van de richtlijn. Het HvJ EU heeft verduidelijkt dat een dergelijke richtlijn in dat geval moet worden uitgevoerd 'met een onbetwistbaar dwingende kracht en met de specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid die nodig zijn om te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid, dat, indien een richtlijn

---

204 De Mol 2014, p. 27. Zie bijv. het *Steffensen-arrest*, waarin het HvJ EU nationale bewijsregels toetste aan het recht op een eerlijk proces als algemeen rechtsbeginsel: '71. Aangezien het onderhavige geding betrekking heeft op de eerbiediging van het door het gemeenschapsrecht gewaarborgde recht op een tegenexpertise en de gevolgen die schending van dit recht kan hebben voor de toelaatbaarheid van een bewijsmiddel in het kader van een beroep zoals dat in het hoofdgeding aan de orde is, vallen de toepasselijke nationale bewijsregels binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht. Bijgevolg moeten deze regels de uit de fundamentele rechten voortvloeiende vereisten eerbiedigen.' HvJ EU 10 april 2003, C-276/01, ECLI:EU:C:2003:228 (*Steffensen*). Zie ook De Mol 2014, p. 119.

205 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/107.

206 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 70. Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019 Rv, aant. 3.

207 Zie bijv. HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 55 met verwijzing naar rechtspraak. Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 208; Krans en Ancery 2010, p. 142. Over het rechtszekerheidsbeginsel zie Keus 2014, p. 297 e.v.

208 Zie Smits 2008, p. 124; Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *AMI* 2016/2, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 61.

209 HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 54 met verwijzing naar rechtspraak.

rechten voor particulieren in het leven roept, verlangt dat de begunstigden hun rechten in volle omvang kunnen kennen'.[210]

De Handhavingsrichtlijn is een richtlijn die rechten en plichten toekent aan burgers en ondernemingen. Aldus gelden ook ten aanzien van de omzetting van (bepalingen van) de Handhavingsrichtlijn de (hoge) eisen van dwingende kracht, specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid. Daar komt bij, dat de richtlijn een regeling bevat die financiële consequenties kan hebben voor burgers en ondernemingen (art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn). In dat geval is de rechtszekerheid in het bijzonder een dwingend vereiste, 'teneinde de belanghebbenden in staat te stellen de omvang van hun verplichtingen nauwkeurig te kennen'.[211] In verschillende arresten heeft het HvJ EU verduidelijkt wanneer sprake is van een met het rechtszekerheidsbeginsel strijdige nationale regeling. Het HvJ EU achtte hiermee in strijd regelingen op grond waarvan de verliezende partij alle kosten van de wederpartij moet dragen, zonder dat door een wettelijk maximum wordt verzekerd dat de rechtsbescherming niet buitensporig kostbaar is en zonder dat een redelijke voorspelbaarheid wordt gewaarborgd ten aanzien van zowel het bestaan als de omvang van de kosten van de procedure.

> Zo heeft het HvJ EU in het arrest *Commissie/Ierland* geoordeeld dat een nationale bepaling op grond waarvan rechters de mogelijkheid hebben ervan af te zien de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te verwijzen en de andere partij in de kosten kunnen verwijzen slechts een rechterlijke praktijk vormen.[212] Volgens het HvJ EU kan een dergelijke praktijk, die naar haar aard onzeker is, niet voldoen aan de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid die worden gesteld aan een geldige uitvoering van de bepaling in de Richtlijn Milieueffectbeoordeling, die voorschrijft dat procedures niet buitensporig kostbaar mogen zijn.[213]
>
> In de zaak *Commissie/VK* – wederom over het begrip 'niet buitensporig kostbaar' van de Richtlijn Milieueffectbeoordeling – overwoog het HvJ EU dat het voorgaande niet betekent dat elke rechterlijke praktijk een onzeker karakter heeft en van nature niet aan de vereisten van duidelijkheid en nauwkeurigheid kan voldoen.[214] De litigieuze, in de rechtspraak ontwikkelde regeling tot beperking van de kosten kon echter volgens het Hof de verzoekende partij geen redelijke voorspelbaarheid waarborgen ten aanzien van zowel het bestaan als de omvang van de kosten van de procedure. Dat achtte het Hof met name kwalijk, daar 'deze voorspelbaarheid des te noodzakelijker [lijkt] gelet op het feit dat gerechtelijke procedures in het Verenigd Koninkrijk – zoals deze lidstaat erkent – hoge advocatenhonoraria met zich brengen'.[215] Aangezien niet is

---

210 HvJ EU 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 55. NB: het begrip 'particulier' in Europeesrechtelijke zin is veel ruimer dan in het Nederlandse civiele recht gebruikelijk is: het omvat naast burgers ook bedrijven (met of zonder rechtspersoonlijkheid naar nationaal recht) en belangengroeperingen. Hieronder vallen niet (decentrale) overheden en instellingen; Freudenthal & Van Ooik 2007, p. 46.

211 HvJ EU 15 december 1987, C-325/85, EU:C:1987:546 (*Ierland/Commissie*), r.o. 18. Zie ook Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *AMI* 2016/2, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), sub 61.

212 HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*).

213 HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 92-94.

214 HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 36.

215 HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 58.

gebleken dat de rechter krachtens een rechtsregel gehouden is te verzekeren dat de procedure voor de verzoekende partij geen buitensporig karakter heeft, kwam het Hof tot het oordeel dat geen sprake is van een voldoende nauwkeurige en duidelijke uitvoering.[216] Deze uitspraak heeft in Engeland mede aanleiding gegeven om *cost caps* te introduceren in procedures die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen.[217]

In de hoofdstukken 5, 6 en 8 zal het onderzoek worden gedaan dat nodig is om vast te stellen in hoeverre de Nederlandse implementatie, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn voldoen aan het beginsel van rechtszekerheid.

49 Het beginsel van gelijkheid der procespartijen

Het beginsel van *equality of arms*, ofwel de gelijkheid der wapenen of gelijkheid der procespartijen, vloeit als gezegd voort uit het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM en art. 47 lid 1 Handvest.[218] Het beginsel houdt in 'dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak onder zodanige omstandigheden voor te dragen dat zij ten opzichte van de wederpartij niet wezenlijk wordt benadeeld'.[219] In het *Toma-arrest* heeft het HvJ EU verduidelijkt dat het enkele feit dat een regeling onderscheid maakt tussen procespartijen niet betekent dat deze regeling in strijd is met het beginsel. Van strijdigheid is pas sprake als de regeling een partij 'in een ondergeschikte positie ten opzichte van zijn tegenpartij brengt wat de rechterlijke bescherming betreft' en derhalve 'afbreuk doet aan het eerlijke verloop van een dergelijke procedure'.[220]

In de rechtspraak wordt aangenomen dat financiële ongelijkheid gevolgen kan hebben voor de processuele verhoudingen en de rechtsbescherming van de financieel minder draagkrachtige partij.[221] Dat brengt een verantwoordelijkheid voor de rechter mee om eventuele financiële ongelijkheid bij de proceskostenbeslissing te 'repareren'. Zo heeft het Gerecht voor Ambtenarenzaken EU in de zaak *Grazyte/Commissie* geoordeeld dat de rechter bij de proceskostenbeslissing rekening moet houden met de solvabiliteit van de verliezende partij:

'The right of access to a court would not be properly safeguarded if the prospect of a party having, or not having, to bear sizeable costs at the outcome of the proceedings were left solely to the discretion of

---

216 HvJ EU 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/Ierland*), r.o. 55.

217 Zie ook Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 374.

218 Smits 2008, p. 124.

219 HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Toma*), r.o. 47; HvJ EU 6 november 2012, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*), r.o. 71; EHRM 24 september 2013, *EHRC* 2014/11 *(Sardón Alvira/Spanje)*, r.o. 51: '*(…) each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent or opponents.*'

220 HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Toma*), r.o. 48.

221 HvJ EU 30 juni 2016, C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, *AB* 2016/321, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Toma*); EHRM 6 april 2006, ECLI:NL:XX:2006:AX7783 (*Stankiewicz*).

his opponent. On the contrary, it is the court which must, where difficulties arise, be responsible for fixing the costs taking account of circumstances such as the party's solvency.'[222]

De verantwoordelijkheid van de rechter om bij de proceskostenbelissing rekening te houden met de solvabiliteit van de betalende partij vloeit volgens het Gerecht mede voort uit het feit dat de rechtsbijstandsverzekering (van *in casu* Grazyte) niet de eventuele proceskostenveroordeling dekte.[223]

Ook in het reeds eerdergenoemde arrest *Commissie/VK* is de economische situatie van partijen genoemd als relevant criterium bij de beslissing over de proceskosten. Het HvJ EU oordeelde:

'(47) De rechter mag zijn beoordeling evenwel niet beperken tot de economische situatie van de betrokkene, maar moet ook een objectieve analyse verrichten van het bedrag van de kosten (…). In zoverre mogen de kosten van een procedure de financiële mogelijkheden van de betrokkene niet te boven gaan, noch in elk geval objectief gezien onredelijk zijn (…).

(48) Wat de analyse van de economische situatie van de betrokkene betreft, mag deze niet uitsluitend worden gebaseerd op de geschatte financiële mogelijkheden van een 'gemiddelde' verzoekende partij, aangezien het mogelijk is dat dergelijke gegevens slechts in verwijderd verband staan met de situatie van de betrokkene (…).'[224]

In de context van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is A-G Campos in de zaak United Video Properties tegen Telenet ingegaan op de vraag, hoe een volledige proceskostenveroordeling zich verhoudt tot het beginsel van gelijkheid van procespartijen.[225] De A-G heeft daarbij gewezen op het onderscheid tussen de contractuele verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt enerzijds, en de wettelijke verplichting tot vergoeding van de proceskosten anderzijds. In de eerstgenoemde verhouding hangt de aanvaarding van de financiële voorwaarden af van contractuele, subjectieve afwegingen van de bij het contract betrokken partijen. Hier wordt gedoeld op de vrije advocaatkeuze van partijen, die kan zijn ingegeven door de financiële positie.

---

222 GEA 17 maart 2016, F-76/11 DEP, ECLI:EU:F:2016:67 (*Grazyte/Commissie*), r.o. 53: *'Au vu de tout ce qui précède, de la jurisprudence constante selon laquelle le juge de l'Union ne taxe pas les honoraires dus par les parties à leurs propres avocats, mais détermine le montant à concurrence duquel ceux-ci peuvent être récupérés auprès de la partie condamnée aux dépens, ainsi que de l'absence de dispositions de nature tarifaire dans le droit de l'Union (…), il y a lieu de considérer que, dans le cadre d'une procédure de taxation des dépens, le Tribunal est en droit de tenir compte de la solvabilité de la partie qui doit les supporter lorsqu'il est amené à déterminer le montant susmentionné.'*

223 GEA 17 maart 2016, F-76/11 DEP, ECLI:EU:F:2016:67 (*Grazyte/Commissie*), r.o. 53: *'Il y a également lieu de rappeler qu'il ressort de l'article 95, paragraphe 1, deuxième alinéa, de l'article 97, paragraphe 3, ainsi que de l'article 98, paragraphe 1, du règlement de procédure du 25 juillet 2007 que l'aide judiciaire pouvait seulement couvrir les frais liés à l'assistance et à la représentation de son bénéficiaire. L'aide judiciaire accordée conformément à l'article 97, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure du 25 juillet 2007 ne pouvait donc couvrir la question hypothétique du montant des dépens que les parties requérantes, au cas où elles succomberaient dans leurs prétentions, devraient rembourser aux parties défenderesses, au titre des honoraires de l'avocat de celles-ci.'*

224 HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 47-48.

225 Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *AMI* 2016/2, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), sub 65-67.

Die keuzevrijheid hebben partijen niet ten aanzien van de wettelijke aanspraak op vergoeding van de proceskosten (de tweede verhouding). De A-G legt uit welke gevolgen volledige proceskostenveroordeling kan hebben op de gelijkheid van procespartijen en de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter:

> 'Als het mogelijk zou zijn om de volledige advocaatkosten op de andere partij te verhalen, dan zou een financieel sterkere eiser zijn keuzevrijheid als het ware dwingend kunnen gebruiken. Geconfronteerd met het risico, de uitermate hoge advocaatkosten van de eiser te moeten betalen, zou de verweerder kunnen besluiten dat het niet de moeite waard is om verweer te voeren en dat afstand doen van zijn rechtsmiddelen meer zekerheid biedt. Gelet op alle consequenties die het hierboven besprokene meebrengt […] zou dit het beginsel van gelijkheid van de procespartijen en het recht op toegang tot de rechter kunnen uithollen.'[226]

Volgens de A-G dienen om deze reden objectieve criteria te worden toegepast bij de vaststelling en eventuele matiging van het bedrag van de verhaalbare advocaatkosten dat ten laste moet komen van de partij die geen enkele inbreng heeft gehad in de keuze van de advocaat van de wederpartij.[227]

Eenzelfde gedachte ligt overigens ten grondslag aan het Nederlands systeem van buitengerechtelijke kosten, waarvan de hoogte van de vergoeding bepaald wordt op basis van een redelijkheidstoets. Zoals in hoofdstuk 4 aan de orde zal komen, vormt dat een belangrijke uitzondering op het leidend beginsel van *volledige* vergoeding van schade. De ratio is dat buitengerechtelijke kosten worden gemaakt op initiatief en inzicht van de benadeelde, die vrij is in zijn keuze voor een bepaalde dienstverlener. De benadeelde partij moet de kosten weliswaar maken *als gevolg* van het schadelijk handelen van haar wederpartij, maar het is de benadeelde zelf die ze maakt en laat oplopen. De wederpartij kan daarop geen invloed uitoefenen. Op grond van art. 6:96 BW kunnen daarom alleen de *redelijke* kosten als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen.[228] Naast de 'filterfunctie' zou de redelijkheidstoets de benadeelde tevens moeten stimuleren de kosten binnen de perken te houden. In het volgende hoofdstuk zal het stelsel van vergoeding van buitengerechtelijke kosten nader aan de orde komen. In de hoofdstukken 5, 6 en 8 zal het onderzoek worden gedaan dat nodig is om vast te stellen in hoeverre de Nederlandse implementatie, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn voldoet aan het beginsel van gelijkheid der procespartijen.

50 Deelconclusie

In deze paragraaf zijn de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen geïdentificeerd als in de context van de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. 1019h Rv relevante beginselen. Ten aanzien van de omzet-

---

226 Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *AMI* 2016/2, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), sub 67.

227 Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *AMI* 2016/2, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), sub 66.

228 Lindenbergh 2000, par. 1.5.1.; De Groot & Hendrikse 2005, p. 35. Zie hierna hoofdstuk 4.

ting en uitvoering van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn gelden de in de rechtspraak van het HvJ EU geformuleerde hoge eisen van dwingende kracht, specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid. Tevens moet de regeling waarborgen dat de eventuele processuele of financiële ongelijkheid tussen partijen geen afbreuk doet aan de effectieve rechtsbescherming van de minder draagkrachtige partij. Uit bovenstaande analyse volgt dat de beginselen meer concreet vereisen dat objectieve criteria gelden voor de vaststelling van de verhaalbare kosten, en dat de rechter bij de proceskostenbeslissing zo nodig rekening houdt met de financiële draagkracht van de verliezende partij.

3.6 De Europese invulling

51 *Loser pays*... maar niet *all*

De vraag die nu voorligt, is welke invulling 'Europa' geeft aan art. 47 Handvest en beginselen als evenredigheid, rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen. Uit wetgevings- en beleidsdocumenten volgt dat de Europese wetgever over het algemeen aanmoedigt dat de verdeling van proceskosten geschiedt volgens het *loser pays*-principe. Ook het richtlijnvoorstel tot vaststelling van minimumnormen voor civiele procedures in de EU van 10 februari 2017 bevat een *loser pays*-bepaling.[229] De voornaamste reden is dat zaken met een geringe slaagkans in verband met het financiële risico 'gefilterd' worden.[230] In vrijwel de gehele EU geldt het *loser pays*-principe.[231]

Tegelijkertijd wijst de Europese wetgever erop dat het *loser pays*-beginsel prohibitief kan werken, zelfs in zaken met een goede slaagkans.[232] Bij verlies moeten zowel de eigen kosten als de kosten van de wederpartij worden vergoed. Het risico – hoe gering ook – in de kosten van de wederpartij te worden veroordeeld kan een belemmering vormen een procedure te entameren of voort te zetten.[233] De Europese wetgever wijst daarom op verschillende plaatsen op het belang van proceskostenregelingen waarmee de verliezende partij kan worden beschermd tegen hoge proceskostenveroordelingen.[234] Volgens de Europese wetgever kunnen namelijk niet alleen hoge proceskosten een belangrijk obstakel vormen in de gang naar de

229 Draft Report with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the EU (2015/2084(INL)) 10 February 2017, PE593.974v01-00, art. 14.

230 Zie bijv. Commission, Staff Working Document – Public consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, SEC(2011)173, p. 9; SEC(2008)404, p. 76; COM(2008) 165, p. 10. Zie ook Wilman 2014, p. 358; Zuckerman 1999, p. 9.

231 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 17.

232 Wilman 2014, p. 354 e.v.

233 COM(2008)165, p. 10-11; SEC(2008)404, p. 76; vgl. conclusie A-G Kokott inzake HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), sub 26-27.

234 Zie bijv. COM(2008)165, p. 11; SEC(2008)404, p. 78.

rechter, maar ook regels over proceskostenveroordeling als zodanig.[235] In dit verband verwijst de wetgever naar de door zowel het Handvest als het EVRM verlangde effectieve toegang tot de rechter voor civiele vorderingen (zie par. 3.3). Lidstaten worden daarom aangemoedigd regels te bepalen die garanderen dat de in het ongelijk gestelde partij niet de kosten hoeft te dragen 'die onredelijk en vexatoir werden gemaakt of die anderszins buitensporig zijn'.[236]

Concrete aanwijzingen voor de vaststelling van regelingen tot beperking of begrenzing van de kostenvergoeding geeft de Europese wetgever niet. Wel wijst het HvJ EU op verschillende plaatsen op de noodzaak tot het objectiveren van de redelijkheid van de vergoedbare proceskosten.[237] Objectivering wordt vooral van belang geacht indien het honorarium van de advocaat tot de vergoedbare proceskosten worden gerekend. Het honorarium van de advocaat vormt over het algemeen de grootste en minst voorspelbare kostenpost, waarop de wederpartij geen enkele invloed heeft. Zodoende kunnen zij een belangrijke drempel vormen.[238] Zouden geen maatregelen voorhanden zijn aan de hand waarvan deze kosten beperkt worden, dan zou het financiële risico dermate hoog kunnen worden dat een partij ervan zou kunnen worden weerhouden een procedure in te stellen.[239] Op het belang van maatregelen ter beperking van de vergoedbare advocaatkosten is dan ook uitdrukkelijk gewezen in de Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over maatregelen die de toegang tot de rechter bevorderen:

---

235 Zo stelt de Commissie in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels vast: 'De kosten die verbonden zijn aan schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels, maar ook de regels voor het toewijzen van de kosten kunnen bepaald ontradend werken om een schadevergoedingsactie wegens schending van de mededingingsregels in te stellen.', COM(2008)165, p. 10; zie ook COM(2005)672, p. 9: 'Voorschriften inzake vergoeding van de proceskosten spelen een belangrijke rol als positieve of negatieve prikkels voor het instellen van vorderingen.'

236 COM(2008)165, p. 11.

237 Zo mag volgens het Hof de beoordeling van het buitensporig karakter van de kosten van een procedure in de zin van de Richtlijn Milieueffectbeoordeling niet uitsluitend op de economische situatie van de betrokkene zijn gebaseerd, maar moet deze ook berusten op een objectieve analyse. De kosten van een procedure mogen volgens het Hof *objectief gezien* niet onredelijk zijn; HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*), r.o. 40; zie ook HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 47. De Rules of Procedure van het UPC gaan ervan uit dat ook de redelijkheid en evenredigheid van de proceskostenbepaling van art. 14 Richtlijn geobjectiveerd moeten worden; zie hiervoor par. 2.7.

238 Consultation document UPC, p. 21 e.v.: *'The threat of [excessive] cost burdens does not emanate from the expenses incurred by the Court, but rather from the expenses incurred by the other party, especially the costs for representatives.'* Vgl. Ook HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 58; Vgl. Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 69, 81 en 88.

239 Dat een kostenveroordeling die de honoraria van de advocaat van de wederpartij deels of volledig kan omvatten prohibitief kan zijn is benadrukt in Gerecht voor Ambtenaren EU 27 september 2011, F-55/08 DEP, ECLI:EU:F:2011:155 (*De Nicola*) en door A-G Kokott, conclusie inzake HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), sub 27.

'Particular attention should be given to the question of lawyers' and experts' fees in so far as they constitute an obstacle to access to justice. Some form of control of the amount of these fees should be ensured.' (onderstreping toegevoegd)[240]

Zoals in hoofdstuk 8 nader aan de orde zal komen, heeft objectivering – bijvoorbeeld aan de hand van forfaitair vastgestelde tarieven – als voordeel dat vooraf een inschatting gemaakt kan worden van het (maximale) bedrag aan kosten dat vergoed moet worden bij verlies. Voorspelbaarheid van het financiële risico kan de drempel verlagen.[241] Het HvJ EU spreekt in dit verband zelfs van de *noodzaak* van voorspelbaarheid van de kostenpost advocatenhonoraria, met name wanneer gerechtelijke procedures hoge advocatenhonoraria met zich brengen, zoals in het Verenigd Koninkrijk het geval is.[242] De meeste lidstaten hanteren daarom regels aan de hand waarvan de vergoedbare proceskosten omwille van de toegang tot de rechter beperkt c.q. geobjectiveerd (kunnen) worden.[243] De wijze en mate van beperking verschilt echter van lidstaat tot lidstaat.[244] Dit is immers afhankelijk van de verschillende (financiële) aspecten van een gerechtelijke procedure in een bepaalde lidstaat, maar ook van de wijze waarop binnen de lidstaat wordt gedacht over hoe een praktische en effectieve toegang tot de rechter gewaarborgd kan worden.[245] De Europese wetgever pleegt deze verschillen te respecteren door de lidstaten de ruimte te geven voor een op de omstandigheden van een lidstaat toegespitste invulling van het recht op toegang tot de rechter.[246]

Tegen deze achtergrond is de proceskostenveroordeling in IE-zaken (art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn) beschouwd als een vreemde eend in de bijt. Volgens de Toelichting bij het richtlijnvoorstel verplicht de richtlijnbepaling tot een volledige vergoeding van de kosten van de winnende partij. Nadien heeft het HvJ EU geoordeeld dat een stelsel van forfaitaire kostenvergoeding toelaatbaar is, doch alleen voor zover een dergelijk stelsel waarborgt dat die grens de tarieven weerspiegelt die daadwerkelijk gelden voor de diensten van advocaten op het gebied van IE en dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de

240 Recommendation R(81)7 on measures facilitating access to justice, Principle 13 onder D '*costs of procedure*'.

241 Zie hierna hoofdstuk 8. Zie ook Sluijter 2011, p. 264-266; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81 e.v. Vgl. HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 54: '(…) moet worden geconstateerd dat de mogelijkheid voor de aangezochte rechter om een maatregel tot beperking van de kosten te nemen een grotere voorspelbaarheid van de proceskosten verzekert en bijdraagt aan de inachtneming van dit vereiste.'

242 HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), r.o. 58.

243 Hodges, Vogenauer & Tulibacka, p. 18-19; SEC(2008)404, p. 77 e.v.

244 Zie hierna hoofdstuk 7. Zie ook Sluijter 2011, p. 161.

245 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010; Zuckerman 1999, p. 9; Huydecoper 2006, p. 130-132; conclusie A-G Kokott inzake HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*), sub 46.

246 Smits 2008, p. 326; Sluijter 2011, p. 68-70; Barkhuysen & Stip 2012, p. 34; zie R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *AB* 2011/222 (*DEB/Duitsland*).

verliezer wordt gedragen.[247] De koers in de richting van een meer reële proceskostenvergoeding lijkt te worden voortgezet in het richtlijnvoorstel 'minimumnormen voor civiele procedures'.[248] Art. 14 van het richtlijnvoorstel vereist dat de verliezende partij de kosten van de wederpartij dient te betalen voor zover deze *evenredig zijn met de waarde van de vordering.* Het redelijkheidsvereiste dat deel uitmaakt van art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn is niet expliciet opgenomen in het conceptartikel. Wel dient de vergoeding beperkt te blijven tot de kosten die *noodzakelijk* zijn gemaakt en dient de rechter de bevoegdheid te hebben de kosten 'billijk' te verdelen in geval van gedeeltelijk gelijk of in uitzonderlijke gevallen. Nodeloos gemaakte kosten of kosten die het gevolg zijn van mislukte schikkingen (of de weigering daaraan mee te werken) kunnen een uitzondering vormen op de regel, dat de verliezer betaalt.[249] De conceptrichtlijn zwijgt over de toelaatbaarheid van een stelsel van forfaitaire kostenvergoeding. Wel bepaalt het richtlijnvoorstel dat toegangswaarborgen moeten worden gesteld in de vorm van gefinancierde rechtsbijstand en de mogelijkheid van procesfinanciering (conceptartikelen 15 en 16). Rechtsbijstand zou in specifieke gevallen moeten worden verleend in de vorm van een vrijstelling van de betaling van griffierechten, de kosten voor rechtsbijstand en de eventuele proceskostenveroordeling. Ook aan rechtspersonen zou onder omstandigheden rechtsbijstand moeten worden verleend.[250] Hoewel moet worden afge-

---

247 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/35, m.nt. C.J.J.C. Van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 32.

248 Draft Report with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the EU (2015/2084(INL)) 10 February 2017, PE593.974v01-00.

249 *'Art. 14 'Loser pays' principle:*
1. Member States shall ensure that the unsuccessful party shall bear the costs of the proceedings, including but not limited to any costs resulting from the fact that the other party was represented by a lawyer or another legal professional, or any costs arising from the service or translation of documents, which are proportionate to the value of the claim and which were necessarily incurred.
2. Where a party succeeds only in part or in exceptional circumstances, courts may order that costs be apportioned equitably or that the parties bear their own costs.
3. A party shall bear any unnecessary costs it has caused the court or another party, either by raising unnecessary issues or by being otherwise unreasonably disputatious.
4. The court may adjust its award of costs to reflect unreasonable failure to cooperate or badfaith participation in settlement endeavours in accordance with Article 20.'

250 *'Art. 15 Legal Aid:*
1. In order to ensure effective access to justice, Member States shall ensure that courts may grant legal aid to a party. 2. Legal aid may cover, in whole or in part, the following costs:
(a) court fees; (b) costs of legal assistance and representation regarding: (i) pre-litigation advice with a view to reaching a settlement prior to commencing legal proceedings in accordance with Article 12 (1); (ii) commencing and maintaining proceedings before the court; (iii) all costs relating to proceedings including the application for legal aid; (iv) enforcement of decisions; (c) other necessary costs related to the proceedings to be borne by a party, including costs of witnesses, experts, interpreters and translators and necessary travel, accommodation and subsistence costs of that party and his representative; (d) the costs awarded to the successful party, in the event that the applicant loses the action in accordance with Article 14.
3. Member States shall ensure that any natural person who is a citizen of the European Union or a third country national residing lawfully in a Member State of the European Union is entitled to apply for legal aid where: (a) owing to their economic situation, they are wholly or partly unable to meet the

wacht of de richtlijn zal worden aangenomen, geeft het voorstel weer hoe de invulling van het '*loser pays*'-beginsel althans volgens het Europees Parlement dient te worden ingevuld.

3.7 Conclusie

52 Het overzicht van Europese randvoorwaarden waaraan nationale proceskostenregels moeten voldoen

Nationale proceskostenregelingen in civiele procedures worden langs verschillende lijnen beïnvloed door het EU-recht. De verschillende vereisten waaraan deze regels dienen te voldoen laten zich categoriseren in civiele procedures (i) ter handhaving van aan nationaal recht ontleende rechten; (ii) ter handhaving van aan EU-recht ontleende rechten; en (iii) ter handhaving van IE-rechten. Het overzicht kan daarmee tevens als kader dienen voor de beoordeling van de verenigbaarheid van nationale proceskostenregelingen met het EU-recht in de navolgende hoofdstukken.

(i) Procedures ter handhaving van aan nationaal recht ontleende rechten
Ten aanzien van procedures over aan nationaal recht ontleende rechtsposities geldt het beginsel van nationale procedurele autonomie, inhoudende dat lidstaten in beginsel vrij zijn bij de keuze voor proceskostenregelingen in nationale aangelegenheden. *In beginsel*, omdat steeds gelet moet worden op een eventuele Europese achtergrond. Te denken valt aan procedures over betalingsachterstanden in handelsrelaties. Hoewel de Richtlijn betalingsachterstanden in handelstransacties in Nederland niet heeft geleid tot omzettingswetgeving, heeft de nationale proceskostenregeling daarmee wel een EU-rechtelijke achtergrond.[251] Dat betekent onder meer dat eventuele uitspraken van het HvJ EU over de uitleg van de daarin neergelegde bepaling over de proceskosten gevolgen kunnen hebben voor de praktijk.

Zoals in par. 3.2-4. ook aan de orde is gesteld, geldt art. 47 Handvest in beginsel uitsluitend in procedures met een EU-rechtelijke grondslag. Evenwel lijkt een ruime werkingssfeer van art. 47 Handvest te worden aangenomen, terwijl ook niet valt uit

---

costs referred to in paragraph 2 of this Article; and (b) the action in respect of which the application for legal aid is made has a reasonable prospect of success, considering the applicant's procedural position; and (c) the claimant applying for legal aid is entitled to bring actions under the relevant national provisions.

4. Legal persons shall be entitled to apply for legal aid in the form of dispensation from advance payment of the costs of proceedings and/or the assistance of a lawyer. In deciding whether to award such aid, courts may take into consideration, inter alia: (a) the form of the legal person in question and whether it is profit-making or nonprofit-making; (b) the financial capacity of the partners or shareholders; (c) the ability of those partners or shareholders to obtain the sums necessary to institute legal proceedings.

5. This Article is without prejudice to Directive 2002/8/EC.'

251 Zie ook Krans 2010, p. 93-96.

te sluiten dat daarvan een zekere reflexwerking uitgaat binnen de nationale rechtsorde. De rechtspraak over art. 47 Handvest kan daarom ook relevant zijn voor procedures zonder EU-rechtelijke grondslag.

(ii) Procedures ter handhaving van aan EU-recht ontleende rechten
Ten aanzien van proceskostenregelingen die van toepassing zijn op procedures over de handhaving van aan het EU-recht ontleende rechten, geldt het beginsel van nationale procedurele autonomie, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming (par. 3.2). Met name de beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming lijken in de context van proceskostenregelingen van belang te zijn.

Het doeltreffendheidsbeginsel brengt mee dat nationale proceskostenregelingen de verwezenlijking van EU-recht niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag maken. In het kader van deze toets dient een belangenafweging plaats te vinden, die erop neerkomt dat de nationale rechter het belang van een doeltreffende bescherming van EU-recht dient af te wegen tegen het belang dat aan de (belemmerende) nationale proceskostenregeling is verbonden. De uitkomst van deze afweging zal van de omstandigheden van het concrete geval afhangen, maar ook van de vraag, in hoeverre de nationale proceskostenregeling berust op een overtuigende, 'EU-breed' gesteunde grondslag.

Daarnaast is het beginsel van effectieve rechtsbescherming relevant. Hoewel lidstaten bij de invulling van het beginsel van effectieve rechtsbescherming een ruime *margin of appreciation* worden gegund, stelt art. 47 jo. art. 52 lid 1 Handvest eisen aan de toelaatbaarheid van (financiële) beperkingen van de uitoefening daarvan. Zij dienen bij wet (in ruime zin) te zijn gesteld (het legaliteitsbeginsel), de 'wezenlijke inhoud' van het betreffende grondrecht te eerbiedigen en voorts dienen zij geschikt, noodzakelijk en evenredig te zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (het evenredigheidsbeginsel), par. 3.4. Dit levert meer concreet een positieve verplichting voor de lidstaten op om enerzijds te zorgen voor regelgeving waarmee wordt gewaarborgd dat de kosten voor de toegang tot de rechter niet prohibitief hoog zijn, en anderzijds ervoor te zorgen dat rechtsbijstand (in ruime zin) wordt verleend, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen. De vereisten zijn op Europees niveau zo ingevuld, dat nationale proceskostenregelingen het *loser pays*-beginsel tot uitgangspunt dienen te nemen, met dien verstande dat de vergoeding op basis van objectieve standaarden dient te worden vastgesteld. Met de Handhavingsrichtlijn en de conceptrichtlijn 'minimumnormen civiele procedures in de EU' lijkt de koers in de richting van een reële, al dan niet aan het zaaksbelang evenredige proceskostenvergoeding in civiele procedures in het algemeen te zijn ingezet.

(iii) Procedures ter handhaving van IE-rechten
Ten aanzien van de nationale regelgeving ter omzetting of ter uitvoering van (art. 14 van) de Handhavingsrichtlijn gelden andere beginselen dan de Rewe-beginselen

(nr. 35).[252] Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen, hebben de lidstaten veel vrijheid bij de keuze voor de middelen ter omzetting van de richtlijn(bepaling), in die zin dat zij verdergaande maatregelen ter bescherming van IE mogen treffen dan waarin de Handhavingsrichtlijn voorziet. Wel dient de omzettingswetgeving in de eerste plaats te voldoen aan het doeltreffendheidsvereiste, inhoudende dat deze het doel en de volle werking van de richtlijn dient te waarborgen. Dat betekent dat de proceskostenveroordeling in IE-zaken enerzijds doeltreffend, afschrikkend en evenredig dient te zijn, en anderzijds ervoor dient te worden gewaakt dat procedures in IE-zaken niet onnodig kostbaar zijn (art. 3 IE-Handhavingsrichtlijn). Specifiek met betrekking tot art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn heeft het HvJ EU geoordeeld dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de verliezer moet worden gedragen. Daarnaast zijn in dit hoofdstuk de beginselen van effectieve rechtsbescherming, rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen besproken. Op grond daarvan dient de proceskostenveroordeling in IE-zaken bij wet (in ruime zin) te zijn gesteld (legaliteitsbeginsel), de 'wezenlijke inhoud' van het grondrecht op toegang tot de rechter te eerbiedigen en tot slot geschikt, noodzakelijk en evenredig te zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (evenredigheidsbeginsel). Ten aanzien van de omzetting en uitvoering van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn gelden de in de rechtspraak van het HvJ EU geformuleerde hoge eisen van dwingende kracht, specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid. Deze eisen zijn met name zwaarwegend nu art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn financiële consequenties kan hebben voor procespartijen. Ten slotte moet de regeling waarborgen dat een eventuele processuele of financiële ongelijkheid tussen partijen geen afbreuk doet aan het eerlijke verloop van een dergelijke procedure.

In de hoofdstukken 5 en 6 zal worden onderzocht wat de betekenis hiervan is voor de implementatie, uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in de praktijk.

252 De Handhavingsrichtlijn zelf dient overigens in overeenstemming te zijn met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (zie par. 2.4. en nr. 36b hiervoor en zie Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 191). In het navolgende staat de vraag centraal, in hoeverre de Nederlandse *implementatie* van de richtlijnbepaling van art. 14 in Nederland EU-conform is.

4. PROCESKOSTENVEROORDELING EN -VERGOEDING IN NEDERLANDS PERSPECTIEF: HET KOSTENSTELSEL VAN ART. 237 E.V. RV EN ART. 6:96 BW

4.1 Inleiding

53 Algemeen

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, vereisen art. 47 Handvest en art. 6 EVRM dat eenieder een praktische en effectieve toegang tot de rechter heeft. Uit de bepalingen volgt een positieve verplichting voor de verdragsstaten om waarborgen te stellen tegen blootstelling aan hoge, prohibitieve kosten, en om gefinancierde rechtsbijstand te bieden waar nodig.[1] Deze verplichting geldt ten aanzien van alle proceskostenregelingen in civiele procedures die binnen de werkingssfeer van de verdragen vallen, dus ongeacht of deze van Europese signatuur zijn (zoals art. 1019h Rv[2]) of van nationale signatuur.

In dit hoofdstuk zullen de algemene regels over de vergoeding van proceskosten en buitengerechtelijke kosten in civiele procedures worden besproken. Daarbij zal de nadruk worden gelegd op de keuzes en afwegingen die zijn gemaakt bij de totstandkoming en vormgeving van deze regels in het licht van het recht op toegang tot de rechter. Vervolgens zullen deze regels worden geanalyseerd in het licht van de in het vorige hoofdstuk geïdentificeerde vereisten van EU-recht. Een bespreking van de ratio en achtergrond van de regels is daarnaast relevant, omdat de kritiek die op het stelsel van forfaitaire kostenvergoeding is geuit een belangrijke rol heeft gespeeld bij de keuzes die zijn gemaakt rond de implementatie van de afwijkende proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, zoals nader aan de orde zal komen in het volgende hoofdstuk.

---

1 Zie hiervoor hoofdstuk 3. Zie ook Sluijter 2011, p. 68-69.

2 Ten aanzien van art. 1019h Rv gelden daarnaast de aanvullende eisen van doeltreffendheid, afschrikkend en evenredig; zie hiervoor hoofdstuk 2.

4.2 Waarborgen voor de toegankelijkheid van de rechter

54 Toegang tot de civiele overheidsrechter in Nederland

Het beginsel van toegang tot de rechter wordt beschouwd als één van de meest wezenlijke beginselen van 'ons' burgerlijk procesrecht.[3] Zonder toegang kunnen de andere beginselen van procesrecht (zoals het recht op hoor en wederhoor en berechting binnen een redelijke termijn[4]) immers niet worden verwezenlijkt. Het recht op toegang tot de rechter is niet gecodificeerd, doch wordt geacht te zijn erkend door 'de wet' en bijvoorbeeld de regelgeving over gefinancierde rechtsbijstand, die veronderstellen dat toegang tot de rechter bestaat.[5] Daarnaast pleegt het recht op toegang tot de rechter te worden afgeleid uit art. 17 Grondwet, waarin is bepaald:

> *'Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de overheidsrechter die de wet hem toekent.'*

Het feit dat de (Grond)wet slechts – versnipperd – elementen van het recht op een eerlijk proces beschermt, heeft geleid tot discussie over de vraag of het recht op toegang tot de rechter niet als een expliciete en positief geformuleerde bepaling in de Grondwet zou moeten worden opgenomen. De steeds groter wordende betekenis van art. 6 EVRM en art. 47 Handvest voor de Nederlandse rechtsorde heeft daarbij tevens een rol gespeeld.[6] Dit is uitgemond in het wetsvoorstel 31 570, dat beoogt een nieuw eerste lid aan art. 17 Gw toe te voegen:

> *'Ieder heeft recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.'*

De doelstelling van deze wetswijziging is de individuele rechtsbescherming op grondwettelijk niveau te garanderen.[7] Met de formulering van het recht op toegang tot de rechter als subjectief grondrecht krijgt de burger een bepaalde aanspraak jegens de rechter en de wetgever, terwijl de rechter en de wetgever de toegankelijkheid zullen moeten garanderen.[8] Voorts wordt met de wetswijziging beoogd een lacune in de rechtsbescherming aan te vullen voor die gevallen die buiten de reikwijdte van zowel art. 6 EVRM en art. 47 Handvest vallen.

Verschillende ontwikkelingen beogen bij te dragen aan een betere toegankelijkheid van de (civiele) rechter. Voorbeelden vormen de verhoging van de competentiegrens

---

3 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/38 en 2017/53; Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/150.
4 Zie over deze procesrechtelijke beginselen uitvoerig Lindijer 2006.
5 Art. 18 Gw en de Wet op de rechtsbijstand. Zie Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/167; Lindijer 2006, p. 97.
6 Zie Barkhuysen, van Emmerik & Gerards 2009.
7 Wetsvoorstel Herziening Grondwet, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 14, p. 2-3 (MvT).
8 Wetsvoorstel Herziening Grondwet, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, 14, p. 5-6 (MvT).

bij de kantonrechter tot € 25.000[9] en het programma 'Kwaliteit en Innovatie rechtspraak' (KEI).[10] Een belangrijk onderdeel daarvan is de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (Kei-I), waarmee wordt beoogd de procedures in het burgerlijk procesrecht en in het bestuursprocesrecht niet alleen te vereenvoudigen en te versnellen, maar ook te digitaliseren. Voor zowel vorderingen als verzoeken geldt één uniforme basisprocedure die met een 'procesinleiding' wordt aangevangen. De 'gefaseerde invoering' is ten tijde van de afronding van dit boek in gang gezet. Met de vereenvoudiging van de civiele procedure worden tijd- en kostenbesparing voor partijen beoogd, maar het vraagstuk van proceskostenveroordeling en -vergoeding is niet expliciet aan de orde gesteld. Voorts blijven substantiële griffierechten verschuldigd, zelfs in zaken die al in het beginstadium van de procedure worden ingetrokken.[11]

Griffierechten kunnen een belangrijke belemmerende factor vormen in de toegang tot de rechter.[12] Een kosteloze rechtspleging is echter ondenkbaar. Griffierechten

---

9 *Kamerstukken II* 2011/12, 33316, 3 (MvT).

10 Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb*. 2016, 288 (WV 34 059); Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie, *Stb*. 2016, 289 (WV 34 138); Wet van 13 juli 2016, houdende aanpassing van wetten in verband met de invoering van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht en van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie (Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht), *Stb*. 2016, 290 (WV 31 996, 32 399, 33 079, 34 059, 34 109, 34 138 en 34 212); Rijkswet van 13 juli 2016, houdende aanpassing van Rijkswetten in verband met de invoering van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht en van de Wet tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie alsmede in verband met de uitbreiding van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (Invoeringsrijkswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht en uitbreiding prejudiciële vragen), *Stb*. 2016, 291 (WV 34 237). Zie uitvoerig Heemskerk, Teuben & Wieringa 2016.

11 Zie Teuben & Jansen 2015, p. 3-12.

12 Zo is in HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:607 geoordeeld dat het heffen van griffierechten in het concrete geval van een uitgeprocedeerde asielzoeker zonder financieel vermogen een ontoelaatbare belemmering van het recht op toegang tot de rechter vormde, r.o. 2.4: 'Voor beantwoording van de vraag of, niettegenstaande het vorenstaande, een verzet op de voet van art. 29 Wgbz in een bepaald geval gegrond is in verband met het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, dient een afweging plaats te vinden waarin worden betrokken de hoogte van het griffierecht en de draagkracht van de rechtzoekende. Gelet op hetgeen hiervoor in 2.2 is overwogen met betrekking tot het geheel ontbreken van financiële middelen bij [betrokkene] c.s., komt de heffing van griffierecht in dit geval neer op een ontoelaatbare belemmering van het recht op toegang tot de rechter.' In HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525 (*Severijnen/De Bilt*) oordeelde de Hoge Raad dat in een procedure wegens overschrijding van de redelijke termijn de eiser niet nogmaals griffierecht verschuldigd is, gelet op het recht op een '*effective remedy*' van art. 13 EVRM (r.o. 3.16.3).

dienen niet enkel als een bijdrage aan de rechtspleging, maar ook als financiële prikkel ter voorkoming van 'onnodig' gebruik van de rechtspraak.[13] Griffierechten mogen dan ook worden geheven, zolang de heffing een legitiem doel dient en deze het recht op toegang tot de rechter niet in de kern aantast.[14] Deze vuistregel kan implicaties hebben voor de wettelijke verplichting van partijen de griffierechten tijdig te voldoen, met niet-ontvankelijkheid als sanctie. In geval van een apparaatsfout kan de regel met toepassing van de hardheidsclausule terzijde worden geschoven, waarbij van belang is dat de regel vooral het belang van de Staat dient bij naleving van voorschriften en beperking van het incassorisico, en niet legitieme belangen zoals de rechtszekerheid.[15] Ook voorstellen tot invoering van kostendekkende griffierechten, voornamelijk bedoeld als bezuinigingsmaatregel, zijn op deze grondslag van de baan geveegd.[16] Nadien doorgevoerde verhogingen van de griffierechten zijn hevig bekritiseerd.[17]

In het navolgende staan de financiële drempels in de toegang tot de rechter centraal, die worden gevormd door de directe kosten van een procedure en dan met name de eventuele proceskostenveroordeling. De kosten voor rechtsbijstand – doorgaans de belangrijkste kostenpost – kunnen in het bijzonder een obstakel vormen.[18] Verschillende instrumenten moeten waarborgen dat ook deze kostenpost niet prohibitief hoog uitvalt.

55 Waarborgen ten aanzien van de eigen kosten

Een eerste waarborg tegen hoge (proces)kosten wordt geboden door de mogelijkheid van door de overheid gesubsidieerde rechtsbijstand. Hierop kan aanspraak worden gemaakt door de partij die rechtsbijstand behoeft, maar onvoldoende draagkrachtig wordt bevonden.[19] Indien op basis van toevoeging wordt geprocedeerd, is het de overheid – en niet de procespartij – die het salaris van de rechtsbijstandverlener betaalt.[20] De tegemoetkoming in de kosten door de overheid ziet evenwel niet op een eventuele proceskostenveroordeling, zodat ook de partij die op basis van een toevoeging procedeert niet zonder meer gevrijwaard is van kosten.[21]

Naast de mogelijkheid van gesubsidieerde rechtsbijstand kan onder omstandigheden een rechtsbijstandverzekering worden afgesloten. Behalve de eigen kosten kan

---

13 HR 27 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2020 (*Atrecht/Rabobank Noord Oost Veluwe*), r.o. 3.3, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 8 juli 2011, *NJ* 2012/169, m.nt. H.J. Snijders (*Kingma*).

14 Zie uitgebreid par. 3.3.-3.4.

15 HR 4 november 2011, ECLI:NL:HR:2012:BY2579, NJ 2012/171, m.nt. H.B. Krans (*NGBE/FHB*).

16 *Kamerstukken II* 2011/12, 33071, 1-3.

17 Bauw, Van Dijk & Van Tulder 2010, p. 2528-2536; Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/191 met verwijzingen naar literatuur en opiniërende artikelen.

18 De Jonge-Wiemans schat dat de kosten voor rechtsbijstand 70-90% van de totale kosten bedragen; De Jonge-Wiemans 2007. Zie ook Sluijter 2011, p. 23.

19 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/114. Ook rechtspersonen kunnen onder omstandigheden aanspraak maken op gefinancierde rechtsbijstand; zie hiervoor par. 3.3.

20 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/186.

21 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/114.

ook de eventuele proceskostenveroordeling worden verzekerd, doch tot een bepaald maximumbedrag.[22] Ook voor de partij met een rechtsbijstandsverzekering geldt dus dat deze kosten zal moeten maken: naast een periodiek te betalen bedrag zullen de kosten die het door de verzekeraar gestelde maximum overstijgen zelf gedragen moeten worden.[23] Een ander potentieel nadeel is dat lang niet alle geschillen onder de dekking vallen. Zo sluiten de meeste verzekeraars procedures in IE-zaken uit. Hierop wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan.

Ten slotte kan worden gewezen op andere mogelijke vormen van procesfinanciering, zoals resultaat gerelateerde beloningsafspraken met de advocaat. Zogenaamde *no cure no pay*-afspraken zijn echter vooralsnog enkel in letselschadezaken toegestaan.[24] Procesfinanciering, waarbij een onafhankelijke derde de procedure financiert tegen een bepaalde vergoeding, is in opkomst en kan bijdragen aan een ruimere toegang tot de rechter voor bepaalde partijen.[25] Verwacht wordt dan ook dat daarvan meer gebruik zal worden gemaakt.[26]

56 Waarborgen ten aanzien van de mogelijke kostenveroordeling

Zoals hiervoor aangestipt, valt de eventuele proceskostenveroordeling vaak niet (geheel) onder de dekking van een rechtsbijstandsverzekering. Om te waarborgen dat niet de volledige kosten van de wederpartij op het bord van de verliezende partij komen, worden proceskosten in de regel beperkt aan de hand van het liquidatietarief (waarvan, zoals aan de orde zal komen, slechts in uitzonderlijke omstandigheden wordt afgeweken). De keerzijde is dat de in het gelijk gestelde partij meestal slechts een (klein) deel van de werkelijk gemaakte kosten vergoed krijgt.[27] Zoals in dit hoofdstuk zal blijken, ligt de gedachte dat hoge financiële drempels zich niet verhouden tot het recht op toegang tot de rechter ook ten grondslag aan de verschillende matigingsgronden en -bevoegdheden ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten en de bedongen kostenvergoeding.

4.3 De historische achtergrond van art. 237 e.v. Rv

57 De hoofdregel van art. 237 Rv

De verdeling van de kosten tussen de procederende partijen in civiele dagvaardingszaken geschiedt volgens de hoofdregel van art. 237 Rv. Op grond van deze regel

---

22 Sluijter 2011, p. 262.

23 Zie Sluijter 2011, p. 262.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 31753, 65, p. 1-3. Zie ook Van Boom & de Jong 2014, p. 69 e.v.

25 Volgens de definitie van Van Boom is procesfinanciering door derden de rechtsverhouding waarbij een derde zich tegen een in het vooruitzicht gestelde beloning verplicht om een claimant in een civiele procedure of arbitrage van financiering te voorzien om de kosten van procederen te dekken; Van Boom & Luiten 2015, p. 188.

26 Van Boom 2017, p. 5 e.v.

27 Volgens Tuil dekt het liquidatietarief in standaard- en incassozaken ongeveer 50-75% van de werkelijke kosten, maar in complexere zaken zou dit niet meer dan 10% zijn; Tuil 2010, p. 415.

wordt de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van een procedure. Een proceskostenveroordeling op de voet van art. 237 Rv vestigt een vergoedingsplicht van de in het ongelijk gestelde partij jegens de winnende partij, zodat we volgens Haardt – auteur van het proefschrift 'De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding' van 1945 – van een *'indemnisatiestelsel'* kunnen spreken.[28] Het indemnisatiestelsel dient te worden onderscheiden van het *compensatiestelsel*, op grond waarvan elke partij haar eigen kosten draagt ongeacht de uitkomst van de procedure, en het stelsel van de *arbitrium iudicis*, waarbij de beslissing omtrent de kostenverdeling per geval aan de rechter wordt overgelaten. Aan dit overzicht kan nog het zogenaamde *continentale stelsel* worden toegevoegd, waarbij de verliezer een deel van de kosten betaalt volgens gefixeerde tarieven.[29] Zoals in deze paragraaf aan de orde zal komen behelst art. 237 Rv geen 'harde' indemnisatieregel. Op de hoofdregel bestaat namelijk een aantal uitzonderingen en een belangrijke beperking: de kosten voor rechtsbijstand – meestal de grootste kostenpost – worden in het algemeen berekend aan de hand van forfaitaire tarieven (vastgelegd in het zogenaamde 'liquidatietarief'[30]), waardoor deze vaak niet in de buurt komen van de werkelijk gemaakte kosten. In de literatuur wordt daarom ook wel gesproken van een continentaal stelsel met kenmerken van *arbitrium iudicis*.[31]

58 De oorsprong van art. 237 e.v. Rv

De art. 237-245 Rv vinden hun oorsprong in de Franse Code de Procédure Civile, 'CPC', die in ons land gold tot de invoering van het WvBR in 1838. De art. 130-132 CPC zijn destijds vervangen door de art. 56-58 Rv, de voorlopers van de huidige art. 237-245 Rv. De hoofdregel is in de tijd nagenoeg ongewijzigd gebleven: 'Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens' (art. 130 CPC) werd 'Al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt zal in de kosten verwezen worden' (art. 56 oud Rv) en luidt thans 'De partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld' (art. 237 Rv). Zoals hierna nog zal blijken, heeft de achterliggende gedachte wel een gedaantewisseling ondergaan.[32]

Bij de invoering van het WvBR in 1838 luidden de art. 56-58 Rv als volgt:

> *'Artikel 56: Al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt, zal in de kosten verwezen worden. Echter zullen de kosten in het geheel of ten deele gecompenseerd mogen worden tusschen echtgenooten, bloedverwanten in de regte linie, broeders of zusters of aangehuwden in denzelfden graad, mitsgaders indien de partijen over en weer op eenig punt in het ongelijk zijn gesteld. Bij provisioneele, praeparatoire en interlocutoire vonnissen kan de uitspraak over de kosten tot het eindvonnis worden voorbehouden.*

28 Haardt 1945, p. 4 en 12.
29 Sluijter 2011, p. 46.
30 Het liquidatietarief is te raadplegen via rechtspraak.nl.
31 Sluijter 2011, p. 47.
32 Zie ook Wesseling-Van Gent 1993, p. 2.

Artikel 57: In zaken, waarin de wet verrigtingen van advocaten en procureurs vereischt of toelaat, zijn de salarissen en verschotten van beiden in de uitspraak begrepen, volgens de tarieven, welke daarvan zullen worden gemaakt.

Artikel 58: De advocaten, procureurs en deurwaarders, die zich in hun bedieningen te buiten mochten gaan en alle diegenen, welke de belangen van het beheer, dat hun is toevertrouwd, verwaarloozen, zulen persoonlijk en uit hun eigene beurs geheel of gedeeltelijk in de kosten verwezen mogen worden, en zelfs tot vergoeding van schaden en interessen, zoo daartoe gronden zijn, zonder die op hun principalen te kunnen verhalen.'

Afgezien van de hoofdregel is de redactie van de artikelen in de loop der jaren meerdere malen gewijzigd. Een belangrijk deel van deze wijzigingen is ingegeven door de wens van de wetgever de verliezende partij met niet te hoge kosten van de wederpartij te bezwaren. En deze kosten konden zeer hoog zijn, zo volgt onder meer uit de eerste zin van het preadvies van Hartogh in 1875: 'De kosten die heden ten dage eene procedure in Nederland na zich slepen, zijn schrikbarend hoog.'[33]

De kosten waren in de eerste plaats als 'schrikbarend hoog' aan te merken als gevolg van het in art. 57 Rv bepaalde, dat de salarissen en verschotten van zowel de advocaat als de procureur in de uitspraak zijn begrepen. Deze regel is in 1838 ingevoerd in verband met de omstandigheid dat het in de tijd van de 'Code de procédure' weliswaar enkel verplicht was een procureur in de arm te nemen, doch dat een advocaat evenzeer onmisbaar en noodzakelijk werd geacht bij een procedure. De kosten voor dienstverlening door de advocaat konden 'alzoo geen kosten van weelde genoemd […] worden' en dienden dus ook door de in het ongelijk gestelde partij te worden vergoed.[34] De in het ongelijk gestelde partij kon dus opdraaien voor de salarissen en verschotten van wel 4 rechtsbijstandverleners: namelijk van de eigen procureur en advocaat en van die van haar wederpartij. Hierdoor ontstond een gevoel van onrechtvaardigheid, van onjuistheid van het stelsel van de kostenverdeling. Van den Honert opperde in 1839 dat de in het ongelijk gestelde partij enkel de kosten dient te betalen, die door een partij moeten worden aangewend om zijn recht te verkrijgen. De kosten 'die buiten noodzakelijkheid zijn aangewend' dienen daaronder niet te worden begrepen.[35] In lijn met deze gedachte werden in de gevallen waarin de procureur op grond van art. 21 Rv (oud) bevoegd was een zaak te bepleiten, de salarissen en verschotten van advocaten als niet noodzakelijk beschouwd en buiten de te vergoeden kosten gelaten. Uiteindelijk heeft de invoering van de Procureurswet[36] in 1879 geleid tot een drastische aanpassing van art. 57 Rv. Deze wet beoogde de verplichte dubbele rechtsbijstand door zowel een procureur als een advocaat af te schaffen. De bevoegdheid daartoe werd weliswaar vrijgelaten, maar vanaf dat moment was het slechts nog toegestaan de kosten van enkele rechtsbijstand in rekening te brengen aan de verliezende partij,

33 Hartogh 1875, p. 1.

34 Van Boneval Faure II 1900, p. 266.

35 Van den Honert 1839, p. 205.

36 'Wet van 23 april 1879, *Stb*. no. 75, tot wijziging van de regeling der kosten in burgerlijke zaken en de bevoegdheid der procureurs tot het bepleiten der zaken'; zie ook Van Boneval Faure II 1900, p. 266-267; Haardt 1945, p. 9 en Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 57 Rv, aant. 1.

hetgeen werd gewaarborgd door een vernieuwd art. 57 Rv.[37] Wanneer de in het gelijk gestelde partij gebruikmaakte van diensten van zowel een procureur als een advocaat dan konden de kosten van beiden aan de wederpartij in rekening worden gebracht, onder de voorwaarde dat de gezamenlijke kosten niet meer bedroegen dan het bedrag dat verschuldigd zou zijn geweest wanneer slechts één rechtsbijstandsverlener in de arm was genomen.[38]

Het voornemen van de wetgever de kosten voor de verliezende partij binnen de perken te houden is tevens in art. 56 Rv tot uitdrukking gebracht. Daaraan werd de volgende zin toegevoegd: 'Noodeloos aangewende of veroorzaakte kosten kan de rechter laten voor de rekening van de partij, die ze aanwendde of veroorzaakte.' Voorts wilde de wetgever de vereffening van de kosten vereenvoudigen. Hiertoe werd bij de wetswijziging van 1879 een tweetal leden toegevoegd aan art. 56 Rv, inhoudende dat de rechter de tot aan de uitspraak gemaakte kosten bij vonnis zal bepalen en daarbij zal aangeven hoe hem de gegevens daartoe dienen te worden verschaft.[39]

In 1929 is art. 57a Rv in werking getreden, dat een afzonderlijke regeling voor kantonzaken bevatte.[40] In 1963 werd nog een derde lid toegevoegd aan art. 57 Rv, rekening houdend met de omstandigheid dat in cassatie geen procureurs optraden maar alleen advocaten. Ten aanzien van de kosten kon de Hoge Raad vanaf dat moment 'een zodanige uitspraak geven als hij vermeent te behoren'. Deze regel kan worden teruggevonden in het huidige art. 419 lid 4 Rv. Ten slotte zijn de hier besproken artikelen omgenummerd bij de wetswijzigingen van 2002, als gevolg van de inwerkingtreding van de 'Wet herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg' op 1 januari van dat jaar.[41] Materiële wijzigingen in de wetsartikelen met betrekking tot de kosten van een procedure worden hierna, voor zover relevant, besproken.

Van belang is, dat de hierboven besproken wijzigingen in de proceskostenregels hoofdzakelijk verband lijken te houden met de voortdurende discussie over de vraag

---

37 'Artikel 57: 1. Van de kosten der tegenpartij kunnen in de zaken, bij de voorlaatste zinsnede van het vierde lid van het vorig artikel bedoeld, geene andere bij de uitspraak ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebragt, dan de salarissen en verschotten van den procureur dier tegenpartij, indien alléén een procureur voor haar werkzaam was. 2. Werd hare zaak mede door een advocaat behandeld, dan wordt zijn salaris onder de bij het eerste lid bedoelde kosten begrepen, met dien verstande, dat in geen geval, wegens het behandelen der zaak door een advocaat, aan de in het ongelijk gestelde partij door de tegenpartij meer kosten in rekening kunnen worden gebracht, dan indien alléén een procureur met de behandeling ware belast geweest.'

38 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 1.

39 Zie over deze wetswijzigingen o.a. Haardt 1945, p. 9; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 367 e.v.; Marijs 2010, p. 19.

40 In dat jaar is de 'Wet van 11 januari 1929, Stb. no. 7, houdende bepalingen betreffende de procedure in kantongerechtszaken' in werking getreden; zie ook Haardt 1945, p. 10 en Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 387.

41 Zie voor de in 2002 gewijzigde tekst van o.a. Boek I Rv: *Stb*. 2001, 623.

hoever men moest gaan met de kostenveroordeling van de verliezende partij, met name of *alle* kosten van de rechtsbijstand van de winnende partij voor haar rekening dienen te worden gebracht.[42] Aan de wens te voorkomen dat de verliezende partij te zwaar wordt belast heeft de wetgever door middel van de verschillende wetswijzigingen uitdrukking willen geven. Zoals nog aan de orde zal komen, is de beslissing van de wetgever de afwenteling van proceskosten door de in het gelijk gestelde partij te beperken 'een rechtspolitieke, ingegeven door de vrees dat tegen het procederen (als eisende of verwerende partij) een te hoge drempel zou worden opgeworpen, ook in gevallen dat men in redelijkheid mocht menen het gelijk aan zijn zijde te hebben'.[43] Hoewel deze beslissing ook een keerzijde heeft (de in het gelijk gestelde partij zal in de regel een deel van haar proceskosten niet vergoed zien), vormt de overtuiging dat de proceskostenveroordeling laag moet worden gehouden omwille van de toegankelijkheid van de rechtsbedeling de basis van vrijwel alle regels van het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW.

59 De grondslag van art. 237 e.v. Rv

Het beginsel, dat de in het ongelijk gestelde partij de door haar wederpartij gemaakte kosten moet vergoeden, was reeds bekend in het latere Romeinse recht en het canonieke recht.[44] Volgens Haardt bestonden diverse beperkingen en uitzonderingen op dit beginsel; zo zou uit bepaalde teksten uit de latere Romeinse tijd volgen dat aanvankelijk alleen de procespartij die moedwillig een ongemotiveerde eis had ingesteld of ongemotiveerd verweer had gevoerd werd veroordeeld in de kosten. In ons 'Oud-Vaderlandsch recht' gold eveneens het indemnisatiestelsel, maar in die tijd zou zozeer zijn vastgeklampt aan de beperkingen van en uitzonderingen op de hoofdregel dat van het indemnisatiestelsel weinig overbleef. In de praktijk zou het voornamelijk aan de rechter zijn overgelaten of hij de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wilde veroordelen of niet. In latere wetsontwerpen is de indemnisatieregel wettelijk vastgelegd waarbij de uitzonderingen limitatief zijn opgesomd.[45]

Bij de totstandkoming van art. 56 Rv (het huidige art. 237 Rv), werd het beginsel beschouwd als een boete wegens lichtvaardig procederen, althans werd het beginsel in verband gebracht met de omstandigheid dat wie in het ongelijk wordt gesteld, onrechtmatig blijkt te hebben geprocedeerd en de daardoor aan de wederpartij toegebrachte schade moet vergoeden.[46] Deze opvattingen vinden hun oorsprong in (een volgens Haardt mogelijk onjuiste interpretatie van) het (oude) Romeinse recht, waarin op grond van het principe *'de poena temere litigantium'* een straf zou worden opgelegd aan de verliezende partij wegens lichtvaardig procederen. Een beperktere

42 Van den Honert 1839, p. 205-206.

43 *Kamerstukken II* 1980/81, 16593, 3, p. 8 (MvT).

44 Van een kostenvergoeding kon men pas spreken in de tijd van de latere keizers, toen de tijd van de kosteloze rechtsbedeling voorbij was; Haardt 1945, p. 11-12.

45 Haardt 1945, p. 12.

46 Star Busmann 1972, nr. 402; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 367 e.v.; Wesseling-Van Gent 1993, p. 2.

uitleg van genoemd principe vindt de rechtsgrond in de aansprakelijkheid van de lichtvaardig procederende partij voor de aan de wederpartij veroorzaakte kosten als gevolg van *'culpa'* aan de zijde van de verliezende partij.[47] Het voorgaande vormde de basis voor de in de 18e eeuw heersende opvatting in Duitsland, dat de wederrechtelijkheid of de schuld reeds *zonder meer* zou volgen uit het verliezen van een procedure. Wanneer een partij een procedure verloor dan stond daarmee vast dat deze partij onrechtmatig handelde door een procedure aan te vangen tegen zijn wederpartij. Het vonnis diende als bewijs van onrechtmatig handelen en de aan de winnende partij onrechtmatig toegebrachte schade moest worden vergoed. Deze Duitse leer zou uiteindelijk van invloed zijn geweest bij de totstandkoming van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 1838.[48]

Het preadvies van Hartogh in 1875 bracht evenwel een nieuw inzicht, waarover tijdens de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in hetzelfde jaar nog werd gedebatteerd.[49] Hartogh nam het standpunt in, dat men niet kan zeggen dat degene die het proces verliest door het procederen een onrechtmatige daad zou hebben gepleegd. Met name in gevallen waarover verschillend zou kunnen worden beslist of waarbij feiten aan het licht komen die, indien zij voorafgaand aan de 'litiscontestatie' bekend waren geweest, partijen van de procedure hadden doen afzien zou het volgens Hartogh onjuist zijn de verliezende partij een onrechtmatige daad te verwijten.[50] Voor dit standpunt werd brede steun gevonden. Desondanks wilden Hartogh en zijn volgers geen afstand doen van het beginsel. In de eerste plaats werden argumenten vóór handhaving van het bestaande beginsel aangevoerd in het licht van de rechtszekerheid. Wanneer een partij procedeert over een recht dat zij vordert of rechten waarin zij zich aangevallen voelt, dan moet zij volgens Hartogh de zekerheid hebben dat haar wederpartij wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade en kosten. Is zij daarvan niet zeker, aldus Hartogh, 'dan juist zal [zij] huiverig zijn haar rechten te verdedigen'. Ter overtuiging van de aanwezigen op de vergadering deed Hartogh ten slotte een beroep op de billijkheid en rechtvaardigheid: '[z]elfs al laat men de quaestiën van onrechtmatige daad of van rechtszekerheid er buiten, zoo vorderen in ieder geval de billijkheid en rechtvaardigheid, dat degene die wint, niet nog te betalen hebbe'.[51] Hartogh lichtte zijn opvatting als volgt nader toe:

> *'Ik zou bijna durven zeggen, dat het eene volksovertuiging is, die zich in het spreekwoord uit: die zich brandt moet op de blaren zitten. Welnu, die zich brandt aan een proces moet de kosten betalen. Dit is natuurlijk een gevolg van den strijd: waar een strijd is zal degeen, die hem verliest, de kosten moeten voldoen.'*[52]

---

47 Haardt 1945, p. 15.

48 Van Boneval Faure II 1900, p. 261; Hartogh 1875, p. 117 en 131; Haardt 1945, p. 16; Marijs 2010, p. 23-24.

49 Haardt 1945, p. 16.

50 Hartogh 1875, p. 18; Van Boneval Faure II 1900, p. 262; Haardt 1945, p. 16.

51 Hartogh 1875, p. 119-120; Haardt 1945, p. 17.

52 Wesseling-Van Gent 1993, p. 2 met verwijzing naar Handeling der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1875, p. 75.

Het waren volgens Haardt deze argumenten die 4 jaar later bij de wijziging van art. 56 e.v. Rv de doorslag hebben gegeven het bestaande beginsel te handhaven. Van belang is dat het beginsel dat de in het ongelijk gestelde partij de kosten moet dragen in stand werd gelaten, maar de rechtsgrond vanaf dat moment dus een andere werd; namelijk niet *poena* of de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar de billijkheid en rechtvaardigheid.

Haardt toonde zich ongelukkig met wat hij noemt een 'gebrekkige theoretische fundering' van art. 56 Rv. De billijkheid als rechtsgrond voor de hoofdregel diende volgens hem twee kanten op te werken. Men moet zich niet enkel afvragen of het billijk is dat de benadeelde partij zijn schade vergoed krijgt, maar ook of het billijk is dat de ander die schade draagt. Wanneer sprake is van schuld – en zodoende van aansprakelijkheid voor de schade toegebracht aan de ander – dan kan het billijk zijn de schade voor rekening van de verliezende partij te laten komen. Maar Haardt vroeg zich af waarin de rechtsgrond is gelegen wanneer men eenmaal inziet dat die partij niet onrechtmatig (of zelfs ten onrechte) heeft geprocedeerd. Voor die gevallen waarin geen van de partijen een verwijt valt te maken dat zij procedeerden vond hij enkel een rechtsgrond in de kans op winst die een proces bood. Dat beschouwde Haardt als een onwenselijke oplossing, nu de wetgever niet kan hebben beoogd dat het burgerlijk geding als een weddenschap of kansspel wordt beschouwd.[53]

Volgens Van Rossem en Cleveringa steunt de hoofdregel veeleer op de gedachte, dat het maatschappelijk onbevredigend zou werken, wanneer de proceskosten niet ten laste van de verliezende partij worden gebracht maar zouden blijven bij wie ze maakte of leed. Zouden de kosten worden gelaten waar ze vielen dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat 'al te velen liever onrecht gingen lijden dan dat zij hun recht zouden begeren, wat de maatschappij niet ten goede zou komen, en dat de winnende partij het gevoel zou overhouden onvoldoende aan haar trekken te zijn gekomen'.[54] In deze context worden enkele alternatieve mogelijkheden in het kader van de kostentoedeling besproken. Volgens de auteurs kan men in sommige omstandigheden en van sommige kosten overwegen deze ten laste te brengen van de Staat 'wegens diens rechtsbehoedende roeping', maar wanneer daarmee te ver zou worden gegaan, 'dan lokt men meer maatschappelijk ongewenste proceslust met allen onrustigen aankleve van dien uit dan dat men maatschappelijk gewenste rechtsverwerkelijking zou bevorderen'. Ook wordt de mogelijkheid besproken de rechter te belasten met de kosten wanneer zijn vonnis met een rechtsmiddel geheel of gedeeltelijk teniet wordt gedaan, maar dat zou de armslag bij zijn werk te zeer beperken en bovendien zou de kostendreiging tot gevolg hebben dat de uitoefening van zijn ambt zo onaantrekkelijk zou worden, 'dat er geen ernstige en geschikte gegadigden zich meer op zouden doen'. Ten slotte overwegen de schrijvers de mogelijkheid de kosten in bepaalde gevallen ten laste te brengen van derden, maar dat zou volgens hen slechts bij hoge uitzondering kunnen geschieden en overigens de vraag naar de regel niet oplossen. Zo blijft volgens hen enkel de

53 Haardt 1945, p. 18, p. 207 e.v.; zie ook Marijs 2010, p. 24.

54 Van Rossem/Cleveringa I 1972, art. 56 Rv, aant. 2.

mogelijkheid over de gemaakte kosten ten laste te brengen of laten van de partijen of één van hen.[55]

Volgens Van Rossem en Cleveringa is het maatschappelijk gesproken beter overwegingen van procesrisico en het procesbeleid te laten meewegen bij de beslissing over de verdeling van de kosten die niet ten laste van de Staat of derden dienen te worden gebracht.[56] Dit inzicht vormde de basis voor de grondslag van art. 56 Rv in de memorie van toelichting tot de Invoeringswet Boeken 3-6 NBW van 1980:

> *'Dat de verliezende partij in de proceskosten pleegt te worden veroordeeld, vindt immers niet zijn grond in een verplichting tot schadevergoeding, maar in andere overwegingen die zich aldus laten samenvatten, dat het verbod van eigenrichting en de daarmee samenhangende, vrijwel onbeperkte vrijheid een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen eens anders aanspraken te verdedigen, kan meebrengen dat het gerechtvaardigd is de kosten van het geding, voor zover zij niet ten laste van de overheid blijven, over partijen te verdelen op een wijze waarbij aan overwegingen van procesrisico en procesbeleid mede betekenis wordt toegekend, onder meer om te voorkomen dat de voormelde vrijheid door de vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten in gevaar zou worden gebracht.'*[57]

Deze 'leidende gedachte' brengt volgens Van Rossem en Cleveringa mee dat onder de proceskostenveroordeling niet alle kosten van het geding in de zin van art. 56 Rv behoeven te worden begrepen. In de memorie van toelichting wordt in de voorgaande gedachte vooral een verklaring of zelfs rechtvaardiging gevonden voor het feit dat de proceskosten waarin de verliezende partij wordt veroordeeld vaak geen volledige vergoeding opleveren van hetgeen de winnende partij aan de procedure ten koste heeft gelegd.[58]

In de literatuur is kritiek geuit op het gebrek aan een duidelijke grondslag van de proceskostenregel van art. 237 e.v. Rv.[59] Volgens Wesseling-van Gent lijkt vooral vanuit pragmatisch oogpunt te zijn gekozen voor de billijkheid en rechtvaardigheid als grondslag. Zij meent dat de rechter enkel tot een billijke en rechtvaardige uitkomst kan komen door met de nodige creativiteit en vindingrijkheid invulling te geven aan de in art. 237 Rv neergelegde begrippen.[60] Beter zou in de wettekst zelf tot uitdrukking worden gebracht wat de bedoeling van het artikel is, in plaats van dat rechters via omwegen de beoogde billijkheid moeten proberen te bereiken.[61] Ook volgens Huydecoper behoeft een systeem dat gericht is op beperking van de verhaalbare kosten een deugdelijke wettelijke onderbouwing.[62] Gerretsen en Kals-

---

55 Van Rossem/Cleveringa I 1972, art. 56 Rv, aant. 2.

56 Van Rossem/Cleveringa I 1972, art. 56 Rv, aant. 2: 'Aanvaardt men dit beginsel, dan vindt men er enerzijds een goeden steun in voor het brengen van de kosten van mogelijke rechtersfouten ten laste van den verliezer, terwijl men bovendien een leidraad in handen krijgt voor de verdere toepassing van art. 56 (…).'

57 *Kamerstukken II* 1980/81, 16593, 3, p. 8.

58 *Kamerstukken II* 1980/81, 16593, 3, p. 8.

59 Zie ook Sluijter 2014, p. 8.

60 Wesseling-van Gent 1993, p. 3.

61 Wesseling-van Gent 1993, p. 3.

62 Huydecoper 2007, p. 3.

beek staan op het standpunt dat nu de bevoegdheid te procederen een grondrecht is, de uitoefening ervan niet mag worden belemmerd door het risico van aansprakelijkheid van substantiële kosten voor de rechtsbijstand van de wederpartij.[63] Smit wijst op de keerzijde van de geliquideerde kostenvergoeding, die ertoe kan leiden dat een partij bij voorbaat al de mogelijkheid van een procedure terzijde schuift vanwege de hoge kosten die slechts voor een deel door de verliezende partij zullen worden vergoed.[64] De discussie legt de kern van het probleem bloot, dat in de (rechtseconomische) wetenschap geen consensus bestaat over de vraag, welk systeem de voorkeur verdient vanuit het oogpunt van de toegang tot de rechter: volledige kostenveroordeling, geen kostenveroordeling of een gematigde kostenveroordeling.[65] In hoofdstuk 8 zal dit onderwerp nader worden besproken.

De Hoge Raad heeft inmiddels in meerdere arresten bevestigd dat procederen in beginsel niet onrechtmatig is en een veroordeling in de proceskosten niet berust op een door de verliezende partij gepleegde onrechtmatige daad.[66] Proceskostenveroordeling houdt zodoende geen veroordeling tot betaling van schadevergoeding in, maar een zelfstandige verbintenis tot betaling van een geldsom.[67] Overigens kan procederen onder uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig zijn, in welk geval de vermogensschade volledig voor vergoeding in aanmerking kan komen. In par. 4.5 wordt dit nader besproken.

60 Deelconclusie

Het beginsel van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk is door de jaren heen hetzelfde gebleven, ondanks het feit dat de druk daarop toenam en de onjuistheid en onrechtvaardigheid van het beginsel sterker werd gevoeld door de toenemende kosten. Het werd desondanks wegens maatschappelijke en rechtspolitieke overwegingen in stand gehouden. De noodzakelijke verlichting voor de druk van de kosten diende dus elders te worden gezocht; namelijk in de matiging van de kosten, onder meer door de afschaffing van zowel de dubbele rechtsbijstand als de vergoeding voor nodeloos gemaakte kosten.[68] Aan de grondslag van het beginsel werd wel een draai gegeven; deze moet niet (meer) worden gezocht in een boete voor lichtvaardig procederen of aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar in de billijkheid in de vorm van procesrisico en procesbeleid. Volgens de wetgever moet worden voorkomen dat het risico op een omvangrijke kostenveroordeling de vrijheid een ander in rechte te betrekken en verweer te voeren in

63 Gerretsen & Kalsbeek 2008, p. 145.

64 Smit 2008, p. 69.

65 Zie ook Sluijter 2011, p. 251; Sluijter 2014, p. 8.

66 HR 18 februari 2005, *NJ* 2005/216 (*A/Aegon*); HR 27 juni 1997, *NJ* 1997/651 (*Vaston Nederland/Smith*).

67 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2629. Dat brengt overigens mee dat de wettelijke rente over een proceskostenveroordeling pas kan worden toegewezen op het moment dat de schuldenaar met de voldoening van die verbintenis in verzuim is, zo volgt uit r.o. 3.5.1.-3.5.3. van het hiervoor genoemde arrest.

68 Van Boneval Faure II 1900, p. 267.

gevaar brengt. De wetgever vindt hierin een verklaring of zelfs een rechtvaardiging voor het feit dat de verliezende partij niet in alle kosten die de ander redelijkerwijs heeft moeten maken wordt veroordeeld. Uit de daarop gerichte kritiek mag worden afgeleid dat het stelsel geen rustig bezit is.

4.4 Uitzonderingen op de hoofdregel, dat de verliezer wordt veroordeeld in de proceskosten

61 De uitzonderingen van art. 237 Rv

Zoals aan de orde is gekomen in de vorige paragraaf moet de grondslag van art. 237 e.v. Rv niet (meer) worden gevonden in aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar in de billijke risicotoedeling.[69] Procederen is een onzekere aangelegenheid; de uitslag van een procedure laat zich moeilijk voorspellen en er bestaat het risico van 'mogelijke rechtersfouten'.[70] Het wordt in dat verband algemeen billijk geacht het risico van de kosten voor rekening te brengen van de partij die uiteindelijk in het ongelijk is gesteld.[71] Dit moet niet als sanctie of als schadevergoeding worden opgevat, maar als een rechtstreeks gevolg van het procesverlies.[72]

In de literatuur is het beginsel van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk bekritiseerd. Het zou weinig genuanceerd zijn en geen recht doen aan de reële situatie van ons procesrecht.[73] Rechterlijke beslissingen zijn meestal niet zo zwart/wit; vaak spant het erom aan welke zijde het gelijk zal vallen. Een partij kan in materiële zin gelijk hebben, maar op formele gronden in het ongelijk worden gesteld. Tevens kan gedacht worden aan procedures die gevoerd worden door partijen die beiden belang hebben bij het opheffen van een onzekere rechtstoestand, of procedures die soms de enige manier zijn om tot een oplossing voor beide partijen te komen, zoals echtscheidingsprocedures.[74] Er is dus niet altijd sprake van een 'in het ongelijk gestelde partij'. Voor de gevallen die vragen om een genuanceerde beslissing over de proceskosten bestaan diverse mogelijkheden die de harde regel verzachten.[75]

In de eerste plaats bestaan uitzonderingen op de hoofdregel, dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt veroordeeld. De rechter kan beslissen dat de kosten geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd tussen partijen met familiale banden en tussen partijen die over en weer op punten in het (on)gelijk zijn gesteld.

---

69 Van der Wiel 2004, p. 327 e.v.; Boot & Quist 2011, p. 27 e.v.

70 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 2.

71 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 36 (MvT); Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 369; Star Busmann/Rutten 1972, nr. 402; Ingelse & Mölenberg 1998, p. 1142 e.v.

72 Van der Wiel 2004, p. 328.

73 Zie o.a. Asser Burgerlijke Rechtsvordering *I* (oud), art. 56 aant. 1; Jongbloed 1993, par. 2; Sluijter 2011, hoofdstuk 4.

74 Jongbloed 1993, par. 2.

75 Van Boneval Faure II 1900, p. 263; Asser Burgerlijke Rechtsvordering *I* (oud), art. 56, aant. 1; Jongbloed 1993, par. 2.

Daarnaast kan de rechter beslissen nodeloos gemaakte kosten voor rekening te laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte. Voorts bestaat voor partijen de mogelijkheid bij overeenkomst af te wijken van de regels van art. 237 e.v. Rv, die immers niet van openbare orde zijn maar een regeling van aanvullend recht geven.[76] Tot slot is een 'verzachting' van de harde regel te vinden in het liquidatietarief. De rechter pleegt de kosten van rechtsbijstand te berekenen aan de hand van dit tarief. De totstandkoming van het liquidatietarief en de wijze van toepassing daarvan in de rechtspraktijk komen in par. 4.5. aan de orde.

De rechter is vrij bij zijn beslissing al dan geen gebruik te maken van de uitzonderingen op de hoofdregel, net zoals hij vrij is het liquidatietarief al dan niet toe te passen. Deze beslissingsvrijheid van de rechter lijkt daarom de mogelijkheid te bieden de proceskostenveroordeling als sanctie toe te passen, bijvoorbeeld bij afkeurenswaardig procesgedrag.[77] Asser, Groen en Vranken pleiten er in het Interimrapport 'Fundamentele Herbezinning' van 2003 voor, de proceskostenveroordeling als sanctiemiddel tot 'een sterker middel' te maken. Volgens het driemanschap kan de dreiging dat men door onoirbaar procesgedrag een veroordeling riskeert tot betaling van een hoog bedrag een partij tot medewerking prikkelen.[78] Nader onderzoek naar de (on)mogelijkheden om proceskostenveroordeling als middel om verstorend procesgedrag te ontmoedigen is gedaan door Sluijter in zijn proefschrift *'Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?'*.[79] Zoals Sluijter constateert, en hierna in nr. 66 aan de orde zal komen, lijkt de rechter zich met name voor wat betreft zijn bevoegdheid van het liquidatietarief af te wijken terughoudend op te stellen.[80] Ook hieraan ligt de gedachte ten grondslag, dat hoge kosten zich niet verhouden met de toegang tot de rechter.

62 Compensatie bij (on)gelijk over en weer

De eerste uitzondering in lid 1 van art. 237 Rv luidt, dat de rechter de kosten geheel of ten dele mag compenseren. Compensatie houdt in dat iedere partij de eigen kosten draagt, of dat een partij slechts een deel van de kosten van de wederpartij dient te vergoeden.[81] Compensatie kan in de eerste plaats geschieden bij (ex) partners, bloed- of aanverwanten, een uitzondering waarop hier niet nader zal worden ingegaan.[82] De kosten van een procedure kunnen daarnaast worden gecompenseerd tussen partijen die over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

Het begrip 'ongelijk' is in het verleden op verschillende manieren geïnterpreteerd. De heersende leer gaat uit van een strikte benadering van het begrip, waarbij het ongelijk technisch dient te worden bepaald: het dictum van het vonnis dient te

76 Zie bijv. Haardt 1945, p. 41 en 43; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/129.
77 Van der Wiel 2004, p. 327 e.v.
78 Asser, Vranken & Groen 2003, p. 88-89. Zie ook Van der Wiel 2004, p. 328 e.v.
79 Sluijter 2011.
80 Sluijter 2011, par. 4.9.
81 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/118; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125.
82 Zie over (toepassing door de rechter van) deze wettelijke uitzondering o.a. Sluijter 2011, p. 47.

worden vergeleken met het petitum van de dagvaarding.[83] Wordt de vordering van de eisende partij toegewezen, dan dient de gedaagde als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Wordt de vordering echter afgewezen dan moet de eisende partij worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij en in de proceskosten worden veroordeeld. Voor de proceskostenveroordeling zijn de overwegingen die aan het dictum ten grondslag liggen niet relevant; het gaat enkel om de uitkomst in relatie tot het gevorderde.[84] Dat gaat zo ver dat een appellant geheel in het ongelijk moet worden gesteld indien de bestreden uitspraak wordt bekrachtigd, ook al geschiedt dat op andere gronden dan die waarop de rechter in eerste aanleg de afwijzing heeft gegrond.[85]

In de gevallen die niet zo zwart/wit zijn – de vordering van de eisende partij is in overwegende mate toegewezen, maar op onderdelen niet – kan de rechter de wederpartij als de *overwegend* in het ongelijk gestelde partij aanmerken. Ook dan echter dient deze partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Naar de huidige rechtsopvatting rechtvaardigt het feit dat niet alle argumenten van de eisende partijen gegrond zijn bevonden niet de conclusie dat partijen over en weer op punten in het (on)gelijk zijn gesteld zodat er grond is om van de hoofdregel af te wijken.[86] Wordt echter een belangrijk deel van de vordering afgewezen, dan kan de rechter afwijken van de hoofdregel en partijen over en weer gedeeltelijk in het (on) gelijk stellen. De proceskosten worden in dat geval gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt. De rechter bepaalt waar het omslagpunt ligt en dient de afwijking van de hoofdregel te motiveren.[87]

In het verleden werd een soepelere benadering van het begrip '(on)gelijk' gehanteerd. De bepaling wie de in het ongelijk gestelde partij is hing daarbij niet alleen af van de vraag wier standpunt (on)juist werd bevonden, maar ook van de waardering van het gedrag van de procederende partijen. Van Rossem en Cleveringa kwamen tot deze benadering door de hoofdregel in samenhang te lezen met de derde zin van art. 56 Rv (oud) (die overeenkomt met de laatste zin van lid 1 van art. 237 Rv), waaruit volgt dat de rechter de kosten, die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, kan brengen (of beter: laten) voor rekening van de partij die ze aanwendde of veroorzaakte. Hiermee is volgens Van Rossem en Cleveringa onderkend dat men in het ongelijk gesteld kan zijn, terwijl de rechter de houding van de wederpartij toch afwijst. Volgens voornoemde schrijvers wijst dat erop:

> *'[d]at aan de kostenveroordeling een gedragswaardering over het geheel ten grondslag moet worden gelegd; 'in het ongelijk gesteld' is hij, die gelet op het geheel van verloop en uitslag van het geding, voor zover het bij de beslissing in ogenschouw moet worden genomen, en zijn desbetreffende gedragingen,*

---

83 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125; Sluijter 2011, p. 48-49.

84 Van Dam-Lely, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2016, art. 237 Rv; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125; Sluijter 2011, p. 48 e.v.

85 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, *NJ* 2016/16 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*); HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3084, *NJ* 2006/98.

86 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125.

87 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125.

in zijn verhouding tot zijn wederpartij de minste waardering verdient. In deze richting dringt ook de opening der bijzondere mogelijkheid van kostencompensatie, 'indien de partijen over en weder op enige punten in het ongelijk zijn gesteld.'[88]

Uit diverse, nadien door de Hoge Raad gewezen arresten volgt ook dat de houding en gedragingen van partijen van invloed kan zijn op de vaststelling van het ongelijk.[89] In zijn conclusie bij het arrest *ECC/CellOne* waarschuwde A-G Huydecoper er evenwel voor dat een soepeler toepassing van de regel over 'wederzijds ongelijk' teveel zou afdoen aan de praktische hanteerbaarheid van het recht op het punt van de kostenveroordeling. Weliswaar zijn billijkheidsargumenten aan te voeren voor het laten meewegen van het procesgedrag bij de bepaling van het ongelijk, maar het gevaar bestaat dat 'partijen verleid raken tot een 'procedure binnen de procedure', waarin over nuanceringen van het gelijk en ongelijk in verband met de proceskosten wordt gestreden'. Volgens Huydecoper zou hierdoor de voorspelbaarheid van de procedure (nog verder) worden verminderd en rechterlijke willekeur in de hand worden gewerkt. Huydecoper heeft daarom de voorkeur voor 'een wat minder subtiele, maar goed hanteerbare maatstaf: toewijzing dan wel afwijzing van (het grootste deel van) het gevorderde bepaalt, wie er in het gelijk is gesteld'.[90]

De Hoge Raad lijkt dit standpunt te hebben omarmd, en sindsdien wordt uitgegaan van de strikte benadering van het begrip 'ongelijk' in zaken waarin de vordering geheel is toe- of afgewezen.[91] De proceshouding speelt dus in beginsel geen rol (meer) bij de bepaling van het ongelijk. Volgens Sluijter biedt de uitzondering met betrekking tot nodeloos aangewende kosten en de beperking van de toewijsbare kosten aan de hand van het liquidatietarief wel de nodige ruimte voor de rechter om rekening te houden met het procesgedrag.[92]

63 Nodeloos aangewende kosten

Een andere uitzondering op de hoofdregel, dat de verliezende partij betaalt, wordt gevormd door kosten die nodeloos zijn aangewend. Deze kosten kunnen voor rekening worden gelaten van de partij die ze maakte, ook als deze in het gelijk is gesteld.[93] Van nodeloze kosten kan sprake zijn in geval van een evident kansloos proces, processuele fouten of kansloze stellingen en verweren.[94] Volgens Sluijter biedt de regel de rechter de nodige ruimte om rekening te houden met procesverstorend of -vertragend

88 Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 4.

89 HR 27 maart 1979, *NJ* 1980/126 (*Unisco/Jongsma*) en HR 15 oktober 1982, *NJ* 1983/328 (*Köhler/Bruijn van Rozenburg*); zie ook Jongbloed 1993, p. 4.

90 Conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2005:AS8376) voor HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*), sub 40-41.

91 HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*); Sluijter 2011, p. 49.

92 Sluijter 2011, hoofdstuk 4; P. Sluijter, annotatie bij Rb. Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4051, *JBPR* 2014/59.

93 Art. 237 lid 1 Rv bepaalt *in fine*: 'Ook kan de rechter de kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte.'

94 Sluijter 2011, p. 30 e.v. en p. 50.

gedrag.[95] De rechter heeft ten aanzien van deze uitzondering op de hoofdregel namelijk een ruime discretionaire bevoegdheid. Uit de rechtspraak volgt evenwel dat hij daarvan maar nauwelijks gebruik maakt.[96]

4.5 Beperking van de proceskosten: het liquidatietarief

64 Achtergrond van het liquidatietarief

De partij die wordt veroordeeld in de proceskosten van haar wederpartij moet de vaste rechten (griffierechten), de deurwaarderskosten, de getuigentaxen, de deskundigenkosten en soms de reiskosten betalen.[97] In zaken met verplichte procesvertegenwoordiging kunnen van de proceskosten van de wederpartij slechts de salarissen en verschotten van de advocaat van die wederpartij ten laste van de in het ongelijk gestelde partij worden gebracht (art. 239 Rv). Het woord 'slechts' impliceert dat een partij niet tot meer kosten kan worden veroordeeld.[98] Bij 'meer kosten' kan worden gedacht aan eigen kosten, zoals vertaalkosten.[99] Terwijl voor de vergoeding van de verschotten de werkelijk gemaakte kosten tot uitgangspunt worden genomen, pleegt het salaris van de advocaat te worden berekend conform het liquidatietarief.

In 1838 luidde art. 57 (oud) Rv:

> *'In zaken, waarin de wet verrigtingen van advocaten en procureurs vereischt of toelaat, zijn de salarissen en verschotten van beiden in de uitspraak begrepen, volgens de tarieven, welke daarvan zullen worden gemaakt.'*

Deze 'tarieven' van art. 57 Rv (oud) waren neergelegd in het Tarief van Justitie-Kosten en Salarissen in Burgerlijke Zaken (het 'Tarief'), zoals vastgesteld bij de Wetten van 28 augustus en 29 december 1843.[100,101] In eerste instantie werd nog uitgegaan van de volledige vergoeding van de proceskosten. Art. 2 van het wetsontwerp voor het Tarief, later vervangen door art. 29 en 30 WTBZ, diende als leidraad bij de berekening van deze proceskosten. Hierin was een aantal vaste verrichtingen opgenomen waaraan vaste tarieven werden gekoppeld. Voor het overige gold art. 2 van het wetsontwerp, dat bepaalde: 'Voor werkzaamheden niet vermeld in het volgend artikel berekenen de advocaten, het hun verschuldigde

95 Sluijter 2011, p. 56.

96 Sluijter 2011, p. 79; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 237 Rv, aant. 4.

97 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/121; Van der Wiel 2004, p. 328; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/128.

98 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/128.

99 In art. 57 Rv (oud) werd dit nog benadrukt door de regel: '[v]oor het overige betaalt elke partij haar eigen kosten'.

100 Asser Burgerlijke Rechtsvordering *I* (oud), art. 57, aant. 1; Haardt 1945, p. 5.

101 Het Tarief is later vervangen door de Wet tarieven in burgerlijke zaken ('WTBZ'). Op 1 november 2010 is de Wet griffierechten burgerlijke zaken ('Wgbz') in werking getreden, die de WTBZ vervangt. De Wgbz is van toepassing op dagvaardingszaken die zijn betekend op of na 1 november 2010 en verzoekschriften die zijn ingediend op of na 1 november 2010.

salaris in redelijkheid, naar mate van het belang en de moeilijkheid der zaken, mitsgaders van den tijd, welke daaraan besteed heeft moeten worden.' De aan dit artikel ten grondslag liggende gedachte was dat het eigenlijk niet mogelijk is bij de wet een tarief vast te stellen dat door de rechter kan worden toegepast.[102] Zodoende werd een grote vrijheid aan advocaten gelaten bij de berekening van hun salarissen. Volgens Haardt was het daarom 'het meest omstreden artikel van het geheele Tarief'.[103]

Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, hebben zich nadien de nodige ontwikkelingen voorgedaan. De gedachte, dat degene die het proces verliest door het procederen een onrechtmatige daad zou hebben gepleegd, werd naar aanleiding van de vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereeniging in 1875 verlaten. Vanaf de wetswijziging in 1879 was het onvermijdelijk dat partijen vaak zelf met een groot deel van de kosten voor rechtsbijstand bleven zitten. Nodeloos gemaakte kosten kwamen sindsdien voor eigen rekening. Daarnaast konden slechts de declaraties van ofwel de advocaat, ofwel de procureur onder de 'liquidabele' kosten van het geding vallen. Wel werd nog vastgehouden aan het uitgangspunt dat de in het ongelijk gestelde partij min of meer de volledige kosten van (*nota bene*: enkelvoudige) rechtsbijstand van zijn wederpartij moet dragen. Dit uitgangspunt is geleidelijk aan losgelaten, hetgeen ten slotte in 1955 heeft geresulteerd in het liquidatietarief.[104]

65 Totstandkoming van het liquidatietarief

De geringe houvast die het Tarief bood voor de vaststelling van het honorarium had tot gevolg dat rechters in toenemende mate overgingen tot het eigenhandig begroten van de kosten.[105] Verschillende gerechten zagen zich daarom genoodzaakt tarieven te ontwikkelen volgens een schema, waarbij de kostenbepaling per procedure afhankelijk werd gesteld van omstandigheden als het al dan niet voeren van tegenspraak of het houden van een pleidooi.[106] Het gevolg van het eigenhandig vaststellen van tarieven was, dat de waarderingen van verrichtingen per gerecht (soms sterk) uiteenliepen. Dat gaf geregeld aanleiding tot klachten, met name over een te geringe beloning van de werkzaamheden van de gemachtigden in bepaalde arrondissementen.[107] Zo klaagden enkele leden van de Orde van Advocaten te Alkmaar eind 1927 dat 'de Rechtbank alhier de kosten in civiele procedures te laag liquideerde'.[108] De omstandigheid dat meerdere leden deze opvatting steunden, gaf in 1928 aanleiding voor de Orde van Advocaten van het arrondissement Alkmaar een enquête te houden onder de Orden 'tot het verkrijgen van een overzicht over de

102 Zie ook Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 15.
103 Haardt 1945, p. 97.
104 Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 15.
105 Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1143.
106 Emmering 1928, p. 942 e.v.; Haardt 1945, p. 112.
107 Haardt 1945, p. 112; Van Rossem/Cleveringa, art. 56 Rv, aant. 10.
108 Citaat uit de brief van de Secretaris van de Orde van Advocaten te Alkmaar van eind 1927. Zie het Verslag van het onderzoek door de Orde van Advocaten te Alkmaar, *NJB* 1928, p. 530-532.

toeschatting van kosten door de Nederlandsche Rechtbanken'. De resultaten van het onderzoek laten zien hoezeer de kostenberekeningen uiteen konden lopen: voor een eenvoudige procedure (4 conclusies en een pleidooi) rekende de rechtbank Alkmaar in 1928 100-150 gulden aan salaris inclusief verschotten, de rechtbank Breda kwam voor een vergelijkbare procedure uit op een begroting van 225-250 gulden voor het salaris exclusief verschotten.[109]

In de literatuur is gewezen op twee 'kernproblemen' van dit systeem van kostenbepaling. Ten eerste werd het feit dat de tarieven zo goed als geen differentiatie mogelijk maakten naar het belang van de zaak problematisch bevonden.[110] Weliswaar dienden advocaten in die tijd ingevolge art. 30 WTBZ bij de berekening van hun salaris acht te slaan op het belang van de zaak; de rechter daarentegen pleegde daarmee bij de begroting van het bedrag dat aan de winnende partij diende te worden vergoed (zo goed als) geen rekening te houden. Haardt pleitte toen al voor herziening van de op dat moment bestaande tarieven, waarbij wat betreft de beloning voor advocaten, procureurs, kantongerechtsgemachtigden en deurwaarders in sterke mate rekening wordt gehouden met het belang van de zaak.[111] Ook andere schrijvers, waaronder Emmering en Frinkel onderstreepten reeds eind jaren '30 het belang van honorering van verrichtingen naar het financieel belang dat bij de zaak betrokken is. Daarbij verwezen zij naar het stelsel van de Duitse wet, waarbij het geldelijk belang van de vordering als maatstaf voor het aldaar geldende tarief is aangenomen.[112]

In samenhang met het voorgaande sneed Haardt nog een kernprobleem aan, dat – in de woorden van Haardt – 'één van de meest omstreden en essentiële punten van ons geldend recht met betrekking tot de proceskostenveroordeling in het burgerlijk geding vormt'. Het betreft de praktijk dat de kosten die de winnende partij op de verliezende mag verhalen, over het algemeen ver beneden de werkelijk door haar gemaakte kosten blijven. Haardt noemde dit 'het probleem der niet-liquidabele advocatensalarissen'.[113] De oplossing van dit probleem zocht Haardt ook hier in een (nieuw) tarief:

> *'Het bij de kostenveroordeling begrote bedrag zou, als in sommige andere landen, de beloning in volle omvang, ook voor voorbereidingshandelingen voor het proces, moeten omvatten, en al die werkzaamheden zouden moeten worden getarifeerd.'*[114]

Naast voornoemde nadelen rezen er bezwaren tegen het systeem in verband met de situatie die was ontstaan als gevolg van de economische crisis in de jaren '30. Uit een brief van De Algemene Raad der Nederlandse Orde van Advocaten ('NOvA') aan de

---

109 Verslag van het onderzoek door de Orde van Advocaten te Alkmaar, *NJB* 1928, p. 530-532.
110 Vgl. Emmering 1928, p. 943.
111 Haardt 1945, p. 206.
112 Emmering 1928, p. 944; Frinkel 1929, p. 598. Zie over het Duitse kostenstelsel hierna hoofdstuk 7.
113 Haardt 1945, p. 99 en p. 208-211; Haardt 1985, p. 704 e.v.
114 Haardt 1985, p. 707; Haardt 1945, p. 206-209 en 211; zie ook Van Deinse 1941, p. 599 e.v.

voorzitters van de hoven en arrondissementsrechtbanken van 5 november 1945[115] volgt dat de waarde van de gulden sinds 1939 sterk daalde, terwijl de honorering van de werkzaamheden van de advocaten in doorsnee zoveel minder steeg dan de kosten van levensonderhoud, zo 'dat mede in verband met de zeer sterk gestegen kantoorkosten, en de veel hogere belasting, een voor de stand zeer gevaarlijke financiële teruggang is ontstaan'. In de brief wordt ervoor gewaarschuwd dat deze toestand, indien blijvend, niet alleen ernstig zou zijn voor de advocatenstand, 'maar, gelet op de taak die de balie in het maatschappelijk bestel behoort te vervullen, een maatschappelijk gevaar'. Voorts wordt in de brief vermeld dat de geliquideerde kosten (de aan winnende partijen toegekende proceskostenvergoedingen) in de voorgaande jaren nauwelijks in hoogte waren toegenomen. In verband met de overige prijsontwikkelingen (als gevolg van de crisis en de waardedaling van de gulden) raakte volgens de NOvA het evenwicht zoek met alle nadelen van dien voor de winnende partij, maar ook voor de balie:

> *'De hoogte van haar declaraties wordt daardoor immers ten zeerste beïnvloed, mede omdat een zo lage waardering van advocaten-arbeid door de rechter de waardering van de cliënt drukt, en ook dit de advocaat hindert in het bepalen van zijn honorarium op een aan de nieuwe omstandigheden aangepast bedrag.'*

Begin 20e eeuw vond aldus een belangrijke ontwikkeling plaats op het terrein van de kostenveroordeling. Bij gebrek aan een landelijk uniforme richtlijn ging elk gerecht over tot het eigenhandig bepalen van tarieven, waarbij het aantal en soort processuele verrichtingen van invloed waren op de vaststelling van de hoogte van het kostenbedrag. Aan de hand van deze tarieven, die over het algemeen door de advocaat niet reëel werden bevonden, maakte de rechter een kostenbegroting die in verhouding tot de werkelijke kosten in het ene arrondissement nog lager kon uitvallen dan in het andere. Het voorgaande leidde in de eerste plaats tot onvrede bij de winnende partij, die met een niet onaanzienlijk deel van de gemaakte kosten bleef zitten. Als gevolg van de onderwaardering van de verrichtingen van de advocaat door de rechter was de cliënt klaarblijkelijk ook niet (meer) bereid het volle pond te betalen aan advocatenhonoraria, zodat de advocaat zich op zijn beurt belemmerd voelde bij het vaststellen van een behoorlijk honorarium dat recht deed aan de sinds de crisis gewijzigde omstandigheden. Zoals Van Deinse het formuleerde:

> *'Gevolg van deze al te matige begrooting is, dat de advocaat-procureur gerechtigd en genoodzaakt is met zijn tarief in de hand ook aan den cliënt die blijkt terecht te hebben geprocedeerd, een kostendeclaratie in te dienen, welke het verworven succes tot een zekere hoogte vernietigt en soms geheel illusoir maakt. Dit is voor den advocaat bijkans de onaangenaamste zijde der practijk.'*[116]

De bezwaren tegen de verschillen in gedragslijn van de gerechten bij toekenning van proceskosten en de hiervoor beschreven gevolgen daarvan leidden ertoe dat de leden van de NOvA in toenemende mate naar uniformiteit verlangden. Er ontstond

---

115 *Adv. bl.* 11 november 1954, p. 385-386.

116 Van Deinse 1941, p. 601.

behoefte aan een leidraad, een richtlijn voor de rechter met normen die recht deden aan de feitelijke situatie en door de rechter diende te worden geraadpleegd bij de bepaling van de hoogte van de proceskostenveroordeling.[117] Dit gaf aanleiding voor de NOvA in overleg met de dekens van de orde van advocaten in de arrondissementen een commissie in te stellen die onderzoek moest doen naar de economische positie van de advocaten en de daarmee verband houdende vraagstukken.[118] De commissie kreeg de opdracht te adviseren 'over de vraag hoe en in welke mate de bestaande tarieven en gewoonten inzake geliquideerde kosten in verband met de gewijzigde omstandigheden zouden moeten worden gewijzigd'.[119] In afwachting van het advies van deze commissie werden de voorzitters van de gerechtshoven en arrondissementsrechtbanken, in verband met de onhoudbaarheid van de situatie, met klem verzocht te bevorderen dat de geliquideerde kosten tot die tijd werden gebracht op het dubbele van 1939.[120]

Begin 1955 diende de commissie een tweetal verslagen in bij de NOvA: één met een ontwerp-tarief voor te liquideren kosten en één met een ontwerp-tarief van salarissen bij afdoening buiten liquidatie.[121] De ontwerp-tarieven voor te liquideren kosten respectievelijk van salarissen bij afdoening buiten liquidatie werden, na een enkele wijziging, goedgekeurd door de NOvA en de dekens en vervolgens voorgelegd aan de voorzitters van de hoven en rechtbanken, die daarop – tot vreugde van de NOvA – positief reageerden.[122] Het ontstaan van het liquidatietarief was daarmee een feit.

66 Toepassing en afwijking van het liquidatietarief

Bij de begroting van de vergoeding van de kosten van de advocaat op basis van het liquidatietarief zijn twee aspecten van belang. Ten eerste het aantal verrichte (processuele) werkzaamheden, waaraan punten worden toegekend per handeling (bijvoorbeeld één punt voor de dagvaarding, één punt voor de mondelinge behandeling). Het belang van de zaak, meestal gelijkgesteld aan de waarde van de vordering, bepaalt voorts de vergoeding per punt. In een zaak bij de rechtbank met een geldswaarde van € 40.000 tot € 98.000 kan, afhankelijk van het aantal proceshandelingen, maximaal een vergoeding van de advocaatkosten ad € 8940 (bij 10 proceshandelingen) worden toegewezen. In zaken met een geldswaarde van € 98.000 tot € 195.000 wordt ieder punt gewaardeerd op € 1421 zonder maximum

117 Zie over deze ontwikkelingen rond de totstandkoming van het liquidatietarief onder meer De Bock, in*: GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 239 Rv, aant. 3; Asser Burgerlijke Rechtsvordering *I* (oud), art. 57 Rv, aant. 2; Star Busmann 1972, nr. 404; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 56 Rv, aant. 10; Ekelmans 2004, par. 9.4.2.; Ingelse/Mölenberg 1998, p. 1143; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/128.

118 *Adv. bl.* 15 juni 1955, p. 366 e.v.

119 Brief van de NOvA aan de voorzitters van de hoven en rechtbanken van 5 november 1945, *Adv. bl.* 15 november 1954, p. 385-386.

120 Brief van de NOvA aan de voorzitters van de hoven en rechtbanken van 5 november 1945, *Adv. bl.* 15 november 1954, p. 385-386.

121 *Adv. bl.* 15 juni 1955, p. 366 e.v.

122 *Adv. bl.* 15 juni 1955, p. 366 e.v.

puntental. In zaken van een geldswaarde van € 390.000 tot € 1.000.000 wordt ieder punt gewaardeerd op € 2580 zonder maximum puntental, terwijl een punt op € 3211 wordt gewaardeerd in zaken van een geldswaarde boven € 1.000.000. De rechter heeft enige speling daar waar niet de gehele vordering wordt toegewezen. In plaats van het gevorderde bedrag kan hij het toegewezen (lagere) bedrag tot uitgangspunt nemen bij de begroting.[123]

Het liquidatietarief is geen recht in de zin van art. 79 RO.[124] Het is een niet-bindende richtlijn die het resultaat is van overleg tussen de NVvR en de NOvA,[125] en is goedgekeurd door het LOVC en het LOVC-hoven.[126] De begroting van de proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen is dan ook een feitelijke beslissing waarbij de rechter een grote discretionaire bevoegdheid heeft.[127] Dat brengt mee dat de beslissing ten aanzien van de proceskosten niet behoeft te worden gemotiveerd, en in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.[128] Ondanks de niet-bindende status van het liquidatietarief wordt daarvan maar zelden afgeweken. In het arrest *K/Rabobank* overwoog de Hoge Raad dat art. 237 e.v. Rv een zowel limitatieve als exclusieve regeling bevat ten aanzien van de proceskosten waarin een bij vonnis in het ongelijk gestelde partij kan worden veroordeeld. Daarmee is volgens de Hoge Raad uitgesloten dat de winnende partij recht heeft op een hogere vergoeding dan art. 237 e.v. Rv meebrengt. Voor de kosten voor de opheffing van een onrechtmatig gelegd beslag worden geen uitzondering gemaakt; de vergoeding moet ook onder dergelijke omstandigheden beperkt zijn tot het liquidatietarief.[129] Het arrest sluit aan bij de parlementaire geschiedenis, waarin erop is gewezen dat de gemaakte kosten van rechtsbijstand enkel onderwerp kunnen zijn van een zelfstandige vordering tot schadevergoeding in 'buitengewone omstandigheden'.

Misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad zijn de in de rechtspraak geïdentificeerde buitengewone omstandigheden die afwijking van het liquidatietarief rechtvaardigen.[130] Van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen is sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan pas sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en

123 Sluijter 2011, p. 54.

124 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621, *NJ* 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*); HR 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4004, NJ 2002/197.

125 De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten.

126 Het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele en Kantonsectoren. Over het liquidatiearief zie nader Teuben 2004, p. 16 e.v. en 152-153; Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/128.

127 HR 3 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621, *NJ* 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*). Zie ook Teuben 2004, p. 79; Boot & Quist 2011, p. 29.

128 Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/128.

129 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, *NJ* 2016/380, m.nt. H.B. Krans (*K/Rabobank*), *JBPR* 2016/17, m.nt. S.M.A.M. Venhuizen.

130 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 36 (MvT).

omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.[131] Gelet op de hoge lat wordt maar zelden aangenomen dat sprake is van buitengewone omstandigheden die een volledige proceskostenveroordeling rechtvaardigen. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM.[132]

De beperkte mogelijkheden om aanspraak te kunnen maken op een van het liquidatietarief afwijkende vergoeding, zijn bekritiseerd in de juridische literatuur. De vergoeding staat vaak in schril contrast tot de werkelijke kosten.[133] De redenering dat de vrees voor een omvangrijke proceskostenveroordeling de vrijheid om een ander in rechte te betrekken in gevaar zou brengen wordt door sommigen zwak bevonden.[134] In bepaalde omstandigheden kan een meer reële vergoeding op zijn plaats zijn. Genoemd worden omstandigheden als de bewerkelijkheid van de zaak en de inefficiëntie in de procesvoering door een partij. In die gevallen zou de rechter gebruik moeten maken van zijn bevoegdheid van het liquidatietarief af te wijken.[135] Teuben wijst op de belangrijkste doelstelling van rechtersregelingen als het liquidatietarief, namelijk het bevorderen van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.[136] Volgens Teuben zou de doelstelling worden ondermijnd, indien de rechter zonder dwingende reden daarvan zou kunnen afwijken. Zij betoogt daarom dat de rechter slechts in bijzondere omstandigheden van zijn bevoegdheid om af te wijken gebruik zou moeten maken.[137] Ook Sluijter wijst erop dat een ruime vrijheid van de rechter bij het nemen van kostenbeslissingen de onvoorspelbaarheid vergroot.[138] In hoofdstuk 8 wordt nader ingegaan op de vraag naar de (on)wenselijkheid van ruimere afwijkingsmogelijkheden.

67 Deelconclusie

Met de gematigde kostenvergoeding op basis van het liquidatietarief is beoogd hoge proceskostenveroordelingen te voorkomen. De discussie over de voordelen van rechtszekerheid, uniformiteit en eenvoud van het stelsel tegenover de nadelen van

131 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516, *NJ* 2007/353 (*Waterschappen/Milieutech*); HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (*Duka/Achmea*). Zie ook Hof Den Haag 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX9065 (*X/Multilease*).

132 Zie o.a. Sluijter 2011, p. 52 en 70 e.v.; Boot & Quist 2011, p. 28; Van der Wiel 2004, p. 329.

133 Van Schaick 2000, p. 313; Tuil 2010, p. 415 e.v.; Sluijter 2011, p. 51.

134 Van Schaick 2000, p. 313; Smit 2008, p. 69; Huydecoper 2006, p. 130 e.v.; Boot & Quist 2011, p. 27 e.v.

135 Ingelse & Molenberg 1998, p. 1141 e.v.; Van Schaick 2000, p. 315; Falkena 2007, p. 36; Buyserd 2015, p. 160-168.

136 Teuben 2004, p. 183-184.

137 Teuben 2004, p. 184.

138 Sluijter 2011, p. 265 en 275.

een vergoeding die de werkelijke kosten niet benadert, blijkt van alle tijden te zijn. De Hoge Raad heeft evenwel bevestigd dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden aanspraak kan worden gemaakt op een hogere vergoeding dan art. 237 e.v. Rv meebrengt.[139] Een ruimere vergoeding is mogelijk voor de buitengerechtelijke kosten, zij het dat ook die aan matiging onderhevig kunnen zijn, zoals in de volgende paragraaf zal blijken.

4.6 Buitengerechtelijke kosten

68 De vergoeding van buitengerechtelijke kosten

De partij die in het gelijk wordt gesteld, kan in beginsel aanspraak maken op vergoeding van zowel de proceskosten (art. 237 e.v. Rv) als de buitengerechtelijke kosten (art. 6:96 BW). Buitengerechtelijke kosten zijn de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 sub b) en ter verkrijging van voldoening buiten rechte (buitengerechtelijke incassokosten, art. 6:96 lid 2 sub c).[140] Voor vergoeding van deze kosten is vereist dat de wederpartij schadeplichtig is, bijvoorbeeld op grond van een tekortkoming (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).[141] Art. 6:96 lid 2 en 3 BW vormt het basisstelsel, dat onderscheiden moet worden van het stelsel van forfaitaire kosten als bedoeld in art. 6:96 leden 5 t/m 7 BW, waarover meer hierna.

Het schadevergoedingsrecht van het Burgerlijk Wetboek, waar art. 6:96 BW onder valt, kent als leidend beginsel de *volledige* vergoeding van schade.[142] Uitgangspunt is dat de benadeelde wordt geplaatst in de situatie waarin hij zonder de normschending zou hebben verkeerd. Ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten geldt evenwel dat deze worden vergoed voor zover zij *redelijk* zijn. Het redelijkheidsvereiste houdt verband met de bijzondere aard van schade in de vorm van kosten. Buitengerechtelijke kosten worden gemaakt op initiatief en inzicht van de benadeelde. Zij zijn erop gericht een recht geldend te maken. Hoewel de kosten het *gevolg* zijn van het schadelijk handelen van de wederpartij, is het de benadeelde zelf die ze maakt en laat oplopen, zonder dat de wederpartij daarop enige invloed kan

---

139 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, *NJ* 2016/380, m.nt. H.B. Krans (*K/Rabobank*), *JBPR* 2016/17, m.nt. S.M.A.M. Venhuizen.

140 Art. 6:96 lid 2 BW luidt:
'2. Als vermogensschade komen mede voor vergoeding in aanmerking:
(…)
b. redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;
c. redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.
3. Lid 2 onder b en c is niet van toepassing voor zover in het gegeven geval krachtens artikel 241 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de regels betreffende de proceskosten van toepassing zijn.
(…)'

141 Vgl. Sluijter 2014, p. 6; HR 24 september 2004, *NJ* 2006/201, m.nt. H.J. Snijders.

142 De Groot & Hendrikse 2005, p. 12.

uitoefenen. Op grond van art. 6:96 BW kunnen daarom alleen de *redelijke* kosten als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen.[143]

De ratio van de redelijkheidstoets is tweeledig. Enerzijds vloeit deze voort uit de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW, die de rechtsverhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij beheerst. Reeds hieruit volgt een plicht voor de benadeelde partij te voorkomen dat kosten nodeloos worden gemaakt of onredelijk hoog oplopen.[144] Anderzijds moet de redelijkheidstoets dienen als een sluis, waarlangs niet-redelijke kosten (bijvoorbeeld door inefficiëntie hoog opgelopen kosten) niet kunnen passeren. Het staat de benadeelde vrij te kiezen voor een gespecialiseerde advocaat, die tegen tarieven werkt die hoger zijn dan gemiddeld. Ook is het toegestaan daarmee afspraken te maken over de te verrichten werkzaamheden en wijze van beloning.[145] De redelijkheidstoets moet waarborgen dat de kosten voor zover die niet redelijk zijn voor rekening blijven van de benadeelde. Het gaat er dus om te beoordelen wat in redelijkheid op het bord van de aansprakelijke partij kan worden neergelegd.

De buitengerechtelijke kosten moeten worden onderscheiden in niet-bedongen buitengerechtelijke kosten (nr. 69 e.v.) en bedongen buitengerechtelijke kosten (par. 4.7). *Niet-bedongen* buitengerechtelijke kosten zijn verschuldigd voor zover zij (i) niet onder de proceskostenveroordeling op grond van art. 241 Rv gebracht kunnen worden en (ii) redelijk zijn.

69 'Van kleur verschietende' buitengerechtelijke kosten

In tegenstelling tot de proceskosten kunnen de buitengerechtelijke kosten – mits redelijk – volledig worden vergoed. De verklaring voor het onderscheid is gelegen in de verschillende grondslagen. Zoals in de vorige paragrafen aan de orde is gekomen, vormen overwegingen van procesrisico en procesbeleid de grondslag van de forfaitaire proceskostenvergoeding. Bij de vergoeding van proceskosten wordt als regel geabstraheerd van de werkelijke kosten, omdat de vrijheid om een ander in het proces te betrekken niet in gevaar moet worden gebracht.[146] Buitengerechtelijke kosten daarentegen zijn aan te merken als vermogensschade, die het gevolg is van

143 Lindenbergh 2000, par. 1.5.1.; De Groot & Hendrikse 2005, p. 35; Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:HR:PHR:2014:1633) voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *NJ* 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*), sub 3.6-3.8; Veendrick 2014, p. 1-7.
Lindenbergh 2000, par, 1.5.1.; Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:HR:PHR:2014:1633) voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *NJ* 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*), sub 3.8.

144 Lindenbergh 2000, par, 1.5.1.; Veendrick 2014/6, p. 4; Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:HR:PHR:2014:1633) voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *NJ* 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*De Jonge/Scheper Ziekenhuis*), sub 3.8.

145 Veendrick 2014, p. 4.

146 Zie Sluijter 2011, p. 65; Van der Wiel 2004, p. 327.

een tekortkoming (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).[147] Deze schade dient in beginsel volledig te worden vergoed, althans voor zover is voldaan aan het redelijkheidsvereiste.

Zowel de proceskostenregeling als de regeling van art. 6:96 lid 2 BW sluiten vergoeding van de kosten ter instructie van de zaak in. Om cumulatie te voorkomen, is in art. 241 Rv bepaald dat bij samenloop tussen art. 6:96 lid 2 BW en de regels over proceskostenvergoeding, de proceskostenregeling voorrang heeft.[148] Daarbij moet worden aangetekend dat het onderscheid tussen proceskosten en buitengerechtelijke kosten niet altijd eenvoudig valt te maken. De kosten die zijn gemaakt in de buitengerechtelijke fase kunnen namelijk 'van kleur verschieten' indien het (toch) tot een procedure komt. In dat geval worden de kosten aangemerkt als proceskosten en het salaris van de advocaat forfaitair berekend aan de hand van het liquidatietarief. Zo vormen de uren en (advocaat)kosten besteed aan het bestuderen van het dossier, het onderzoeken van de feitelijke en juridische positie en het bepalen van de strategie de buitengerechtelijke kosten zolang geen procedure wordt gevoerd, maar 'transformeren' zij in proceskosten zodra het tot een procedure komt.[149] Voor afzonderlijk voor (volledige) vergoeding in aanmerking komende buitengerechtelijke kosten is vereist dat het gaat om verrichtingen die meer omvatten dan een enkele (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een – niet aanvaard – schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier.[150] De Bock wijst erop dat sprake moet zijn van een intensief buitengerechtelijk voortraject waarin bijvoorbeeld uitvoerig is onderhandeld over een mogelijke schikking.[151]

70 Dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW

Zoals vermeld komen buitengerechtelijke kosten van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW voor vergoeding in aanmerking voor zover zij redelijk zijn. De redelijkheid dient te worden beoordeeld aan de hand van de zogenaamde 'dubbele redelijkheidstoets' zoals geformuleerd door de Hoge Raad in het arrest *L&L/Drenth* uit 1987.[152] De toets houdt in (i) dat het in de gegeven omstandigheden redelijk moet zijn geweest kosten te maken en (ii) dat de kosten naar hun omvang redelijk zijn.[153]

---

147 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 36. Vgl Sluijter 2014, p. 6; H.J. Snijders, annotatie bij HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2006:AP6874, *NJ* 2006/200 (*Doryade/Staat*).

148 Van Dam-Lely, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 241 Rv. Art. 6:96 lid 3 BW is de pedant van art. 241 Rv in het Burgerlijk Wetboek.

149 HR 3 april 1986, ECLI:NL:HR:1987:AG5568, *NJ* 1988, m.nt. C.J.H. Brunner (*L&L/Drenth*). Zie ook De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 241 Rv, aant. 2; Sluijter 2011, p. 64.

150 Rapport BGK-Integraal, te raadplegen via rechtspraak.nl.

151 De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 241 Rv, aant. 2.

152 HR 3 april 1987, *NJ* 1988/275, m.nt. C.J.H. Brunner (*L&L/Drenth*).

153 Lindenbergh 2000, par. 1.5.1. Zie ook HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *NJ* 2012/277, *JBPR* 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

Zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, moet onderscheiden worden tussen het basisstelsel en het stelsel van forfaitaire kosten. In het basisstelsel van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW dient de vraag, of de buitengerechtelijke kosten de redelijkheidstoets kunnen doorstaan, te worden beantwoord in het licht van de omstandigheden van het geval. Bij het beoordelen van de redelijkheid kunnen relevant zijn de aard en omvang van de schade, de verhouding tussen schade en gevorderde kosten, de complexiteit van de zaak, de vraag of verweer is gevoerd of is te verwachten, de aard en omvang van de rechtsbijstand en de deskundigheid van de rechtsbijstandverlener.[154] De rechter kan de schade door middel van een schatting vaststellen, al dan niet aan de hand van forfaitaire bedragen.[155] Van belang daarbij is dat de redelijkheid van de buitengerechtelijke kosten dient niet retrospectief, maar prospectief te worden beoordeeld. Indien achteraf blijkt dat de kosten lager hadden kunnen uitvallen of de betreffende werkzaamheden tegen lager tarief hadden kunnen worden uitgevoerd, dan kan dat op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat niet voldaan is aan het redelijkheidsvereiste.[156]

Lindenbergh wijst erop dat de redelijkheidstoets en de begrotingsvraag strikt genomen van elkaar moeten worden onderscheiden; de redelijkheidsvraag is een rechtsvraag die in beginsel aan cassatie kan worden onderworpen, terwijl de begrotingsvraag een feitelijke vraag is waarbij de rechter veel vrijheid heeft.[157] In de praktijk valt het onderscheid tussen de redelijkheidstoets (met name ten aanzien van de omvang) en de begrotingsvraag echter nauwelijks te maken.[158] Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dan ook dat de rechter in het algemeen een grote mate van vrijheid heeft bij de uitvoering van de dubbele redelijkheidstoets. Hij is daarbij in belangrijke mate ontheven van zijn motiveringsplicht.[159] Wel dient de beslissing ten minste zodanig te zijn gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden (de hogere rechter daaronder begrepen) controleerbaar en aanvaardbaar te maken.[160] Met andere woorden, als de rechter tot het oordeel komt dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten niet redelijk zijn, dan zal uit zijn motivering moeten blijken waarom niet. Zwaar is de motiveringseis nogmaals niet; het is volgens de Hoge Raad al voldoende als de rechter zijn beslissing onderbouwt

154 Lindenbergh 2000, p. 22; De Groot & Hendrikse 2005, p. 36-41.

155 Lindenbergh 2000, par. 1.3; HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *NJ* 2012/277, *JBPR* 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

156 Conclusie A-G Timmerman inzake HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *RvdW* 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), nr. 3.7.

157 Lindenbergh 2000, par. 1.3.

158 Lindenbergh 2000, par. 1.3; Conclusie A-G Timmerman inzake HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *RvdW* 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), nr. 3.8. Vgl. ook A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*), nr. 3.4: 'Zowel het maken van de kosten (eerste toets) als de omvang ervan (tweede toets) dient redelijk te zijn. Wat redelijk is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en ligt op het terrein van de feitenrechter.'

159 Lindenbergh 2000, par 1.3-1.4; HR 15 februari 1995, *NJ* 1996/347 (*Gemeente Den Haag/Vermeulen*).

160 HR 20 oktober 2003, *NJ* 2004/37; HR 17 november 2006, *NJ* 2006/621; Conclusie A-G Timmerman inzake HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086, *RvdW* 2013/535, sub 4.54.

met het enkele benoemen van de meegewogen factoren en de uitkomst van de afweging.[161] Maar er is een ondergrens: in het arrest *Multiquest/Fricorp* oordeelde de Hoge Raad dat de afwijzing door het hof van de gevorderde buitengerechtelijke kosten met de enkele motivering dat de incassowerkzaamheden waren gericht op de invordering van een veel hoger (niet toewijsbaar) bedrag niet voldoende is.[162]

In datzelfde arrest oordeelde de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat slechts een klein gedeelte van de vordering is toegewezen, niet meebrengt dat alle gevorderde kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte van het toegewezen bedrag, niet redelijk zijn geweest in de zin van art. 6:96 lid 2 sub c BW. En zoals nog aan de orde zal komen, overwoog de Hoge Raad dat het rapport Voor-werk II (de voorloper van BGK-integraal, zie hierna) de rechter niet ontslaat van de verplichting om te beoordelen of een forfaitaire vergoeding conform de aanbeveling uit dit rapport, ook tot een 'redelijk' bedrag leidt in de zin van art. 6:96 lid 2 sub c BW.[163] Ten aanzien van kosten die onder het basisstelsel vallen ontkomt de rechter dus niet aan de dubbele redelijkheidstoets; deze moet hij toepassen – én motiveren, zij het dat daaraan lichte eisen worden gesteld.

71 Ambtshalve dubbele redelijkheidstoets?

Ten aanzien van de kosten die (dwingend) onder het forfaitaire stelsel van art. 6:96 leden 5 t/m 7 BW vallen, geldt dat de omvang van de kosten wordt bepaald door het Besluit Buitengerechtelijke Incassokosten (BIK). Deze kosten verschieten niet van kleur en kunnen in beginsel niet door de rechter worden gematigd. Ten aanzien van de kosten van het basisstelsel heeft de rechter evenwel een grote beoordelingsvrijheid bij de begroting van de kosten.

De vraag is, of de rechter er ook toe gehouden is de redelijkheidstoets toe te passen (en te motiveren) als geen verweer is gevoerd tegen de gevorderde buitengerechtelijke kosten. Zoals nog aan de orde zal komen heeft de behoefte aan een rechterlijke bevoegdheid tot ambtshalve matiging ten aanzien van *bedongen* buitengerechtelijke kosten geleid tot de invoering van art. 56ab Rv (oud) (thans art. 242 Rv). Over een eventuele behoefte aan een ambtshalve matigingsbevoegdheid ten aanzien van *niet-bedongen* buitengerechtelijke kosten wordt niet gerept in de Parlementaire Geschiedenis. De werkgroep 'Buitengerechtelijke kosten' heeft in het rapport in TREMA in 1989 wel aandacht besteed aan dit punt:

> *'De werkgroep is van mening, dat niet geconvenieerde buitengerechtelijke incassokosten kunnen worden toegewezen voor zover zij redelijk zijn. In dit verband wordt de vraag, of de rechter ook ambtshalve de gevorderde incassokosten aan deze maatstaf mag toetsen, door de werkgroep bevestigend beantwoord, waarbij zij in verstekzaken en voor het geval in een procedure op tegenspraak geen verweer met betrekking tot die kosten wordt gevoerd, terughoudendheid geboden acht.'*[164]

---

161 De Groot & Hendrikse 2005, p. 36.

162 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086, *RvdW* 2013/535 (*Multiquest/Fricorp*).

163 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *NJ* 2012/27, *JBPR* 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*).

164 Rapport werkgroep 'Buitengerechtelijke kosten', *Trema* 1989, p. 281.

Een ambtshalve toets aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW in verstekzaken of procedures op tegenspraak waarin geen verweer wordt gevoerd tegen de gevorderde buitengerechtelijke kosten is dus volgens de werkgroep mogelijk, zij het dat daarbij terughoudendheid dient te worden betracht.

Daarnaast is matiging van niet-bedongen buitengerechtelijke kosten in beginsel nog mogelijk op grond van art. 6:109 BW, dat de rechter een algemene bevoegdheid verleent schadevergoeding te matigen in geval van kennelijk onaanvaardbare uitkomsten. De rechter dient evenwel ook daarbij terughoudendheid te betrachten.[165] Voor toepassing van deze regel zal daarnaast slechts beperkt ruimte zijn, aangezien een vordering ex 6:96 lid b of c BW die de dubbele redelijkheidstoets doorstaat niet snel tot kennelijk onaanvaardbare uitkomsten zal leiden.[166] Dat kan anders zijn in geval van zeer bijzondere omstandigheden aan de kant van verweerder, maar die zullen ten processe gebleken moeten zijn. Toepassing van deze matigingsbevoegdheid in verstekzaken lijkt daarom vrijwel uitgesloten.[167]

Uit (lagere) rechtspraak volgt dat de rechter de dubbele redelijkheidstoets over het algemeen in ieder geval toepast indien de gevorderde kosten zijn betwist.[168] Er zijn ook voorbeelden te vinden waarin de rechter de niet-betwiste buitengerechtelijke kosten ambtshalve aan de redelijkheidstoets onderwerpt. Een enkele keer resulteert dit zelfs in een (ambtshalve) matiging; daar zijn voorbeelden van in zowel procedures op tegenspraak waar geen verweer is gevoerd tegen de buitengerechtelijke kosten[169] als in verstekprocedures.[170] Het aantal voorbeelden is evenwel zeer gering, waaruit zich laat afleiden dat de rechter inderdaad terughoudend is met het ambtshalve matigen van buitengerechtelijke kosten.

72 Normering buitengerechtelijke incassokosten

Op 1 juli 2012 is de Wet normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (WIK) in werking getreden.[171] Met de wetswijziging

165 Teuben 2004, p. 18; HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/510.

166 Teuben 2004, p. 18; Huydecoper 2005, p. 10.

167 Huydecoper 2005, p. 11.

168 Rb. Den Bosch 28 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5000, *Prg* 2011/229 (*Centramed/St Jeroen Bosch Ziekenhuis*); Hof Den Bosch 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3911.

169 Zie bijv. Rb. Oost-Nederland 4 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0473 waarin de rechtbank overweegt: '4.14. [verweerder BV sub 1] en [verweerder sub 2] hebben geen verweer gevoerd tegen het aantal door [verzoekster] opgevoerde uren alsmede de hoogte van het uurtarief. De door [verzoekster] in deze opgevoerde kosten kunnen de dubbele redelijkheidstoets (die de rechtbank ambtshalve uitvoert omdat alleen redelijke kosten op grond van artikel 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking komen) niet doorstaan. (…)', waarna de rechtbank de kosten 'naar redelijkheid' begroot. (onderstreping toegevoegd)

170 Rb. Dordrecht (ktr.) 12 augustus 2004, ECLI:NL:RBDOR:2004:AR2345, *Prg* 2004/6267, m.nt. J.G. Kuhlman (*SWAB/Voesenek*).

171 Wet normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte, *Stb*. 2012, 140.

van 2012 zijn aan art. 6:96 BW de leden 4 t/m 7 toegevoegd, die de forfaitaire vergoeding van de buitengerechtelijke kosten behelzen.[172]

Kort gezegd houdt de nieuwe regeling in dat de omvang van de kosten gemaakt ter zake van de incasso van contractuele geldschulden (de tweede redelijkheidstoets) moet worden ingevuld door toepassing van de staffel van het Besluit Buitengerechtelijke Incassokosten (BIK).[173] De vergoeding bedraagt een forfaitair percentage van de hoofdsom.[174] Van de maximumtarieven van het Besluit kan niet ten nadele van een consument-schuldenaar worden afgeweken, zo volgt uit lid 5. Dit volgt tevens uit art. 242 Rv, waaraan is toegevoegd dat matiging van contractueel bedongen vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten niet aan de orde is als het gaat om buitengerechtelijke incassokosten ten aanzien van een consument die vallen onder het Besluit BIK. In geschillen waarbij de schuldenaar een niet-consument is (*b2b*-relaties), vormen de staffels van het Besluit BIK regelend recht. Partijen kunnen dus een hogere (of lagere) vergoeding overeenkomen. Indien zij geen afwijkende vergoeding zijn overeengekomen, dan gelden de maximumtarieven.[175] Ten aanzien van bedongen kosten in *b2b*-relaties geldt art. 242 Rv, waarover hierna in par. 4.7.

---

172 'Art. 6:96 (…)
4. In geval van een handelsovereenkomst als bedoeld in artikel 119a lid 1 of artikel 119b lid 1 bestaat de vergoeding van kosten bedoeld in lid 2 onder c uit ten minste een bedrag van 40 euro. Dit bedrag is zonder aanmaning verschuldigd vanaf de dag volgende op de dag waarop de wettelijke of overeengekomen uiterste dag van betaling is verstreken. Hiervan kan niet ten nadele van de schuldeiser worden afgeweken.
5. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld voor de vergoeding van kosten als bedoeld in lid 2 onder c. Van deze regels kan niet ten nadele van de schuldenaar worden afgeweken indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In dit geval mist artikel 241, eerste volzin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering toepassing.
6. De vergoeding volgens de nadere regels kan indien de schuldenaar een natuurlijk persoon is, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, eerst verschuldigd worden nadat de schuldenaar na het intreden van het verzuim, bedoeld in artikel 81, onder vermelding van de gevolgen van het uitblijven van betaling, waaronder de vergoeding die in overeenstemming met de nadere regels wordt gevorderd, vruchteloos is aangemaand tot betaling binnen een termijn van veertien dagen, aanvangende de dag na aanmaning.
7. Indien een schuldenaar voor meer dan een vordering door een schuldeiser kan worden aangemaand als bedoeld in lid 6, dan dient dit in één aanmaning te geschieden. Voor de berekening van de vergoeding worden de hoofdsommen van deze vorderingen bij elkaar opgeteld.'

173 Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten), *Stb*. 2012, 141.

174 In het Besluit BIK is vastgelegd wanneer en tot welke hoogte buitengerechtelijke kosten zijn verschuldigd voor uit overeenkomsten voortvloeiende geldvorderingen. De tarieven zijn gebaseerd op een forfaitair percentage van de gevorderde hoofdsom, met een minimum van € 40. De redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte van een bedrag van in hoofdsom € 2.500 bedragen 15% van de hoofdsom.

175 Engberts 2012, p. 196-201.

De wetgever heeft met het normeren van de tweede redelijkheidstoets beoogd duidelijkheid en rechtszekerheid te scheppen voor partijen over de hoogte van de verschuldigde kosten, zodat daarover conflicten en een eventuele gang naar de rechter worden voorkomen.[176] Om die reden kunnen de hier bedoelde kosten ook niet van kleur verschieten (art. 241 Rv) of worden gematigd door de rechter op de voet van art. 242 Rv. De rechter dient nog wel te beoordelen of de vordering aan de eerste redelijkheidstoets (de vraag of het redelijk is dat kosten zijn gemaakt) voldoet.[177]

Achtergrond Besluit BIK
In de afgelopen jaren zijn door de rechterlijke macht verschillende initiatieven ontplooid om te komen tot (meer) uniformiteit ten aanzien van de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Volgens de werkgroep buitengerechtelijke kosten van de NVvR was daaraan behoefte, gezien de uiteenlopende opvattingen van de diverse rechterlijke colleges omtrent de toewijsbaarheid van buitengerechtelijke kosten.[178] Aanleiding tot het normeren en maximeren van de buitengerechtelijke kosten vormde ook de constatering dat professionele schuldeisers regelmatig hogere buitengerechtelijke kosten berekenden aan de schuldenaren dan in werkelijkheid werden gemaakt.[179] Jarenlang fungeerde het niet-bindende rapport Voor-werk II van de NVvR als leidraad bij de beoordeling van de redelijkheid van buitengerechtelijke kosten. Volgens het rapport is vergoeding van buitengerechtelijke kosten alleen aan de orde 'wanneer aangetoond is dat er werkzaamheden zijn verricht die meer omvatten dan een paar aanmaningen, het doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van een eenvoudige inlichtingen of het op de gebruikelijke manier samenstellen van het dossier'.

Aanbevolen werd om zowel de bedongen als niet-bedongen buitengerechtelijke kosten forfaitair vast te stellen tot twee punten van het toepasselijke liquidatietarief in eerste aanleg, met een maximum van 15% van de hoofdsom. Volgens de aanbevelingen dient de rechter daartoe ten aanzien van de bedongen buitengerechtelijke kosten gebruik te maken van zijn matigingsbevoegdheid van art. 242 Rv. Niet-bedongen buitengerechtelijke kosten kan hij volgens de aanbevelingen matigen op grond van art. 6:97 BW (waarin de bevoegdheid tot begroting of schatting van de schade is neergelegd) of eventueel art. 6:109 BW. Voor kantonzaken geldt de aparte, door de Kring van Kantonrechters ontwikkelde staffel. Ten slotte is afwijking slechts mogelijk indien de schuldeiser gemotiveerd stelt en zo nodig bewijst dat de werkelijk gemaakte kosten hoger zijn en dat deze redelijk zijn.

Het rapport Voor-werk II werd fel bekritiseerd.[180] Met name de aanbeveling om voor vergoeding van de buitengerechtelijke kosten aan te sluiten bij het liquidatietarief

176 Zie HR 13 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1405, r.o. 3.4.
177 *Kamerstukken II* 2010/11, 32418, 5, p. 5; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 5; Engberts 2012, p. 200; HR 13 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1405, r.o. 3.5.
178 Rapport Voor-werk II, nr. 3.4.
179 Engberts 2012, p. 196-201.
180 Teuben 2004, p. 18 en de daar aangehaalde literatuur.

(zoals geldt voor de proceskosten) heeft de nodige reacties opgeroepen. Buitengerechtelijke kosten en proceskosten zijn namelijk naar hun aard verschillende kosten met een eigen (wezenlijk andere) grondslag. Het zou daarom niet voor de hand liggen om deze op dezelfde wijze te begroten.[181] Maar ook vanuit de praktijk klonken kritische geluiden. Ondanks de uniformerende bedoelingen zouden de verschillen in toepassing daarvan door de rechterlijke instanties veeleer verdeeldheid brengen.[182] De rechtspraak zou aanzienlijke verschillen laten zien tussen de toegewezen bedragen aan buitengerechtelijke kosten. Ook zou in het buitengerechtelijk traject niet steeds worden gewerkt aan de hand van de maatstaven van het rapport Voor-werk II; het zou geregeld voorkomen dat (zeer) hoge incassokosten in rekening werden gebracht met betrekking tot relatief kleine vorderingen, die vervolgens niet tot een rechtszaak leidden.[183] Meer in het algemeen klonk de roep om een overzichtelijker en eenduidiger systeem.[184]

Een en ander gaf aanleiding tot de Wet normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Deze wet is op 1 juli 2012 in werking getreden. Op dezelfde dag is ook het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten in werking getreden (het Besluit BIK[185]). Het Besluit BIK is uitsluitend ten aanzien van consumenten dwingend; voor andere schuldenaren bevat het Besluit BIK regelend recht. Het vastleggen van de hoogte van deze kosten beoogt schuldenaren te beschermen tegen onredelijke hoge incassokosten, en daarnaast is beoogd voor partijen duidelijkheid te bieden tot welk bedrag incassokosten in rekening mogen worden gebracht. Buitencontractuele vorderingen vallen buiten het toepassingsgebied.

Teneinde een zo uniform mogelijke toepassing te bevorderen (en daarmee gehoor te geven aan de roep om duidelijkheid en rechtszekerheid) heeft een werkgroep van rechters en juridisch ondersteunend personeel het rapport BGK-integraal 2013 opgesteld, dat per 1 november 2013 is ingevoerd. Het bevat informatie en adviezen met betrekking tot de beoordeling van gevorderde buitengerechtelijke kosten. In de literatuur is evenwel meermaals geopperd dat WIK, Besluit BIK en het rapport BGK-integraal gezien de diversiteit aan regels, afwijkende vergoedingssystemen en uitzonderingen op de regels voor nog meer versnippering en onduidelijkheid hebben gezorgd.[186]

---

181 De Groot & Hendrikse, p. 34 en 41 en de daar aangehaalde literatuur.

182 Vgl. Conclusie A-G Huydecoper voor HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 566; De Groot en Hendrikse, p. 34; Conclusie A-G Wissink voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*), sub 3.14.

183 Conclusie A-G Wissink voor HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*).

184 Ruygvoorn 2014, p. 179 e.v.; Engberts 2012, p. 196-201.

185 Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten), *Stb*. 2012, 141.

186 Sluijter 2014, p. 3 e.v.; Enderink & Al Mansouri 2014, p. 134 e.v.

73 Stellen en specificeren

Hiervoor is aan de orde gekomen dat bij vorderingen die dwingend onder het Besluit BIK vallen wordt geabstraheerd van de werkelijk gemaakte kosten. De vergoedingsstaffel van het Besluit BIK geldt als redelijk en matigen is in beginsel niet mogelijk. Om aanspraak te kunnen maken op een vergoeding behoeft de schuldeiser dus enkel te stellen dat incassohandelingen zijn verricht en kosten zijn gemaakt. De omvang van de kosten hoeft hij niet aan te tonen.[187]

Ten aanzien van vorderingen die niet dwingend onder het Besluit BIK vallen geldt het uitgangspunt dat de buitengerechtelijke kosten volledig vergoed worden, althans voor zover zij redelijk zijn. Dat veronderstelt dat de rechter op de hoogte is van de werkelijk verrichte werkzaamheden en bijbehorende kosten waarvan de redelijkheid moet worden beoordeeld. In het arrest *Roozen/Blaricum* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wie aanspraak wil maken op vergoeding van de buitengerechtelijke kosten, het bestaan hiervan dient te stellen en een specificatie moet overleggen van de verrichte werkzaamheden en het uurtarief (ongeacht of het nu om bedongen of niet-bedongen buitengerechtelijke kosten gaat).[188,189] De eisende partij zal aannemelijk moeten maken dát buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht, die meer omvatten dan het versturen van enkele aanmaningen. Daarnaast zal de partij ook de aard en redelijkheid van de verrichte werkzaamheden goed moeten specificeren en onderbouwen.[190] Aan de hand van de specificatie kan de rechter (maar ook de wederpartij) de redelijkheid van de gevorderde buitengerechtelijke kosten beoordelen.[191] De stel- en specificatieplicht geldt onverkort in verstekprocedures (zoals impliciet lijkt te volgen uit voornoemd arrest *Roozen/Blaricum*, waarin de wederpartij in alle instanties verstek heeft laten gaan) en in procedures op tegenspraak waarbij geen verweer wordt gevoerd tegen de gevorderde kosten. De Groot en Hendrikse zeggen hierover het volgende:

> *'De eisende partij kan […] in rechte nooit volstaan met de enkele stelling dat er buitengerechtelijke kosten zijn gemaakt. Deze partij dient gespecificeerd te stellen en bij betwisting aan te tonen dat de door hem gevorderde kosten ook daadwerkelijk buitengerechtelijke verrichtingen bevat.'*[192]

---

187 Vgl. BGK-integraal 2013, par. II.6, p. 15. Zie ook Engberts 2012, p. 200.

188 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7004, *NJ* 2003/556 (*Roozen/Blaricum*); zie ook HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461 en HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *JBPR* 2012/62, m.nt. K. Teuben (*Groenegeest/Proosdij*). Zie ook De Groot & Hendrikse 2005, p. 30.

189 Overigens is de nodige kritiek geuit op de specificatieplicht ter zake van bedongen kosten; zie A-G Huydecoper in zijn conclusie inzake HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7004, *NJ* 2003/556 (*Roozen/Blaricum*). Volgens Huydecoper mogen contractuele incassobedingen 'niet – door toepassing van rigoureuze matiging – terzijde worden gesteld op de enkele grond dat de crediteur niet stelt of aantoont dat er daadwerkelijk (in dit concrete geval verrichte) werkzaamheden voor zijn rekening zijn gekomen die niet onder de gebruikelijke proceskostenveroordeling zijn begrepen.' (sub 21).

190 K. Teuben, annotatie bij HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *JBPR* 2012/62 (*Groenegeest/Proosdij*).

191 Vgl. conclusie A-G Timmerman inzake HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *RvdW* 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), sub 3.10.

192 De Groot & Hendrikse 2005, p. 30.

Met andere woorden, het voldoen aan de stel- en specificatieplicht is een minimale voorwaarde voor toewijzing. De specificatieplicht komt niet pas tot leven na (voldoende gemotiveerde) betwisting door de wederpartij.

Specificeren en 'no cure no pay'

In het arrest *De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis* heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag, in hoeverre buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand die voortvloeien uit een *no cure no pay*-afspraak voor vergoeding via art. 6:96 lid 2 onder b en c BW in aanmerking kunnen komen.[193] Kenmerkend voor afspraken waarbij de beloning wordt gerelateerd aan (een percentage van) de uitkomst van de zaak, is dat vooraf een gefixeerde vergoeding wordt afgesproken die in beginsel losstaat van de verrichte werkzaamheden en uurtarieven. In De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis werd de vordering tot vergoeding van deze kosten in eerste aanleg dan ook afgewezen, omdat inzicht in het aantal uren en de aard van de verrichte werkzaamheden en het gehanteerde uurtarief volgens de rechtbank noodzakelijk was om te kunnen beoordelen of het gevorderde bedrag in omvang redelijk was. In hoger beroep is het vonnis bekrachtigd. Volgens het hof moest bij de vraag welk bedrag aan buitengerechtelijke kosten in dit geval moest worden vergoed, niet de *no cure no pay*-afspraak tot uitgangspunt worden genomen, maar het aantal gewerkte uren en het gehanteerde uurtarief. Het hof kwam door middel van een zelfstandige berekening op basis van fictieve uren en uurtarieven vervolgens op een veel lager bedrag uit dan gevorderd. In cassatie heeft de Hoge Raad korte metten gemaakt met dit oordeel. De Hoge Raad overwoog dat de vergoeding ex art. 6:96 lid 2 sub b en c BW ertoe strekt dat de benadeelde ook op het punt van de gemaakte kosten komt te verkeren in de vermogenspositie waarin hij zonder de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis zou hebben verkeerd. De tekst en strekking van de bepaling stellen geen eisen aan de wijze van berekening van die kosten. De vraag in hoeverre de kosten die de benadeelde heeft gemaakt op de voet van art. 6:96 lid 2 sub b en c BW voor vergoeding in aanmerking komen, 'dient aan de hand van de hiervoor vermelde maatstaf te worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval'.[194, 195]

---

193 De vraag, of de rechter bij de beoordeling van de redelijkheid van de omvang van de buitengerechtelijke kosten zich heeft te richten op de hoogte van een door de benadeelde met zijn rechtsbijstandverlener overeengekomen bedrag, dan wel op de werkelijk verrichte werkzaamheden en bijbehorende kosten, is een rechtsvraag; conclusie A-G Timmermans voor HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *RvdW* 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), sub 3.9.

194 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *RvdW* 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), r.o. 3.4.1-3.4.2.

195 De omstandigheden in casu waren: het Ziekenhuis had na het overlijden van de vrouw van X aanvankelijk geen aansprakelijkheid erkend, X was als gevolg van het plotselinge overlijden van zijn vrouw een weduwnaar met twee zeer jonge kinderen, X verkeerde daarom in een shocktoestand en was niet in staat de financiële gevolgen van de afspraak met A in te schatten, zijn financiële situatie liet niet toe een rechtsbijstandverlener in te schakelen op basis van vergoeding van gewerkte uren vermenigvuldigd met een uurtarief, eiser heeft onder meer aangevoerd dat het overeengekomen honorarium van 15% redelijk en in de branche gebruikelijk is, en dat ook ook de totale omvang van het aan A verschuldigde honorarium redelijk is en overeenstemt met de door veel verzekeraars voor letselschadezaken gehanteerde PIV-staffel.

> *'In het licht van hetgeen hiervoor in 3.4.1 en 3.4.2 is overwogen, slaagt het onderdeel waar het opkomt tegen de oordelen van het hof dat art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW geen grondslag biedt voor een kostenberekening op basis van de onderhavige overeenkomst en dat ook in dit geval het aantal door [A] voor [eiser] gewerkte uren, de verrichte werkzaamheden en een uurtarief tot uitgangspunt moeten worden genomen. Het hof is niet ingegaan op de door het onderdeel genoemde, hiervoor in 3.5.1 vermelde, omstandigheden van het geval. Als het hof dit niet heeft gedaan omdat het van oordeel was dat art. 6:96 lid 2, aanhef en onder b en c, BW geen grondslag kan bieden voor een kostenberekening op basis van een overeenkomst als de onderhavige, is het van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Als het hof van oordeel was dat voor een zodanige kostenberekening in het onderhavige geval onvoldoende grond bestond, is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd.'*[196]

Hieruit laat zich afleiden dat de werkelijke verrichtingen, uren en kosten in beginsel het uitgangspunt zijn bij de beoordeling van de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten ex art. 6:96 BW, maar dat de aanspraak niet beperkt is tot de kosten die zijn berekend op basis van aantal gewerkte uren, verrichte werkzaamheden en uurtarief.[197] Onder omstandigheden kunnen de kosten die onderwerp zijn van een resultaat gerelateerde beloningsafspraak voor vergoeding in aanmerking komen. Ook ten aanzien van die kosten echter geldt dat zij de dubbele redelijkheidstoets moeten doorstaan. De vraag rijst natuurlijk hoe de redelijkheid moet worden beoordeeld indien geen specificatie van verrichte werkzaamheden, aantal uren en gehanteerd uurtarief voorhanden is. Volgens A-G Wissink kan ook in geval van een *no cure no pay*-afspraak verlangd worden dat inzicht wordt geboden in de verrichte werkzaamheden, omdat anders de redelijkheid niet kan worden beoordeeld.[198] Veendrick wijst er eveneens op dat deze kosten kunnen worden getoetst aan omstandigheden als de aard en omvang van de zaak, de aard van de verrichte werkzaamheden, de deskundigheid van degene die de werkzaamheden verricht en de complexiteit van de zaak. Daarnaast kan de verhouding tussen het schadebedrag en de omvang van de resultaat gerelateerde beloningsafspraak worden meegewogen.[199] De staffels die de tweede redelijkheidstoets invullen (PIV-staffel[200] en Besluit BIK) kunnen ook een uitkomst bieden.

74 Deelconclusie

Hoewel de buitengerechtelijke kosten in beginsel volledig vergoed dienen te worden, is gebleken dat deze op meerdere gronden aan matiging onderhevig zijn. Volledige vergoeding is alleen nog aan de orde in geval van kosten die niet van kleur verschieten, de dubbele redelijkheidstoets doorstaan, deugdelijk gespecificeerd zijn en niet dwingend onder het Besluit BIK vallen. Hieraan ligt ten ene male de gedachte

---

196 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, *RvdW* 2014/1084 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*), r.o. 3.5.1.

197 Vgl. Veendrick 2014, p. 1-7.

198 Conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:HR:2015:860) voor HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126, m.nt. S.D. Lindenbergh, sub 4.65.4.

199 Veendrick 2014, p. 1-7.

200 Dit zijn forfaitaire tarieven die zijn vastgesteld door de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, bedoeld als leidraad om discussies over de redelijkheid van buitengerechtelijke kosten te voorkomen.

ten grondslag, dat er zoveel mogelijk duidelijkheid en rechtszekerheid moet zijn voor partijen ten aanzien van de hoogte van de verschuldigde kosten.

4.7 De bedongen kostenvergoeding

75 De rechterlijke matigingsbevoegdheid van art. 242 Rv

Uit het voorgaande volgt dat zowel de vergoeding van kosten van rechtsbijstand als de vergoeding van buitengerechtelijke kosten op verschillende manieren zijn begrensd. De ratio is volgens de Nederlandse wetgever gelegen in het recht op toegang tot de rechter, waarmee hoge financiële drempels niet zijn te verenigen. Daarnaast is met de normering van de vergoeding aan de hand van het liquidatietarief c.q. het Besluit BIK beoogd voor partijen duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden. Om toch aanspraak te kunnen maken op ruimere kostenvergoedingen wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt van contractuele bedingen. Vaak gaat het hierbij om in algemene voorwaarden bedongen proces- en incassokosten.[201] Dergelijke bedingen zijn in beginsel toelaatbaar, aangezien zowel art. 237 e.v. Rv als art. 6:96 lid 2 BW regelend recht bevatten.[202] De Hoge Raad heeft dat nog eens bevestigd in het arrest *WIB/Jongsma*, waarin is geoordeeld dat een beding tot verhaal van de volledige proces- en buitengerechtelijke kosten op grond van Nederlands recht in beginsel acceptabel is.[203] De Hoge Raad volgde daarin A-G Vranken, die concludeerde:

> *'(…) dat tegen een van art. 56 e.v. Rv afwijkend beding als in het onderhavige geval aan de orde is, geen bezwaar behoeft te bestaan, ook niet uit een oogpunt van bescherming van de toegang tot de rechter, mits verzekerd is dat de rechter de mogelijkheid heeft om het beding te toetsen en in voorkomend geval te redresseren. Er kunnen zich immers situaties voordoen, waarin het alleszins redelijk is aanspraak te hebben op een hogere vergoeding van proceskosten dan de rechter op basis van art. 56 e.v. Rv kan opleggen. Anderzijds moet worden gewaakt voor 'overkill'. Degene die een en ander het beste kan beoordelen is de rechter, maar hij moet dan wel het instrumentarium hebben om indien nodig in te grijpen.'*[204]

In een 'instrumentarium om in te grijpen' is voorzien door art. 242 Rv, dat de rechter de bevoegdheid verleent een beding tot vergoeding van de volledige buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten te toetsen en eventueel (zelfs ambtshalve) te matigen tot bedragen die jegens de wederpartij redelijk zijn. Art. 242 Rv luidt:

> *'1. De rechter kan bedragen die geacht kunnen worden te zijn bedongen ter vergoeding van proceskosten of van buitengerechtelijke kosten als bedoeld in artikel 96, tweede lid, onder b en c, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ambtshalve matigen, doch niet tot onder het bedrag van de krachtens de wet te begroten proceskosten respectievelijk het bedrag van de buitengerechtelijke kosten die, gelet op*

---

201 Vgl. Huydecoper 2005, p. 7; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 1.

202 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 10.

203 HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0836, *NJ* 1993/597, m.nt. H.J. Snijders (*Winward/Jongsma*).

204 Conclusie A-G Vranken voor HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0836, *NJ* 1993/597, m.nt. H.J. Snijders (*Winward/Jongsma*).

de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht, jegens de wederpartij redelijk zijn.
2. Het eerste lid is niet van toepassing ter zake van kosten als bedoeld in artikel 96, vijfde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en geldt niet voor overeenkomsten die strekken tot regeling van een reeds gerezen geschil.'

Aan een dergelijk ambtshalve uit te oefenen matigingsrecht van de rechter bestond volgens de wetgever behoefte in met name de verstekzaken, die juist in incassogeschillen veel voorkomen.[205] De tot de invoering van art. 56ab Rv (oud) (art. 242 Rv (nieuw)) geldende wetgeving voorzag nog niet expliciet in deze bevoegdheid. Matiging of afwijzing van bedongen kosten werd weliswaar reeds voor mogelijk gehouden door middel van een toets aan de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 en 6:248 BW, de regels van algemene voorwaarden en de goede trouw. Maar de toepassing daarvan kan veelal pas geschieden aan de hand van *ten processe* gebleken feiten en omstandigheden.[206] Daarnaast gold (en geldt) dat boetebedingen ex art. 6:94 BW altijd door de rechter gematigd kunnen worden, althans voor zover de billijkheid dat eist. Maar art. 6:94 BW bepaalt dat de matiging uitsluitend *op verlangen van de schuldenaar* kan worden toegepast. Bovendien werd betwijfeld of ook incassobedingen, voor zover deze gerechtelijke kosten omvatten, steeds als boetebedingen kunnen worden opgevat.[207] Ook om die reden lag het volgens de wetgever voor de hand de ambtshalve matigingsbevoegdheid met betrekking tot bedongen buitengerechtelijke én gerechtelijke kosten in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op te nemen. Voor zover de boete kan worden geacht te zijn bedongen ter vergoeding van buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten kan deze op grond van art. 242 Rv worden gematigd.

De strekking van art. 242 Rv is de rechter de bevoegdheid te geven om de kosten die onderwerp zijn van het beding zo nodig ambtshalve binnen redelijke grenzen te houden:

'Deze opzet sluit (…) goed aan bij de belangrijke ambtshalve uit te oefenen bevoegdheden die de rechter toch reeds ter zake van de toekenning en begroting van proceskosten heeft. Daarmee strookt om hem ook de bevoegdheid te geven een desbetreffend beding ambtshalve binnen redelijke grenzen te houden. In het oog dient te worden gehouden dat de vrees voor excessieve proceskosten de gedaagde zou kunnen worden weerhouden van een op zichzelf volkomen gerechtvaardigd verweer en dat het evenwicht ter zake van het risico dat beide partijen lopen, zou worden verstoord als de gedaagde, bij verlies van het geding, krachtens overeenkomst aanzienlijk hogere proceskosten verschuldigd zou zijn dan eiser, als deze verliest, krachtens de wet.'[208]

---

205 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 10; De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 2.

206 Rapport van de werkgroep 'Buitengerechtelijke kosten', *Trema* 1989, p. 279.

207 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 10.

208 Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [etc.] 1992, p. 39 (MvT). Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2017/125.

De ondergrens wordt gevormd door de proceskosten van art. 237 e.v. Rv en de buitengerechtelijke kosten die redelijkerwijs volgens 'gebruikelijke tarieven' in rekening worden gebracht.[209]

'Binnen redelijke grenzen' is volgens de Hoge Raad een andere maatstaf dan de 'onaanvaardbaarheid' in het kader van redelijkheid- en billijkheidstoets van art. 6:109 BW.[210] Het gaat hier om een rechterlijke bevoegdheid die 'vrijer' is dan de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 BW (en bjiv. 6:94 BW). De rechter mag de bedongen buitengerechtelijke kosten matigen tot een bedrag dat overeenkomstig de BIK-staffel wordt begroot, indien niet gesteld en bij betwisting aannemelijk wordt gemaakt dat de werkelijke kosten hoger zijn.[211] Ook het incassopercentage dat gebruikelijk is in de branche of dat door de schuldenaar zelf in de verhouding tot zijn schuldenaren wordt gehanteerd, kunnen in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de redelijkheid van buitengerechtelijke incassokosten. Maar, aldus de Hoge Raad, niet kan worden aanvaard dat deze percentages in beginsel als uitgangspunt zouden moeten dienen – het uitgangspunt is de rechterlijke beoordelingsvrijheid.[212] Deze vrijheid ontslaat de rechter overigens niet van zijn motiveringsplicht. Toepassing van de matigingsbevoegdheid dient dus te worden gemotiveerd, al worden aan de motivering geen zware motiveringseisen gesteld.[213] De motivering moet in ieder geval voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, zodat de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar is.[214]

De matigingsbevoegdheid van de rechter ten aanzien van bedongen kostenvergoedingen perkt de contractsvrijheid van partijen in belangrijke mate in. In de discussie over de vraag of art. 242 Rv zich verdraagt met de contractsvrijheid is wel geopperd dat ambtshalve matigingsbevoegdheid met name in *business-to-business* verhoudingen terughoudend moet worden toegepast. De contractsvrijheid zou anders illusoir zijn.[215] De Hoge Raad heeft desondanks geoordeeld dat de rechter ook in *b2b*-verhoudingen de bevoegdheid heeft bedongen kosten te matigen. Het Besluit BIK is als gezegd op die verhoudingen niet dwingend van toepassing. De gedachte is echter dat ook in die verhoudingen de debiteur moet worden beschermd tegen kosten die de redelijke grenzen overschrijden. Het staat de rechter daarom vrij ambtshalve te matigen tot de tarieven van het BIK, indien niet wordt gesteld en bij betwisting aannemelijk wordt gemaakt dat de werkelijke kosten hoger zijn.[216] Volgens A-G Wissink wordt de

209 S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*Fa-Med/X*); De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 5.

210 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2006:AP6874, *NJ* 2006/200, m.nt. H.J. Snijders (*Doryade/Staat*).

211 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.5.7.

212 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.5.8.

213 S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1405, *NJ* 2014/406 (*Fa-Med/X*).

214 Vgl. De Bock, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 242 Rv, aant. 3.

215 Huydecoper 2006, p. 130-132; De Groot & Hendrikse 2005, p. 32-33.

216 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.5.7.

contractsvrijheid weliswaar beperkt door art. 242 Rv maar is deze niet illusoir, omdat hogere kostenvergoedingen immers kunnen worden toegewezen.[217]

In deze context heeft Huydecoper gewezen op een belangrijke tegenstrijdigheid. Enerzijds neemt de Nederlandse wetgever tot uitgangspunt dat beperking van de kosten noodzakelijk is met het oog op de toegang tot de rechter. Anderzijds gaat het hier niet om waterdichte regels, omdat afwijkende vergoedingen overeengekomen kunnen worden. Als men er zo van overtuigd is dat de kostendrempel in de toegang tot de rechter laag moet worden gehouden, dan past het ook om geen afwijkende afspraken toe te staan. Staat men afwijkende afspraken wel toe, dan moet het overeengekomen bedrag niet alsnog worden gematigd.[218] Een vergelijking met het Belgisch tariefstelsel doemt hier op. In art. 1023 van het Gerechtelijk Wetboek is bepaald dat overeenkomsten over van de tarieven afwijkende vergoedingen nietig zijn. Het stelsel is namelijk van openbare orde.[219] In Nederland heeft men niet zover willen gaan, maar daardoor staat de juistheid en rechtvaardigheid van het stelsel wel ter discussie.

In de navolgende paragraaf zal worden bezien hoe zich het Nederlands kostenstelsel verhoudt met de vereisten van het EU-recht.

4.8 Verenigbaar met EU-recht?

76 Analyse van het kostenstelsel in het licht van de grondrechten en beginselen van EU-recht

Reeds in het vorige hoofdstuk is aan de orde gekomen dat het Europese beginsel van procedurele autonomie, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid c.q. effectieve rechtsbescherming, ook geldt ten aanzien van nationale regelingen over proceskosten.[220]

De verenigbaarheid van de Nederlandse forfaitaire proceskostenvergoeding met het doeltreffendheidsvereiste is onderwerp van discussie. Zoals hiervoor duidelijk is geworden, krijgt de procespartij die door de rechter in het gelijk wordt gesteld in verband met het doorgaans toegepaste liquidatietarief vaak (lang) niet alle kosten vergoed. Het feit dat kosten moeten worden gemaakt om aanspraken ontleend aan het EU-recht te kunnen verwezenlijken, staat volgens sommigen op gespannen voet met het doeltreffendheidsbeginsel.[221] De Hoge Raad heeft zich over dit vraagstuk

---

217 Conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:HR:2015:860) voor HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126, m.nt. S.D. Lindenbergh, sub 4.45.

218 Huydecoper 2006, p. 130; Conclusie A-G Huydecoper voor HR 11 juli 2003, *NJ* 2003/566, sub 14: 'Gegeven dat de wet in art 242 Rv/art. 57ab Rv uit lijkt te gaan van de geoorloofdheid van dergelijke bedingen, is het een legitieme vraag of deze radicale toepassing van de matigingsfaciliteit niet verder gaat dan met de bedoelingen van de wet verenigbaar is.'

219 Zie hierna hoofdstuk 7.

220 Zie ook Meijer 2007, p. 200-201; Krans 2010, p. 96-97.

221 Meijer 2007, p. 201; A-G Wattèl voor HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*), met verwijzing naar literatuur.

uitgesproken in het arrest *Staat/De Haan*, waarin de Staat aansprakelijkheid werd gesteld wegens (gekwalificeerde) schending van EU-recht.[222] De Hoge Raad overwoog dat de vergoeding van de proceskosten een 'bijkomend vraagstuk' is, dat naar nationaal recht moet worden beoordeeld met inachtneming van het doeltreffendheidsvereiste. De Nederlandse forfaitaire proceskostenregeling voldoet daaraan, aldus de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad kan slechts in zeer bijzondere omstandigheden worden afgeweken van de forfaitaire vergoeding. Hiervan is geen sprake in het geval van schending van EU-recht, aangezien dit geen andere of ernstigere vorm is dan schending van nationaal recht (r.o. 3.4-5).[223]

In een andere zaak waarin de Staat aansprakelijk werd gesteld (ditmaal voor een overschrijding van de redelijke termijn voor berechting van art. 6 EVRM) oordeelde de Hoge Raad dat art. 237 e.v. Rv ook in dergelijke procedures van toepassing is. Op het middel dat betoogde dat een proceskostenveroordeling ertoe leidt dat aan partijen een *'effective remedy'* wordt onthouden voor het maken van aanspraak op een vergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn voor berechting oordeelde de Hoge Raad:

> *'Daarbij verdient opmerking dat het risico van een proceskostenveroordeling bij de in Nederland voor dit soort zaken geldende tarieven geen onaanvaardbare drempel oplevert om op te komen tegen een (gestelde) schending van door het EVRM gewaarborgde rechten. Het middel faalt dan ook.'*

Aldus gaat de Hoge Raad uit van de verenigbaarheid van het forfaitaire stelsel met EU-recht, meer specifiek, het recht op een *'effective remedy'* van art. 13 EVRM.

Vooralsnog is er geen Europese rechtspraak waaruit volgt dat forfaitaire kostenvergoedingen *niet* verenigbaar zijn met het doeltreffendheidsvereiste. In het *Clean Car-arrest* overwoog het HvJ EU dat de Oostenrijkse forfaitaire proceskostenregeling niet in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel. De nationale regeling lijkt volgens het HvJ EU 'niet van dien aard [te zijn] dat zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde toegekende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt'.[224] Hierin volgde het HvJ EU A-G Geelhoed, die van mening is dat niet goed valt in te zien hoe een forfaitaire regeling voor proceskosten het uiterst moeilijk of onmogelijk maakt het gemeenschapsrecht uit te oefenen (sub 28). In de zaak *D/Belastingdienst* betoogde A-G Ruiz Jarabo naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het hof Den Bosch dat indien een belastingplichtige voor de terugvordering van de betaalde belasting hoge uitgaven moet doen, dit hem kan weerhouden en dat de uitoefening van zijn rechten dan onrechtmatig wordt belemmerd.[225] Volgens Ruiz Jarabo zijn een dure en trage rechtsgang onverenigbaar met het recht

---

222 HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*).

223 Hoewel het hier een fiscaal geschil betrof, wordt in de literatuur aangenomen dat het arrest ook betrekking heeft op de civiele proceskostenregeling. Zie Krans 2010, p. 100; Von Schmidt auf Altenstadt 2005, p. 14-16.

224 HvJ EU 6 december 2011, C-472/99, ECLI:EU:C:2001:663 (*Clean Car*), r.o. 29.

225 Conclusie A-G Ruiz Jarabo inzake HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03, ECLI:EU:C:2004:663 (*D/Belastingdienst*).

op een effectieve rechtsbescherming (sub 110). De A-G kwam tot de conclusie dat een proceskostenvergoeding van € 2000 op een totale uitgave van € 12.500 het doeltreffendheidsbeginsel wel degelijk zou kunnen schenden, maar het HvJ EU kwam helaas niet toe aan een oordeel over dit vraagstuk.[226]

Veeleer kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat een stelsel van forfaitaire proceskostenvergoeding althans *in abstracto* wél verenigbaar is met EU-recht. In verschillende arresten heeft het HvJ EU het Verenigd Koninkrijk op de vingers getikt, omdat het in civiele procedures geldende kostenstelsel te weinig waarborgen zou bieden voor een voorspelbare, niet buitensporig hoge proceskostenveroordeling.[227] Dat heeft een rol gespeeld bij de doorvoering van belangrijke wijzigingen van de Engelse *Civil Procedural Rules* in 2013, zoals in hoofdstuk 7 nog uitgebreid aan de orde zal komen.

Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid, dat een stelsel van forfaitaire proceskostenvergoeding *zonder meer* verenigbaar is met het EU-recht. De beoordeling van de verenigbaarheid hangt namelijk mede af van de belangenafweging die in het kader van de doeltreffendheidstoets moet worden uitgevoerd.[228] Zoals ook in par. 3.2. aan de orde is gekomen, moet de nationale rechter op grond van de zogenaamde procedurele *rule of reason* het belang van een doeltreffende bescherming van EU-recht afwegen tegen het belang dat aan de nationale proceskostenregeling is verbonden.[229] Zwaarwegende belangen zijn de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.[230] De rechtszekerheid die uitgaat van forfaitaire tarieven en de achterliggende ratio – namelijk de bescherming van partijen tegen onvoorspelbare en hoge kosten – zullen dan ook gewicht in de schaal (moeten) leggen bij toepassing van de procedurele *rule of reason*.[231]

---

226 HvJ EU 5 juli 2005, C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 (*D/Belastingdienst*), r.o. 64: 'Aangezien de derde vraag alleen is gesteld voor het geval één van de eerste twee vragen bevestigend zou worden beantwoord, behoeft deze geen beantwoording.' Zie ook Krans 2010, p. 99.

227 HvJ EU 11 april 2013, C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*); HvJ EU 13 februari 2014, C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*). Zie ook hiervoor par. 3.6 en hierna par. 7.3.

228 Zo ook Meijer 2007, p. 202; Meijer 2006, p. 170-174; A-G Wattèl in zijn conclusie voor HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361, m.nt. M.R. Mok (*Staat/De Haan*), sub 7.31 met verwijzing naar HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*). Over de procedurele *rule of reason* zie Krans 2010, p. 9; Wilman 2014, p. 41; Ancery 2012, p. 105; Meijer 2014, p. 45.

229 A-G Wattèl punt 7.31 met verwijzing naar HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*); Meijer 2007, p. 202. Over de procedurele *rule of reason* zie ook Krans 2010, p. 9; Wilman 2014, p. 41; Ancery 2012, p. 105; Meijer 2014, p. 45.

230 HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*), r.o. 19; zie ook conclusie A-G Jääskinen van 7 mei 2015 in de zaak HvJ EU 6 oktober 2015, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*), sub 35.

231 In het arrest *Staat/De Haan* heeft A-G Wattèl gewezen op de 'voorkoming van casuïstische individuele dubbele redelijkheidstoetsen' als zwaarwegend belang van efficiënte rechtspleging. Hij meent dat beperking van de proceskosten toegestaan is op grond van dit – en andere door de wetgever aangevoerde – belang(en): Conclusie A-G Wattèl voor HR 17 december 2004, *NJ* 2005/361 (*Staat/De Haan*), sub 7.40.

Problematischer is waarschijnlijk dat er geen alomvattend, overtuigend principe ten grondslag ligt aan het Nederlandse stelsel van relatief lage, geliquideerde tarieven. De grondslag voor de gematigde proceskostenveroordeling die is gezocht in de 'billijkheid' (in de vorm van 'procesrisico en procesbeleid') is bekritiseerd. Omstreden is met name het uitgangspunt dat met lage kostenveroordelingen op basis van het liquidatietarief de toegang tot het recht zou worden gewaarborgd.[232] In deze context kan van belang zijn dat in buurlanden Engeland en Duitsland (maar ook in procedures bij de aanstaand *Unified Patent Court*) over het algemeen ruimere vergoedingen worden toegekend. In navolging van deze regelingen lijkt de Europese wetgever de koers te hebben ingezet in de richting van een meer reële proceskostenveroordeling, juist ook omwille van de toegankelijkheid van de rechter. Het richtlijnvoorstel tot vaststelling van minimumnormen in civiele procedures van 10 februari 2017 bevat een bepaling die verplicht tot vergoeding van de 'evenredige' en 'noodzakelijke' kosten.[233] Daarom kan worden betwijfeld of het belang van de Nederlandse lage forfaitaire proceskostenvergoeding in de woorden van Meijer nog is aan te merken 'a commonly acknowledged interest [is] which is also accepted in Union law'.[234] In het kader van de belangenafweging kan de gebrekkige, niet 'Uniebreed' gedragen grondslag in een concreet geval de balans doen doorslaan naar het belang van een doeltreffende bescherming van het EU-recht.[235] Anderzijds is het de vraag of, gelet op de grote verschillen die tot op heden bestaan tussen de kostenstelsels binnen de EU, reeds gesproken kan worden van enig 'commonly acknowledged interest which is also accepted in Union law'. Hoe de uitkomst van de belangenafweging zal uitvallen laat zich dan ook moeilijk voorspellen en zal in sterke mate afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.[236] Volgens Meijer valt te denken aan de inhoud van de materiële rechtsaanspraak die een partij ontleent aan het EU-recht en de vraag, in hoeverre de dreiging dat door de hoge proceskosten wordt afgezien van een procedure reëel is.[237]

Kortom, het Nederlandse stelsel van forfaitaire kostenvergoeding is vooralsnog niet in strijd te achten met de beginselen van het EU-recht. In een concreet geval kan de toepassing van het liquidatietarief daarmee wel onverenigbaar zijn. De rechter is ook bevoegd daarvan af te wijken, maar maakt daarvan spaarzaam gebruik. De belangen van rechtszekerheid, voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing worden boven het belang bij een ruimere vergoeding in concrete gevallen gesteld. Het spanningsveld zal nader worden verkend in de volgende hoofdstukken, waarin de proceskostenveroordeling in IE-zaken centraal staat.

---

232 Zie ook Sluijter 2014, p. 3-9.

233 Zie art. 14 van het richtlijnvoorstel tot vaststelling van minimumnormen in civiele procedures; zie par. 3.6.

234 Meijer 2014, p. 45.

235 Meijer 2014, p. 45.

236 Meijer 2007, p. 202; Meijer 2014, p. 45; Krans 2010, p. 100.

237 Meijer 2007, p. 201-202.

4.9 Conclusie

77 Het kostenstelsel van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW en de toegang tot de rechter

De vrees dat een volledige proceskostenvergoeding de vrijheid om een ander in rechte te betrekken in gevaar zou kunnen brengen, is diep verankerd in het Nederlands burgerlijk (proces)recht. Deze vrees ligt ten grondslag aan de forfaitaire proceskostenvergoeding, en vormt de rechtvaardiging voor de zeer beperkte mogelijkheden om een van het liquidatietarief afwijkend bedrag aan advocaatkosten vergoed te krijgen. Een ruimere vergoeding is mogelijk voor buitengerechtelijke kosten, maar ook daaraan zijn grenzen gesteld; door de in de rechtspraak ontwikkelde 'dubbele redelijkheidstoets', de normering van buitengerechtelijke kosten en de matigingsbevoegdheid van de rechter op grond van art. 6:109 BW. Kosten die 'van kleur verschieten' indien een procedure aanhangig wordt gemaakt, vallen alsnog onder het regime van art. 237 e.v. Rv. De wens van de wetgever de kostendrempel laag te houden gaat zelfs zo ver, dat de rechter de bevoegdheid heeft de bedongen buitengerechtelijke en proceskosten ambtshalve te matigen (art. 242 Rv).

De kritiek concentreert zich op het ontbreken van een duidelijke grondslag en – meer nog – op het ontbreken van enig bewijs voor de veronderstelling dat reëlere proceskostenvergoedingen de toegang tot de rechter beperken. Omdat geen sterke signalen uit Europa klinken dat forfaitaire stelsels als het Nederlandse ontoelaatbaar zijn, kan het vooralsnog in stand blijven. Het is echter de vraag of de lage tarieven en zeer beperkte afwijkingsmogelijkheden niet op gespannen voet staan met het doeltreffendheidsvereiste en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In concrete gevallen kan het vooruitzicht op een geliquideerde vergoeding een partij doen besluiten om af te zien van een procedure of deze niet voort te zetten. In dat geval is de rechtsbescherming niet effectief. Gelet op de gebrekkige grondslag van het stelsel valt niet uit te sluiten dat de *rule of reason* de balans kan doen doorslaan naar het belang van een effectieve bescherming van het EU-recht.

Het onderzoek naar de stelsels van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW leert, dat het publieke belang bij een betaalbare en toegankelijke rechtspleging boven het individuele belang bij een meer reële proceskostenvergoeding wordt gesteld. De kostenregels hebben veel kenmerken van recht van openbare orde, maar zijn dat niet; partijen mogen immers wel van de tarieven afwijkende kosten vorderen of daarvan afwijkende vergoedingen overeenkomen. Maar ook dergelijke afwijkingen kunnen weer aan rechterlijke matiging worden onderworpen. Deze tegenstrijdigheden doen afbreuk aan de op zich legitieme bedoelingen van de wetgever, de toegankelijkheid van de rechter voor eenieder te waarborgen.

De proceskostenveroordeling in IE-zaken kan in dit opzicht als een geweldig experiment worden gezien. Wat gebeurt er als een reële proceskostenveroordeling (opeens) mogelijk is? Wat zijn de gevolgen daarvan voor de toegankelijkheid van de rechter? Deze vragen zullen in de volgende hoofdstukken nader worden verkend.

5. DE IMPLEMENTATIE, UITLEG EN TOEPASSING VAN ART. 14 VAN DE RICHTLIJN 2004/48/EG IN NEDERLAND

5.1 Inleiding

78 Algemeen

Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is omgezet in art. 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen, dient de omzetting in de eerste plaats te voldoen aan het doeltreffendheidsvereiste. Dat houdt in dat de nationale (omzettings)wetgeving de realisering van het doel en inhoud van de richtlijn mogelijk moet maken. Specifiek met betrekking tot proceskosten in IE-zaken geldt dat deze niet te hoog mogen oplopen en dat bij de veroordeling in de proceskosten zo nodig rekening kan worden gehouden met de specifieke kenmerken van het geval zoals de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk. Voorts dient de proceskostenveroordeling afschrikkend en doeltreffend te zijn.[1] Dat brengt mee dat ten minste een significant en passend deel van de redelijke kosten vergoed moet worden door de verliezende partij. Daarnaast dient de omzetting in overeenstemming te zijn met de grondrechten en beginselen van de EU. In deze context is met name van belang het grondrecht op toegang tot de rechter, waarop beperkingen in de vorm van processuele regelingen geoorloofd zijn voor zover deze (i) voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar zijn (het legaliteitsbeginsel); deze (ii) de 'wezenlijke inhoud' van het grondrecht eerbiedigen; en tot slot (iii) geschikt, noodzakelijk en evenredig zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (het evenredigheidsbeginsel). Tevens is gewezen op het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid der procespartijen, waarmee de omzettingswetgeving in overeenstemming moet zijn.[2] In dit hoofdstuk en in hoofdstuk 6 zal het onderzoek worden gedaan dat nodig is voor de beoordeling van de vraag, in hoeverre de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv voldoen aan de beginselen van legaliteit, evenredigheid, rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen. Het voor de beoordeling van de *effectiviteit* van de omzettingsregeling

1 Zie art. 3 lid 1 en 2 IE-Handhavingsrichtlijn, ov. 17 considerans bij de Handhavingsrichtlijn. Zie hiervoor hoofdstuk 2.

2 Zie hiervoor hoofdstuk 3.

(afschrikkend, doeltreffend en het 'wezenlijke inhoudsvereiste') benodigde onderzoek volgt in hoofdstuk 8.

Dit hoofdstuk bestaat uit twee delen. In het eerste deel staan de keuzes centraal die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt bij de implementatie en uitleg van art. 14 van de IE-Handhavingsrichtlijn (par. 5.2). Het samenspel van de verplichting tot een spoedige omzetting van richtlijnen enerzijds, en de druk op het Nederlandse forfaitaire kostenstelsel anderzijds, heeft geleid tot keuzes waarvan de praktische gevolgen niet werden overzien. In het tweede deel zal aan de hand van de rechtspraak worden uiteengezet welke knelpunten in de praktijk zijn ontstaan rond de toepassing van art. 1019h Rv, evenals de 'oplossingen' die daarvoor zijn gevonden. In par. 5.3. zullen de vraagstukken rond de afbakening van het (materieel, formeel en temporeel) toepassingsbereik worden besproken. Daarna staan de knelpunten centraal rond de uitleg en toepassing van de verschillende elementen en normen van art. 1019h Rv: het 'desgevorderd'-vereiste (par 5.4), het 'ongelijk' (par. 5.5) en de open normen 'redelijk', 'evenredig' en 'billijk' (par. 5.6). Richting het slot van dit hoofdstuk wordt ingegaan op de bijzonderheden rond de proceskostenbeslissing in verstekzaken, hoger beroep, cassatie, de prejudiciële procedure, de procedure na verwijzing en de overeengekomen proceskostenvergoeding (par. 5.7-12).

Deel I De implementatie van art. 14 van de Richtlijn 2004/48/EG in Nederland

5.2 De implementatie

79 Inleiding

Zo spoedig als de Handhavingsrichtlijn tot stand is gekomen, zo traag verliep het proces rond de implementatie daarvan in Nederland. Pas een jaar na het verstrijken van de uiterste implementatiedatum van 29 april 2006 is de Handhavingsrichtlijn omgezet in wetgeving.[3] Het omzettingsproces heeft relatief lang geduurd, omdat aanpassingen dienden te worden verricht aan zowel het Wetboek van Rechtsvordering als bepaalde materiële IE-wetten.[4] Daarnaast stuitte men op de nodige onduidelijk geformuleerde richtlijnbepalingen, waarover discussie werd gevoerd en advies moest worden ingewonnen.[5] Zoals hierna aan de orde zal komen, zijn met name ten aanzien van de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn de nodige (Kamer)vragen gerezen.

---

3 Wet van 8 maart 2007 tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet, de Handelsnaamwet, de Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten (*Stb.* 484), de Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005 en de Landbouwkwaliteitswet ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEU* 2004, L 195), *Stb.* 2007, 108.

4 Zie Van der Laan 2007, p. 358-368.

5 Zie ook Freudenthal 2016, p. 41 e.v.

Uiteindelijk heeft het wetsvoorstel 30 392 geleid tot de aanname van de wet van 8 maart 2007. De procesrechtelijke bepalingen van de richtlijn zijn opgenomen in een nieuwe titel 15 van Boek 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarmee is een aantal nieuwe handhavingsmaatregelen geïntroduceerd, die ter beschikking staan van de rechthebbende die wordt geconfronteerd met een (dreigende) inbreuk op zijn IE-recht.[6] Op grond van art. 1019a Rv kan overlegging worden gevorderd van *ander bewijsmateriaal* dan de in art. 843a Rv genoemde bescheiden, zoals de inbreukmakende producten. De artikelen 1019b-d Rv bevatten maatregelen ter bescherming van bewijsmateriaal, die kunnen worden getroffen vóór de inbreukprocedure aanhangig wordt gemaakt. Het gaat daarbij om de mogelijkheden van conservatoir bewijsbeslag (1019b), de gedetailleerde beschrijving (1019c) en de monsterneming (1019d). Art. 1019e Rv ziet op het *ex parte* bevel, dat de rechthebbende in staat stelt om in spoedeisende zaken, met name indien uitstel tot onherstelbare schade zou kunnen leiden, de voorzieningenrechter te verzoeken om een inbreukverbod zonder de vermeende inbreukmaker op te roepen. Art. 1019f Rv maakt het mogelijk voor de rechthebbende om informatie van een tussenpersoon te vorderen over de herkomst en distributiekanalen van de inbreukmakende goederen of diensten. Art. 1019g Rv ziet op de mogelijkheid van schadevergoeding in geval van een onterecht gelegd beslag of een ten onrechte opgelegd *ex parte* verbod. Art. 1019h Rv, de bepaling die centraal staat in dit boek, heeft betrekking op de proceskosten. Zoals zal blijken is het een vreemde eend in de bijt, daar zowel de (pretens) rechthebbende als de wederpartij aanspraak kunnen maken op een substantiële kostenvergoeding. Art. 1019i Rv bevat ten slotte de termijn voor het instellen van de hoofdzaak. Daarnaast zijn als gezegd specifieke handhavingsmaatregelen opgenomen in een aantal IE-wetten, zoals beslag op inbreukmakende voorwerpen en de opeising daarvan in de Auteurswet.[7]

80 Art. 1019h Rv: volledige proceskostenveroordeling als uitgangspunt[8]

Als gezegd vormde met name de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn een heet hangijzer in het omzettingsproces.[9] In de memorie van toelichting bij art. 1019h Rv van 12 december 2005 staat vermeld dat de richtlijnbepaling *verplicht* tot een *ruime* proceskostenveroordeling van de verliezende partij.[10] Omdat in Nederland tot dan toe (ook) in IE-zaken werd uitgegaan van een forfaitaire kostenveroordeling, achtte de wetgever wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op het punt van de proceskostenveroordeling noodzakelijk.[11] Het op 1 mei 2007 in werking getreden art. 1019h Rv luidt:

> *'Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij*

6 Zie over de afzonderlijke bepalingen van titel 15 van Boek 3 Rv uitvoerig Grosheide (red.) 2016.
7 Zie art. 28 Aw.
8 Zie ook Vrendenbarg 2013, p. 160-169.
9 Freudenthal 2016, p. 42.
10 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26: 'Artikel 14 van de richtlijn verplicht tot een ruime proceskostenveroordeling van de verliezende partij.'
11 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 16 (MvT).

desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.'

In de literatuur werd reeds betoogd dat het forfaitaire kostenstelsel zeer waarschijnlijk niet langer gehandhaafd kon worden in IE-zaken, omdat de Handhavingsrichtlijn duidelijk zou nopen tot een ruimere proceskostenveroordeling in IE-zaken.[12] Hetzelfde standpunt werd ingenomen door de geconsulteerde Adviescommissie IE van de Nederlandse Orde van Advocaten. In het Preadvies van 31 mei 2005 staat opgetekend dat de bedoeling van de Handhavingsrichtlijn duidelijk is dat 'anders dan het in Nederland gebruikelijke systeem, de in het ongelijk gestelde partij de daadwerkelijke kosten die de andere partij heeft gemaakt moet vergoeden'.[13]

Naar aanleiding van kritische vragen van Kamerleden heeft de minister in de memorie van antwoord van 9 februari 2007 nader verduidelijkt waarop de veronderstelling, dat art. 1019h Rv verplicht tot een ruime proceskostenveroordeling, is gebaseerd.[14] Voor het antwoord op de vraag van de leden van de CDA- en VVD-fracties, welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen, is aansluiting gezocht bij de Toelichting bij het richtlijnvoorstel van 2003.[15] Volgens deze Toelichting van 30 januari 2003 is de strekking van de proceskostenbepaling volledige schadeloosstelling van de rechthebbende.[16] Daartoe komen voor vergoeding in aanmerking 'de gerechtskosten, de honoraria van de advocaat, alsmede de overige kosten die de partij die de zaak heeft gewonnen eventueel heeft gemaakt (bijvoorbeeld onderzoekskosten, deskundigenkosten)'.[17] In de MvA is nader uitgelegd dat het hierbij ten dele gaat om kosten die voordien enkel konden worden vergoed op basis van art. 6:96 BW. Zowel bij art. 6:96 BW als 1019h Rv gaat het om reële kosten en niet om forfaitaire bedragen zoals bij art. 237 e.v. Rv, aldus de wetgever.

In de MvA van 2007 is vervolgens benadrukt dat in bepaalde zaken na 1 mei 2006 al toewijzing van de volledige kosten van de advocaat had plaatsgevonden. In de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de implementatiewet op 1 mei 2007 diende art. 237 e.v. Rv richtlijnconform te worden geïnterpreteerd. In die periode werd geregeld door partijen verwezen naar de memorie van toelichting bij de implementatiewet en de Toelichting bij het richtlijnvoorstel van 2003, met het doel de kosten van de procedure volledig op de wederpartij te kunnen verhalen. Deze betogen zouden weer zijn gevolgd door rechters, die in anticipatie op nieuwe wetgeving eveneens in de veronderstelling waren dat de regel een integrale proceskostenveroordeling tot uitgangspunt neemt.[18] Deze rechterlijke uitspraken gaven weer aanleiding voor de

12 Zie bijv. Huydecoper 2004, p. 247-248; Gielen 2005, p. 6 e.v.

13 Preadvies van de Adviescommissie Intellectuele Eigendom van de Nederlandse Orde van Advocaten van 31 mei 2005 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3).

14 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C; zie ook *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, B.

15 COM(2003)46 def.

16 Ov. 16 considerans bij het richtlijnvoorstel COM(2003)46 def. Zie hiervoor hoofdstuk 2.

17 COM(2003)46 def., art. 18.

18 Driessen 2007, p. 343; Truijens 2016, p. 305; Cumming, Freudenthal, Janas 2008, p. 401-419; Wijnbergen 2007, p. 39; Vrendenbarg 2013, p. 160 e.v.; Visser 2016.

Nederlandse wetgever om daarvan melding te maken in de MvA, zodat het beeld ontstond dat toepassing van art. 1019h Rv inderdaad leidt, of moet leiden, tot volledige proceskostenveroordelingen.

81 Glijdende schaal?

Uit de parlementaire stukken blijkt aldus, dat de wetgever voor de opvatting dat art. 1019h Rv verplicht tot een ruime proceskostenveroordeling steun vindt in enerzijds de Toelichting bij het richtlijnvoorstel van 30 januari 2003, en anderzijds de rechtspraak waarin 'richtlijnconforme' interpretatie van art. 237 e.v. Rv reeds leidde tot volledige proceskostenveroordelingen. In hoofdstuk 2 is aan de orde gekomen dat de Toelichting betrekking heeft op het richtlijnvoorstel met een beperkter toepassingsbereik dan de uiteindelijke richtlijn. De maatregelen en procedures in het voorstel van 2003 werden uitsluitend van toepassing geacht in geschillen over inbreuken op *commerciële schaal* gepleegd of met *aanzienlijke schade* voor de rechthebbende. Met name in geval van namaak- en piraterijpraktijken, waarvan de bestrijding het primaire doel is van het richtlijnvoorstel, zou een volledige proceskostenveroordeling te rechtvaardigen zijn, die enerzijds dient om inbreukmakers af te schrikken, en anderzijds om de rechthebbenden te compenseren voor de onvermijdelijke, hoge kosten die zijn gemoeid met de inspanningen om deze praktijken een halt toe te roepen.

Met de verruiming van het toepassingsbereik van de richtlijn naar *alle* vormen van inbreuk heeft een aantal richtlijnbepalingen, waaronder de proceskostenregel, de nodige transformaties ondergaan. Zo zijn de open normen redelijkheid, evenredigheid en billijkheid toegevoegd aan de oorspronkelijke bepaling, en is in ov. 17 van de considerans bepaald dat bij toepassing van de richtlijnbepalingen rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van het geval, waarbij gewicht kan worden toegekend aan de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk.

Naar aanleiding van de vraag van de Kamer, wanneer sprake kan zijn van matiging van de kosten, overwoog de minister dat de rechter zal moeten komen tot een veroordeling in de evenredige kosten, te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. De richtlijnbepaling zal zo moeten worden begrepen dat een volledige proceskostenveroordeling vooral in de rede zal liggen in geval van namaak en piraterij. Bij inbreuk te goeder trouw ligt beperking van de proceskostenveroordeling tot het liquidatietarief meer voor de hand dan een volledige kostenveroordeling.[19] Wanneer een inbreukmaker te goeder trouw heeft gehandeld kan de rechter, op grond van de billijkheid, terugvallen op de forfaitaire kostenveroordeling. Voor de inbreuken die daartussen liggen 'zal de rechter naar verwachting naar bevind van zaken handelen en beoordelen wat redelijke en evenredige kosten zijn die door de verliezende partij dienen te worden gedragen'. Met andere woorden, voor inbreuken die zich daartussen bevinden geldt een glijdende schaal waarbij de rechter van geval tot geval dient te beoordelen wat onder 'redelijke en evenredige kosten' dient te worden

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT); *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C, p. 1.

verstaan. Richtsnoeren bij de toepassing van deze glijdende schaal en een nadere invulling van de termen 'redelijk en evenredig' en 'billijk' worden niet geboden. De invulling daarvan wordt aan de praktijk overgelaten:

> *'De proceskostenveroordeling zal zich onder het nieuwe regime in intellectuele eigendomszaken verder moeten uitkristalliseren.'*[20]

Wel benadrukt de minister dat het bij voorbaat, zonder enige nadere normering abstraheren van de werkelijke kosten en maximeren van een van de belangrijkste kostenposten voor alle zaken die geen 'flagrante inbreuk zoals evidente namaak of piraterij' zijn, niet in overeenstemming is met de letter en de geest van de richtlijn.[21]

In de literatuur is geconstateerd dat de gedachten van de wetgever om de hoogte van de proceskostenveroordeling af te stemmen op de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk nauwelijks betekenis hebben gekregen in de praktijk.[22] De Hoge Raad heeft in verschillende arresten over de toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. art. 1019h Rv bevestigd dat deze bepalingen een vergoeding van de volledige proceskosten behelzen, kennelijk ongeacht de aard of de toerekenbaarheid van de inbreuk.[23] De Indicatietarieven versie 2008 (gewijzigd in 2014), bedoeld als handvat om de redelijkheid en de evenredigheid van de gemaakte kosten te beoordelen, deden nadrukkelijk geen afbreuk aan de regel dat de werkelijk gemaakte kosten moesten worden vergoed.[24] De mate van verwijtbaarheid van de inbreuk (maar ook de kapitaalkracht van partijen) speelt geen rol bij de proceskostenbeslissing.[25] Hoewel is betoogd dat noch (art. 14 van) de Handhavingsrichtlijn, noch art. 1019h Rv dwingt tot een systeem van volledige proceskostenveroordeling, wordt daar in de rechtspraak wel van uitgegaan. Tot deze conclusie is ook Verkade gekomen in de zaak *Leo Pharma/Sandoz*:

---

20 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT).

21 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C, p. 3.

22 Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv; Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 1019h Rv, aant. 1; Driessen 2007, p. 343 e.v.; Vrendenbarg 2013, p. 160-169; Vrendenbarg 2014, p. 226-230. Zie ook conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2014:224) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5.11.1-5.14.3.

23 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*); Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*); HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6079 (*Zegveld/ZLTO*); Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2012:BV8218) voor HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8218 (*A/JB Inflatable*); HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *BIE* 2012/65, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Knooble/NNI*).

24 Indicatietarieven in IE-zaken Rechtbanken (versie 2014), punt 9: 'De indicatietarieven doen geen afbreuk aan de regel dat de werkelijk gemaakte proceskosten worden vergoed.'

25 Indicatietarieven in IE-zaken Rechtbanken (versie 2014), punt 10: 'De mate van verwijtbaarheid van de inbreuk is als regel niet relevant voor de toepassing van artikel 1019h Rv. Op grond van de billijkheid bestaat ruimte voor een afwijkende proceskostenveroordeling, maar de billijkheid verzet zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling enkel en alleen omdat geen sprake is van bewuste inbreuk. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.'

'Het heeft er voorts de schijn van dat de rechtspraak in Nederland de verregaande omhelzing van een principe van 'volledige kostenveroordeling' in IE-inbreukzaken, ten onrechte gelegitimeerd of zelfs geboden acht met een verwijzing naar de Richtlijn en naar art. 1019h Rv. En dat, terwijl aan zo'n strak systeem – zoals aan ieder strak systeem – natuurlijk ook aanzienlijke bezwaren kleven. Met name valt te wijzen op een 'chilling effect', hetwelk een financieel zwakkere partij, of die nu de potentiële eiser of gedaagde is, uiteraard zwaarder kan treffen.'[26]

Verkade heeft daarom in zijn conclusie voor het arrest *Leo Pharma/Sandoz* een 'glijdende schaal' voorgesteld aan de hand waarvan eenvoudig kan worden beoordeeld of een procedure binnen de werkingssfeer van art. 1019h Rv valt. De inhoud van deze glijdende schaal wordt hierna in par. 5.3. besproken. Aan de oproep van Verkade – maar ook A-G's Van Peursem en Hammerstein[27] – om een meer genuanceerd stelsel te hanteren is langzaam maar zeker gehoor gegeven. Zo volgt uit latere rechtspraak dat de Hoge Raad op kwesties over de toepasselijkheid van art. 1019h Rv conform de glijdende schaal van Verkade beslist, en zijn per 1 januari 2015 ook Indicatietarieven vastgesteld voor procedures in cassatie. Een echte koerswijziging waarbij het uitgangspunt van volledige proceskostenveroordeling is verlaten is pas ingezet na het *United Video Properties-arrest* van 28 juni 2016, waarin het HvJ EU heeft bevestigd dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn inderdaad niet noopt tot een volledige proceskostenvergoeding in alle zaken, maar tot evenredige vergoeding van ten minste een significant en passend deel van de redelijke kosten.[28] Per 1 april 2017 hebben de Indicatietarieven te gelden als maximumtarieven en worden de verwijtbaarheid van de inbreuk en kapitaalkracht van partijen niet langer genoemd als factoren die geen rol kunnen spelen bij de proceskostenbeslissing. Zie nader par. 5.6. en nr 187.

82 Ontvangst en alternatieven

De nieuwe proceskostenbepaling in IE-zaken is in de literatuur over het algemeen negatief ontvangen. Men heeft zich afgevraagd, waarom een afzonderlijke regeling in IE-zaken zou moeten gelden. Indien de handhavingsmaatregelen zo 'heilzaam' zijn om inbreuken te voorkomen, waarom zouden deze dan niet kunnen worden getroffen in geval van andere vermogensrechtinbreuken?[29] Het zou niet duidelijk zijn waarom IE-rechthebbenden over meer procesrechtelijke bevoegdheden zouden moeten beschikken dan anderen. Daar komt bij, dat het arsenaal aan procesrechtelijke bevoegdheden enkel ter beschikking staat van de rechthebbenden. Men heeft

---

26 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2014:224), voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5.3.8. Hierover Vrendenbarg 2014, p. 226-230; Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv aant. 1.

27 Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2196) in zijn conclusie voor het arrest HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*); Conclusie A-G Hammerstein (ECLI:NL:PHR:2014:1736) voor HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737 zaaknr. 12/05512 (*Rubik/Beckx Trading*), sub 2.40.

28 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

29 Huydecoper 2004, p. 117-123; Gielen 2005, p. 6 e.v.; Hugenholtz 2004, p. 247-248.

zich afgevraagd hoe zich dit verhoudt tot het beginsel van *equality of arms*.[30] Tjong Tjin Tai wijst erop dat die ongelijkheid met name klemt in 'gewone' inbreukzaken:

> *'De equality of arms lijkt nogal eens uit het oog verloren, hetgeen temeer klemt in die gevallen waarin de rechthebbende niet de strijd aanbindt tegen piraterij, maar staat tegenover een partij die volkomen te goeder trouw is of hooguit een in redelijkheid verdedigbaar standpunt inneemt waarvan op voorhand niet méér gezegd kan worden dan dat het afwijkt van dat van de agerende partij – die niet eens de werkelijk rechthebbende behoeft te zijn en die mogelijk tegenover de wel rechthebbende staat – om nog maar te zwijgen van geschillen met niet commercieel handelende particulieren.'*[31]

Ook Driessen heeft erop gewezen dat een volledige proceskostenveroordeling in zaken, waarin ten minste discutabel is of inbreuk wordt gepleegd, niet op zijn plaats is.[32] Volgens haar ontbreekt het sinds de periode van richtlijnconforme interpretatie van art. 237 Rv aan een lijn in de rechtspraak over art. 1019h Rv en is het risico van rechterlijke willekeur groot, omdat elke rechter eigen criteria lijkt te hanteren voor het al dan niet toekennen van een (volledige) kostenvergoeding.[33] Tot deze conclusie zijn ook Visser en Tsoutsanis gekomen, die wijzen op de rechtsonzekerheid die daarvan het gevolg zou zijn.[34]

Een consequentie van de willekeur en rechtsonzekerheid zou zijn, dat ook de financiële risico's van procederen in IE-zaken zouden zijn toegenomen.[35] Daardoor zouden sommige partijen het niet aandurven om te procederen, en de voorkeur geven aan een (mogelijk ongunstige) schikking.[36] Het standpunt, dat art. 1019h Rv een *chilling effect* zou hebben op met name de financieel zwakkere partij, is vaker ingenomen.[37] Sommigen hebben daadwerkelijk bemerkt dat minder wordt geprocedeerd in IE-zaken als gevolg van de door art. 1019h Rv toegenomen financiële risico's.[38] Het *chilling effect* zou zich zelfs uitstrekken tot de samenleving, waar het risico van een hoge proceskostenveroordeling de technische en artistieke ontwikkeling en de onderlinge concurrentie zou kunnen belemmeren.[39] Hier staat tegenover, dat ook positieve effecten zijn toegeschreven aan art. 1019h Rv. Volgens sommigen verruimt deze bepaling juist de toegang tot de rechter, omdat de proces-

---

30 Hugenholtz 2004, p. 247-248; Huydecoper 2004, p. 117-123; Van der Meer 2011, p. 131.

31 Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 1.

32 Zie ook Driessen 2007, p. 344. Zie ook Van der Meer 2011, p. 135.

33 Driessen 2007, p. 343.

34 Visser & Tsoutsanis 2006, p. 1941.

35 Visser & Tsoutsanis 2006, p. 1946; Driessen 2007, p. 348; Sluijter 2011, p. 272, 275; Van Gompel & Olieslagers 2014, p. 134.

36 Visser 2012; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/130; Van der Grinten 2010, p. 427 e.v.; zie hierna hoofdstuk 8.

37 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2015:2307) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5; Visser & Tsoutsanis 2006, p. 1941 e.v.; Wijnbergen 2007, p. 41; Van der Meer 2011, p. 131-135.

38 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/130; Van der Grinten 2010, p. 421 e.v.

39 Van der Meer 2011, p. 135.

kosten nu wel kunnen worden verhaald op de verliezende partij. Op deze en andere mogelijke (tegenstrijdige) effecten van art. 1019h Rv wordt ingegaan in hoofdstuk 8.

In deze context is ook de vraag opgekomen, of er alternatieve, minder verstrekkende – maar richtlijnconforme – alternatieven voorhanden waren. Eerder achtte de wetgever het niet nodig de proceskostenregeling van art. e.v. 237 Rv aan te passen naar aanleiding van art. 45 lid 2 TRIPs-overeenkomst en art. 3 lid 1 sub e van de Richtlijn betalingsachterstand, dat een redelijke vergoeding van de incassokosten vereist.[40] De vraag is, of Nederland zich niet ook in dit verband op het standpunt had kunnen stellen dat het bestaande systeem van forfaitaire kostenvergoeding op grond van art. 237 Rv en het liquidatietarief reeds gebaseerd is op overwegingen van redelijkheid, evenredigheid en billijkheid. Andere lidstaten zijn daar vooralsnog ook mee weggekomen.[41] Hoewel de richtlijnbepaling inderdaad flexibel is geformuleerd en de lidstaten veel ruimte geeft bij de invulling van de open normen, volgt uit het *United Video Properties-arrest* dat de daadwerkelijke (redelijke) kosten het vertrekpunt moeten zijn bij de bepaling van de vergoeding van de proceskosten in IE-zaken. Zo bezien heeft de Nederlandse wetgever, naar nu blijkt, terecht geconstateerd dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn een van het gangbare liquidatietarief afwijkende vergoeding vereist. Het arrest zal vermoedelijk ook in andere lidstaten (moeten) leiden tot herziening van de geldende proceskostenregels.[42]

Dat wil niet zeggen, dat het door Verkade genoemde "alles-of-omgekeerd-alles' volledige proceskostenveroordelingssysteem' het voor de hand liggende alternatief was.[43] Nederland had in de richtlijnbepaling en de aangewakkerde discussie over de voor- en nadelen van de bestendige praktijk van forfaitaire kostenvergoeding ook aanleiding kunnen zien het gehele kostenstelsel tegen het licht te houden en zo nodig te herzien. Gedacht kan worden aan een verhoging van de liquidatietarieven in bepaalde procedures of de mogelijkheden daarvan af te wijken in bredere zin te verruimen. In het verlengde daarvan had tevens kunnen worden onderzocht in hoeverre het buiten toepassing laten van het liquidatietarief in 'flagrante' inbreukzaken tot richtlijnconforme oplossingen zou kunnen leiden. Een vergelijkbaar voorstel is overigens tevergeefs gedaan door de Commissie Burgerlijk Procesrecht van de Orde van Advocaten in een wetgevingsadvies van november 2006.[44] In hoofdstuk 8 en 9 zullen alternatieve mogelijkheden worden besproken die niet enkel richtlijnconform zijn, maar ook meer in overeenstemming zijn met de in hoofdstukken 2 en 3 geïdentificeerde, relevante grondrechten en beginselen van de EU.

---

40 Zie hiervoor hoofdstuk 2 en 4. Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties – Richtlijn 2000/35/EG.

41 SEC(2010)1589, 22 December 2010, p. 24: '*Most Member States did not need to implement this provision specifically as their previous civil procedural laws already covered the Directive's requirements*.' Zie ook Vrendenbarg 2013, p. 160 e.v.

42 Zie hierna hoofdstuk 7.

43 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2015:2307) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5.

44 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C.

83 Waarborgen voor de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken en de (niet-)verzekerbaarheid van IE-procedures

Ten tijde van de omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in art. 1019h Rv zijn als gezegd zorgen geuit over de gevolgen van een ruime proceskostenveroordeling voor de toegang tot de rechter. Een ruime proceskostenveroordeling als uitgangspunt levert immers een aanmerkelijke breuk op met het kostenstelsel dat sinds jaar en dag geldt in civiele procedures.[45] Zowel de proceskosten als buitengerechtelijke kosten zijn aan matiging onderhevig, omdat hoge kosten(veroordelingen) niet verenigbaar zouden zijn met de toegang tot de rechter.[46] Ook in de parlementaire geschiedenis bij art. 1019h Rv is gewezen op de mogelijk hoge drempel die een ruime proceskostenveroordeling kan opwerpen:

> *'De maatregelen die in dit wetsvoorstel worden ingevoerd zijn niet van dien aard dat verwacht wordt dat rechthebbenden die voorheen wellicht afzagen van een inbreukprocedure, nu die procedure wel zullen starten. Het tegendeel kan eerder betoogd worden. De eiser loopt het risico veroordeeld te worden in alle proceskosten, zowel die van zichzelf als die van zijn wederpartij, terwijl nu enkel bepaalde forfaitaire bedragen verschuldigd zijn door de verliezende partij.'*[47]

Indicatietarieven

Op verschillende manieren is in de praktijk gezocht naar waarborgen voor een toegankelijke rechtspleging in IE-zaken. De voornaamste ontwikkeling is zonder twijfel de vaststelling van zogenaamde Indicatietarieven die dienen als handvat bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de gemaakte kosten. De Indicatietarieven gelden reeds sinds 1 augustus 2008 in procedures in eerste aanleg, en sinds 1 januari 2015 voor procedures in hoger beroep en cassatie. De Indicatietarieven zijn laatstelijk aangepast op 1 april 2017.[48] De Indicatietarieven zijn tot stand gebracht door een werkgroep van het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele sectoren (LOVC) in samenspraak met de Nederlandse Orde van Advocaten. Het doel is de voorspelbaarheid van het kostenrisico te vergroten en daarmee de toegang tot de rechter te waarborgen.[49] Zoals in par. 5.6. uitgebreid aan de orde zal komen, maken de Indicatietarieven onderscheid tussen procedures in kort geding en bodemprocedures. De hoogte van de tarieven (in eerste aanleg en hoger beroep variërend van € 6.000,- voor een eenvoudig kort geding tot maximaal € 40.000,- voor een bodemprocedure) is gekoppeld aan de complexiteit van de procedure.[50]

---

45 Zie ook A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2010:BK5756) inzake HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), sub 37.

46 Zie hiervoor hoofdstuk 4.

47 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 16 (MvT).

48 De Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad zijn te raadplegen via rechtspraak.nl.

49 Zie de inleiding van de respectieve Indicatietarieven.

50 In cassatie wordt onderscheid gemaakt tussen eiser en verweerder; het tarief voor een 'eenvoudige zaak eiser' is € 15.000, terwijl het tarief voor een 'eenvoudige zaak verweerder' is gesteld op € 10.000. In de categorie 'overige zaken' zijn de tarieven € 30.000 respectievelijk € 20.000. Voor borgersbrieven, re- en dupliek en prejudiciële procedures voor het Hof worden meerprijzen berekend. Zie hierna par. 5.6.

Zoals het liquidatietarief moeten ook de Indicatietarieven niet als een bindende regeling worden beschouwd en evenmin als recht in de zin van art. 79 RO.[51] In tegenstelling tot het liquidatietarief echter, dat standaard wordt toegepast en waarvan slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden afgeweken, staan de Indicatietarieven er niet aan in de weg dat een afwijkend, lager of hoger, bedrag wordt vastgesteld.[52] In de literatuur is erop gewezen dat de ruime afwijkingsmogelijkheden afbreuk kunnen doen aan de doelstellingen van de Indicatietarieven.[53] Hetzelfde is gesteld ten aanzien van de verschillen tussen de Indicatietarieven die gelden voor de procedures in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie. Ook het gebrek aan uniformiteit zou afbreuk kunnen doen aan de met de indicatietarieven beoogde voorspelbaarheid van het mogelijke kostenrisico per instantie.[54] Ten tijde van de afronding van dit proefschrift zijn de Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven en Hoge Raad 'gelijk getrokken' en is bepaald dat de Indicatietarieven als maximumtarieven hebben te gelden, waarvan slechts in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken.[55] In de praktijk zal moeten blijken in hoeverre de Indicatietarieven daadwerkelijk als maximumtarieven zullen worden gehanteerd. Voor het overige is van belang dat de aan de uniformiteit en betere voorspelbaarheid van het kostenrisico verbonden voordelen nog altijd niet gelden in octrooizaken.

Waarborgen in octrooizaken

De Indicatietarieven gelden als gezegd niet in octrooizaken. De reden daarvoor zou zijn gelegen in de (zeer) hoge kosten die gemoeid zijn met de doorgaans complexe en omvangrijke procedures over de handhaving van octrooirechten. Ook in verband met de grote verschillen in uurtarieven zou het lastig zijn de kosten te tariferen. Ten tijde van de afronding van dit proefschrift is een discussie op gang gekomen over de wenselijkheid van Indicatietarieven in octrooizaken. Vóór de vaststelling van dergelijke tarieven in octrooizaken pleiten de voordelen van een redelijkerwijs voorspelbare proceskostenbeslissing en daarmee de toegankelijkheid van de rechter. Daartegen pleit dat met name in *heavy litigation* een deel van de kosten waarschijnlijk niet verhaald kan worden op de verliezende partij indien 'kostenvergoedingsplafonds' gelden.[56] Zoals in par. 5.6. aan de orde zal komen, volgt uit rechtspraak dat de redelijkheids- en evenredigheidstoets van art. 1019h Rv sterk casuïstisch is. Partijen die reeds nu behoefte hebben aan voorspelbaarheid van het kostenrisico in octrooizaken kunnen dit daarom waarschijnlijk uitsluitend realiseren door een

---

51 Vgl. Marijs 2010, p. 34; Van Gompel & Olieslagers 2014, p. 133-138.

52 Zie Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken (versie 2014), punt 9; Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven (versie 2015), punt 7; Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad (versie 2015) onder 'algemeen'.

53 Sluijter 2011, p. 275; Van Gompel & Olieslagers 2014, p. 133-138; Vrendenbarg 2015, p. 259 e.v.

54 C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, *AMI* 2015/6 (*Stokke/Hauck*).

55 Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven en Hoge Raad (versie 2017), punt 7.

56 Zie uitgebreid het Advies Indicatietarieven in IE-zaken van de adviescommissie intellectuele eigendom en adviescommissie burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten van 30 januari 2017, p. 2-3, te raadplegen via advocatenorde.nl. Zie over de voor- en nadelen van tariefstelsels hoofdstuk 8.

overeenkomst te sluiten met de wederpartij over de vergoedbare kosten. Daarmee zijn zij overgeleverd aan de bereidwilligheid van de wederpartij tot aangaan van een dergelijke overeenkomst. Het is zeer de vraag of hiermee wordt voldaan de vereisten ten aanzien van een toegankelijke rechtspleging in octrooizaken.

Rechtsbijstandsverzekering?
Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, zijn financiële drempels in de toegang tot de rechter in de vorm van griffierechten, kosten van (verplichte) rechtsbijstand en proceskostenveroordelingen toelaatbaar zolang zij – kort gezegd – geen onoverkomelijke drempel opwerpen. Gefinancierde rechtsbijstand dient te worden verleend aan (rechts)personen die niet over toereikende financiële middelen beschikken om te procederen.[57] Het voordeel van een toegewezen advocaat is overigens beperkt tot de eigen kosten, die worden betaald of vergoed door de overheid c.q. rechtsbijstandsverzekeraar. De eventuele proceskostenveroordeling valt hier meestal niet onder. In geval van een rechtsbijstandsverzekering zijn is de proceskostenveroordeling vaak tot een maximumbedrag gedekt.[58]

Navraag bij verschillende rechtsbijstandsverzekeraars in Nederland heeft opgeleverd dat IE-procedures doorgaans van dekking zijn uitgesloten. Als voornaamste reden hiervoor is genoemd dat IE-procedures vanwege het hoge specialistische karakter duur zouden zijn. Ook zouden dergelijke procedures relatief weinig voorkomen, waardoor het niet rendabel zou zijn deze standaard mee te verzekeren (hetgeen bovendien tot veel hogere premies zou leiden). In algemene zin blijkt de markt voor verzekeringsproducten binnen de EU zeer beperkt te zijn.[59] Naast de (zeer) hoge kosten gemoeid met procederen over IE-rechten wordt daarvoor redengevend geacht dat houders van IE-rechten vaak geneigd zouden zijn om pas een verzekering af te sluiten op het moment dat er een geschil is ontstaan of dreigt te ontstaan.[60] Dit wordt ook wel een *after the event*-verzekering genoemd. Het nadeel daarvan is dat er te weinig polishouders zijn waardoor onvoldoende risicospreiding mogelijk is, met hoge premies als gevolg. Binnen de EU wordt daarom nagedacht over de wijze waarop verzekeraars kunnen worden gestimuleerd de markt voor *before the event*-verzekeringen voor IE-geschillen te betreden en houders van IE-rechten kunnen worden aangemoedigd zich aan te sluiten.[61] In Nederland is het vooralsnog in beginsel slechts mogelijk particuliere rechtsbijstandsverzekeringen af te sluiten die IE-procedures dekken voor zover het geschil in de hobbysfeer speelt. Zodra wordt beoogd inkomen te verwerven met bijvoorbeeld het schrijven van kinderboeken of het kweken van plantsoorten, dan valt een eventueel geschil daarover buiten de dekking.

---

57 Zie hiervoor hoofdstuk 3. Zie ook art. 47 Handvest.
58 Zie hiervoor par. 4.2.
59 SWD(2016)373 final, p. 7.
60 Rutsaert, 'Legal protection insurance – The problems to be solved', p. 360, cordis.europa.eu/pub/patinnova99/docs/3_7_rutsaert.pdf.
61 SWD(2016)373 final, p. 7.

Wie verliest in een 'algemeen' civielrechtelijk geschil, kan in geval van een rechtsbijstandsverzekering rekenen op een (volledige) tegemoetkoming in de eigen kosten en zullen de proceskosten van de wederpartij tot hooguit het toepasselijke liquidatietarief dienen te worden vergoed. Wie verliest in een IE-geschil kan worden geconfronteerd met twee aanzienlijke kostenposten: de eigen kosten, waarvoor waarschijnlijk geen rechtsbijstandsverzekering kan worden afgesloten, en de kosten van de wederpartij tot een onbepaald bedrag. Bij winst zullen de kosten nihil zijn, maar dan zal het nadeel van dubbele (volledige) proceskosten de wederpartij ten deel vallen. De vraag, hoe zich dit verhoudt tot de verdragsrechtelijke vereisten van toegang tot de rechter en de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand, zal nader worden verkend in hoofdstukken 8 en 9.

84 Deelconclusie

De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een letterlijke omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in art. 1019h Rv. Volledige proceskostenveroordeling zonder differentiatie naar factoren als de aard en toerekenbaarheid of de kapitaalkracht van partijen vormt – althans tot zeker 1 april 2017 – min of meer het uitgangspunt. Tegelijkertijd kan worden betwijfeld of de provisorische waarborgen voor een toegankelijke rechtspleging in IE-zaken toereikend zijn. Wezenlijke vragen, zoals ten aanzien van de toepasselijkheid van de proceskostenbepaling en de gevallen waarin matiging van de proceskosten aan de orde moet zijn, heeft de wetgever hoofdzakelijk doorgeschoven naar de praktijk. In het tweede deel van dit hoofdstuk zal dan ook worden bezien met welke problemen en knelpunten de praktijk is geconfronteerd, en welke 'oplossingen' daarvoor zijn gevonden.

Deel II De rechtspraak over art. 1019h Rv: problemen, knelpunten en oplossingen in de praktijk

5.3 Het toepassingsbereik van titel 15 Boek 3 Rv

85 Inleiding

Ondanks de in de Handhavingsrichtlijn geboden mogelijkheid de werkingssfeer zo breed mogelijk vast te stellen, is in de implementatiewet (meer specifiek, in art. 1019 Rv) gekozen voor een limitatieve opsomming van IE-rechten die onder het toepassingsbereik vallen.[62] Voorts is de implementatiewet in beginsel uitsluitend van toepassing verklaard op procedures ter handhaving van IE-rechten tegen (dreigende)

62 Art. 1019 Rv luidt: Deze titel is van toepassing op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom ingevolge de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet, de Rijksoctrooiwet 1995, het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), de Wet houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten, de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005, op procedures krachtens de artikelen 5 en 5a Handelsnaamwet, op procedures inzake geografische benamingen krachtens artikel 14 Landbouwkwaliteitswet en op handhaving van rechten van intellectuele

inbreuken. Zoals hierna aan de orde zal komen, lijkt ten aanzien van art. 1019h Rv in bepaalde zaken een ruimere werkingssfeer te zijn aangenomen.

In de praktijk is gebleken dat menig IE-geschil het door de wetgever gemaakte kunstmatige onderscheid – tussen IE-rechten en andere rechten, handhavingsprocedures en procedures met andere strekking – niet volgt. De afbakening van het toepassingsbereik in materiële en formele zin geeft daarom tot op heden aanleiding tot discussie.[63] Er wordt met name gedebatteerd over de toepasselijkheid van de bijzondere proceskostenregel van art. 1019h Rv in de zogenaamde grenscategorieën van het intellectueel eigendomsrecht. Hierbij valt te denken aan schending van portretrechten en slaafse nabootsing (voorbeelden van grenscategorieën in materiële zin) en daarnaast aan nietigheidsprocedures, executiegeschillen, schadestaatprocedures en exequaturprocedures in IE-zaken (voorbeelden van grenscategorieën in formele zin). Over de toepasselijkheid van art. 1019h Rv in deze grenscategorieën is in verschillende zaken geprocedeerd tot aan de Hoge Raad, die daarover het HvJ EU al een aantal keer heeft geconsulteerd.[64] De strikte afbakening geeft daarnaast aanleiding tot discussie over de toepasselijkheid van art. 1019h Rv op meeromvattende of complexere procedures, waarin vorderingen niet uitsluitend zijn gegrond op IE-rechten maar tevens op het 'gemene' recht, of waarin vorderingen niet direct de handhaving van IE-rechten betreffen maar daarmee verband houden. Het moge ondertussen duidelijk zijn waarom helderheid over de grenzen van het toepassingsbereik van belang is: de toepassing van art. 1019h Rv leidt tot proceskostenveroordelingen die aanzienlijk hoger uitvallen dan de gebruikelijke veroordelingen op grond van art. 237 e.v. Rv.[65]

86 Het materieel toepassingsbereik

De Nederlandse wetgever heeft het materieel toepassingsbereik aldus afgebakend, dat daaronder uitsluitend geschillen betreffende de handhaving van *rechten van intellectuele eigendom* vallen. De Nederlandse wetgever heeft geen gebruik gemaakt van de door de richtlijn geboden mogelijkheid, het toepassingsbereik van de richtlijnbepalingen uit te breiden naar handelingen die oneerlijke concurrentie vormen. Wel heeft de wetgever aan de limitatieve opsomming toegevoegd de procedures krachtens de art. 5 en 5a Handelsnaamwet, aangezien handelsnaamgeschillen weinig afwijken van geschillen over andere IE-rechten.[66] Hoewel hetzelfde zou kunnen worden gesteld ten aanzien van geschillen met betrekking tot slaafse

---

eigendom ingevolge verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk (*PbEG* 1994, L11), verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (*PbEG* L 227) en verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (*PbEG* 2002, L3).

63 Zie bijv. Truijens 2016, p. 307 e.v.; De Vrey 2016, p. 282 e.v.

64 HR 16 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1253 (*Realchemie/Bayer*); HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI c.s./Stichting De Thuiskopie*); HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062 (*Diageo/Simiramida*); Vgl. Sluijter 2014, p. 3 e.v. Zie hiervoor par. 2.5.

65 Vgl. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6079 (*Zegveld/ZLTO*), r.o. 3.5.

66 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 8 (MvT). Uit het feit dat art. 6 Hnw niet in de opsomming

nabootsing, éénlijnsprestaties, oneerlijke concurrentie, vergelijkende en misleidende reclame en het portretrecht, heeft de wetgever deze uitdrukkelijk buiten de werkingssfeer van titel 15 van Boek 3 Rv geplaatst.[67] Of dat een terechte en wenselijke keuze is geweest van de Nederlandse wetgever is betwijfeld.[68] Een argument vóór uitbreiding naar deze categorieën is dat (IE-)rechthebbenden ook van deze praktijken (zeer) veel nadeel kunnen ondervinden. Een argument daartegen is dat een uitbreiding van de werkingssfeer de deur op een kier zou zetten naar volledige proceskostenveroordelingen in niet-IE-procedures. Van belang is dat noch de richtlijn, noch het stelsel van art. 237 e.v. Rv en het niet-bindende liquidatietarief daaraan in de weg staan. De vraag of een reflexwerking uit zou moeten kunnen gaan van art. 1019h Rv is daarmee vooral een vraag naar de wenselijkheid daarvan. Daartoe zullen eerst de voor- en nadelen van de regeling in kaart moeten worden gebracht en de mogelijke effecten worden onderzocht. In navolgende hoofdstukken (met name 8 en 9) worden deze onderwerpen nader uitgewerkt. Hierna staan vooral de problemen die in de praktijk zijn gerezen in verband met het materieel toepassingsbereik centraal, evenals de 'oplossingen' die daarvoor zijn gevonden.

Grenscategorieën

De rechtspraak lijkt inmiddels te zijn 'uitgekristalliseerd' daar waar het geschillen – of, in meeromvattende geschillen, vorderingen – betreft in de hierboven genoemde grenscategorieën (slaafse nabootsing, éénlijnsprestaties, oneerlijke concurrentie, vergelijkende en misleidende reclame en het portretrecht).[69] Geschillen of vorderingen op deze grondslagen zijn in beginsel uitgesloten van toepasselijkheid van art. 1019h Rv. Een ruimere proceskostenveroordeling is dus niet mogelijk voor geschillen of vorderingen in deze grensgevallen, behoudens in de gevallen waarin partijen anders zijn overeengekomen (zie par. 5.12.) of waarin de rechter aanleiding ziet om van het liquidatietarief af te wijken (hoofdstuk 4).

Meeromvattende geschillen

Discussies rond de (materiële) toepasselijkheid van art. 1019h Rv zijn met name nog aan de orde in meeromvattende geschillen; geschillen waarin de vordering of vorderingen zijn gebaseerd op meerdere grondslagen. Regelmatig wordt naast een vordering gebaseerd op één of meer IE-rechten een beroep gedaan op het gemene recht. Gedacht kan worden aan geschillen over productimitaties. Een verbodsvordering kan in dergelijke geschillen worden gegrond op IE-rechten (modellenrechten, auteursrech-

---

van art. 1019 voorkomt, kan niet worden afgeleid dat procedures op de voet van die bepaling steeds van het toepassingsbereik van art. 1019 zijn uitgesloten. Indien het in een dergelijke procedure gedaan verzoek is gegrond op art. 5 of 5a Hnw, zijn de bepalingen van titel 15 van toepassing; HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 *(LMR Advocaten/LR Advocaten)*.

67 Van der Laan 2007, p. 358-368; Freudenthal 2016, p. 45.

68 Maas, Shannon & De Boer 2013, p. 250.

69 Zie Maas e.a. 2013, p. 248 e.v. Zie over de niet-toepasselijkheid van art. 1019h Rv in geschillen over portretrecht Rb. Amsterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC4567, *AMI* 2008/2, m.nt. J.C.S. Pinckaers (*Van Basten/Dutch Filmworks*); Rb. Amsterdam 6 februari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BC3781, *Mediaforum* 2008/11, m.nt. D. Griffiths (*Prins Willem-Alexander c.s./Audax*).

ten) en onrechtmatige daad (slaafse nabootsing). Een ander voorbeeld wordt gevormd door geschillen over (on)geoorloofde vergelijkende reclame; de verbodsvordering kan dan zijn gebaseerd op merkinbreuk (art. 2.21 lid 1 BVIE) en op art. 6:194a BW.[70] Met name in deze meeromvattende geschillen wreekt zich het bestaan van verschillende kostenstelsels in IE-zaken enerzijds en niet-IE-zaken anderzijds.

Volgens de wetgever zal de rechter met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval en de criteria van art. 1019h Rv moeten uitmaken welk gewicht toekomt aan het op de inbreuk gebaseerde deel van de vordering ten opzichte van de algehele zaak en welk aandeel van de kosten dienovereenkomstig voor vergoeding op grond van art. 1019h Rv in aanmerking komt.[71] Volgens de Indicatietarieven wordt in geval van een gemengde grondslag een berekening gemaakt van de proceskosten die aan het op de IE-grondslag gebaseerde deel van de procedure moeten worden toegerekend. Voor dat deel van de kosten volgt een kostenveroordeling met toepassing van art. 1019h Rv. Voor de overige kosten wordt een evenredig deel van het liquidatietarief toegepast:

> *'In geval van een gemengde grondslag (bijvoorbeeld merkinbreuk en misleidende reclame) volgt een kostenveroordeling met toepassing van 1019h Rv. voor de proceskosten die aan het op de IE grondslag gebaseerde deel van de procedure moeten worden toegerekend. Voor de overige kosten wordt een evenredig deel van het liquidatietarief toegepast. Bij de vaststelling van het aandeel van de onderscheiden grondslagen in het geschil zal de opgave door partijen als uitgangspunt worden gehanteerd; bij gebreke van een deugdelijke opgave dan wel gemotiveerde betwisting daarvan zal een schatting worden gemaakt.'*[72]

De verdeelsleutel houdt met andere woorden in dat wanneer een partij in een gemengde zaak in het gelijk wordt gesteld, in beginsel op basis van evenredigheid een vergoeding ex art. 1019h Rv volgt voor de kosten besteed aan het IE-deel, en een forfaitaire vergoeding op basis van het liquidatietarief voor de overige kosten.

Over de praktische bezwaren van deze in de rechtspraak verder ontwikkelde verdeelsleutel is het nodige geschreven.[73] Voor advocaten zou in de eerste plaats lastig zijn om de cliënt uit te leggen dat voor de kosten voor het IE-deel van de procedure wel, maar voor het 'gemene' deel geen ruime vergoeding volgt bij winst.[74] In meeromvattende procedures – waarin bijvoorbeeld een verbod wordt gevraagd op grond van het modellenrecht én slaafse nabootsing – zou het in verband met de verknochtheid ook niet eenvoudig zijn voor de advocaat om in de urenregistratie uit te werken hoeveel tijd aan het modelrechtelijk deel c.q. het slaafse nabootsingsdeel is besteed. In dergelijke meeromvattende geschillen volgt dan een schatting waarbij de partij die meent een sterke zaak te hebben waarschijnlijk zoveel mogelijk tijd en

---

70 Zie bijv. Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458, *IER* 2013/43, m.nt. F.W.E. Eijsvogels en m.nt. E.H. Hoogenraad (*Wilkinson/Gillette*).

71 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C, p. 3 (MvA).

72 Punt 1 van de Leidraad Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2014), te raadplegen via rechtspraak.nl.

73 Zie bijv. Maas e.a. 2013, p. 231 e.v.; Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.; Deurvorst 2012, p. 88 e.v.; Pinckaers 2011, p. 120 e.v.; Van Oorschot & Blomme 2009.

74 Vgl. ook Sluijter 2014, p. 3 e.v.

kosten zal proberen toe te schrijven aan het voorbereiden van (het verweer tegen) het IE-rechtelijk deel, nu die kosten in aanmerking kunnen komen voor vergoeding ex art. 1019h Rv.[75] Ontbreekt een dergelijke schatting dan zal de rechter daarover ambtshalve beslissen.[76] Dat heeft gevolgen voor de voorspelbaarheid van de beslissing.[77]

In het algemeen maakt de verdeelsleutel de beslissing over de proceskosten vooral gecompliceerd in procedures waarin de vorderingen slechts ten dele worden toegewezen, of partijen over en weer op punten in het gelijk worden gesteld. Wie heeft te gelden als de in het gelijk gestelde partij wanneer de vorderingen met een IE-grondslag worden toegewezen en de vorderingen gegrond op het gemene recht worden afgewezen, of andersom? Hoe dient in die gevallen de proceskostenbeslissing uit te vallen? Op deze problematiek wordt nader ingegaan in par. 5.5.

87 Het formeel toepassingsbereik

87a 'Handhaving' in de zin van art. 1019 Rv

Het materieel toepassingsbereik ziet op de vraag op *welke rechten* de handhaving betrekking dient te hebben teneinde binnen de reikwijdte van titel 15 van Boek 3 Rv vallen. Kort gezegd vallen geschillen ter handhaving van de in art. 1019 Rv genoemde IE-rechten wel onder het bereik, maar geschillen die voortvloeien uit onrechtmatige daad of tekortkoming in de nakoming van een verbintenis in beginsel niet. De vraag, wat *handhaving* in deze context inhoudt, is een vraag naar het formeel toepassingsbereik en blijkt in de praktijk een al even lastig vraagstuk te zijn.

Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, zijn de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen van de Handhavingsrichtlijn van toepassing op *elke inbreuk* op intellectuele-eigendomsrechten.[78] Hieronder dient mede te worden begrepen elke *dreigende* inbreuk op IE-rechten.[79] Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat een exequaturprocedure volgend op een IE-inbreukzaak onder het toepassingsbereik valt, evenals een procedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een beslag dat in een andere lidstaat is gelegd ter voorkoming van een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht, en in het kader van deze schadevordering de vraag rijst naar erkenning van een in die andere lidstaat gegeven

75 Maas e.a. 2013, p. 250.

76 HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:397, *NJ* 2015/367 (*Ajax/Promosports*).

77 Zie hierna hoofdstuk 8.

78 Zie art. 2 lid 1 IE-Handhavingsrichtlijn.

79 Zo verplicht art. 9 de lidstaten tot het opnemen in de wetgeving van een voorlopig bevel, door de rechter uit te spreken jegens gedaagde, tot voorkoming van een *dreigende* inbreuk of tot stopzetting van inbreuk (eerste lid, onder a).

beslissing waarbij is vastgesteld dat dit beslag onrechtmatig is.[80] Geschillen over de (hoogte van de) al of niet te vergoeden thuiskopieheffing vallen er niet onder.[81] De richtlijn is evenmin van toepassing op een administratieve procedure strekkende tot nietigverklaring van een modelrecht. Dergelijke procedures beogen immers niet 'de bescherming van houders van intellectuele-eigendomsrechten te verzekeren in de zin van de betrokken bepalingen' en betreffen niet een inbreuk op een IE-recht.[82]

Uit de wetsgeschiedenis bij titel 15 van Boek 3 Rv blijkt dat de wetgever niet een verdergaand toepassingsbereik heeft willen realiseren. De memorie van toelichting bij art. 1019 e.v. Rv is op dit punt duidelijk:

> *'In titel 15 van het derde boek worden alle bepalingen over handhaving van intellectuele eigendomsrechten die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geïmplementeerd worden, bijeen gezet. Het betreft maatregelen van civiel procesrecht die genomen kunnen worden naar aanleiding van inbreuk of dreigende inbreuk op rechten die voortvloeien uit de wetten die in artikel 1019 zijn opgesomd (…)'.*[83]

Ten aanzien van de meeste bepalingen van titel 15 van Boek 3 Rv levert de vraag naar de toepasselijkheid meestal geen problemen op. Het *ex parte* bevel[84] en het bewijsbeslag zijn voorbeelden van maatregelen die in beginsel enkel kunnen worden getroffen door de rechthebbende in geval van (dreigende) inbreuk.[85] Over de toepasselijkheid van de proceskostenregeling van art. 1019h Rv blijkt minder duidelijkheid te bestaan.[86] Dat geldt niet zozeer in de gevallen waarin een inbreukverbod wordt gevorderd (art. 1019h Rv wordt in dergelijke gevallen meestal zonder meer van toepassing geacht), maar met name in de randgevallen. Gedoeld wordt op procedures waarin IE-rechten weliswaar onderwerp van het geschil zijn, maar waarin niet direct duidelijk is of sprake is van een (dreigende) inbreuk op die rechten, of de inbreuk slechts van ondergeschikte betekenis is. De hoeveelheid rechtspraak over dit onderwerp toont aan dat in lang niet alle gevallen duidelijk is of sprake is van 'handhaving' in de zin van art. 1019 Rv.

---

80 HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, *IER* 2015/49, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Diageo/Simiramida*).

81 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668, *NJ* 2012/19, m.nt. M.V. Polak; *IER* 2012/20, m.nt. F.W.E Eijsvogels; *JBPR* 2012/1, m.nt. A.M. van Aerde (*Realchemie/Bayer*); HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*).

82 HvJ EU 15 november 2012, C-180/11, ECLI:EU:C:2012:717, *IER* 2013/34 m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Bericap/Plastinnova*). Zie ook Vrendenbarg, 'Kort commentaar bij HvJ EU 15 november 2012, zaak C-180/11, B9 11843 (Bericap/Plastinnova) en Rb. 's-Gravenhage 28 november 2012, LJN: BY4482, B9 11888 (Apple/Samsung), Boek9.nl', *B9* 11890.

83 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, B. Onderstrepingen toegevoegd.

84 Waarmee zonder tegenspraak een onmiddellijk verbod op (verdere) inbreuk kan worden verkregen, zie art. 1019e Rv. Literatuur.

85 In HR 13 september 2013, *NJ* 2014/455, m.nt. H.B. Krans, *JOR* 2013/31, m.nt. E. Loesberg, *IER* 2014/9, m.nt. F.W.E. Eijsvogels is voorgesteld dat het bereik van het bewijsbeslag ruimer is dan IE-zaken.

86 Zie bijv. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019 Rv, aant. 4; Vrendenbarg 2014, p. 226-230.

87b Het ongeldigheidsverweer en de toepasselijkheid van art. 1019h Rv[87]

De proceskostenbepaling onderscheidt zich als gezegd van de overige bepalingen van art. 1019 e.v. Rv vanwege het wederkerige karakter. In tegenstelling tot het *ex parte* bevel en het bewijsbeslag, voorbeelden van maatregelen die uitsluitend ter beschikking staan van de rechthebbende, kunnen beide procespartijen aanspraak maken op de substantiële proceskostenvergoeding van art. 1019h Rv. Het gaat namelijk om een 'algemene regel' waarin niet wordt gesproken van de 'rechthebbende' en de 'inbreukmaker', maar van de 'in het ongelijk gestelde partij' en 'de in het gelijk gestelde partij'. De verliezer wordt veroordeeld in de kosten, ongeacht of hij eiser is of gedaagde, rechthebbende of inbreukmaker. Het systeem brengt mee, dat de partij die zich met succes verweert tegen een inbreukactie van een rechthebbende dus evenzeer haar redelijke en evenredige proceskosten vergoed dient te krijgen.[88] In de rechtseconomische literatuur wordt dit overigens *two way fee shifting* genoemd, waarover meer in hoofdstuk 8.

In gevallen waarin het de 'inbreukmaker' is die optreedt *tegen* de rechthebbende, is niet altijd duidelijk of het gaat om procedures 'ter handhaving van IE-rechten' waarop art. 1019h Rv van toepassing is. Het is zeker niet altijd zo dat de van inbreuk betichte partij volstaat met het betwisten van de aantijgingen. Zeer geregeld wordt de aanval gekozen, bijvoorbeeld door het bestaan of de geldigheid van het ingeroepen IE-recht aan te vechten. Soms kan worden volstaan met een betwisting in conventie, maar soms is het ook mogelijk of zelfs aangewezen om een nietigheidsvordering in reconventie in te stellen. In bepaalde gevallen zal een afzonderlijke (al of niet parallelle) nietigheidsprocedure aanhangig moeten worden gemaakt of – in geschillen over niet-geregistreerde IE-rechten (zoals auteursrechten) – een verklaring voor recht van niet-inbreuk moeten worden gevraagd. In sommige gevallen heeft de wederpartij van de rechthebbende de keus, maar er zijn ook gevallen waarin de wet een bepaalde processuele weg voorschrijft.[89] Het betreffen hier geen procedures (of vorderingen of verweren) *ter handhaving van IE-rechten tegen inbreuk*, maar reacties op handhavend handelen of dreigend handhavend handelen door de rechthebbende. In de rechtspraak wordt dit ook wel aangeduid als een 'vooruitgeschoven inbreukverweer'.[90] Strikt genomen vallen deze vormen van anticipatie op (dreigend) handhavend handelen niet onder de werkingssfeer van de Handhavingsrichtlijn. Een ruimere toepassing valt in die gevallen echter te rechtvaardigen door de wederkerige aard van art. 1019h Rv en met name ook het beginsel van *equality of arms*.[91]

---

87 Zie ook Vrendenbarg 2014, p. 226-230.

88 De wederkerigheid staat niet ter discussie; zie ook conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2015:2307) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5; C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *BIE* 2012/65 (*Knooble/NNI*).

89 A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2015:2307 voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5.7.1.-5.7.2.

90 Hof Den Haag 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443, *IER* 2011/45, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*X/De Thuiskopie*); Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902, *IER* 2013/36, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Danisco/Novozymes*).

91 Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h, aant. 1; conclusie A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2015:2307 voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5; zie hiervoor hoofdstuk 3.

Teneinde duidelijkheid te creëren over de toepasselijkheid van art. 1019h Rv in verschillende procedures heeft Verkade in zijn conclusie voor het arrest *Leo Pharma/Sandoz* een 'glijdende schaal' opgesteld.[92] Aan de hand van het overzicht van processuele varianten waarin de geldigheid van het ingeroepen IE-recht wordt aangevochten, kan relatief eenvoudig worden vastgesteld in hoeverre sprake is van procedure waarop art. 1019h Rv van toepassing is.[93] In de literatuur is de glijdende schaal van Verkade gehuldigd als een voor de praktijk zeer bruikbaar overzicht.[94] Hoewel de Hoge Raad in het arrest *Leo Pharma/Sandoz* niet toekwam aan een bespreking en de indeling ook nadien niet expliciet heeft aanvaard als geldend recht, volgt uit latere rechtspraak dat de schaal inderdaad als leidraad heeft te gelden.

In essentie zijn de processuele varianten in drie categorieën in te delen. De eerste categorie ziet op nietigheidsverweren in een inbreukprocedure (in conventie dan wel reconventie), en nietigheidsprocedures die parallel aan inbreukprocedures zijn ingesteld. Dit zijn voorbeelden van acties van de wederpartij van de rechthebbende die een gevolg zijn van (of gevolgd worden door) een inbreukactie door de rechthebbende, door het hof Den Haag ook wel aangeduid als een 'vooruitgeschoven inbreukverweer'. Art. 1019h Rv is hierop van toepassing.[95] De categorie van processuele varianten waarop art. 1019h Rv niet van toepassing is, wordt gevormd door de spontane oppositie- en nietigheidsprocedures bij een rechtelijke dan wel administratieve instantie.[96] De 'middenmoot' bestaat uit de varianten waarbij reeds wel is gesommeerd of anderszins is gewezen op mogelijk handhavend optreden, maar daaraan nog geen vervolg is gegeven. In hoeverre een (oppositie- of) nietigheidsprocedure in die gevallen is aan te merken als een anticipatie op dreigend handhavend handelen, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.

Uit rechtspraak volgt dat duidelijke aanwijzingen moeten bestaan dat de rechthebbende daadwerkelijk voornemens is handhavend op te treden om een nietigheids-

---

92 Conclusie A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2015:2307 voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*).

93 De glijdende schaal sluit overigens aan bij de vaste, richtinggevende rechtspraak van het Hof Den Haag over het formeel toepassingsbereik. Zie met name Hof Den Haag 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443, *IER* 2011/45, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*X/De Thuiskopie*).

94 Truijens 2016, p. 308; Vrendenbarg 2014, p. 226-230. Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 1019h, aant. 2.

95 Hof Den Haag 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443, *IER* 2011/45, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*X/De Thuiskopie*). Voorbeelden zijn Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902, *IER* 2013/36, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Danisco/Novozymes*); HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*); Rb. Den Haag 27 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8596 (*Accord/Medac*).

96 HvJ EU 15 november 2012, ECLI:NL:XX:2012:BY4086 (*Bericap/Plastinnova*); Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8161 (*Flooring/I4F*); Rb. Den Haag 13 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8130 (*Unilever/Technopharma*); Hof Den Haag 26 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1322 (*Pacogi/Chanel*); Hof Den Haag 17 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1771 (*Doebros/Staat*); Rb. Den Haag 18 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2856 (*Afyon*).

procedure onder het toepassingsbereik van art. 1019h Rv te brengen.[97] Per geval zal dus moeten worden vastgesteld in hoeverre daarvan sprake is. In de zaak *Pharmaceuticals/Mylan*[98] werd art. 1019h Rv niet van toepassing geacht op een nietigheidsprocedure die niet volgde op 'voldoende concrete dreiging van handhaving' van het octrooi. Niet voldoende concreet werden bevonden de (gestelde) omstandigheden dat (i) de octrooihouder tijdens onderhandelingen voorafgaand aan de procedure zou hebben geëist dat Mylan tijdens de onderhandelingen niet op de markt zou komen met een mogelijk inbreukmakend product, dat (ii) de octrooihouder de geldigheid van het octrooi heeft verdedigd en dat (iii) de octrooihouder niet kenbaar heeft gemaakt het octrooi niet jegens Mylan te zullen handhaven. Het enkel aanvoeren dat in onderhandelingen zou zijn geëist dat de wederpartij niet op de markt zou komen en dat in de Verenigde Staten handhavend zou zijn opgetreden tegen een derde op basis van een Amerikaans octrooi werd evenmin voldoende geacht.[99] Voldoende concrete dreiging werd wel aanwezig geacht in het geval waarin een sommatie was verzonden waarin tevens werd aangekondigd dat een procedure zou worden begonnen waarin een verbodsvordering zou worden ingesteld.[100] Ook werd een brief waarin ten onrechte werd 'gewapperd' met IE-rechten aangemerkt als een concrete dreiging van handhaving van IE-rechten.[101]

In verschillende, met name vóór de publicatie van de glijdende schaal van Verkade gewezen arresten van de Hoge Raad zijn proceskostenveroordelingen op grond van art. 1019h Rv uitgesproken in procedures waarin geen sprake was van (dreigend handhavend handelen tegen) inbreuk. In de zaak *Knooble/NNI* verweerde het NNI zich tegen een door Knooble gevorderde verklaring voor recht dat de NEN-normen rechtenvrij zijn.[102] De Hoge Raad overwoog dat het verweer van NNI moet worden aangemerkt als een 'verweer (…) ter handhaving van haar intellectuele eigendomsrechten'. In feitelijke instanties was echter gesteld noch gebleken dat Knooble een inbreuk op het auteursrecht van het NNI had begaan of dreigde te begaan. A-G Langemeijer concludeerde dan ook – met verwijzing naar de tot dan toe geldende rechtspraak dat art. 1019h Rv alleen van toepassing is op (dreigende) inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten – dat art. 1019h Rv hier niet van toepassing is. De Hoge Raad veroordeelde Knooble niettemin in de proceskosten ex art. 1019h Rv. Volgens de Hoge Raad is '[d]ie, door Knooble betwiste, aanspraak (…) gegrond, nu NNI, die op het standpunt staat dat zij auteursrechthebbende is ten aanzien van de NEN-normen, in cassatie verweer heeft gevoerd teneinde te voorkomen dat op vordering van Knooble voor recht zal worden verklaard dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, vrij zijn van

97 Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:152, r.o. 5.6.

98 Rb. Den Haag 11 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19241, *IER* 2014/33, m.nt. A. Kupecz (*Pharmaceuticals/Mylan*).

99 Hof Den Haag 2 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:152, r.o. 5.6.

100 Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14189 (*Brite Strike*).

101 Rb. Den Haag (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12937 (*Mooreast/Vryhof*). Zie ook Hof Den Bosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2993 (*Digitus/Bubble*).

102 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *BIE* 2012/65, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Knooble/NNI*), r.o. 3.14-15.

auteursrechten'. Ook in het arrest *Stichting Leenrecht/Vereniging van Openbare Bibliotheken* – waarin de vraag voorlag of verlenging van de uitlening heeft te gelden als een nieuwe, zelfstandige uitlening waarover een vergoeding betaald dient te worden – sprak de Hoge Raad een veroordeling ex art. 1019h Rv uit jegens de verliezende partij.[103] Uit latere rechtspraak laat zich afleiden dat de Hoge Raad conform de glijdende schaal recht spreekt, maar in de lagere rechtspraak duiken zo nu en dan nog voorbeelden op die in lijn zijn met de initiële, ruime benadering van het toepassingsbereik door de Hoge Raad.[104]

87c Vervolgprocedures en incidenten in IE-zaken

Uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat procedures die het vervolg zijn op een procedure ter handhaving van IE-rechten, ook onder het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn vallen.[105] Het in deze rechtspraak geformuleerde criterium voor de bepaling van de toepasselijkheid is of de betreffende procedure noodzakelijk kan worden geacht om een einde te kunnen maken aan de schending van IE-rechten.[106] In de Leidraad Indicatietarieven IE (versie 2014) staat het als volgt omschreven:

> *'De tarieven worden toegepast in procedures waarin aan het gevorderde de in artikel 1019 Rv. genoemde regelgeving ten grondslag is gelegd (de ie grondslag). (…) Toepassing vindt ook plaats in incidenten in de hiervoor genoemde procedures, procedures die het vervolg zijn op de hiervoor genoemde procedures (voorbeeld: schadestaatprocedure ter vaststelling van de door merkinbreuk geleden schade; executiegeschil over tenuitvoerlegging van een verbod tot merkinbreuk en exequatur-procedures).'*
>
> De Indicatietarieven in hoger beroep en cassatie, versie 1 april 2017 bepalen:
>
> *'De tarieven worden toegepast in procedures waarop artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn van toepassing is. (…) Toepassing vindt ook plaats in incidenten in de hiervoor genoemde procedures en in procedures die het vervolg zijn op de hiervoor genoemde procedures, voor zover die incidenten en procedures onder het bereik van artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn vallen.'*

---

103 HR 23 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484 (*Stichting Leenrecht/Vereniging van Openbare Bibliotheken*).

104 In Rb. Den Haag 18 januari 2012, HA ZA 10-4464 (*KeyToMetals/Stahlschlussel*) en Rb. Rotterdam 4 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7817 (*Savoy Club*) kwam uitsluitend de geldigheid van de betreffende IE-rechten aan de orde maar werden de kosten met toepassing van art. 1019h Rv vergoed. In Rb. Amsterdam 21 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5983 werd het toepassingsbereik van art. 1019h Rv eveneens ruim uitgelegd, zie r.o. 4.81: 'Hoewel de vorderingen onder 1 t/m 7 en 14 strikt genomen niet zien op de handhaving van intellectueel eigendomsrecht maar op nakoming van de licentieovereenkomst, dient het toepassingsbereik van artikel 1019h Rv ruim te worden opgevat.' Zie ook Rb. Noord-Holland (vzr.) 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10330 (*Lichtfabriek*), waarin art. 1019h Rv van toepassing werd geacht op een geschil over de nakoming van een vaststellingsovereenkomst die in de kern ziet op de bescherming van IE-rechten.

105 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

106 Vgl. art. 1 IE-Handhavingsrichtlijn: 'Deze richtlijn betreft de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen die noodzakelijk zijn om de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen.'

In deze lijn worden executiegeschillen geacht onder het bereik van de richtlijn te vallen, althans voor zover het daarbij gaat om de vraag of het gebod tot staking (of het verbod inbreuk te maken) al dan niet is nageleefd.[107] Ver strekkend is het toewijzen van de 1019h-kosten in een executiegeschil waarin het ging om de inhoud en mogelijkheid van een accountantscontrole van de opgave van inbreukmakende zaken.[108] In beginsel vallen incidenten in inbreukgeschillen, zoals een incident tot opheffing van beslag, ook onder het toepassingsbereik van art. 1019h Rv, maar de rechtspraak lijkt op dit punt niet eenduidig te zijn.[109] Hetzelfde geldt voor schadestaatprocedures, die nu weer als een vervolgprocedure en dan weer als een zelfstandige procedure worden aangemerkt.[110] Art. 1019h Rv is niet van toepassing geacht op een voorlopig getuigenverhoor dat is verzocht omdat werd *vermoed* dat mogelijk inbreuk op IE-rechten is gepleegd.[111] Maar anderzijds wordt art. 1019h Rv wel geacht van toepassing te zijn op een procedure waarin wordt verzocht om inzage ex art. 843a Rv indien sprake was van een vermoeden van inbreuk.[112] Ook is art. 1019h Rv toegepast in een procedure in hoger beroep tegen een beslissing die in het kader van een voorlopig deskundigenbericht is genomen. Hof Den Haag overwoog dat het feit dat 'het in deze appelprocedure met name gaat om procesrechtelijke geschilpunten [hieraan] niet af [doet]'.[113] In andere gevallen vormde de omstandigheid dat het uitsluitend nog gaat om procesrechtelijke geschilpunten juist aanleiding om art. 1019h Rv niet van toepassing te achten.[114] De rechtspraak over de (niet-)toepasselijkheid op vervolgprocedures laat kortom geen eenduidig beeld zien.

88 Temporele toepasselijkheid

Naast materiële en formele gronden zijn er temporele gronden op basis waarvan de toepasselijkheid van art. 1019h Rv moet worden vastgesteld. Hoewel het buiten toepassing zijn van de regeling op temporele gronden ruim 10 jaar na de inwer-

---

107 Hof Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2015:3339 (*Ventraco*); Hof Den Bosch 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:2074 (*TAN/Pontifix*); Hof Leeuwarden 15 maart 2012, ECLI:NL:RBLEE:2011:BV7389 (*Januskachels*); Hof Den Haag 19 mei 2009 (*VDV/geïntimeerde*); Rb. Utrecht (vzr.) 29 februari 2012, *IEF* 10976 (*MiecMarketing/Buurt & CO*).

108 Hof Den Bosch 2 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5069 (*Allposters/Pictoright*).

109 In Rb. Den Haag 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13329 (*GEU/Snappet*) werden de kosten voor het incident tot opheffing van het beslag toegewezen.

110 Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693 (*Veap/Automotive*); Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4377 (*Fikszo/Stokke*).

111 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8314 (*Top Twence*).

112 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*); Rb. Den Haag (vzr.) 15 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15431 (*AAB/MES*).

113 Hof Den Haag 26 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2009 (*DCC/Forax*).

114 Zo werd in Hof Amsterdam 30 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2013:2385 (*American Cola*) art. 1019h Rv niet van toepassing geacht op een vordering tot zekerheidsstelling van de proceskosten. Zie ook Hof Amsterdam 30 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2385. In Hof Amsterdam 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3255 werd de vordering ex art. 1019h Rv afgewezen omdat het recht van intellectuele eigendom geen onderwerp van geschil is in het hoger beroep. Zie HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1087, waarin is geoordeeld dat het tussen partijen resterende geschilpunt aangaande uitsluitend nog de proceskosten niet door art. 1019h Rv wordt bestreken (r.o. 3.6.).

kingtreding van de richtlijn niet vaak meer voorkomt, zal in deze paragraaf voor de volledigheid kort worden ingegaan op het temporele toepassingsbereik van de richtlijnbepalingen.

De uitvoeringswet met betrekking tot de richtlijn bepaalt dat de art. 1019-1019i Rv niet van toepassing zijn op procedures 'waarvan de dagvaarding of het verzoekschrift vóór of op de dag van inwerkingtreding ervan is uitgebracht'.[115] Titel 15 van Boek 3 Rv is als gezegd op 1 mei 2007 in werking getreden, maar de richtlijn had uiterlijk op 29 april 2006 geïmplementeerd moeten zijn. Daarom heeft 29 april 2006 als overgangsrechtelijke 'peildatum' te gelden.[116] Ten aanzien van procedures die zijn ingeleid met een processtuk daterend van na 29 april 2006, maar vóór 1 mei 2007 geldt aldus dat door richtlijnconforme uitleg van art. 237 e.v. Rv geanticipeerd moet worden op art. 1019h Rv.[117] Er pleegt geen onderscheid te worden gemaakt tussen de kosten gemaakt voor en na de peildatum. Indien is vastgesteld dat een procedure binnen het temporeel toepassingsbereik van de richtlijn valt, dan worden de gevorderde proceskosten op de voet van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn begroot en vastgesteld, ongeacht de periode waarin zij zijn gemaakt.[118]

Het is niet mogelijk om in *lopende* procedures die vóór 29 april 2006 zijn ingeleid op een later moment in de procedure alsnog de proceskosten op grond van richtlijnconforme toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn te vorderen. Volgens de parlementaire geschiedenis 'is [het] niet in belang van een efficiënte procesvoering als ten gevolge van de nieuwe wet in een lopende procedure bij vermeerdering van eis de gevorderde maatregelen uitgebreid kunnen worden'.[119] De vraag of een schadestaatprocedure is aan te merken als een afzonderlijke dan wel als een vervolgprocedure, is verschillende malen aan de orde gesteld. Volgens de rechtbank Den Haag is een schadestaatprocedure aan te merken als een vervolgprocedure. Indien de schadestaatprocedure volgt op een nog niet voltooide, vóór 29 april 2006 aangevangen hoofdprocedure, dan valt deze buiten de werkingssfeer van de richtlijn.[120] In een andere zaak echter oordeelde dezelfde rechtbank dat de schadestaatprocedure voor de proceskostenbeslissing ex art. 237 en 1019h Rv moet worden aangemerkt als een zelfstandige procedure. Voor de temporele toepasselijkheid moet dus worden uitgegaan van de datum dagvaarding van de schadestaatprocedure.[121] De vraag rijst, in hoeverre het aanmerken van de schadestaatprocedure als

115 Art. IX van de Wet van 8 maart 2007 ter uitvoering van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *Stb*. 108.

116 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 5.4.1.; conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2013:BZ4098) voor HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4098 (*G-Star/Benetton*), sub 3.8.3.; Rb. Rotterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2044 (*FKP/Spirits*).

117 Zie bijv. Rb. Den Haag 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10773 (*Ajinomoto/GBT*).

118 Zie ook Rb. Den Haag 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10773 (*Ajinomoto/GBT*). Anders: Rb. Amsterdam (vzr.) 17 september 2010, KG ZA 10-1433, WT/PvV (*Cassina/R.*).

119 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 33 (MvT).

120 Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693 (*Veap/Automotive*).

121 Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4377 (*Fikszo/Stokke*).

zelfstandige procedure gevolgen heeft voor de formele toepasselijkheid van art. 1019h Rv. Het criterium is in die context immers of sprake is van een *vervolgprocedure* op een inbreukprocedure, zie nr. 87.

Hoger beroep procedures zijn daarentegen aan te merken als 'nieuwe' procedures, waarop deze wet wel van toepassing is, mits uiteraard de appeldagvaarding is uitgebracht na de peildatum.[122] Over de toepassing van de proceskostenregel in appelprocedures zie nader par. 5.8. Hetzelfde geldt in beginsel voor de procedure in cassatie (par. 5.9). De procedure na verwijzing daarentegen kan niet als een zelfstandige procedure worden aangemerkt: op grond van art. 424 Rv dient de rechter, naar wie het geding is verwezen, de behandeling daarvan voort te zetten en te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad c.q. het HvJ EU. De temporele toepasselijkheid van art. 1019h Rv op een procedure na verwijzing hangt dus af van de datum van de dagvaarding van de procedure waarvan de procedure na verwijzing een voortzetting is, en niet van de datum van de dagvaarding van de appelprocedure na verwijzing.[123] Zie voorts par. 5.11.

89 Wie bepaalt de toepasselijkheid van art. 1019h Rv?

Uit (lagere) rechtspraak volgt dat van de toepasselijkheid van art. 1019h Rv pleegt te worden uitgegaan indien beide partijen de proceskosten op grond van art. 1019h Rv vorderen en/of beide partijen aanvoeren dat de bepaling op het geschil van toepassing is te achten.[124] Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan hieruit worden afgeleid dat partijen een van art. 237 Rv afwijkende proceskostenbeslissing wensen, dan wel dat de toepasselijkheid van de bepaling *ratione materiae* niet ter discussie staat, zodat een nader onderzoek naar de toepasselijkheid achterwege kan blijven.[125] Het komt echter ook voor dat één partij een beroep doet op art. 1019h Rv, maar de wederpartij niet althans de wederpartij zich niet over de

---

122 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 33 (MvT): 'Krachtens het voorgestelde overgangsrecht zal deze wet niet van toepassing zijn op lopende procedures. Het is niet in belang van een efficiënte procesvoering als ten gevolge van de nieuwe wet in een lopende procedure bij vermeerdering van eis de gevorderde maatregelen uitgebreid kunnen worden. Wel zal de nieuwe wet van toepassing zijn bij het instellen van hoger beroep.'

123 Vgl. Conclusie A-G Verkade inzake HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4098 (*G-Star/Benetton*), sub 3.8.6., voetnoten 14 en 15; Hof Den Haag, 21 augustus 2012, *IEPT* 20120821 (*Primus/Roche*); Hof Den Haag 16 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1770 (*Edco/MAG*). Partijen die zich voegen in een zaak waarvan de appeldagvaarding is uitgebracht vóór 29 april 2006 kunnen evenmin aanspraak maken op vergoeding van de proceskosten uit hoofde van art. 1019h Rv, zie Hof Den Haag 28 februari 2012, zaaknr. 200.084.596/01 (*Orbus Neich/Boston Scientific & Medinol*).

124 Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902 (*Danisco/Novozymes*); Rb. Den Haag (vzr.) 13 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11062 (*Scoezh/Buma & Sena*).

125 Vgl. conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2012:BX7484) voor HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484 (*Stichting Leenrecht/VOB*), sub 3.53, waarbij Wissink opmerkt dat van de toepasselijkheid moet worden uitgegaan gelet op HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393 (*Knooble/NNI*).

toepasselijkheid van de bepaling uitlaat. Hof Den Haag oordeelde in de zaak *Hoogendonk/Dutch Spiral* dat het hof de vordering ex art. 1019h Rv van Dutch Spiral 'niettegenstaande het feit dat Hoogendonk niet aanvoert dat het onderhavige geschil niet onder het materiële toepassingsbereik van de artikelen 1019 e.v. Rv. valt, […] dat ambtshalve [dient] te beoordelen'.[126] Hieruit kan worden afgeleid, dat ambtshalve beoordeling van de toepasselijkheid van art. 1019h Rv in ieder geval aan de orde is indien één partij zich hierover niet heeft uitgelaten.[127]

In 2015 heeft de Hoge Raad in het *LMR-arrest* overwogen dat de rechter de taak heeft ambtshalve te beslissen over de toewijsbaarheid van de proceskosten en de hoogte daarvan.[128] Het is vooralsnog niet duidelijk in hoeverre hiermee wordt beoogd de 'autonomie' van partijen op dit terrein in te perken. Een ambtshalve oordeel over de (niet-)toepasselijkheid lijkt niet op zijn plaats indien beide partijen uitdrukkelijk een van art. 237 Rv c.q. art. 1019h Rv afwijkende, ruimere dan wel gematigde proceskostenbeslissing zijn overeengekomen. Beide bepalingen zijn immers van regelend recht. Over de taken en bevoegdheden van de rechter bij de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv zie nader hoofdstuk 6.

90 Deelconclusie

De toepasselijkheid van art. 1019h Rv dient op materiële, formele en temporele gronden te worden vastgesteld. Met name de formele afbakening van het toepassingsbereik heeft tot vragen geleid. Uit de rechtspraak valt de vuistregel af te leiden dat geschillen ter handhaving van IE-rechten onder het toepassingsbereik van art. 1019h Rv vallen, evenals geschillen ter anticipatie op dreigend handhavend handelen. Voorts vallen procedures (incidenten en vervolgprocedures) onder het bereik die noodzakelijk worden geacht om een einde te kunnen maken aan de schending van IE-rechten. De rechtspraak is niet eenduidig op dit punt.

---

126 Hof Den Haag 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1072 (*Hoogendonk/Dutch Spiral*), r.o. 18.

127 F.W.E. Eijsvogels, annotatie bij HvJ EU 15 november 2012, ECLI:NL:XX:2012:BY4086 (*Bericap/Plastinnova*) en Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902, *IER* 2012/34 (*Danisco/Novozymes)*. Zie bijv. Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX6075 (*Pfizer/UVIT*) waarin het Hof overwoog (6.3): 'UVIT/VGZ maakt aanspraak op een volledige vergoeding van haar proceskosten, te begroten op de voet van artikel 1019h Rv. Tegen de toepassing van deze bepaling is door Pfizer geen bezwaar gemaakt, hoewel haar vorderingen deels zijn gegrond op onrechtmatige daad. Het hof dient ambtshalve te beoordelen of bedoelde bepaling toepassing kan vinden. Nu een vordering gegrond op onrechtmatige daad, ook indien deze gerelateerd is aan een intellectueel eigendomsrecht, buiten het toepassingsbereik van artikel 1019h Rv. valt, zal het hof de vordering in zoverre afwijzen.'

128 Rb. Utrecht (vzr.) 15 augustus 2012, *IER* 2013/9 (*Boehringer/Teva*), r.o. 4.37: 'Beide partijen hebben de stelling betrokken dat het onderhavige geschil onder het materiële toepassingsbereik van art. 1019 e.v. Rv valt. Zoals het hof Den Haag bij zijn arrest van 17 januari 2012 heeft geoordeeld (ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1072), dient de rechter dat evenwel ambtshalve te beoordelen.'

5.4 Het desgevorderd-vereiste

91 Inleiding

Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn en art. 1019h Rv zijn in hoofdlijnen identiek, maar kennen één belangrijk verschil in redactie. Bij de omzetting is aan art. 1019h Rv het woord 'desgevorderd' toegevoegd. Dit betekent dat voor toewijzing van de proceskosten op grond van art. 1019h Rv sprake moet zijn van een daartoe strekkende vordering (althans aanspraak of verzoek). Blijft een dergelijke vordering achterwege, dan zal de rechter niet in staat zijn een veroordeling op de voet van art. 1019h Rv uit te spreken.[129] Aldus heeft de Nederlandse wetgever een extra vereiste voor toewijzing van de proceskosten gesteld, ten opzichte van zowel art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn als art. 237 Rv, op grond waarvan de rechter ambtshalve dient te komen tot een veroordeling van de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten.[130] De aanvulling heeft evenwel niet tot vragen geleid tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste en Tweede Kamer. De praktijk lijkt daarentegen wel te hebben geworsteld met de invulling van het desgevorderd-vereiste en met name het daaraan verbonden vereiste van de gespecificeerde kostenopgave, zo blijkt uit de omvangrijke jurisprudentie over dit onderwerp.

Overigens moet de term 'desgevorderd' niet zo worden begrepen dat in verzoekschriftprocedures geen proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv mogelijk zou zijn.[131] Art. 1019h Rv kan (dus) ook van toepassing zijn op een verzoekschriftprocedure.[132] Dit is in overeenstemming met de Handhavingsrichtlijn, die geen onderscheid maakt tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures.[133] De wet KEI maakt het onderscheid ook niet meer. Hetgeen in het navolgende aan de orde zal komen zal daarom betrekking hebben op beide typen procedures, tenzij anders staat aangegeven.

92 Het *Endstra-arrest*

In het *Endstra-arrest* van 30 mei 2008 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over het desgevorderd-vereiste van art. 1019h Rv.[134] In de zaak van de zonen van Endstra tegen uitgeverij Nieuw Amsterdam c.s. lag de vraag voor of aan op tussen Endstra en politieambtenaren op de achterbank gevoerde gesprekken auteursrechtelijke bescherming toekomt. In hoger beroep had Nieuw Amsterdam aan het slot van het pleidooi een kostenspecificatie ten bedrage van € 29.957,65 overgelegd ter onderbouwing van haar vordering tot veroordeling van de erven van Endstra in de proceskosten, inclusief

---

129 Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h, aant. 8; Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 1019h Rv, aant. 3.

130 Zie hiervoor hoofdstuk 4. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/126; Sluijter 2011, hoofdstuk 4.

131 Zie bijv. Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 2.

132 Vgl. Hof Den Haag 30 maart 2010, *BIE* 2010/40, m.nt. P.J.M. Steinhauser (*Four Seasons Hotels*), r.o. 3.

133 Vgl. Hof Den Haag 22 december 2009, *BIE* 2010/20, m.nt. M. Bronneman (*Lundbeck/Tiefenbacher*); Hof Den Haag 30 maart 2010, *BIE* 2010/40, m.nt. P.J.M. Steinhauser (*Four Seasons Hotels*); Rb. Den Haag 13 januari 2014, *IEPT* 20140113 (*GTG/Hendrix*).

134 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*).

de werkelijke advocaatkosten. Daarbij deden Nieuw Amsterdam c.s. een rechtstreeks beroep op art. 14 van de Richtlijn. Het Hof Amsterdam wees de vordering echter af. Volgens het Hof is het in strijd met een goede procesorde om de verlangde proceskostenveroordeling, die niet althans onvoldoende viel af te leiden uit de bewoordingen van de memorie van antwoord, in een zo laat stadium van de procedure expliciet te verwoorden en kenbaar te specificeren, waardoor de wederpartij zich daartegen 'ongenoegzaam' heeft kunnen verweren.[135] Het Hof sprak daarom een veroordeling in de proceskosten op grond van het art. 237 Rv en het gebruikelijke liquidatietarief uit. Zoals inmiddels duidelijk moge zijn heeft dat aanzienlijke consequenties voor de vergoeding (uiteindelijk is niet meer dan een bedrag van € 2.682 aan salaris procureur en € 296 voor de verschotten toegekend aan Nieuw Amsterdam). In cassatie voerden Nieuw Amsterdam c.s. onder meer aan dat – anders dan art. 1019h Rv – noch art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn noch art. 237 Rv als voorwaarde stellen dat de proceskosten dienen te worden gevorderd en dat het Hof daarom ambtshalve althans richtlijnconform had moeten oordelen. De Hoge Raad sanctioneerde echter het oordeel van het Hof en oordeelde dat moet worden aangenomen dat het desgevorderd-vereiste ook in art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn ligt besloten:

> *'Hoewel art. 14 Handhavingsrichtlijn niet met zoveel woorden bepaalt dat voor toeschatting van de volledige proceskosten sprake moet zijn van een daartoe strekkende vordering, aanspraak of verzoek - in tegenstelling tot het bij de implementatiewet ingevoerde art. 1019h Rv., dat bepaalt dat die kosten 'desgevorderd' worden toegewezen - moet worden aangenomen dat die eis ook in art. 14 Handhavingsrichtlijn besloten ligt. Zonder dat de betrokken partij op enigerlei wijze aanspraak maakt op vergoeding van de volledige proceskosten die art. 14 Handhavingsrichtlijn de in het gelijk te stellen partij in het vooruitzicht stelt, en daarvan een gespecificeerde opgave doet, is de rechter immers niet in staat een daartoe strekkende veroordeling uit te spreken. Vergoeding van volledige proceskosten op de voet van art. 14 Handhavingsrichtlijn dient daarom te worden gevorderd, en de gevorderde kosten dienen zo tijdig opgegeven en gespecificeerd te worden dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren.'*[136] (onderstreping toegevoegd)

Het oordeel van de Hoge Raad, voor zover het het desgevorderd-vereiste betreft, is in lijn met de opvatting van A-G Verkade, die heeft gesteld dat het in art. 1019h Rv opgenomen desgevorderd-vereiste niet in strijd is met communautair recht.[137] Volgens Verkade moet debat over art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. art. 1019h Rv mogelijk zijn, niet alleen omdat het bij toepassing daarvan om hogere bedragen gaat dan bij het gebruikelijke liquidatietarief, maar ook omdat de in de bepaling neergelegde criteria 'algemene regel', 'redelijke' en 'evenredige' kosten en 'billijkheid' om een debat zouden vragen.[138] Zonder een daarop gerichte vordering kan de rechter de

---

135 Hof Amsterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8071 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 4.13.

136 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 5.4.1.

137 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*).

138 Dat volgt ook uit ov. 17 van de considerans: 'De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet, moeten in elk afzonderlijk geval zodanig worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectuele-eigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk.'

betreffende aanspraak immers niet beoordelen aan de hand van deze criteria.[139] Het desgevorderd-vereiste strekt er bovendien toe de gedaagde partij in staat te stellen zijn verweer adequaat voor te bereiden. In dat verband verwijst A-G Verkade naar art. 6 EVRM en, meer specifiek, naar het daaruit voortvloeiende beginsel van hoor en wederhoor. Aldus wordt in dit fundamentele beginsel van het procesrecht de rechtvaardiging gevonden voor de toevoeging van het desgevorderd-vereiste aan art. 1019h Rv door de Nederlandse wetgever.[140] Het is inmiddels vaste rechtspraak dat wanneer de kosten ex art. 1019h Rv niet zijn gevorderd, in beginsel geen veroordeling op die grond wordt uitgesproken.[141]

93 De vordering ex art. 1019h Rv

Uit het *Endstra-arrest* volgt dat de vordering tot veroordeling in de proceskosten op grond van art. 1019h Rv tijdig dient te worden ingesteld. Op het vereiste van tijdigheid wordt hierna ingegaan, en op de bijzonderheden in hoger beroep en cassatie zie par. 5.8 en 5.9. De vordering dient voorts te worden onderbouwd met een opgave van de kosten en een specificatie daarvan.[142] De vereisten van een tijdige en gespecificeerde opgave strekken er enerzijds toe zowel de rechter als de wederpartij in staat te stellen de vordering te beoordelen, en anderzijds de wederpartij in de gelegenheid te stellen zich daartegen adequaat te verweren.[143]

Het desgevorderd-vereiste van art. 1019h Rv geldt onverminderd voor de gedaagde partij die aanspraak wil maken op de proceskosten op grond van dat artikel. Het is niet nodig deze vordering in reconventie in te stellen, maar ook de gedaagde partij kan in beginsel niet volstaan met de formule 'kosten rechtens' zoals gebruikelijk is bij toepassing van art. 237 Rv.[144] Voor toewijsbaarheid van de proceskosten ex art. 1019h Rv dient (ook) de gedaagde partij deze aanspraak kenbaar te maken met

---

139 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), sub 6.15; Zie ook A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2010:BK5756) voor HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), sub 36.

140 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), sub 6.14: 'Aangezien (verdere) harmonisatie van het procesrecht in burgerlijke, handels- en IE-zaken ontbreekt zullen (ook) de nationale regels en beginselen van een goede procesorde – waaronder het beginsel van hoor en wederhoor – hier hun functie kunnen en dienen te vervullen.' Zie hiervoor hoofdstuk 3.

141 Een enkele keer is een proceskostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv uitgesproken zonder een daartoe strekkende vordering. Zie bijv. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8218 (*A/JB Inflatable*); Rb. Dordrecht (vzr.) 15 september 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BT1520 (*Artiestenverloning/Prae*), vernietigd in Hof Den Haag 13 maart 2013, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8723 (*Prae/Artiestenverloning*).

142 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 5.4.1.

143 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*); conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2010:BK5756) inzake HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), sub 36.

144 Vgl. A.M. van Aerde, annotatie bij Hof Amsterdam 23 februari 2010, *JBPR* 2010/5 (*Solvay/Novartis*). Ondanks het desgevorderd-vereiste willen partijen nog wel eens goed wegkomen met de 'kosten rechtens'-formule, zie bijv. Rb. Amsterdam 4 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5554 (*VEVAM*

inachtneming van de hierna te bespreken vereisten van tijdige vordering en kostenspecificatie.

De partij die aanspraak maakt op een vergoeding van de 1019h-kosten zal de redelijkheid en evenredigheid van de kosten moeten stellen (en zo nodig bewijzen). De wederpartij kan deze op haar beurt betwisten. Ook hierin verschilt de regeling van art. 1019h Rv van art. 237 e.v. Rv. Ten aanzien van de proceskostenveroordeling op grond van art. 237 e.v. Rv wordt immers in beginsel geen debat gevoerd. De rechter oordeelt hierover (zo nodig) ambtshalve en naar eigen inzicht.[145] Het gaat om een feitelijke beslissing die de rechter niet hoeft te motiveren, en in cassatie uitsluitend op begrijpelijkheid kan worden getoetst.[146] Dat geldt in beginsel ook ten aanzien van de proceskostenbeslissing van art. 1019h Rv. Uit het arrest *Boston Scientific/OrbusNeich* laat zich afleiden dat de proceskostenbeslissing door de feitenrechter op de voet van art. 1019h Rv soms kan worden aangemerkt als gemengd feitelijk-juridisch. Dat brengt mee dat de beslissing over de proceskosten in feitelijke instanties in bepaalde gevallen in cassatie kan worden getoetst.[147] Zie nader par. 5.9.

De vordering: wijze en momentum van instellen

Onderscheid moet worden gemaakt tussen het moment van het instellen van de *vordering* ex art. 1019h Rv en het moment van het in het geding brengen van een *specificatie* van de gevorderde kosten, waarover in de navolgende paragraaf meer. De partij die aanspraak wenst te maken op vergoeding van de proceskosten ex art. 1019h Rv zal dat in een zo vroeg mogelijk stadium moeten doen.[148] De voor toewijsbaarheid vereiste tijdige vordering houdt als gezegd verband met de in acht te nemen beginselen van een goede procesorde, meer in het bijzonder het beginsel van hoor

---

v Ziggo/UPC & RODAP), r.o. 4.9.: 'De voorzieningenrechter is van oordeel – anders dan VEVAM heeft betoogd – dat RODAP op de juiste wijze aanspraak heeft gemaakt op een proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv. RODAP heeft in haar incidentele vordering tot voeging aan de zijde van gedaagden aanspraak gemaakt op een proceskostenveroordeling door middel van de woorden 'kosten rechtens'. Hiermee heeft RODAP op voorhand geen recht op een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv prijsgegeven. Nu niet in discussie is dat dit kort geding een IE-geschil betreft en VEVAM hier – blijkens haar eigen in het geding gebrachte kostenspecificatie – eveneens vanuit is gegaan, verstaat de voorzieningenrechter onder 'kosten rechtens' tevens een kostenveroordeling in de zin van artikel 1019h Rv. Dit blijkt voorts uit het kostenoverzicht dat RODAP op voorhand aan de voorzieningenrechter en de andere partijen in dit geding heeft doen toekomen.'

145 HR 3 april 1998, *NJ* 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*). Indien wel een partijdebat plaatsvindt en de rechter om die reden een beslissing over de proceskostenveroordeling toch motiveert, dan dient die motivering (uiteraard) wel begrijpelijk te zijn: HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7995.

146 Vgl. A-G Wesseling-Van Gent in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2010:BO3344) voor HR 10 december 2010, *RvdW* 2010/1472, ECLI:NL:HR:2010:BO3344, sub 2.18; conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2013:BY0572) inzake HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0572, *JBPR* 2013/27, m.nt. G. Van Rijssen.

147 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, r.o. 3.3.2; Vgl. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 5.

148 Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 4.

en wederhoor. De wederpartij moet voldoende gelegenheid hebben zich behoorlijk te verweren.

'In een zo vroeg mogelijk stadium' betekent, in de dagvaarding/conclusie van antwoord of bij eerste memorie. Het op een later moment aanvullen van de vorderingen met een aanspraak op art. 1019h Rv (bijvoorbeeld pas tijdens of aan het eind van een pleidooi), moet worden aangemerkt als een eiswijzing c.q. eisvermeerdering in de zin van art. 130 Rv.[149] Daarmee wordt immers een aanpassing van het petitum van de dagvaarding (c.q. eis in reconventie) beoogd.[150] Op dit punt verschilt de regeling van art. 1019h Rv van art. 237 Rv, waarbij het verzoek om een hogere kostenveroordeling (in afwijking van het liquidatietarief) niet wordt beschouwd als een eisvermeerdering, maar als een nadere specificatie van hoe de rechter de kostenbeslissing volgens die partij behoort in te vullen.[151]

Op grond van art. 130 Rv is een eiswijziging ontoelaatbaar indien deze in strijd is met de goede procesorde. Daarvan is sprake indien de gedaagde onredelijk in zijn verweer wordt bemoeilijkt en indien het geding onredelijk wordt vertraagd.[152] Hoewel de rechter de eiswijziging op deze grond ambtshalve mag weigeren, doet de gedaagde er verstandig aan daar niet op te rekenen, maar gebruik te maken van de bevoegdheid bezwaar te maken.[153] Indien het bezwaar gegrond wordt geacht, dan zal de vermeerdering van eis worden afgewezen en volgt hooguit nog een veroordeling met toepassing van het liquidatietarief.[154] De eiswijziging dient schriftelijk plaats te vinden. Het vereiste van een schriftelijke eiswijziging geldt in kort geding slechts voor zover dat niet onverenigbaar is met de aard van het kort geding en de daarin vereiste spoed. Anders gezegd, in kort geding kan onder omstandigheden ook een mondelinge, ter zitting gedane eisvermeerdering worden geaccepteerd.[155] Een vermeerdering van eis met betrekking tot de proceskosten van art. 1019h Rv tijdens pleidooi in kort geding wordt echter meestal afgewezen. Het helpt de partij die eerst bij pleidooi alsnog aanspraak wenst te maken op de kosten van art. 1019h Rv meestal niet om te verwijzen naar een reeds ingediende kostenspecificatie en/of een in algemene bewoordingen geformuleerde, in (bijvoorbeeld) de dagvaarding opgenomen vordering de wederpartij 'te veroordelen in de kosten van het geding'. De kosten op de grondslag van art. 1019h Rv dienen als gezegd niet

149 Zie bijv. Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1515 (*Spirits/FKP*); Rb. Den Haag 13 juli 2011, HA RK 11-169, *IEF* 10109 (*Real Networks/X*); Hof Den Haag 27 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5134 (*1-800-Flowers.com/Zockoll*); Hof Den Haag 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1072 (*Hoogendonk/Dutch Spiral*). Ten aanzien van een eisvermindering geldt dat het vereiste van 'zo vroeg mogelijk stadium' minder strikt wordt gehanteerd, zie bijv. Hof Den Bosch 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5526.

150 Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125.

151 Sluijter 2011, p. 54; Van der Wiel 2004, p. 332.

152 Heemskerk, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 130 Rv; Van der Wiel 2004, p. 224 e.v.

153 Van Mierlo & van Dam-Lely 2011, p. 113.

154 Een voorbeeld van een ambtshalve afwijzing van de eisvermeerdering is Rb. Amsterdam (vzr.) 1 november 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB6926 (*Prins Willem Alexander/Vereniging Martijn*).

155 Heemskerk, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 130 Rv, aant. 2.

alleen tijdig, maar met name ook uitdrukkelijk te worden gevorderd.[156] Zie voor de gang van zaken rond vordering c.q. eiswijziging op grond van art. 1019h Rv in hoger beroep par. 5.8 en in de procedure na verwijzing par. 5.11.

Indien partijen overeenstemming hebben bereikt over de te vergoeden proceskosten dan pleegt de rechter deze zonder meer toe te wijzen.[157] In dat geval doet het moment waarop de vordering is ingesteld zelfs niet ter zake, althans voor zover in die overeenkomst geen eisen zijn gesteld aan het tijdig instellen van die vordering.[158] Zie nader par. 5.12.

94 De aan de specificatie te stellen eisen

94a Inleiding

De Leidraad Indicatietarieven bevat enkele vereisten waaraan de specificatie van de kosten moet voldoen. In de eerste plaats dienen het aantal aan de zaak bestede uren en het daarop toegepaste uurtarief te worden vermeld. Daarnaast dient de specificatie een 'concrete omschrijving' van de verrichte werkzaamheden te bevatten. Verder dient de aard en hoogte van de verschotten te worden gespecificeerd, alsmede – indien tevens aanspraak wordt gemaakt op vergoeding van BTW – een onderbouwing waarom BTW verschuldigd is.[159] Tevens dient te worden aangegeven welke kosten betrekking hebben op conventie en reconventie, IE-grondslag en niet-IE-grondslag.

Volgens de Hoge Raad is sprake van een ontoereikende specificatie indien de kosten niet anders zijn gespecificeerd dan met een opgave van het aantal uren dat de onderscheiden advocaten aan de zaak hebben besteed (en van een forfaitair percentage aan kantoorkosten), zonder nadere specificatie van de door hen afzonderlijke verrichte werkzaamheden en gehanteerde uurtarieven. Dat belet immers de wederpartij om zich tegen die opgave naar behoren te verweren.[160] Ook volgens vaste rechtspraak van het Hof Den Haag dient te worden opgegeven aan welke werkzaamheden welke uren zijn besteed, zodat kan worden getoetst of het aantal

---

156 Zie ook A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8218 (*A/JB Inflatable),* sub 3.22 e.v.

157 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), met conclusie A-G Verkade; HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9431 (*Euro-Tyre/Eurotyre*), r.o. 3.7, met conclusie A-G Verkade.

158 Aldus oordeelde de Hoge Raad in het arrest in HR 12 april 2013 ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), r.o. 7. Fikszo had eerst bij dupliek in cassatie een vordering ex art. 1019h Rv had ingesteld, nadat wederpartij Stokke zich er bij schriftelijke toelichting op had beroepen dat Fikszo c.s. geen proceskostenvergoeding op de voet van art. 1019h Rv hebben gevorderd. Omdat partijen een kostenvergoeding waren overeengekomen en geen eisen hadden gesteld aan het tijdig instellen van een daartoe strekkende vordering werd deze (tardieve) vordering van Fikszo toegewezen.

159 Wefers Bettink & Hoefnagels 2010, p. 336 e.v.; Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2014), punt 6.

160 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2057, *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Refresco/Red Bull*), r.o. 2.4.3.

aan de werkzaamheden bestede uren redelijk en evenredig is. Uit de rechtspraak volgt verder dat het ontbreken van een concrete omschrijving van de verrichte werkzaamheden kan leiden tot afwijzing van die kosten, evenals het ontbreken van het uurtarief en het aantal gewerkte uren.[161] Onleesbaar gemaakte facturen voldoen evenmin aan het vereiste, dat de wederpartij zich naar behoren moet kunnen verweren.[162] Ten slotte komen kosten niet voor vergoeding in aanmerking indien de specificatie van die kosten in een onbegrijpelijke taal is gesteld.[163]

94b Specificatie en betwisting

Vóór de inwerkingtreding van de Indicatietarieven in hoger beroep en cassatie in januari 2015 werden niet al te hoge eisen aan de specificatie gesteld, indien een betwisting achterwege bleef.[164] Uit de afwezigheid van een betwisting werd nogal eens afgeleid dat de redelijkheid en evenredigheid van de kosten kennelijk niet ter discussie stonden, waarop toewijzing van de volledige proceskosten pleegde te volgen.[165] Deze jurisprudentielijn is bekritiseerd.[166] Het voornaamste argument hiertegen is dat óók de rechter de redelijkheid en evenredigheid van de opgegeven kosten – en daarmee de toewijsbaarheid van de vordering – moet kunnen beoordelen. Daarvoor is een specificatie vereist. Anderen hebben erop gewezen dat een ambtshalve matiging van de proceskosten op gespannen voet staat met de partij-

---

161 Onvoldoende gespecificeerd zijn de kosten onder de algemene noemer 'litigation' of 'consultation'; zie Rb. Den Haag 27 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8795 (*Boston Scientific/OrbusNeich*); Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1807 (*Converse/Scapino*).

162 Rb. Den Haag 27 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8795 (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

163 Rb. Den Haag (vzr.) 10 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15416 (*Shenzhen/Seatriever*).

164 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting baas in Eigen Huis/Plazacasa*): 'Het middel klaagt terecht dat het hof de door Plazacasa op de voet van art. 1019h Rv. gevorderde en gespecificeerde kosten niet toewijsbaar heeft geacht op de grond dat in de specificatie niet inzichtelijk is gemaakt hoe van de, door onderscheiden personen bestede, uren tot het vermelde honorarium is gekomen, terwijl ook niet aanstonds duidelijk is op grond waarvan de gevorderde kosten redelijk en evenredig zijn als bedoeld in die bepaling. Nu de door Plazacasa op de voet van art. 1019h gevorderde en gespecificeerde kosten niet door de Stichting waren betwist, ook niet wat betreft de redelijkheid en evenredigheid als bedoeld in die bepaling, stond het het hof niet vrij deze kosten op voormelde grond niet toewijsbaar te achten.' (onderstreping toegevoegd). Zie ook HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3*) waarin de HR overwoog dat een prijsafspraak tussen de betrokken partij en de advocaat niet zonder meer voldoet aan de vereisten, maar '[m]ede in het licht van het door Stokke c.s. zelf opgevoerde honorarium van € 55.000 beschouwt de Hoge Raad het gevorderde bedrag van € 27.000 evenwel als redelijk en evenredig' (r.o. 3.9.3.).

165 Zie bijv. HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397 (*Knooble/Staat*); HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484, *NJ* 2013/381, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Leenrecht/VOB*).

166 Vgl. T.E. Deurvorst, annotatie bij HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, *BIE* 2010/49 (*Baas in Eigen Huis/Plazacasa*). A-G Van Peursem stelt in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2014:2196) voor het arrest HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*): 'Deurvorst is (in de laatste alinea van haar noot) afwijzend over deze lijdelijkheidsregel (waarom niet nog een aktewisseling dienaangaande toegestaan, als de rechter twijfels heeft over de redelijkheid en evenredigheid op grond van de specificatie?; m.i. is daar veel voor te zeggen.' (voetnoot 13 van de conclusie).

autonomie.[167] In hoofdstuk 6 wordt nader ingegaan op deze problematiek. In deze context is vooral van belang te vermelden dat de Indicatietarieven in IE-zaken (naar aanleiding van de aanzwellende kritiek?) zijn gewijzigd. In punt 6 (*in fine*) van de Indicatietarieven in IE-zaken Hoven en Hoge Raad (versie 1 januari 2015) is bepaald dat indien een partij aanspraak maakt op een hoger bedrag dan het toepasselijke indicatietarief, zij – naast een gedetailleerde specificatie van de kosten – tevens dient toe te lichten waarom zij een hoger bedrag dan dat tarief redelijk en evenredig acht. In punt 8 is daarnaast het volgende bepaald:

> *'8. Specificatie en betwisting*
> *a. Niet onderbouwd en wel bestreden*
> *Indien de gevorderde proceskosten niet zijn onderbouwd zoals bedoeld in punt 6, en het gevorderde wordt bestreden, dan zal in beginsel ten hoogste het liquidatietarief worden toegewezen.*
> *b. Niet onderbouwd en niet bestreden*
> *Indien de gevorderde proceskosten niet zijn onderbouwd zoals bedoeld in punt 6, en het gevorderde wordt niet bestreden, dan zal in beginsel ten hoogste het indicatietarief worden toegewezen.*
> *c. Wel onderbouwd en wel bestreden*
> *Indien de gevorderde proceskosten wel zijn onderbouwd zoals bedoeld in punt 6, en het gevorderde wordt bestreden, dan zal de vordering ex artikel 1019h Rv in beginsel worden beoordeeld met inachtneming van het indicatietarief en hetgeen in deze regeling overigens is bepaald.*
> *d. Wel onderbouwd en niet bestreden*
> *Indien de gevorderde proceskosten wel zijn onderbouwd zoals bedoeld in punt 6, en het gevorderde wordt niet bestreden, dan zal de opgave die aan de vordering ex artikel 1019h Rv ten grondslag wordt gelegd, in beginsel worden gevolgd.'*

Het voorgaande brengt mee dat indien een betwisting achterwege blijft, maar de gevorderde proceskosten niet zijn onderbouwd in overeenstemming met de vereisten, in beginsel ten hoogste het indicatietarief zal worden toegewezen (en dus *niet* de volledige proceskosten).[168] De vereisten hebben zodoende te gelden als minimumvereisten waaraan de vordering ex art. 1019h Rv moet voldoen, onafhankelijk van de eventuele betwisting. Een toelichting op de redelijkheid en evenredigheid van het bedrag dat boven het indicatietarief ligt is dus ook niet pas vereist indien de vordering is betwist. Het betreffende deel van de vordering kan reeds ambtshalve worden afgewezen op de grond dat de partij die de kosten vordert niet heeft voldaan aan het vereiste.[169] Vergelijkbare vereisten ten aanzien van de vordering en specificatie gelden voor de partij die vergoeding van de buitengerechtelijke kosten

---

167 Conclusie A-G Hammerstein (ECLI:NL:PHR:2014:1736) voor HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737 (*Rubik/Beckx Trading*); Maas, Shannon & de Boer 2013, hoofdstuk 8.

168 De Hoge Raad oordeelde voor het eerst conform deze bepalingen in het arrest HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, *AMI* 2015/6, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Stokke/Hauck*): 'Nu Hauck niet heeft toegelicht waarom het gevorderde bedrag, dat het indicatietarief ruim overtreft, redelijk en evenredig is, zal het genoemde indicatietarief worden toegepast.' Hieraan ging overigens wel een betwisting vooraf.

169 De term 'in beginsel' duidt erop dat deze regels met redelijkheid moeten worden gehanteerd. Denkbaar is dat de partij die aanspraak maakt op de proceskosten in de gelegenheid wordt gesteld om het deel van de vordering alsnog toe te lichten, waarop de wederpartij kan reageren. Men mag hier echter niet op rekenen, en daarom verdient het aanbeveling de vordering ex art. 1019h Rv steeds te onderbouwen, met inachtneming van alle in de Indicatietarieven genoemde vereisten. Zie ook C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, *AMI* 2015/6 (*Stokke/Hauck*).

op grond van art. 6:96 BW vordert, zoals uiteengezet in par. 4.6. In hoofdstuk 6 zal aan de orde komen dat de gewijzigde regelgeving meer in overeenstemming is met de algemene regels die de taakverdeling tussen de rechter en partijen beheersen (art. 23-25 Rv).

In het licht van de doelstelling van de Indicatietarieven, het bevorderen van de voorspelbaarheid van het kostenrisico, is de ontwikkeling richting een meer strikte toepassing van de Indicatietarieven positief te noemen. Indien de toepassing van de Indicatietarieven afhankelijk zou zijn van een eventuele betwisting, dan zou dat een extra factor vormen die bepalend is voor de proceskostenbeslissing. Hoe meer factoren bepalen hoe de proceskostenbeslissing uitvalt, hoe minder voorspelbaar het kostenrisico.[170] In deze context kan men zich afvragen of de Indicatietarieven wel ver genoeg gaan op dit punt.[171] Ook met een verzwaring van motiverings- en specificatieplicht blijft het risico veroordeeld te worden in de volledige, onvoorspelbare (advocaat)kosten van de wederpartij immers reëel. Zoals in hoofdstuk 8 nader zal worden uitgewerkt, is in het licht van de toegankelijkheid van de rechter van belang dat partijen voorafgaand aan de procedure een redelijke inschatting kunnen maken van wat een procedure maximaal gaat kosten. Ten tijde van de afronding van dit proefschrift zijn de Indicatietarieven als volgt gewijzigd:

> *'7. Hoogte proceskostenveroordeling*
> *a. Niet onderbouwd*
> *Indien de gevorderde proceskosten niet zijn onderbouwd zoals bedoeld in punt 5, zal in beginsel ten hoogste het liquidatietarief worden toegewezen.*
> *b. Wel onderbouwd*
> *Indien de gevorderde proceskosten wel zijn onderbouwd zoals bedoeld in punt 5, zullen de redelijke en evenredige proceskosten worden toegewezen zijnde ten hoogste het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie, met inachtneming van hetgeen in deze regeling overigens is bepaald. Hogere bedragen – dus boven het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie – worden alleen in bijzondere gevallen toegewezen op basis van de specifieke kenmerken van het geval.'*

Hieruit volgt dat voor een proceskostenveroordeling op basis van de Indicatietarieven de kosten altijd dienen te worden gespecificeerd conform de Indicatietarieven in IE-zaken, onafhankelijk van de eventuele betwisting. Relevanter nog is dat de Indicatietarieven als maximumtarieven gaan gelden, waarvan slechts in bijzondere gevallen kan worden afgeweken. Een afwijking is bijvoorbeeld mogelijk indien partijen uitdrukkelijk overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van de proceskosten. Het enkele niet betwisten daarvan wordt niet langer voldoende geacht (punt 4 van de Indicatietarieven versie 1 april 2017). In dit verband wordt verwezen naar eerdere publicaties[172] en met name ook naar hoofdstuk 8, waarin wordt beargumenteerd dat en waarom een redelijke mate van voorspelbaarheid van de

---

170 Sluijter 2011, p. 64 e.v. Zie ook Vrendenbarg 2015, p. 259 e.v.

171 Zie C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54 (*United Video Properties/Telenet*).

172 Zie de publicaties genoemd in par. 1.3 en de annotaties van C.J.S. Vrendenbarg bij HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54 (*United Video Properties/Telenet*) en HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, *AMI* 2015/6 (*Stokke/Hauck*).

kosten slechts dan geboden kan worden indien de tarieven als absolute maximumtarieven gelden.

94c Specificatie en prijsafspraken

De vraag rijst, hoe gedetailleerd de specificatie van de kostenopgave moet zijn in geval van prijsafspraken tussen advocaat en cliënt. Op grond van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn en 1019h Rv dienen de kosten namelijk *incurred* ofwel *gemaakt* te zijn. Maar wat zijn nu gemaakte kosten? Zijn dit de kosten en uren die de advocaat volgens zijn eigen administratie heeft gemaakt? Zijn dit de kosten en uren die worden gedeclareerd bij de cliënt? Of kan slechts van gemaakte kosten worden gesproken indien de betreffende declaraties/facturen ook daadwerkelijk zijn betaald door de cliënt? In de ideale wereld bestaat geen discrepantie tussen de geadministreerde, gefactureerde en betaalde kosten en uren. De werkelijkheid zou echter een ander beeld laten zien. Maas wijst erop dat art. 1019h Rv aanleiding kan geven voor bepaalde advocaten om met cliënten afspraken van de strekking *no cure no pay (of no cure less pay)* te maken.[173] Dergelijke afspraken houden kort gezegd in, dat de advocaatkosten in geval van verlies niet (volledig) in rekening worden gebracht bij de cliënt. Op die manier kunnen zelfs hogere kosten worden opgegeven dan in werkelijkheid zijn gemaakt. Dit zijn natuurlijk onwenselijke praktijken. Volgens Maas zijn daarom uitsluitend de kosten die *bij verlies* aan de advocaat betaald moeten worden aan te merken als de werkelijk gemaakte kosten. Kosten die bij verlies niet in rekening gebracht worden zijn niet werkelijk gemaakt en kunnen dus ook in geen geval voor rekening komen van de wederpartij, indien die in het ongelijk gesteld zou worden. Truijens wijst naast deze mogelijkheid van een 'verlieskorting' op de mogelijkheid van een winstopslag, waarbij afgesproken is dat bij winst een hoger bedrag of hoger uurtarief in rekening wordt gebracht. Zij vraagt zich af in hoeverre de hogere kosten van de succesregeling als 'werkelijk gemaakte kosten' hebben te gelden.[174]

In deze discussie over de vergoedbaarheid van kosten die onderdeel zijn van een prijsafspraak is wel gesuggereerd dat niet kan worden volstaan met het overleggen van een kostenstaat, maar dat ook de betreffende facturen of bij voorkeur zelfs bewijzen van voldoening van die facturen door de cliënt in het geding gebracht moeten worden. Daar kan tegen in worden gebracht, dat het verplicht stellen van het overleggen van facturen en bewijzen van betaling tot praktische moeilijkheden leidt. Uren en kosten worden meestal hooguit één keer per maand gedeclareerd. Bij een kort geding volgt de factuur vaak pas na pleidooi (of zelfs na de uitspraak).[175] Bovendien is erop gewezen dat indien hoge eisen worden gesteld aan de (onderbouwing van de) kostenopgave en -specificatie dit in strijd zou kunnen komen met de vertrouwelijkheid die de advocaat jegens zijn cliënt in acht dient te nemen. Regel 6 lid 1 van de Gedragsregels bepaalt immers dat de advocaat verplicht is tot

173 Maas 2013.

174 Truijens 2016, p. 310.

175 Maas onderkent dit probleem ook in Maas 2013.

geheimhouding en dient te zwijgen over de bijzonderheden van door hem behandelde zaken.[176] Kortom, er bestaan nog de nodige onduidelijkheden en onzekerheden over wat onder 'gemaakte kosten' dient te worden verstaan en op welke wijze de kosten gespecificeerd moeten worden.

De vraag naar de toewijsbaarheid van een *success fee* is aan de orde geweest in de kwekersrechtelijke zaak *AIB/Novisem*.[177] In die zaak vorderde AIB naast een proceskostenvergoeding de vergoeding van de *success fee* ad 4200,-. Volgens Novisem komt deze *fee* niet voor vergoeding in aanmerking, omdat geen aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding die de proceskosten méér dan volledig dekt en bovendien de redelijkheid en evenredigheid daarvan wegens het ontbreken van een specificatie niet kan worden beoordeeld. De Hoge Raad overwoog dat AIB de kosten had gespecificeerd, en dat het totaal aantal uren vermenigvuldigd met de uurtarieven op een hoger bedrag uitkomt dan het totaalbedrag dat zij (inclusief *success fee*) had gevorderd. Omdat de redelijkheid en evenredigheid van het bedrag niet was betreden, is het toegewezen.[178] Aldus is de Hoge Raad niet toegekomen aan een principieel oordeel over de toewijsbaarheid van een *success fee*. A-G Van Peursem concludeerde reeds dat een dergelijke beloningsvorm niet onbekend is in de advocatuur, en niet valt in te zien 'waarom voor IE-zaken deze fee strijdig met art. 1019h Rv zou zijn.'[179]

Success fees mogen dan een gangbare beloningsvorm voor advocaten zijn, de vraag naar de verhaalbaarheid van dergelijke *fees* op de verliezende procespartij is relatief nieuw in Nederland. Dat komt omdat het al dan niet bestaan van dergelijke afspraken niet relevant was (is) voor de forfaitaire proceskostenvergoeding op grond van art. 237 Rv en het liquidatietarief. Met de inwerkingtreding van art. 1019h Rv is dat veranderd. In zaken die onder het toepassingsbereik van deze bepaling vallen, vormen de werkelijke kosten het uitgangspunt bij de proceskostenvergoeding en komt de kwestie van de vergoedbaarheid van kosten die deel uitmaken van prijsafspraken vallen wel aan de orde. Voor de vraag hoe hiermee om te gaan ligt het voor de hand om buiten onze landsgrenzen naar antwoorden te zoeken. In Engeland & Wales, waar in beginsel de werkelijke kosten het vertrekpunt vormen van de

176 'Regel 6: 1. De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen.'

177 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*), r.o. 6.4.

178 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 *(AIB/Novisem),* r.o. 6.4: 'AIB heeft de door haar verrichte werkzaamheden gespecificeerd. Het totaal van de daarin verantwoorde uren komt, vermenigvuldigd met de daarvoor gehanteerde tarieven, uit op een bedrag van € 33.524,20. Niet is bestreden dat dit bedrag redelijk en evenredig is in de hiervoor genoemde zin. Aangezien dit bedrag hoger is dan het bedrag waarop AIB, inclusief de success fee, aanspraak maakt, is geen sprake van een vergoeding van meer dan de gemaakte kosten of meer dan de redelijke en evenredige kosten. Nu de werkzaamheden bovendien zijn gespecificeerd, bestaat ook in zoverre geen bezwaar tegen toewijzing van het gevorderde bedrag. Dat bedrag zal dan ook worden toegewezen.'

179 Conclusie A-G Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2015:1664) voor HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).

proceskostenvergoeding in civiele procedures, maakten *success fees* jarenlang deel uit van de proceskostenvergoeding.[180] De winstopslag kon oplopen tot wel 100%. In 2011 werd de rechtmatigheid van deze regeling tot aan het EHRM aangevochten door Mgn, dat in de *Daily Mirror* foto's en verslagen had gepubliceerd in verband met de vermeende drugsverslaving van Naomi Campbell. Mgn werd door de House of Lords in het ongelijk gesteld, en veroordeeld in de (excessieve) proceskosten en *success fees* van Campbell's advocaat. Het EHRM oordeelde echter dat de vergoedbaarheid van *success fees* vanwege de te grote financiële impact op verwerende partijen in strijd is met het EVRM (i.c. art. 10, waarin de vrijheid van meningsuiting is neergelegd).[181]

Deze uitspraak heeft er mede toe geleid dat in 2013 belangrijke hervormingen op het gebied van *fee shifting* zijn doorgevoerd. Bij de proceskostenvergoeding staat het *indemnity principle* centraal, dat inhoudt dat de eiser niet een hoger bedrag aan kosten kan verhalen op de wederpartij dan hijzelf verschuldigd is aan zijn advocaat.[182] Voor de vergoeding zijn dus uitsluitend de werkelijk gemaakte advocaatkosten relevant (de tijd besteed aan de zaak maal de uurtarieven van de advocaat), en niet het met de advocaat overeengekomen bedrag. Volgens de standaard proceskostenregels wordt de redelijkheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van de kostenopgave beoordeeld.[183] Als het met de advocaat afgesproken bedrag de begroting door de rechter overstijgt, dan zal het meerdere uit eigen zak moeten worden betaald. Indien het aan de advocaat verschuldigde bedrag op basis van een *contingency fee* afspraak of *damaged-based agreement* echter lager is, dan zal de proceskostenvergoeding niet meer dan dat bedrag omvatten.[184]

Terug naar de vraag naar de vergoedbaarheid van kosten die deel uitmaken van een prijsafspraak in verband met art. 1019h Rv. Bij deze problematiek moet voor ogen worden gehouden welke belangen ten grondslag liggen aan het vereiste van een kostenspecificatie. Uit het *Endstra-arrest* volgt dat de vordering en de gespecificeerde kostenopgave ertoe dienen de *wederpartij* in de gelegenheid te stellen daartegen behoorlijk verweer te kunnen, en de *rechter* om de gestelde redelijkheid en evenredigheid van de kosten te kunnen beoordelen. Het beoordelen van de redelijkheid en evenredigheid van de opgegeven kosten is slechts mogelijk indien wederpartij en rechter daadwerkelijk inzicht hebben in de tijd die is besteed aan verschillende specifieke activiteiten. Daartoe dient in de kostenspecificatie te worden vermeld hoeveel tijd is besteed aan specifieke activiteiten, zoals het opstellen van een dagvaarding of conclusie van antwoord, het bestuderen van rechtspraak, het plegen van overleg met de cliënt etc. Daarbij dient het uurtarief (per advocaat) te worden vermeld, evenals de datum waarop de werkzaamheden zijn verricht. Met een omschrijving als 'voorbereiden kort geding: 15.000,-' kan dus niet worden volstaan. Ook in geval van een afspraak over de hoogte van de in totaal in

180 Zie hierna hoofdstuk 7.
181 EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *EHCR* 2011/69, m.nt. S. Smet (*Mgn/Verenigd Koninkrijk*).
182 Cook 2016, p. 195 e.v.
183 Rule 44.18(2) jo. 44.3 van de Civil Procedural Rules.
184 Cook 2016, p. 141. Zie par. 7.3. hierna.

rekening te brengen kosten en uren (een zogenaamde *lump sum, fixed fee* of *cap afspraak*), zou de advocaat moeten kunnen zorgen voor een voldoende inzichtelijke onderbouwing van de gevorderde proceskosten.[185]

Het gaat er voorts niet om dat de vorderende partij stelt – zo nodig bewijst – dat de betreffende rekeningen werkelijk zijn betaald.[186] Het is immers voor de proceskostenbeslissing niet relevant of de cliënt al dan niet overtuigd is van de redelijkheid en evenredigheid van de aan een zaak bestede uren en kosten. Het verplicht stellen van het overleggen van bewijzen daarvan zou in theorie tot de (hoogst onwenselijke) situatie kunnen leiden dat de eventuele discussie over de gestelde proportionaliteit van de gevorderde kosten wordt verlegd naar de advocaat/cliënt verhouding, waarin kwesties kunnen opkomen over de vraag of bepaalde kosten al dan niet terecht in rekening zijn gebracht en of cliënt al dan niet terecht heeft geklaagd over de rekening. Het gaat er nogmaals om dat de rechter en de wederpartij, aan de hand van de specificaties, kunnen beoordelen of de advocaat van de vorderende partij de tijd heeft besteed aan (objectief) relevante werkzaamheden en of het aantal uren daarmee in verhouding is.

Algemene omschrijvingen (die overigens de meeste tijdschrijfsystemen kenmerken) als 'bestuderen stukken' zouden dan ook geconcretiseerd dienen te worden, door bijvoorbeeld daarbij te vermelden dat de conclusie van antwoord of rechtspraak over het merkenrecht is bestudeerd, een en ander uiteraard onder vermelding van de data en het aantal uren.[187] Een gedetailleerde specificatie moet mogelijk zijn zonder dat de vertrouwelijkheid die de advocaat jegens zijn cliënt dient te betrachten in het gedrang komt. Het is aan de beoordeling van de advocaat om, zo nodig in overleg met zijn cliënt, te bepalen op welke wijze de specificatie wordt ingericht (een gedetailleerde specificatie per tijdsregel of een opsomming van de werkzaamheden met daarnaast de hoeveelheid tijd per – voldoende concreet omschreven – handeling). Zolang de specificatie de rechter en de wederpartij het nodige inzicht geeft in de hoeveelheid tijd die is besteed (of naar verwachting zal worden besteed) aan bepaalde voldoende concreet omschreven handelingen, met vermelding van datum en het toegepaste uurtarief, zou dit moeten volstaan.

Van belang is ten slotte dat de Indicatietarieven versie 1 april 2017 bepalen dat in de gedetailleerde opgave melding gemaakt dient te worden van het bestaan van

---

185 Zie ook Conclusie A-G Hammerstein (ECLI:NL:PHR:2014:1736) voor HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737 (*Rubik/Beckx Trading*), sub 2.42 en 2.34, die meent dat 'het ook in geval van een prijsafspraak met relatief weinig inspanning mogelijk moet zijn om een overzicht te verstrekken over welke werkzaamheden de gemaakte uren concreet betrekking hebben, nu dat immers over het algemeen wordt bijgehouden in geautomatiseerde systemen'.

186 Overigens kunnen reeds verzonden facturen wel in het geding worden gebracht wanneer de vorderende partij dat opportuun acht, bijv. in reactie op het verweer van de wederpartij zie Rb. Den Haag 2 oktober 2013, *IEF* 13093 (*SuperTrash/Blokker*), waarin SuperTrash in reactie op Blokker's verweer dat onduidelijk is of de kosten door SuperTrash zijn betaald, de desbetreffende facturen had overlegd.

187 Vgl. ook Rb. Den Haag 13 juni 2012, *IEF* 11445 (*Allergan/Ferring*).

eventuele prijsafspraken, waaronder begrepen *success fees* en soortgelijke afspraken, zoals prijsverlagingen in geval van verlies. Uit de tekst laat zich afleiden dat ook in dat geval een specificatie overgelegd moet worden (enkel in het geval van een overeenkomst over de proceskosten *tussen partijen* kan een specificatie achterwege blijven).[188]

95 Uitsplitsing naar grondslagen, conventie en reconventie, hoofdzaak en incident

De Hoge Raad heeft in het *Endstra-arrest* geoordeeld dat toewijzing van een redelijk en evenredig gedeelte van de gevorderde proceskosten kan worden toegepast indien sprake is van een vordering die naast handhaving van een IE-recht nog een andere grondslag kent (de zogenaamde 'gemengde procedures'). In dat geval moet worden beoordeeld welk gedeelte van de gevorderde kosten op die handhaving betrekking heeft. Het verdient daarom aanbeveling in de kostenspecificatie aan te geven welk gedeelte van de in rekening gebrachte kosten betrekking heeft op die handhaving.[189] Volgens A-G Wesseling-van Gent kan deze handelwijze ook worden toegepast in de situatie wanneer in een procedure betreffende de handhaving van een IE-recht een incident wordt opgeworpen. Wanneer niet is aangegeven in de kostenspecificatie welk deel van de proceskostenveroordeling moet worden toegekend aan de hoofdzaak respectievelijk het incident, is het aan de rechter om dat vast te stellen waarbij hij rekening dient te houden met de mate van verwevenheid tussen in die procedures ingenomen stellingen.[190] Deze gang van zaken vindt men ook in de eerdergenoemde gemengde procedures en in procedures in conventie en reconventie.[191]

De Hoge Raad besliste uiteindelijk in de zaak *Boston Scientific/OrbusNeich* dat wanneer sprake is van samenhangende vorderingen in conventie en reconventie doch de kosten door partijen niet zijn uitgesplitst, het de rechter vrijstaat te bepalen welk gedeelte van de telkens opgevoerde kosten aan de conventie, respectievelijk de reconventie moet worden toegerekend.[192] In deze lijn matigde de Hoge Raad in het arrest *Apple/Samsung* de proceskosten op basis van een schatting van Apple met betrekking tot de verhouding van de kosten tussen het principale en incidentele beroep, nu Samsung zelf had nagelaten een dergelijk onderscheid te maken.[193] In

188 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad (versie 2017), punt 5 jo. 4.

189 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 5.4.1. Zie ook de Indicatietarieven in IE-zaken.

190 Conclusie A-G Wesseling-Van Gent (ECLI:NL:PHR:2013:CA1733) inzake Boston Scientific/OrbusNeich HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

191 Zie de Indicatietarieven in IE-zaken, punt 10; Rb. Den Haag 23 oktober 2013, *IER* 2014/32, p. 220, m.nt. A.M.E. Verschuur (*Screentime/SBS*); HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

192 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11, r.o. 3.3.2., m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

193 HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1983, r.o. 4.13.

Ajax/Promosports had Ajax nagelaten te specificeren welk deel van de kosten op de merkenrechtelijke grondslag ziet, waarna de Hoge Raad dit ambtshalve begrootte op 50%.[194] Ter voorkoming van discussie of zelfs een eventuele afwijzing van de vordering op grond van tardieve specificatie is het – nogmaals – raadzaam reeds in de kostenspecificatie aan te geven op welk deel van de procedure (hoofdzaak/incident/provisie etc.) de kosten betrekking hebben. Om dezelfde reden doen partijen er goed aan om tijdig te specificeren welke kosten betrekking hebben op vorderingen ter handhaving van IE-rechten en de overige vorderingen. Een alternatief is dat partijen vooraf proberen overeenstemming te krijgen over het bedrag dat zal worden toegewezen aan de winnende partij, en over het percentage van de kosten dat aan een incident, aan de conventie/reconventie of aan het principale/incidentele appel/beroep dient te worden toegerekend.[195] In de Indicatietarieven van 1 januari 2015 staat dat partijen in de specificatie een indicatie moeten opnemen welk deel van de gevorderde kosten moet worden toegerekend aan het deel van de procedure dat op de inbreukvraag betrekking heeft. Als partijen het eens zijn, dan zal daarvan worden uitgegaan. In geval van gemotiveerde betwisting of bij gebreke van een deugdelijke opgave zal een schatting worden gemaakt. Eenzelfde bepaling is opgenomen in de Indicatietarieven die sinds 2017 gelden.

96 Tijdige specificatie

Tijdige opgave en specificatie van de gevorderde kosten is een vereiste voor toewijsbaarheid van de betreffende kosten dat gegrond is op het beginsel van hoor en wederhoor. Een partij die door een tardieve onderbouwing van de gevorderde proceskosten haar wederpartij de gelegenheid tot het voeren van verweer ontneemt, loopt het risico dat deze vordering geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen. Sinds het *Endstra-arrest* wordt algemeen als criterium gehanteerd dat een opgave van de gespecificeerde kosten voldoende tijdig is indien voor de wederpartij nog gelegenheid bestaat verweer te voeren. Heeft de wederpartij naar het oordeel van de rechter onvoldoende gelegenheid gehad tot het voeren van verweer dan volgt een proceskostenveroordeling op basis van het liquidatietarief,[196] de Indicatietarieven[197] of een afwijzing van de te laat gespecificeerde kosten.[198]

Het moment waarop een kostenspecificatie uiterlijk nog 'aanvaard' wordt is onder meer afhankelijk van de instantie (eerste aanleg/hoger beroep/cassatie), het soort procedure (kort geding of bodem) het verloop van de procedure (wel of geen mondelinge behandeling) en de opstelling van de wederpartij (wel of geen verzet

194 HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:397 (*Ajax/Promosports*).

195 Vgl. F.W.E. Eijsvogels, annotatie bij HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11 (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

196 Hof Amsterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:521; Rb. Den Haag 11 februari 2009, ECLI:NL:GHDHA:2014:1558 (*Wegener/Innoweb*); Rb. Den Haag 26 mei 2009, *IEPT* 20100915 (*High Point/KPN en Ericsson*); Rb. Den Haag 13 juni 2012, *IEPT* 20120613 (*Allergan/Ferring*); Hof Den Haag 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI8233 (*Nefertete/Bogar*).

197 Rb. Rotterdam 20 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3143 (*FKP/Spirits*).

198 Hof Den Haag 6 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:929 (*TSS/Recom*).

tegen tardieve indiening). Volgens Van Nispen kan de kostenspecificatie, indien geen zitting plaatsvindt, nog na de conclusiewisseling in het geding worden gebracht, waarop bij akte kan worden gereageerd. Indien wel een zitting wordt gehouden, dan ligt het volgens Van Nispen voor de hand dat partijen tijdig vóór de zitting een staat van (tot dan toe gemaakte en naar schatting tot en met de zitting nog te maken) kosten toezenden bij wijze van productie waarop zij dan ter zitting kunnen reageren.[199] In zaken in eerste aanleg is 'tijdig' in dit verband uiterlijk 24 uur voor de zitting.[200] In beginsel heeft dit als een strikte termijn te gelden, maar er zijn uitzonderingen bekend. In het kort geding van I4F tegen Unilin werd een aanvullende specificatie die de wederpartij minder dan 24 uur voor de zitting had ontvangen desondanks geaccepteerd, omdat de wederpartij niet had aangevoerd niet in staat te zijn geweest deze specificatie te bestuderen en verweer voor te bereiden, terwijl ook geen bezwaren tegen het opgegeven bedrag waren aangevoerd. Het totaalbedrag van bijna 150.000 werd volledig toegewezen.[201] Deze uitspraak staat op gespannen voet met de ratio van de 24-uursregel, die ertoe strekt de wederpartij voldoende gelegenheid te bieden voor bestudering van de aanvullende opgave en verweer voor te bereiden. Het ontbreken van inhoudelijke argumenten en bezwaren tegen de (tardief) ingediende specificatie is te verklaren en zelfs te rechtvaardigen door het feit dat de specificatie te laat is ingediend. De rechter moet er overigens tijdens de zitting voor zorgen dat daadwerkelijk gelegenheid is voor een reactie op de specificatie van de andere partij, met name nu aan het verweer tamelijk zware eisen worden gesteld. In de praktijk zou het hieraan nog wel eens schorten. In hoofdstuk 6 wordt hierop nader ingegaan.

In hoger beroep wordt voor de termijn van indiening in de regel aansluiting gezocht bij het rolreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, waarin is bepaald dat een partij die nieuwe producties in het geding wil brengen, deze uiterlijk op de elfde dag voor de dag van het pleidooi indient. Tot uiterlijk 24 uur voor de zitting kan deze proceskostenopgave worden aangevuld met een gedetailleerd overzicht van de sindsdien gemaakte en de nog te verwachten kosten.[202,203] In cassatie kan de gespecificeerde kostenopgave nog geschieden bij schriftelijke toelichting. In dat geval heeft de wederpartij immers bij repliek nog effectieve gelegenheid om verweer te voeren.[204] De Hoge Raad heeft in het arrest *Pharmachemie/Glaxo* overwogen dat opgave en specificatie voor het eerst bij brief naar aanleiding

199 Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv.

200 Indicatietarieven in IE-zaken, punt 6.

201 Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13595 (*I4F/Unilin*).

202 Zie voor voorbeelden van toepassing van deze regels Hof Den Haag 29 februari 2009, *IEPT* 20090224 (*Carmo/Reich*); Hof Den Haag 18 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo & XS4ALL/Brein);* Hof Amsterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:521.

203 Zie Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven (versie 2017), punt 6.

204 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484, *NJ* 2013/381, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Leenrecht/VOB*) met conclusie A-G Wissink; HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1599 (*Gavita/Helle & ATS*) met conclusie A-G Verkade; HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3*); HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9018 (*H&M/G-Star*). Zie ook Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad (versie 2017), punt 6.

van de conclusie van de advocaat-generaal (de zogenaamde 'Borgersbrief') weliswaar te laat is, maar omdat de wederpartij had laten weten geen opmerkingen te hebben over het gespecificeerde bedrag leidde de tardieve kostenopgave en –specificatie hier niet tot afwijzing van de gevorderde proceskostenveroordeling ex 1019h Rv.[205] Het arrest lijkt zo te moeten worden begrepen, dat tardief opgegeven en gespecificeerde kosten alleen dan in de beoordeling kunnen worden meegenomen indien de wederpartij expliciet heeft laten weten daartegen geen bezwaar te hebben. Een andere uitleg zou tot strijdigheid kunnen leiden met het beginsel van hoor en wederhoor.

Een specificatie van de opgegeven kosten voor het eerst bij pleidooi wordt in de rechtspraak echter steeds – en ongeacht de instantie – als tardief aangemerkt. Het komt evenwel geregeld voor dat de vorderende partij tijdens de zitting (al dan niet op verzoek) een nadere toelichting geeft bij de kostenspecificatie. Dat kan leiden tot een (gedeeltelijke) afwijzing.[206] In haar conclusie inzake Boston Scientific/OrbusNeich heeft A-G Wesseling-van Gent gesteld dat het eerst (desgevraagd) tijdens pleidooi in hoger beroep maken van onderscheid tussen de kosten besteed aan de hoofdzaak en de kosten besteed aan de provisionele vordering te laat is. Een dergelijke, ten tijde van het pleidooi in de appelprocedure gedane mededeling van OrbusNeich kan volgens de A-G niet worden aangemerkt als een zo tijdige opgave en specificatie van de gevorderde kosten dat Boston Scientific zich daartegen behoorlijk kon verweren.[207] Er is echter ook (hogere) rechtspraak bekend waarin de pas bij pleidooi naar hoofdzaak/incident uitgesplitste kosten zijn toegewezen omdat op dat punt geen, althans niet kenbaar, verweer is gevoerd en de aan hoofdzaak c.q. incident toegekende breukdelen de rechter aannemelijk voorkwamen.[208] De vorderende partij dient evenwel zoveel mogelijk te voorkomen dat een nadere toelichting tijdens pleidooi nodig is (door de kosten vooraf zo inzichtelijk mogelijk te specificeren). De wederpartij kan worden aanbevolen in voorkomend geval tijdens de zitting aan te voeren dat zij zich door het ontbreken van een duidelijk onderscheid tussen kosten met betrekking tot de verschillende procedures en vorderingen in de kostenspecificatie niet behoorlijk heeft kunnen verweren. Dat kan in het beste geval leiden tot een afwijzing van de betreffende kosten.

97 Het verweer van de wederpartij

Het verweer tegen de gevorderde proceskosten kan zich toespitsen niet slechts op het aantal in rekening te brengen uren van de behandelend advoca(a)t(en) en het daarop toe te passen uurtarief, maar ook op de vraag of die kosten 'redelijk en

---

205 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4006 (*Pharmachemie/Glaxo*), r.o. 3.8., met conclusie A-G Huydecoper.

206 Maas e.a. 2013, p. 243; HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 5.4.1.

207 Conclusie A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2013:CA1733) inzake HR 27 september 2013, *IER* 2014/11 (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

208 Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458, *IER* 2013/43, m.nt. F.W.E. Eijsvogels en m.nt. E.H. Hoogenraad (*Wilkinson/Gillette*).

evenredig' zijn en of de billijkheid zich wellicht tegen die vergoeding verzet (zie nader par. 5.6). Indien in het geding ook andere vorderingen dan ter handhaving van IE-rechten zijn ingesteld, kan het verweer zich daarnaast richten op de vraag welk gedeelte van de in rekening gebrachte kosten op die handhaving betrekking heeft.[209] Het is van belang (goed gemotiveerd) verweer te voeren tegen de proceskostenvordering van de wederpartij, met name nu rechters de vordering in volle omvang plegen toe te wijzen indien geen (gemotiveerd) verweer is gevoerd (mits althans de vordering is voorzien van een inzichtelijke specificatie). Voorts kan worden aanbevolen ook verweer te voeren indien de eigen kostenopgave hoger is. Uit rechtspraak volgt dat de omstandigheid dat de partij die zich verweert tegen de hoogte van de door de wederpartij gevorderde proceskosten aan eigen kosten een lager bedrag heeft opgevoerd, op zichzelf onvoldoende grond is om de gevorderde kosten als onredelijk of onevenredig aan te merken.[210] Hiervoor zij verwezen naar par. 5.6.

Aan de onderbouwing van het verweer worden zware eisen gesteld. In geval van een gebrekkige specificatie is het van belang te concretiseren waar de specificatie tekortschiet. Niet kan worden volstaan met de enkele stelling dat een opgave niet deugdelijk of voldoende is gespecificeerd.[211] Volgens de Hoge Raad kan een partij evenmin volstaan met de niet nader gemotiveerde stelling dat een te hoog tarief in rekening werd gebracht en het aantal opgegeven uren te hoog was.[212] Ook het slechts in algemene bewoordingen aanvoeren dat de gevorderde kosten niet redelijk en evenredig zijn voldoet niet aan de motiveringseisen.[213] Ten slotte doet de verwerende partij er verstandig aan verweer te voeren tegen een tardief ingediende kostenspecificatie of tegen een nadere toelichting op de kostenopgave tijdens pleidooi, op de grond dat door de late specificatie of toelichting de gelegenheid is ontnomen adequaat verweer tegen de betreffende kosten voor te bereiden.

98 Deelconclusie

De ratio van de vereisten van 'desgevorderd' en een deugdelijke en tijdig ingediende specificatie van de proceskosten van art. 1019h Rv is tweeledig. Enerzijds dienen deze ertoe de wederpartij in staat te stellen de opgave te bestuderen en eventueel verweer voor te bereiden. Anderzijds dienen ze ertoe de rechter in staat te stellen de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde kosten te beoordelen. Het ontbreken van een (tijdige) vordering op grond van art. 1019h Rv kan fataal zijn voor de partij die op deze kosten aanspraak meent te hebben. In dat geval volgt meestal een veroordeling op de voet van art. 237 e.v. Rv. Hetzelfde geldt indien de 1019h Rv-

209 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), r.o. 5.4.1.

210 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733; *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

211 Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458, *IER* 2013/43, m.nt. F.W.E. Eijsvogels en m.nt. E.H. Hoogenraad (*Wilkinson/Gillette*).

212 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11, r.o. 3.3.2., m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

213 HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063 (*Simba/Hasbro*), r.o. 3.11.1.

kosten weliswaar zijn gevorderd, maar een (tijdige/inzichtelijke) specificatie daarvan ontbreekt. Ook in dat geval kan de wederpartij zich niet naar behoren verweren en is de rechter niet in staat een veroordeling op grond van art. 1019h Rv uit te spreken. Er zijn evenwel ook de nodige voorbeelden te vinden van gevallen waarin niet al te strenge eisen worden gesteld aan de vordering en de onderbouwing, met name indien de kosten niet zijn bestreden en/of een partijafspraak is gemaakt. Het valt in die gevallen niet steeds in te zien, hoe de redelijkheid en evenredigheid van de proceskosten moeten worden beoordeeld (zie nader par. 5.6). De vereisten van een tijdige en deugdelijke specificatie worden sinds de herziene Indicatietarieven strikter gehanteerd in de zin, dat niet pas aan deze vereisten behoeft te worden voldaan indien de vordering is betwist. In het licht van de doelstelling van de Indicatietarieven, rechtszekerheid en voorspelbaarheid van het kostenrisico, is dit een positieve ontwikkeling te noemen. Ten slotte is betoogd dat vergelijkbare vereisten zouden moeten gelden ten aanzien van de specificatie indien sprake is van een partijafspraak. Ook die kosten dienen eenmaal te worden beoordeeld op redelijkheid en evenredigheid.

5.5 De in het (on)gelijk gestelde partij

99 Inleiding

Op grond van art. 1019h Rv dient de in het *ongelijk* gestelde partij (desgevorderd) te worden veroordeeld in de redelijke en evenredige kosten van de in het *gelijk* gestelde partij, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. Het moge inmiddels duidelijk zijn dat de vaststelling van (de mate van) het gelijk zo mogelijk nog prangender is voor partijen in IE-geschillen of geschillen met een IE-aandeel, nu daarbij in beginsel een vergoeding van de werkelijke proceskosten tot uitgangspunt wordt genomen in plaats van een vergoeding op basis van forfaitaire tarieven. In de praktijk zijn vragen gerezen rond de beslissingen over de proceskosten in (IE-) procedures waarin meer dan één vordering is ingesteld, op basis van meerdere grondslagen en/of meerdere rechten. In de literatuur is de nodige aandacht besteed aan de proceskostenveroordeling in dit soort meeromvattende zaken.[214] Bij de bespreking van deze problematiek kan onderscheid worden gemaakt tussen (i) geschillen met een gemengde grondslag, ofwel geschillen waarbij vorderingen zijn gebaseerd op IE-rechten en het gemene recht (bijvoorbeeld slaafse nabootsing, oneerlijke concurrentie) en (ii) geschillen gebaseerd op meerdere IE-rechten (bijvoorbeeld meerdere octrooien, of een combinatie van auteursrecht en modelrecht). De jurisprudentie op dit gebied laat zien dat rechters een grote vrijheid hebben – en nemen – als het gaat om de bepaling van de (mate van) het gelijk en de verdeling van de proceskosten.

214 Zie bijv. Krans 2010, p. 103 e.v.; Maas e.a. 2013, hoofdstuk 8; Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v; Deurvorst 2012, p. 88 e.v.; Pinckaers 2011, p. 120 e.v.; Van Oorschot & Blomme 2009.

100 Gemengde grondslag

In par. 5.3. is besproken dat het naast elkaar bestaan van verschillende proceskostenregels in IE-zaken en 'gewone' civiele zaken tot praktische afbakeningsproblemen kan leiden. Het feit dat art. 1019h Rv in beginsel uitsluitend toepassing vindt in zaken die de handhaving van IE-rechten betreffen leidt ertoe, dat in meeromvattende geschillen gerekend moet worden: voor het IE-deel worden de kosten met inachtneming van art. 1019h Rv begroot en vastgesteld, voor het resterende deel pleegt de rechter het liquidatietarief toe te passen. De proceskostenbeslissingen in dergelijke meeromvattende geschillen kenmerken zich door soms uitvoerige berekeningen.[215] De toepassing van de verschillende proceskostenregels op dezelfde procedure kan evenwel met name tot hoofdbrekens leiden in geschillen waarin de vordering(en) op de IE-grondslag worden toegewezen, en de OD-grondslag wordt afgewezen, of andersom. Wie heeft in dat geval te gelden als de in het gelijk gestelde partij, en hoe dient in die gevallen de proceskostenbeslissing uit te vallen?

Uit rechtspraak volgt dat het standpunt, dat een verliezende partij recht heeft op een substantiële proceskostenvergoeding op de voet van art. 1019h Rv indien de vordering op de andere grondslag dan de IE-rechtelijke grondslag wordt toegewezen, nogal eens is ingenomen.[216] Het is goed denkbaar dat de verliezende partij het onverteerbaar vindt dat zij, ondanks het feit dat zij 'gewonnen' heeft op het IE-rechtelijk deel, de kosten voor dat deel niet vergoed krijgt. Een enkele keer heeft dit geleid tot een veroordeling van de in het gelijk gestelde partij in de kosten ten aanzien van het verloren IE-deel.[217] Dat lijkt evenwel niet juist. De Hoge Raad heeft in het arrest *LMR Advocaten* geoordeeld – althans bevestigd[218] – dat art. 1019h Rv ten aanzien van de 'in het ongelijk gestelde partij' niet beoogt af te wijken van art. 237 Rv.[219] Noch uit de totstandkomingsdocumentatie en rechtspraak van het HvJ EU met

---

215 Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (*Stokke/Marktplaats*).

216 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL6499; Hof Arnhem-Leeuwarden, 27 augustus 2013, ECLI:GHARL:2013:6389 *(Coinpusher)*; Hof Den Bosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7194 *(Blond/Xenos)*; Hof Den Bosch 13 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9043 *(Allround/Dutch Designz)*.

217 Zie bijv. Hof Den Bosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7194 (*Blond/Xenos*).

218 Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft reeds meerdere keren in deze lijn geoordeeld, zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL6499; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6389 (*KMG/Geïntimeerde*); Hof Arnhem-Leeuwarden, 27 augustus 2013, ECLI:GHARL:2013:6389 (Coinpusher): '[H]et hof [is] van oordeel dat uit artikel 1019h Rv. in samenhang met artikel 237 Rv. volgt dat de partij die bij het vonnis (grotendeels) in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld. Artikel 1019h Rv doet geen afbreuk aan de algemene regel van artikel 237 Rv dat de verliezer in beginsel betaalt. In geval van een gemende zaak wordt een schatting gemaakt van de proceskosten die aan de op de intellectuele eigendomsgrondslag gebaseerde deel van de procedure moet worden toegerekend. De opvatting van [appellanten] dat dit tot gevolg heeft dat een verliezende partij aanspraak heeft op een (volledige) proceskostenvergoeding indien de vordering op de andere grondslag wordt toegewezen, berust op een verkeerde lezing van artikel 1019h en de regeling Indicatietarieven in IE-zaken.'

betrekking tot art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, noch uit de parlementaire geschiedenis van art. 1019h Rv volgen immers aanwijzingen dat aan de 'in het ongelijk gestelde partij' van art. 1019h Rv een andere betekenis valt toe te kennen dan in art. 237 Rv.[220]

Zoals in hoofdstuk 4 uiteengezet, wordt op grond van art. 237 Rv de partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, veroordeeld in de kosten van de procedure. Het begrip 'gelijk' moet volgens de heersende leer strikt worden gehanteerd.[221] Dat houdt in dat het gelijk – in beginsel uitsluitend – technisch moet worden bepaald aan de hand van de toewijzing of afwijzing van het gevorderde. Daartoe dient het dictum van het vonnis te worden vergeleken met het petitum van de dagvaarding. De overwegingen die aan het dictum ten grondslag liggen zijn voor de proceskostenbeslissing in beginsel irrelevant.[222,223] Het gaat anders gezegd enkel om de uitkomst in relatie tot het gevorderde. Wordt de vordering van de eisende partij toegewezen, dan dient de gedaagde als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Wordt de vordering echter afgewezen, dan moet de eisende partij worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij en in de proceskosten worden veroordeeld. Een appellant wordt voorts geheel in het ongelijk gesteld indien de bestreden uitspraak waarin zijn vordering of verzoek geheel is afgewezen, wordt bekrachtigd, ook al geschiedt die bekrachtiging op andere gronden dan die waarop de eerste rechter de afwijzing heeft gegrond.[224]

Regelmatig wordt een vordering niet geheel toe- of afgewezen. In dat geval dient de rechter *de mate van het gelijk* te bepalen. Indien een belangrijk deel van de vordering wordt toegewezen, dient de gedaagde conform de hoofdregel als de *overwegend* in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten. Indien echter een belangrijk deel van de vordering wordt afgewezen, ligt het in de rede dat de rechter concludeert dat beide partijen op punten in het ongelijk zijn gesteld dan wel dat de overwegend in het ongelijk gestelde partij als de verliezer wordt aangemerkt. In dat geval kan de rechter de

---

219 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*), r.o. 5.1.2.

220 Conclusie A-G Wuisman (ECLI:NL:PHR:2015:1971) voor HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*), sub 3.5.

221 Conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2005:AS8376) voor HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*), sub 41; Sluijter 2011, p. 49.

222 Conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2005:AS8376) voor HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*), sub 41; HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*), r.o. 3.4.; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/125; Sluijter 2011, par. 4.3.3; Sluijter 2014, p. 4.

223 Zie ook A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2013:BY8661) in zijn conclusie bij HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661 (*Broeren/Duijsens*), sub 3.39: '[d]e gangbare uitleg van de regel dat de partij die in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld (art. 237 Rv.) [is] deze, dat het winnen van een procedure in hoger beroep meebrengt dat de in appel verliezende partij (alsnog) in de kosten van (ook) de eerste instantie wordt veroordeeld, óók indien het in appel aangenomen 'gelijk' berust op andere gronden dan aangevoerd in eerste instantie. Het gaat hierbij – per saldo – om een petitum/dictum-vergelijking.'

224 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*), r.o. 5.1.2 met verwijzing naar rechtspraak.

kosten geheel of gedeeltelijk compenseren of een proceskostenveroordeling ten laste van de eiser uitspreken. Waar het omslagpunt ligt, is aan het oordeel van de rechter.[225] Ook hiervan beoogt art. 1019h Rv niet af te wijken.[226]

Inmiddels is het vaste rechtspraak dat 'het gelijk' (ook) in meeromvattende geschillen – waarop meerdere proceskostenregelingen van toepassing kunnen zijn – dient te worden bepaald aan de hand van een technische vergelijking van petitum en dictum, waarbij de grondslag (IE of OD) *voor de bepaling van het gelijk* in beginsel niet van belang is. De grondslag is wel van belang voor de vraag, op welke voet de kosten dienen te worden begroot en vastgesteld (art. 237 Rv dan wel 1019h Rv). De rechter ontkomt er meestal dus niet aan om de overwegingen die geleid hebben tot de uitkomst te betrekken bij de proceskostenbeslissing. Het is immers voor de proceskostenbeslissing nogal relevant of het verbod tot verdere verhandeling van het product wordt gegeven op basis van de in stelling gebrachte IE-rechten dan wel op basis van slaafse nabootsing. Worden beide grondslagen aangenomen, dan volgt in de regel een kostenveroordeling met toepassing van art. 1019h Rv voor het IE-deel en een evenredig deel van het liquidatietarief voor de overige kosten.[227] Wordt (slechts) één der grondslagen aangenomen, dan volgt in de regel afhankelijk van de toegewezen grondslag een veroordeling in de kosten op de voet van art. 237 Rv dan wel art. 1019h Rv. In geen geval heeft de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij recht op vergoeding van haar kosten voor het deel dat is afgewezen; dit strookt immers niet met de hoofdregel, dat de verliezer betaalt.

Het zal niet altijd eenvoudig zijn voor advocaten (of, indien advocaten dit nalaten inzichtelijk te specificeren, voor rechters) om te concretiseren hoeveel tijd aan de voorbereiding per grondslag is besteed. Veelal zal dit worden gebaseerd op een schatting, waarbij in geval van een sterke zaak zoveel mogelijk tijd en kosten zullen worden toegeschreven aan de IE-grondslag, om op die manier zoveel mogelijk kosten voor de cliënt vergoed te krijgen.[228] In de Indicatietarieven versie 1 januari 2015 staat dat partijen in de specificatie een indicatie moeten opnemen welk deel van de gevorderde kosten moet worden toegerekend aan het deel van de procedure dat op de inbreukvraag betrekking heeft. Als partijen het eens zijn, dan zal daarvan worden uitgegaan. In geval van gemotiveerde betwisting of bij gebreke van een deugdelijke opgave zal een schatting worden gemaakt. Eenzelfde bepaling is opgenomen in de Indicatietarieven die per 1 april 2017 gelden.

Van belang is dat een uitsplitsing naar grondslagen kennelijk minder van belang is in geschillen waarin de vordering (of het verweer) *geheel* strekt tot handhaving van IE-rechten. Uit het arrest *Knooble/NNI* volgt dat indien ook de geschilpunten met

---

225 Zie hiervoor hoofdstuk 4.

226 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*), r.o. 5.1.2.; Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 1019h, aant. 4.

227 Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2017), uitgangspunt 1 sub b.
Zie bijv. HR 20 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:397 (*Ajax/Promosports*); Hof Den Haag 30 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP3626 (*Hansgrohe/Tiger*).

228 Maas e.a. 2013, p. 250.

betrekking tot het niet-IE-deel bepalend zijn voor de uitkomst van het IE-rechtelijke geschilpunt, een veroordeling in de kosten op grond van art. 1019h Rv plaats zal moeten vinden. In dat geval kunnen alle proceskosten worden beschouwd als gemaakt ter handhaving van IE-rechten, zodat geen aanleiding bestaat tot evenredige aanpassing van het liquidatietarief.[229] Een vergelijkbare aanpak is gehanteerd in het arrest *Wilkinson/Gillette*, waarin voor de beoordeling van de gestelde merkinbreuk de vraag moest worden beantwoord of deze mogelijk wordt gerechtvaardigd door het gebruik van het merk in een geoorloofde vergelijkende reclame. In een dergelijk geval zullen de stappen van de vergelijkende reclametoets (art. 6:194a BW) moeten worden doorlopen. Indien de merkinbreuk vervolgens wordt aangenomen, dan zal een proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv volgen.[230]

Voor de proceskostenbeslissing in meeromvattende zaken lijkt dus vooral relevant op welke grondslag men in het gelijk is gesteld. In het arrest *Ryanair/PRAviation* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de omstandigheid dat partijen zich over en weer hebben beroepen op argumenten ontleend aan IE-rechten, geen reden is voor toepassing van art. 1019h, als de vordering niet strekt tot handhaving van een IE-recht.[231] De grondslag waarop het Hof had beslist, was wanprestatie en niet een IE-recht. Daarop is art. 1019h Rv niet van toepassing. Het feit dat beide partijen argumenten op basis van het IE-recht hadden aangevoerd, doet daaraan niet af. In de lagere rechtspraak zijn beslissingen in deze lijn te vinden.[232]

101 Meerdere IE-rechten

Niet zelden worden meerdere IE-rechten in stelling gebracht. Procedures waarvan de inzet de bescherming van de vormgeving van een bepaald product is, kenmerken zich bijvoorbeeld door vorderingen gebaseerd op een combinatie van het auteursrecht en het modellenrecht. In merkinbreukzaken kan het voorkomen dat meerdere merkrechten (nationale en communautaire, woord- en beeldmerken) worden ingeroepen tegen een (beweerdelijk) inbreukmakend teken. De voorbeelden uit rechtspraak zijn talrijk. De toepassing van art. 1019h Rv en de soms hoge kostenveroordelingen die daarvan het gevolg zijn werpt de vraag op, hoe dient te worden omgegaan met de proceskosten indien de rechter oordeelt dat niet op *alle* ingeroepen rechten inbreuk wordt gemaakt. Stel dat de rechter oordeelt dat op één van de merken inbreuk wordt gemaakt, en op het andere niet. Komen dan slechts de gevorderde kosten voor het 'succesvol' ingeroepen merk voor vergoeding in aanmerking? En dienen de kosten van het verweer tegen de overige rechten aan de gedaagde te worden vergoed, nu daarvan geen inbreuk is aangenomen? Dezelfde vragen kunnen rijzen in zaken waarin

229 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *BIE* 2012/65, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Knooble/NNI*), r.o. 3.14. Vgl. Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h, aant. 5.

230 Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458, *IER* 2013/43, m.nt. F.W.E. Eijsvogels en m.nt. E.H. Hoogenraad (*Wilkinson/Gillette*).

231 HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:390 (*Ryanair/PRAviation*).

232 Zie bijv. Rb. Amsterdam (vzr.) 21 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4360 (*NUV/Tom Kabinet*): in deze zaak ging om het verweer (dat niet-IE-rechtelijke componenten kent) tegen een vordering gegrond op auteursrechten. Geen reden tot matiging.

bijvoorbeeld inbreuk op het auteursrecht is aangenomen, en inbreuk op het modellenrecht is afgewezen – óf niet is behandeld, omdat de vorderingen reeds op grond van het auteursrecht zijn toegewezen en de rechter om die reden niet meer toekomt aan een oordeel over het modellenrecht.

In een geschil waarin een partij haar (verweer tegen een) vordering baseert op verschillende IE-rechten en de rechter een verbod uitspreekt op grond van inbreuk op één van die rechten, zijn verschillende beslissingen over de 1019h-proceskosten denkbaar:
(i) Er volgt een 'volledige' proceskostenveroordeling;
(ii) Er volgt een toewijzing van uitsluitend de kosten met betrekking tot het succesvol ingeroepen recht;
(iii) De kosten worden gecompenseerd.

De literatuur is verdeeld over welke benadering de juiste is[233] en de rechtspraak laat een wisselend beeld zien, zodat moeilijk een lijn valt te ontwaren. Het blijkt dan ook sterk casuïstische materie te zijn.

Ad (i) Deze benadering sluit aan bij de hoofdregel van art. 237 Rv, op grond waarvan de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt veroordeeld. Bij toepassing van art. 1019h Rv geldt *mutatis mutandis* dat de in het ongelijk gestelde partij wordt veroordeeld in de kosten van de wederpartij. De *overwegend* in het gelijk gestelde partij dient haar proceskosten evenzeer vergoed te krijgen. Dat houdt in dat indien de rechter een verbod tot verdere verhandeling van een inbreukmakend product toewijst op basis van één van de ingeroepen rechten, maar de andere grondslagen afwijst, de gedaagde de kosten van de eisende partij dient te vergoeden. Het resultaat is immers dat het betreffende product niet verder verhandeld mag worden.[234] Tegen deze benadering kan worden ingebracht dat het niet steeds billijk zou zijn dat de gedaagde, die op basis van één van de ingeroepen rechten wordt veroordeeld, ook de kosten zou moeten dragen die de eiser voor al die andere rechten heeft gemaakt terwijl de rechter de betreffende stellingen heeft afgewezen of niet heeft beoordeeld.[235]

Ad (ii) De onder (i) gestelde onbillijkheid van de mogelijkheid van een volledige proceskostenveroordeling bij overwegend gelijk zou kunnen worden ondervangen door de *pro rata* benadering van een gedeeltelijke proceskostenvergoeding. In dat geval komen uitsluitend de kosten die zijn besteed aan de grondslagen en argumenten op

233 Maas e.a. 2013, hoofdstuk. 8; Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.; Deurvorst 2012, p. 88 e.v.; Pinckaers 2011, p. 120 e.v.; Van Oorschot & Blomme 2009; Krans 2010, p. 103 e.v.
234 Pinckaers 2011, p. 122; A.A.A.C.M. Van Oorschot & T.M. Blomme, annotatie bij Rb. Den Haag 23 september 2009 (*Vanderlande/Van Riet*); Maas e.a. 2013, p. 239 en 240.
235 Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.

basis waarvan de partij in het gelijk wordt gesteld voor vergoeding in aanmerking.[236] Deze benadering laat zich vergelijken met de Engelse *issue-based approach*, zij het dat daarbij zelfs – indien daartoe aanleiding bestaat – de winnaar op onderdelen in de kosten kan worden veroordeeld.[237] Volgens sommige auteurs zou deze benadering leiden tot billijke(re) proceskostenbeslissingen en het (vanuit proceseconomisch perspectief) gunstige effect teweegbrengen, dat partijen worden gedwongen zich af te vragen in hoeverre zij minder kansrijke stellingen zullen betrekken.[238] In de literatuur is hiertegen aangevoerd dat een gedeeltelijke proceskostenveroordeling in strijd is met art. 1019h Rv, waaruit zou volgen dat de redelijke en evenredige kosten moeten worden toegewezen ook als een van de (grondslagen van de) vorderingen of het verweer geen doel treft (vgl. sub (i)).[239] Het verdelen van de kosten aan de hand van succesvolle en niet-succesvolle argumenten of grondslagen zou daarnaast onwenselijk zijn omdat (mogelijk met name minder draagkrachtige) partijen zich dan niet meer zouden durven beroepen op – dan wel verweren tegen – meerdere IE-rechten, althans niet meer voor meerdere ankers zouden durven liggen uit vrees dat zij niet alle kosten vergoed kunnen krijgen.[240] Voor de rechter zal deze benadering in ieder geval meer werk (kunnen) opleveren aangezien hij er niet aan zal ontkomen alle argumenten en grondslagen te bespreken om tot een gemotiveerde beslissing over de proceskosten te kunnen komen. Anderen zien daarin juist een voordeel.[241] Sluijter benadrukt voorts dat bij deze benadering vooral rekening dient te worden gehouden met het risico van *satellite litigation;* doorprocederen over de kosten.[242]

Ad (iii) Tot slot zouden de kosten gecompenseerd kunnen worden op basis van (on) gelijk over en weer. Uit rechtspraak volgt dat dit regelmatig gebeurt in meeromvattende zaken.[243] In de literatuur is het compenseren van de kosten in gevallen waarin niet alle grondslagen zijn toegewezen evenwel bekritiseerd. Volgens Wefers Bettink en Hoefnagel gaat de rechter te ver als hij kosten gaat compenseren omdat niet alle grondslagen zijn toegewezen, aangezien art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. 1019h Rv 'er immers van uit [gaan] dat er één in het gelijk gestelde partij is wiens redelijke en evenredige proceskosten worden vergoed, en één verliezende partij, die de kosten betaalt'.[244] Van Oorschot en Blomme menen dat wanneer een procedure tot een

236 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3986; Rb. Oost-Nederland (vzr.) 20 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:283 (*Piet Hein Eek/gedaagden*); Rb. Den Haag (vzr.) 30 maart 2011, *IEF* 9531 (*Pantofola d'Oro/Rucanor*); Rb. Den Haag (vzr.) 21 december 2010, *B9* 9313 (*Reef-One/Aquadistri*).

237 Zie hierna hoofdstuk 7.

238 Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.

239 Van Oorschot & Blomme 2009.

240 Maas & Rijks 2013.

241 Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.

242 Sluijter 2011, p. 259. Zie voor de gang van zaken in Engeland hierna hoofdstuk 7.

243 Zie bijv. Hof Arnhem 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT8511 (*De Culinaire Makelaar/Bi-Wear*); Hof Amsterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2243 (*Super de Boer*) waarin de inbreuk is komen vast te staan maar de geldvordering slechts deels is toegewezen.

244 Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.

verbod op één en hetzelfde product berust op meerdere grondslagen (bijvoorbeeld meerdere octrooien/merken, of een merk- en een auteursrecht), de eiser als 'de in het gelijk gestelde partij' dient te worden aangemerkt in de zin van art. 1019h Rv wanneer op (slechts) één van die grondslagen een verbod wordt gegeven. Art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn spreekt immers over aan de procedure verbonden kosten, aldus voornoemde schrijvers, en niet over aan de afzonderlijke vorderingen verbonden kosten.[245]

In de rechtspraak lopen de beslissingen over dit onderwerp als gezegd uiteen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het positief te noemen dat de Hoge Raad heeft verduidelijkt dat zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij het systeem van art. 237 Rv, waarbij in beginsel één in het gelijk gestelde partij wordt aangewezen. Indien geen winnaar aangewezen kan worden heeft rechter de bevoegdheid de kosten te compenseren. In specifieke gevallen kan overigens wel met succes worden aangevoerd dat de beslissing, dat partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld met compensatie van de proceskosten tot gevolg, op gespannen voet staat met de regel. Te denken valt aan het voorbeeld van Van Oorschot en Blomme, waarin een verbod wordt toegewezen op één van de twee ingeroepen octrooien. Wanneer men de uitkomst (een verbod met betrekking tot de sorteermachine) van het geding vergelijkt met de inzet (een verbod met betrekking tot de sorteermachine) dan kan volgens de auteurs wel degelijk een winnaar worden aangewezen. In dat geval ligt compensatie van de kosten waarschijnlijk niet voor de hand. Het heeft evenwel geen zin een grief te richten tegen deze beslissing op basis van het algemene argument, dat de rechter bij toepassing van art. 1019h Rv niet bevoegd is te compenseren. Die bevoegdheid heeft de rechter immers wel degelijk. De grievende partij doet er verstandiger aan te betogen dat en waarom de rechter in het onderhavige geval de kosten ten onrechte heeft gecompenseerd, met verwijzing naar de uitkomst van het geschil.[246]

Een systeem waarbij per argument of per grondslag wordt bepaald wie op dat punt (on)gelijk heeft en wie de daaraan gerelateerde kosten dient te dragen lijkt voorts omslachtig en weinig pragmatisch, nu meestal niet eenvoudig valt te concretiseren hoeveel tijd en kosten aan de voorbereiding voor de verschillende grondslagen/vorderingen zijn besteed. Maar met name van belang is dat het uitsplitsen van kosten naar succesvolle argumenten niet strookt met het systeem van art. 237 e.v. en 1019h Rv. Het strookt overigens ook niet met het systeem van de buitengerechtelijke kosten ex art 6:96 BW, waarbij voor de beoordeling van de redelijkheid van de buitengerechtelijke kosten relevant is of de kosten *op het moment dat zij werden gemaakt* in redelijkheid zijn gemaakt.[247] In deze lijn zou ook de omstandigheid dat bijvoorbeeld de modelrechtelijke grondslag wordt toegewezen, maar de auteursrechtelijke grondslag wordt afgewezen of niet wordt beoordeeld niet per definitie de

245 Van Oorschot & Blomme 2009.

246 Zie bijv. Hof Arnhem 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT8511 (*De Culinaire Makelaar/Bi-Wear*), r.o. 2.13 e.v.

247 Zie hiervoor hoofdstuk 4.

conclusie kunnen rechtvaardigen dat het gelijk slechts deels is behaald (en slechts een deel van de kosten voor vergoeding in aanmerking komt).[248]

Nodeloos gemaakte kosten
In bepaalde, uitzonderlijke gevallen kan wel rekening worden gehouden met de kans van slagen van de aangevoerde argumenten. Te denken valt aan argumenten die bij voorbaat kansloos zijn. Ook ligt het in de rede de kosten gemoeid met argumenten waarvan het op voorhand evident was dat de partij daarbij geen belang had op het toe te wijzen bedrag in mindering te brengen.[249] Onder het regime van art. 1019h Rv geldt evenzeer dat nodeloos gemaakte kosten voor rekening moeten komen van de partij die ze maakte.[250] De 'aftrek' van kosten is dan niet gegrond op (de mate van) het gelijk, maar op de onredelijkheid daarvan. Dat is in overeenstemming met het *United Video Properties-arrest*, waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat kosten die niet noodzakelijk zijn, niet onder de 'redelijke kosten' van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn vallen.[251]

102 Bepaling van het (on)gelijk op andere dan materiële gronden

In de rechtspraak zijn uitzonderingen te vinden op de hoofdregel, dat het gelijk technisch wordt bepaald op basis van een petitum/dictum-vergelijking. Het komt nogal eens voor, dat een partij een vordering, grondslag of zelfs de gehele procedure vlak voor de zitting intrekt. De verwerende partij heeft meestal reeds kosten moeten

248 Zo is in HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:268 (*Basil*) overwogen: 'Nu de vorderingen grotendeels zijn toegewezen is [appellante] als de in het ongelijk gestelde partij terecht in de proceskosten veroordeeld. De omstandigheid dat de vorderingen zijn toegewezen op slechts één van de door Basil aangevoerde grondslagen maakt dat niet anders. Evenmin kan in zijn algemeenheid als juist worden aanvaard dat het aanvoeren van meerdere grondslagen maakt dat de daarmee gemoeide kosten nodeloos zijn veroorzaakt en daarom niet voor vergoeding in aanmerking zouden komen.' Aldus oordeelde reeds eerder Hof Den Haag 22 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4187 (*Appellante/Basil*). Soms worden kosten die betrekking hebben op niet besproken grondslagen afgetrokken Hof Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2967 (*Koninklijke Talens/geïntimeerde*) of blijft proceskostenvergoeding achterwege in voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep als de Hoge Raad niet aan de beoordeling daarvan toekomt HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1983 (*Apple/Samsung*).

249 Vgl. F.W.E. Eijsvogels, annotatie bij Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902, *IER* 2013/36 (*Danisco/Novozymes*).

250 Vgl. bijv. Hof Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3356 (*B&O/Loewe*), r.o. 46: 'Het hof is van oordeel dat het onder i) genoemde verweer een zo geringe kans van slagen had dat het niet redelijk is de daarmee gemoeide kosten voor rekening van B&O te laten komen.' In Rb. Amsterdam (vzr.) 10 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7508 (*IJs van Columbus*) kwamen de proceskosten ter voorbereiding van een verzoekschrift tot verkrijging van een ex parte verbod voor vergoeding in aanmerking. De enkele omstandigheid dat het verzoek is afgewezen, is onvoldoende om aan te nemen dat deze niet redelijk en evenredig zijn. Niet aangevoerd is dat het verzoek op voorhand als kansloos moest worden geschat.

251 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 25.

maken voor de voorbereiding van het verweer.[252] De vraag, wie in dergelijke gevallen te gelden heeft als de in het ongelijk gestelde partij en dus de kosten heeft te dragen, is onderwerp van debat geweest.[253]

Hof Den Haag heeft in het arrest *Containerbox/City Box* overwogen dat art. 9 lid 1 Procesreglement kort geding, waaruit volgt dat geen plaats is voor een proceskostenveroordeling na intrekking van het kort geding voordat de zaak is uitgeroepen, er niet aan in de weg kan staan dat in zaken waarop art. 1019h Rv van toepassing is, aanspraak wordt gemaakt op vergoeding van kosten op de voet van art. 250 lid 4 Rv.[254] Daarbij is in aanmerking genomen dat ingevolge art. 1.2 Procesreglement van dat reglement kan worden afgeweken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Nadien heeft de Hoge Raad in het arrest *Wieland/GIA* meerdere prejudiciële vragen beantwoord die verband houden met de kostenproblematiek in geval van een voorafgaand aan de zitting ingetrokken geding. De Hoge Raad overwoog dat de door gedaagde gemaakte kosten ter voorbereiding van het kort geding in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen, ook indien de procedure officieel nog niet is uitgeroepen en *formeel* nog niet aanhangig is.[255] Volgens de Hoge Raad is het geding namelijk niet pas aanhangig vanaf het moment van dagvaarding, maar vanaf de eerdere mededeling van de datum van de zitting aan gedaagde. Indien de eiser een mededeling doet aan gedaagde strekkende tot intrekking van het geding, komt de aanhangigheid in beginsel te vervallen. Indien de gedaagde tijdig – tot 14 dagen na de datum waartegen hij was opgeroepen – aan de eiser en de voorzieningenrechter mededeelt dat het geding doorgang moet vinden omdat hij een beslissing over de proceskosten verlangt, dan blijft het geding aanhangig. De implicaties hiervan zijn dat zelfs de uiteindelijk niet-uitgebrachte kort geding dagvaarding gezien kan worden als het 'intrekken van een kort geding', hetgeen de gedaagde in beginsel aanspraak geeft op een proceskostenvergoeding.[256] Het risico op een proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv loopt men dus reeds in een vroeg stadium van het geschil. Voorwaarde is overigens wel, dat de voorbereidingskosten betrekking hebben op geschilpunten die onder deze regeling vallen.[257]

---

252 Indien niet aannemelijk is dat (extra) kosten zijn gemaakt in verband met de ingetrokken vordering dan volgt geen proceskostenveroordeling; Rb. Rotterdam 20 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3143 (*FKP/Spirits*).

253 De Lange 2013, p. 266-275; Van Eek 2014, p. 128-135; De Lange 2014, p. 136-139; Van Nispen 2016, p.164-169. Zie ook Pinckaers 2016, p. 134.

254 Hof Den Haag 25 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:4556, *NJF* 2015/265 (*Containerbox/City Box*)

255 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Wieland/GIA*). 'Op de vraag wanneer een procedure 'aanhangig' is beslist de Hoge Raad dat daarvan sprake is '[wanneer] aan de gedaagde mededeling wordt gedaan van het voorgenomen kort geding, alsmede van de datum en het tijdstip van behandeling daarvan, en hij van de inhoud van de conceptdagvaarding op de hoogte is gesteld, is de zaak aanhangig zodra de zojuist bedoelde mededeling is gedaan, dan wel de dagvaarding is uitgebracht." r.o. 3.3.5.

256 Truijens 2016, p. 308-309.

257 Zie ook Schaafsma & Bronneman, *Kroniek* 2017, p. 101; Van Nispen 2016, p. 164-169.

Een denkbaar scenario is dat het geding geen doorgang vindt omdat de gedaagde te elfder ure instemt met de vorderingen. De verklaring van bereidheid om aan de vordering te voldoen neemt het belang van een (kortgeding)procedure niet weg, indien dit zeer kort voor de zitting gebeurt en de kosten al zijn gemaakt.[258] Volgens Van Nispen doet de eiser er in dat geval verstandig aan het geding doorgang te laten vinden, de hoofdvordering in te trekken en te persisteren bij de vordering tot vergoeding van de proceskosten.[259] In gevallen waarbij het minder duidelijk is waarom het geding is ingetrokken, zal het voor de voorzieningenrechter niet eenvoudig zijn om vast te stellen wie in het ongelijk moet worden gesteld. Van Nispen noemt het voorbeeld waarin wel een onthoudingsverklaring is afgegeven, maar niet is ingestemd met de dwangsom.[260] De rechter heeft – en neemt, zo blijkt uit jurisprudentie – een ruime discretionaire bevoegdheid de kosten in dergelijke gevallen gedeeltelijk toe te wijzen of te compenseren.[261] Zie nader par. 5.6.

De risico's kunnen voorts aanzienlijk zijn indien het geding doorgang vindt, maar het spoedeisend belang niet aannemelijk kan worden gemaakt. De eisende partij pleegt dan in de (volledige) proceskosten te worden veroordeeld.[262]

Lastig zijn de gevallen waarin de schadevergoeding wel wordt toegewezen, maar slechts tot een klein bedrag. Of indien de inbreuk is toegewezen maar de schadevergoeding niet. Dit leidt nogal eens tot compensatie of tot matiging van de gevorderde proceskosten.[263] Maar ook zijn gevallen bekend waarin de proceskosten volledig werden toegewezen.[264] Hierover wordt kortom wisselend geoordeeld. Een sprekend voorbeeld wordt gevormd door de Masterfile-zaken. In één van die zaken werd niet meer dan € 35 van de gevorderde € 2.200 aan schadevergoeding

---

258 Rb. Gelderland (vzr.) 2 augustus 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4299 (*Microbel*); Rb. Den Haag (vzr.) 30 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7320; Rb. Den Haag 29 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7056 (*Victoria's Secret*) (daarin was wel gereageerd op sommaties doch niet inhoudelijk); Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15671 (*Kesa/AS Watson*) (inbreuk werd gestaakt doch niet erkend).

259 Van Nispen 2016, p. 168.

260 Van Nispen 2016, p. 168.

261 Rb. Overrijssel (vzr.) 31 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1589 (*Easy2*); Rb. Noord-Holland 10 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:13117 (*Bijenkorf/Meyer & Meyer*); Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2027 (*Tommy Hilfiger/gedaagden*); Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:800 (*Siemens/Holimex*); Rb. Den Haag 21 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:575 (*City Box/Boxaround*).

262 Rb. Den Haag (vzr.) 16 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13869 (*Holland Bolroy Markt*); Rb. Den Haag (vzr.) 17 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6803 (*Braun/Becton*) waarin de proceskosten tot bijna 250k werden toegewezen.

263 Hof Den Haag 24 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1640 (*Hermes*); Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2496 (*Primagaz*); Hof Den Bosch 12 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:861; Hof Amsterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2243 (*Super de Boer*) waarin de inbreuk is komen vast te staan maar de geldvordering slechts deels is toegewezen. De kosten werden gecompenseerd.

264 In Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU6269 (*EIG/ABN*) was de schadevergoeding slechts een fractie van de gevorderde vergoeding, maar kwamen de proceskosten toch volledig voor vergoeding in aanmerking.

toegewezen. Het Hof compenseerde daarop de proceskosten.[265] In een zaak tegen andere geïntimeerden volgde echter wel een volledige proceskostenveroordeling van bijna € 15.000. Daarbij speelde overigens ook een rol dat het bedrag niet was bestreden. In de literatuur is gepleit voor meer aandacht voor het 'belang van de zaak' bij de berekening van de toe te wijzen proceskosten ingevolge art. 1019h Rv.[266] De Vrey wijst erop dat een partij met een beperkt (financieel) belang niet gestimuleerd – of zelfs beloond – moet worden om te gaan procederen door het vooruitzicht op een hoge proceskostenvergoeding. Volgens De Vrey verdraagt zich dat niet 'met de billijkheidsgedachte en met de gedachte dat voorkomen moet worden dat om elk 'inbreukje' geprocedeerd gaat worden'. In deze context kan ook gewezen worden op het evenredigheidsbeginsel.[267]

Indien niet de gehele vordering wordt toegewezen, dan ligt het evenwel niet in de rede de oplossing te zoeken in de mate van het gelijk (behoudens de gevallen waarin de kosten worden gecompenseerd). De proceskostenvordering zou in die gevallen wel kunnen worden gematigd op grond van de open normen van art. 1019h Rv (par. 5.6). Daarbij zal moeten worden beoordeeld, in hoeverre de kosten gemaakt in verband met de vordering tot vergoeding van schade die slechts deels wordt toegewezen, nodeloos zijn gemaakt. De kans van slagen van de vordering en de aangevoerde argumenten zouden dus een rol moeten spelen bij de beslissing tot matiging of afwijzing. Eenzelfde 'toets' pleegt te worden uitgevoerd in de context van de buitengerechtelijke kosten van art. 6:96 BW. Op voorwaarde dat deze kosten redelijk zijn, plegen zij te worden toegewezen ook al wordt slechts klein deel van de hoofdsom toegewezen.[268]

5.6 Redelijk, evenredig, billijk

103 Inleiding

Op grond van art. 1019h Rv worden de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten door de verliezende partij gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. De beoordeling van de gevorderde kosten dient te geschieden aan de hand van de redelijkheid en evenredigheid van art. 1019h Rv. De billijkheid vormt een algemeen voorbehoud op de regel dat de redelijke en evenredige kosten worden vergoed.[269] Deze open normen zijn noch door de Europese, noch door de Nederlandse wetgever gedefinieerd. De Nederlandse wetgever heeft de invulling van deze begrippen overgelaten aan de praktijk, waarin het nieuwe proceskostenregime zich zou moeten uitkristalliseren.[270] In deze paragraaf zal worden ingegaan op de ontwikkelingen en knelpunten in dit 'uitkristalliseringsproces'.

---

265 Hof Den Haag 30 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2925 (*Masterfile/Falcon*).

266 De Vrey 2015, p. 391-392; Truijens 2016, p. 310.

267 Zie hiervoor nr. 17b.

268 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9086 (*Multiquest/Fricorp*). Zie ook HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:586 (*MFE/KF c.s.*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat vergoeding van de buitengerechtelijke kosten ook mogelijk is indien geen sprake is van aantoonbare schade.

269 Vgl. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 1019h, aant. 5.

270 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT).

104 Welke kosten?

Onder 'gerechtskosten en andere kosten' vallen in beginsel het griffierecht, de (gerechtelijke en buitengerechtelijke) kosten van de advocaat of gemachtigde, de kosten van deskundigen,[271] vertalers en deurwaarders, onderzoekskosten (zoals de kosten van een marktonderzoek[272]), reis- en verblijfkosten,[273] (bewijs)beslagkosten en kosten van het ex parte verbod.[274,275] De wetgever laat het aan het oordeel van de rechter over om te bepalen welke kosten nog meer voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Daarnaast is het aan de rechter om te oordelen of en zo ja, in hoeverre er zal worden gematigd.[276] Ook de kosten voor de werkzaamheden van bijvoorbeeld merk- of octrooigemachtigden en marktonderzoeken zijn onderworpen aan de redelijkheid en evenredigheid van art. 1019h Rv.[277]

Het criterium voor toewijsbaarheid is, dat de kosten verband moeten houden met de procedure. De kosten van prejudiciële procedures, vervolgprocedures en incidenten komen in beginsel voor toewijzing in aanmerking voor zover zij vallen binnen het toepassingsbereik van art. 1019h Rv (zie par. 5.3). De kosten van parallelle procedures, procedures in het buitenland[278] of eerder gevoerde procedures[279] dienen te worden gevorderd in die respectieve procedures. Zij komen niet (nogmaals) voor toewijzing in aanmerking in de hoofdprocedure.[280] Kosten die geen verband houden met de procedure, zoals algemene opsporingskosten, komen evenmin voor vergoeding in aanmerking.[281] De uren van correspondenten (advocaten in de feitelijke instanties) komen naast de uren van cassatieadvocaten voor vergoeding in aanmerking, tenzij sprake is van dubbele kosten.[282]

---

271 Rb. Den Haag 17 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16693 (*Veap/Automotive*).

272 Rb. Den Haag (vzr.) 21 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15834 (*TomTom/MKB Ondernemers*); Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2137 (*YourHosting/Bavaria*).

273 HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*).

274 Indien de inbreuk is komen vast te staan, dan zijn de kosten van beslag c.q. bewaring en het gevraagd *ex parte* bevel in beginsel terecht gemaakt en ex art. 1019h Rv toewijsbaar: zie Rb. Oost-Brabant 9 november 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6200 (*Klemans/Kythera*); Rb. Noord-Holland (vzr.) 1 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6384 (*Scentsible/Reckitt Benckiser*); Hof Den Haag 24 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1640 (*Hermes*); Hof Den haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3854.

275 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C. p. 2 (MvA).

276 *Kamerstukken I* 2006/07, 30392, C, p. 2 (MvA).

277 Van Nispen, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/35, sub 18.

278 Rb. Den Haag 1 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5999 (*Leathermann*)

279 Rb. Den Haag 7 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10697, waarin de kosten voor een procedure bij de Geschillencommissie terecht zijn bestreden.

280 Hof Den Haag 8 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2015:3339 (*Ventraco*), waarin de kosten van het incident buiten beschouwing werden gelaten omdat daarover reeds in het incident was beslist.

281 Zie Rb. Den Haag (vzr.) 11 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5093 (*Leo Pharma/Sandoz*), waarin kosten met betrekking tot de 'pre-launch' fase zijn afgewezen omdat deze niet zijn aan te merken als kosten in verband met het onderhavige kort geding.

282 HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*); HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063 (*Simba/Hasbro*). Zie ook conclusie A-G Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2342) voor HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063 (*Simba/Hasbro*).

De kosten waarvan de redelijkheid en evenredigheid moeten worden beoordeeld dienen voorts werkelijk te zijn gemaakt. Voor de vraag naar de vergoedbaarheid van kosten die onderdeel zijn van een prijsafspraak met de eigen advocaat zij verwezen naar par. 5.4.

105 Redelijk en evenredig

105a Inleiding

In deel I van dit hoofdstuk is aan de orde gekomen dat – met een beetje goede wil – in de wetsgeschiedenis van art. 1019h Rv een handvat kan worden gevonden bij de hantering van de daarin opgenomen redelijkheids- en evenredigheidstoets. Bij de beantwoording van de Kamervragen, welke kosten in aanmerking moeten worden genomen bij toepassing van art. 1019h Rv en wanneer er sprake kan zijn van matiging van die kosten, heeft de minister in de memorie van antwoord aansluiting gezocht bij art. 6:96 BW (vermogensschade in de vorm van redelijke kosten ter vaststelling van de schade en aansprakelijkheid en ter verkrijging van voldoening buiten rechte). Dat artikel bevat een dubbele redelijkheidstoets, inhoudende dat zowel de kosten als de hoogte van die kosten redelijk moeten zijn (zie par. 4.6.). Men kan hieruit afleiden dat de wetgever art. 1019h Rv aldus interpreteert, dat ook daarin een dubbele redelijkheidstoets besloten ligt, die meebrengt dat de rechter zich zal moeten buigen over de vraag of de door de winnende partij opgevoerde kosten 'redelijk' zijn en vervolgens over de vraag of deze in het concrete geval ook 'in redelijkheid gemaakt' zijn.[283] Meer aanwijzingen heeft de wetgever evenwel niet gegeven.

Indicatietarieven tot 1 april 2017
Zoals ook in het eerste deel aan de orde is gekomen, heeft het ontbreken van meer concrete handvatten bij de redelijkheids- en evenredigheidstoets van art. 1019h Rv reeds vanaf de periode van richtlijnconforme interpretatie in vele IE-zaken tot ruime, zelfs volledige proceskostenveroordelingen geleid. In de praktijk ontstond dan ook een begrijpelijke behoefte aan duidelijkheid over wat onder 'redelijke en evenredige' kosten moet worden verstaan. Daarnaast was er behoefte aan ten minste een zekere mate van voorspelbaarheid van de proceskosten. In 2008 is daarom een handvat ontwikkeld in de vorm van indicatieve maatstaven, de Indicatietarieven, die kan worden gehanteerd bij de beoordeling van de proceskosten in IE-zaken in eerste aanleg. Volgens de versie van 1 augustus 2008 geven deze tarieven een indicatie van het (maximale) bedrag aan (buitengerechtelijke en gerechtelijke) kosten van de advocaat dat als redelijk en evenredig kan worden beschouwd. Deze tot 1 april 2017 geldende tarieven bedroegen voor een kort geding € 6.000 (eenvoudig) of € 15.000 (overig), voor een eenvoudige bodemzaak zonder repliek en dupliek en/of pleidooi € 8.000 (eenvoudig) en € 20.000 (overig), en voor een bodemzaak met repliek, dupliek en/of pleidooi € 10.000 (eenvoudig) of € 25.000 (overig). Kosten van deskundigen, verschotten, griffierechten en BTW zijn niet inbegrepen. Partijen kunnen aanspraak maken op een hoger bedrag, maar dan worden – bij betwisting –

283 Vgl. o.a. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h, aant. 5; Marijs 2010, p. 41 e.v.

hoge eisen gesteld aan de motivering.[284] De Indicatietarieven gelden als gezegd niet in octrooizaken.

Tot 1 januari 2015 golden er geen Indicatietarieven in hoger beroep en cassatie. Partijen waren in die procedures nogal eens overgeleverd aan beoordelingen aan de hand van 'algemene ervaringsregels' of beoordelingen *ex aequo et bono*.[285] In hoger beroep en cassatie werd soms aansluiting gezocht bij de Indicatietarieven van de rechtbanken bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde kosten. De kritiek, die zich voornamelijk richtte op het gebrek aan uniformiteit van uitspraken van de verschillende hoven en de onvoorspelbaarheid van het kostenrisico in hoger beroep en cassatie,[286] heeft ertoe geleid dat ook voor de hogere rechtsprekende instanties Indicatietarieven zijn ontwikkeld. De rechtbanken en hoven hanteren in IE-zaken dezelfde tarieven, variërend van € 6000 voor een eenvoudig kort geding tot € 15.000 voor een meer complexe bodemprocedure. In cassatie gelden hogere tarieven: voor een eenvoudige zaak is een maximum van € 15.000 geïndiceerd voor de eiser en € 10.000 voor de verweerder. In overige zaken gelden de respectievelijke maxima van € 30.000 en € 20.000. Een opslag is mogelijk in geval van een Borgersbrief, re- of dupliek of prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU.

Indicatietarieven per 1 april 2017
Zoals in par. 5.2. aan de orde is gekomen, zijn de Indicatietarieven voor alle instanties aangepast op 1 april 2017. Voor procedures in eerste aanleg en hoger beroep gelden dezelfde, volgende tarieven:

Categorie I. Kort geding
a. zeer eenvoudig, niet bewerkelijk: liquidatietarief
b. eenvoudig: maximaal € 6.000
c. normaal: maximaal € 15.000
d. complex: maximaal € 25.000

Categorie II. Bodemzaken
a. zeer eenvoudig, niet bewerkelijk: liquidatietarief
b. eenvoudig: maximaal € 8.000

---

284 Zie de Leidraad Indicatietarieven (versie 2014), punt 6 *in fine*: 'Indien aanspraak wordt gemaakt op een hoger bedrag dan het indicatietarief zullen, bij betwisting door de wederpartij, hoge eisen aan de onderbouwing van de gevorderde kosten gesteld worden.'

285 Hof Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2967 (*Koninklijke Talens/geïntimeerde*), r.o. 28: 'In aanmerking nemende de aard en de mate van complexiteit van de onderhavige zaak, en op grond van algemene ervaringsregels, acht het hof een bedrag van € 53.915,15 als proceskosten voor het hoger beroep niet redelijk en evenredig als bedoeld in artikel 1019h Rv; het hof acht een bedrag van € 50.000,- aan proceskosten voor de eerste aanleg en het hoger beroep gezamenlijk redelijk en evenredig (…).' Zie ook Hof Den Haag 18 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo/BREIN*).

286 Maas e.a. 2013, p. 260; Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.; Conclusie A-G Hammerstein (ECLI:NL:PHR:2014:1736) voor HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737 (*Rubik/Beckx Trading*), sub 2.40; Krans 2010, p. 102.

c. normaal: maximaal € 20.000
d. complex: maximaal € 40.000

De verhoging voor procedures waarin het prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU zijn gesteld bedraagt maximaal € 15.000.[287]

In procedures in cassatie gelden de volgende categorieën:

Zeer eenvoudig, niet bewerkelijk
Liquidatietarief

Eenvoudig
eiser maximaal € 15.000
verweerder maximaal € 10.000

Normaal
eiser maximaal € 30.000
verweerder maximaal € 20.000

Complex
eiser maximaal € 50.000
verweerder maximaal € 40.000

Indien een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is gesteld dan geldt het maximumtarief van € 25.000. Voor procedures waarin Borgersbrief is geschreven is de opslag maximaal € 2.000, terwijl de opslag voor procedures waarin re- of dupliek is genomen maximaal € 3.000 bedraagt. In procedures waarin de Hoge Raad prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU heeft gesteld wordt een verhoging van maximaal € 15.000 toegekend. In zeer eenvoudige, niet bewerkelijke procedures vindt geen opslag plaats voor re- of dupliek en/of een Borgersbrief.[288]

Voor de vraag in welke categorie een procedure valt, kan onder meer worden gelet op de omvang van het (redelijkerwijs noodzakelijke) feitenonderzoek ten behoeve van de procedure, de omvang van het relevante feitencomplex, de grondslagen van de vorderingen, de omvang van het verweer, het aantal proceshandelingen, het aantal relevante producties, en het financiële belang van de zaak.[289] Ten aanzien van het financiële belang van de zaak is verduidelijkt dat:

> '(…) *het minder voor de hand (zal) liggen om een niet bewerkelijke procedure waarin sprake is van grootschalige inbreuk met omvangrijke schade, aan te merken als 'zeer eenvoudig'. Daarentegen ligt het wel voor de hand om een niet bewerkelijke procedure waarin sprake is van een kleine inbreuk*

287 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken en gerechtshoven (versie 2017), p. 3.
288 Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad (versie 2017), p. 3.
289 Zie punt 8 van de respectieve Indicatietarieven in IE-zaken.

(bijvoorbeeld een foto op de website van een particulier die op eerste verzoek wordt verwijderd) als 'zeer eenvoudig' aan te merken.'[290]

De voornaamste wijziging ten opzichte van de versies van 2008 en 2015 wordt gevormd door de kwalificatie van de tarieven als maximumtarieven, waarvan alleen in bijzondere gevallen van kan worden afgeweken op basis van de specifieke kenmerken van het geval.[291]

105b Rechtspraak over de redelijkheids- en evenredigheidstoets en de functie van de Indicatietarieven

Uit de vóór 1 april 2017 bestudeerde rechtspraak over art. 1019h Rv in IE-zaken volgt dat in geschillen waarin de proceskosten van de winnende partij niet of niet voldoende gemotiveerd waren betwist, in de regel ook geen beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de proceskosten plaatsvond.[292] Meestal werd de onbestreden opgave van de vorderende partij gevolgd, waarbij hooguit nog werd overwogen dat 'nu de wederpartij geen verweer heeft gevoerd tegen de hoogte van de gevorderde kosten en de rechtbank het bedrag niet onredelijk en onevenredig voorkomt, het gevorderde bedrag zal worden toegewezen'.[293] Deze frase duidt op een marginale toetsing van de redelijkheid en evenredigheid van de kosten, maar hoe en waaraan de rechter de kosten marginaal toetst is meestal niet inzichtelijk gemaakt. In deze categorie van niet-betwiste kosten zijn de hoogste proceskostenveroordelingen genoteerd.[294]

In zeldzame gevallen is de proceskostenvordering ondanks het ontbreken van een betwisting (toch) gematigd tot de Indicatietarieven.[295] Sinds de verzwaarde vereisten van een deugdelijke specificatie vormt het ontbreken daarvan – althans in ieder

---

290 Zie voetnoot bij punt 8 van de respectieve Indicatietarieven in IE-zaken.

291 Zie punt 7 van de respectieve Indicatietarieven in IE-zaken.

292 Vgl. Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h, aant. 5*:* 'Deze beperkingen [van redelijkheid, evenredigheid en billijkheid – toevoeging ChV] worden niet ambtshalve beoordeeld; indien de kosten zijn gespecificeerd en niet of niet voldoende gemotiveerd zijn bestreden, moeten deze zonder meer worden toegewezen.' Zie ook Van Gompel & Olieslagers 2014, p. 133 e.v.; Maas, Shannon & De Boer 2013, hoofdstuk 8.

293 Zie bijv. Hof Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1376 (*Hauck/Stokke*); Rb. Noord-Holland 18 september 2013, (*HLK/Scotch & Soda*); Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16691 (*OpenTV/Netflix*).

294 Zie Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3923 (*Rhodia/Jiaxing*), waarin de niet-bestreden kosten van ruim € 500.000 zijn toegewezen; Rb. Den Haag 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12523 (*I4F/Unilin*), waarin niet bestreden kosten van bijna € 300.000 zijn toegewezen; Rb. Den Haag (vzr.) 16 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014 (*BASF/IGM*) waarin de kosten van ruim € 200.000 werden toegewezen; Rb. Den Haag 6 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7502 (*Novartis/Alvogen*), waarin een kostenvordering van ruim € 200.000 werd toegewezen omdat deze niet zijn bestreden.

295 Zie bijv. Rb. Overijssel (vzr.) 5 december 2014, ECLI:RBOVE:2014:7120 (*Vera Hotel*) waarin de vordering van € 75.000 zonder (kenbare) betwisting werd gematigd tot het toepasselijke Indicatietarief van € 15.000. Zie ook Rb. Alkmaar (vzr.) 26 juli 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BX3995 en Hof Amsterdam 28 mei 2013, *IEF* 12705 (*VPW/Courant*). In laatstgenoemde zaak had gedaagde in eerste aanleg geen verweer gevoerd tegen de hoogte van de proceskosten. De voorzieningenrechter zag

geval theoretisch – een grond voor matiging tot het Indicatietarief.[296] Een en ander houdt andermaal verband met het feit dat tot 1 april 2017 tot uitgangspunt werd genomen, dat niet-betwiste proceskosten volledig dienen te worden toegewezen. In hoofdstuk 6 wordt de juistheid en houdbaarheid van dit uitgangspunt nader onderzocht.

In geschillen waarin de proceskosten wel (gemotiveerd) worden bestreden, dienen de kosten te worden getoetst aan de open normen van art. 1019h Rv. Uit rechtspraak van voor 1 april 2017 volgt dat bij deze toets in veel gevallen aansluiting is gezocht bij (i) de Indicatietarieven, en/of (ii) de door de wederpartij opgegeven kosten. Er is evenwel ook rechtspraak bekend waarbij de rechter zich heeft gewaagd aan een 'echte' redelijkheids- en evenredigheidstoets, waarbij gemotiveerd is aangegeven hoe hij tot zijn oordeel is gekomen (iii).

Ad (i) Aansluiting bij de Indicatietarieven
De Indicatietarieven die tot 2017 golden maken onderscheid tussen eenvoudige en complexe procedures. Voor de beantwoording van de vraag of een procedure al dan niet eenvoudig is, wordt onder meer gelet op de omvang van het (redelijkerwijs noodzakelijke) feitenonderzoek voorafgaand aan de procedure, de omvang van het relevante feitencomplex, de grondslagen van de vorderingen, de omvang van het verweer (meerdere grondslagen en een groot aantal verweren zullen vaak leiden tot een complexere procedure), het aantal relevante producties en de senioriteit en eventuele specialisatie van de advocaat/advocaten. Ook kan worden getoetst of de inzet van het aantal advocaten aan een zijde – gelet op de omvang en complexiteit van de zaak – redelijk en evenredig is. Het financiële belang van de zaak wordt voor het onderscheid verder niet doorslaggevend geacht.[297] Met ingang van 1 april 2017 kan het financiële belang – zoals reeds hiervoor opgemerkt – wel een rol spelen in het kader van de categorisering.

In de praktijk wordt veelvuldig getwist over de vraag wanneer sprake is van een 'eenvoudige' of 'overige' zaak.[298] In de literatuur is bemerkt dat rechters wisselend kunnen oordelen over met name criteria als complexiteit en omvang. De arbitraire

---

evenwel '(…) mede gelet op de bijzondere aspecten van deze zaak aanleiding met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid de gevorderde proceskosten [bijna € 9000,-, toevoeging ChV] ambtshalve te matigen tot een bedrag van € 3.000,-.' VPW ging van dit deel van het vonnis in hoger beroep en werd in het gelijk gesteld: nadat de proceskosten alsnog werden betwist volgde een (her) begroting door het Hof van de proceskosten, die met inachtneming van de Indicatietarieven werden vastgesteld op € 6000,-. Over ambtshalve matiging door de rechter kritisch Maas, e.a. 2013, p. 247. Zie hierna hoofdstuk 6.

296 Rb. Noord-Holland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7002.

297 Leidraad Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2014), punt 11.

298 Rb. Noord-Holland (vzr.) 1 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6384 (*Scentsible/Reckitt Benckiser*), r.o. 5.39: 'POO POURRI heeft weliswaar gesteld dat deze zaak bewerkelijker is geweest dan andere niet-eenvoudige IE-kort gedingen, gelet op de hoeveelheid aan grondslagen, de gelaagdheid van de inzagevordering en de complexe voorfase van de beslaglegging, maar evenals RECKITT BENCKISER volgt de voorzieningenrechter POO POURRI daarin niet.' Zie ook Rb. Den

beoordeling zou afbreuk doen aan de uniformiteit en alsnog tot rechtsonzekerheid (en mogelijk rechtsongelijkheid) leiden.[299]

Uit rechtspraak volgt dat in geschillen waarin de gevorderde kosten lager dan of even hoog waren als de Indicatietarieven, de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde proceskosten werd aangenomen.[300] In gevallen waarin de gevorderde kosten lager waren dan het toepasselijk tarief, werden zware eisen gesteld aan de motivering van het verweer.[301] In gevallen waarin de gevorderde proceskosten hoger waren dan de Indicatietarieven, werden zoals reeds opgemerkt zwaardere eisen gesteld aan de onderbouwing.[302, 303] In deze gevallen fungeerden de Indicatietarieven daadwerkelijk als de norm voor de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van art. 1019h Rv.

Haag 1 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5860 (*Chanel c.s./gedaagden*), r.o. 4.26: 'Bargello c.s. heeft de redelijkheid en evenredigheid van dit bedrag bestreden onder verwijzing naar de IE-Indicatietarieven voor een eenvoudige bodemzaak zonder repliek of dupliek (€ 8.000,-). Dit is door Chanel c.s. terecht weersproken. De voorliggende zaak is naar het oordeel van de rechtbank geen eenvoudige zaak. Chanel c.s. heeft in alle betreffende winkels meermalen onderzoek gedaan en deurwaarders ingeschakeld, de inbreuk berust op meerdere feitenconstellaties, en er zijn meerdere gronden voor inbreuk gesteld. De rechtbank zal daarom uitgaan van het maximale bedrag van honorarium volgens het relevante IE-Indicatietarief, zijnde € 20.000,-.' Zie ook Rb. Midden-Nederland (vzr.) 6 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1450 (*Gelders/GIB*); Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4377 (*Fikszo/Stokke*); Rb. Oost-Brabant (vzr.) 20 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:283 (*Piet Hein Eek/gedaagden).*

299 Zie bijv. Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.; Sluijter 2011, p. 61; Vrendenbarg 2015, p. 259 e.v.

300 Hof Den Haag 7 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:910 (*Tronios/Detronics*): 'De door Tronios c.s. opgegeven en deugdelijk onderbouwde advocaatkosten zijn door Dertronics niet bestreden, blijven binnen de grenzen van de indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven en komen het hof ook overigens niet onredelijk en onevenredig voor.' Zie ook Rb. Gelderland (vzr.) 20 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1350.

301 Hof Den Haag 27 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:90 (*Somebo*); Rb. Rotterdam 13 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5406 (*Eagle*).

302 Rb. Den Haag (vzr.) 30 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7320: 'Nu gedaagden betwisten dat de gevorderde kosten redelijk en evenredig zijn, is het aan eiseressen de overschrijding van genoemd indicatiebedrag toe te lichten.' Zie ook HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1601 (*Hauck/Stokke*); Rb. Den Haag (vzr.) 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2053 (*A/Daxtrio*); Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2027 (*Tommy Hilfiger/gedaagden*); Rb. Den Haag (vzr.) 21 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15670 (*e-Benefits/VGB*); Rb. Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10887 (*Guy Laroche*); Rb. Den Haag (vzr.) 15 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8304 (*Fyffes/Chiquita*); Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8293 (*Fleurop/Topbloemen*).

303 Zo werden proceskosten van meer dan 2 ton in een kort geding (!) na gemotiveerde betwisting door de wederpartijen gematigd tot de Indicatietarieven in kort geding ad 6000 in Rb. Amsterdam (vzr.) 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8334 (*NPO en Omroepen/Telegraaf*). In Rb. Amsterdam 26 oktober 2010, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU6269 (*EIG/ABN*) werd de betwiste vordering van EIG ABN te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 45.979,10 (voor de werkzaamheden van haar Nederlandse advocaat) en een bedrag van $37.285 (voor de Amerikaanse advocaat) eveneens onder verwijzing naar de Indicatietarieven – gematigd tot een bedrag van € 15.000.

In de per 1 april 2017 geldende Indicatietarieven zijn de regels over de specificatie vereenvoudigd. Indien de onderbouwing van de gevorderde proceskosten niet voldoet aan de daaraan gestelde vereisten, wordt in beginsel ten hoogste het liquidatietarief toegewezen. Indien de gevorderde proceskosten wel zijn onderbouwd conform de in punt 5 genoemde vereisten, dan zullen de redelijke en evenredige proceskosten worden toegewezen zijnde ten hoogste het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie.[304] De Indicatietarieven zwijgen evenwel over de wijze waarop de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde proceskosten beoordeeld moeten worden.

Ad (ii) Aansluiting bij de kosten van de wederpartij
Regelmatig is bij de beslissing over de (gemotiveerd) betwiste proceskosten aansluiting gezocht bij de kosten van de wederpartij.[305] Uit een discrepantie tussen de door partijen in rekening gebrachte uren werd wel afgeleid dat de kosten van de winnende partij niet redelijk en evenredig waren – en dus dienden te worden gematigd.[306] De Haagse rechtbank ontwikkelde zelfs een regel (het zogenaamde 'Haagse model') voor procedures waarin de proceskosten van beide partijen hoger liggen dan de Indicatietarieven: in geval van betwisting werd het laagste van de twee gevorderde bedragen toegewezen. In dat geval zou de verliezende partij dit bedrag redelijk en evenredig achten omdat dit even hoog is als, dan wel lager dan het door haarzelf geëiste bedrag.[307]

Ook de Hoge Raad pleegde zich bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid aan te sluiten bij de opgave van de wederpartij. In de zaak *Stokke/H3* overwoog de Hoge Raad dat, mede in het licht van het door de partij zelf opgevoerde honorarium van € 55.000, het door de wederpartij gevorderde (maar op zich te summier onderbouwde) bedrag ad € 27.000 redelijk en evenredig is.[308] In *FKP/Spirits* passeerde de Hoge Raad de betwisting van de kosten omdat deze voldoende zijn gespecificeerd en, gelet op de grootte en complexiteit van de zaak niet onaannemelijk of onevenredig zijn. Daarbij is aangetekend dat de door Spirits opgevoerde

---

304 Zie punt 7 van de respectieve Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2017).

305 Zie bijv. Conclusie Wesseling van Gent (ECLI:NL:PHR:2013:CA1733) voor HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11 (*Boston Scientific/OrbusNeich*), m.nt. F.W.E. Eijsvogels; Rb. Den Haag 21 juli 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1963 (*Nintendo/Webwinkels*); Rb. 's-Gravenhage 23 februari 2011, *IEPT* 20110223 *(Desso/Interface)*; HR 22 februari 2013 ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3 Products*); Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458, *IER* 2013/43, m.nt. F.W.E. Eijsvogels en m.nt. E.H. Hoogenraad (*Wilkinson/Gillette*).

306 Zie bijv. Hof Den Bosch 29 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1057 (*Melano/Quiges*), r.o. 7.9.3. In Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3611 (*Novartis/Alvogen*) werden de proceskosten gematigd, mede omdat Alvogen het kostenverschil van bijna 200.000 onvoldoende had verantwoord.

307 Zie Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 en de daar aangehaalde rechtspraak.

308 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3*). Vgl. Ook Hof Den Haag 22 maart 2016, (*Mylan/Merck*), r.o. 4.38: 'Mylan heeft de door MSD opgegeven kosten ter hoogte van in totaal EUR 118.851,11 niet gemotiveerd bestreden. De kosten komen, zeker gezien de aanzienlijk hogere kosten van Mylan, niet onredelijk of onevenredig voor en liggen daarom voor toewijzing gereed.'

kosten de kosten van FKP aanmerkelijk overtreffen.[309] In het arrest *Boston Scientific/OrbusNeich* oordeelde de Hoge Raad echter dat de omstandigheid dat de partij die zich verweert tegen de hoogte van de door de wederpartij gevorderde proceskosten aan eigen kosten een lager bedrag heeft opgevoerd, op zichzelf onvoldoende grond is om de gevorderde kosten als onredelijk of onevenredig aan te merken.[310] Hieruit kan worden afgeleid, dat de enkele omstandigheid dat de verwerende partij minder uren heeft besteed aan de zaak, of daar met minder advocaten aan heeft gewerkt, onvoldoende is om de hoger uitgevallen kosten van de wederpartij als 'niet redelijk en evenredig' aan te merken. In de praktijk komt het voor dat één der partijen hogere kosten heeft moeten maken omdat uitgebreid(er) onderzoek moest worden gedaan, verweer moest worden voorbereid tegen uitvoerige argumenten van de wederpartij, de cliënt in het buitenland is gevestigd, meerdere advocaten zijn betrokken, de cliënt veelvuldig contact heeft gezocht met zijn advocaat, extra kosten voor inschakeling van een deskundigen zijn gemaakt etc. Regelmatig is met succes betoogd dat het onder deze omstandigheden niet voor de hand ligt te oordelen dat deze kosten onredelijk en onevenredig zijn, omdat zij hoger uitvallen dan de kosten van de wederpartij.[311, 312]

---

309 Zie ook Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1558 (*Innoweb/Wegener*).

310 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733 *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

311 Vgl. F.W.E. Eijsvogels, annotatie bij HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733, *IER* 2014/11 (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

312 Zie bijv. Rb. Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14383 (*Samsung/Maxperian*), r.o. 4.99: 'Dat de octrooihouder wellicht aanvankelijk minder kosten hoeft te maken dan de gedaagde, neemt niet weg dat de octrooihouder zich zal moeten verdedigen tegen de nietigheidsargumenten. Indien die uitvoerig en groot in aantal zijn (zoals in het voorliggende geval), zal de octrooihouder navenant in de verdediging moeten investeren.'; Rb. Den Haag 18 september 2013, *BIE* 2014/28, p. 125 (*Fluoron/DORC*), r.o. 4.15: 'De enkele omstandigheid dat de door de wederpartij opgegeven proceskosten hoger zijn dan de eigen kosten betekent nog niet dat de kosten van de wederpartij niet redelijk of evenredig zouden zijn.' Zie ook Hof Den Bosch 29 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1057 (*Melano/Quiges*), r.o. 7.10.2: 'Zoals hiervoor reeds is overwogen betekent het feit dat de advocaat van de ene partij veel meer uren schrijft dan de advocaat van de andere partij op zichzelf genomen nog niet dat de kosten die door eerstgenoemde partij zijn gemaakt niet als redelijk en evenredig zijn aan te merken. Een oorzaak kan bijv. gelegen zijn in de noodzaak tot het doen van onderzoek en de omvang van dat onderzoek, dat voor beide partijen kan verschillen. Ook kan de ene partij veel vaker contact hebben/zoeken met zijn of haar advocaat dan de andere partij. Verder is de enkele hantering van een hoger uurtarief niet bij voorbaat als 'onredelijk of onevenredig' aan te merken. Dat uurtarief dient op zichzelf te worden beoordeeld.'; Hof Den Haag 26 november 2013, *BIE* 2014/15, p. 81 (*FX Prevent/Wagner*), r.o. 9: 'De enkele omstandigheid dat de door Wagner in hoger beroep gemaakte kosten lager zijn dan de door FX Prevent in hoger beroep gemaakte kosten is onvoldoende reden om de kosten niet redelijk en evenredig te achten. Overigens is het niet onbegrijpelijk dat de partij die de nietigheid inroept meer kosten maakt, omdat deze partij daartoe vaak meer (technisch) onderzoek moet verrichten dan de octrooihouder en bovendien heeft FX Prevent in eerste aanleg slechts relatief geringe kosten gemaakt, die aanzienlijk (ongeveer zes maal) minder bedroegen dan de kosten van Wagner in die instantie. Ook dit verweer faalt derhalve.'

Ad (iii) De beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid door de rechter
Indien de kosten zijn betwist, dan zal de rechter de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde kosten (moeten) beoordelen. De redelijkheid wordt bepaald door het aantal bestede uren en uurtarief. Daarbij kan de specialisatie van de advocaat een rol spelen. Daarnaast wordt de redelijkheid volgens de Indicatietarieven (versie 1 april 2017) bepaald door de omvang en complexiteit van het (feiten)onderzoek, de omvang van het verweer, het aantal proceshandelingen en producties, het aantal advocaten en indien kenbaar, het financiële belang van de zaak.[313]

Uit de rechtspraak van vóór 1 april 2017 kan worden afgeleid dat de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid in veel gevallen marginaal was. Volstaan werd met een enkele opmerking 'dat het verweer wordt verworpen omdat specificaties zijn overlegd en de vordering voldoende is onderbouwd'.[314] Ook werd de proceskostenbeslissing wel summierlijk gemotiveerd dat de voldoende gespecificeerde kosten gelet op de grootte en complexiteit niet onaannemelijk en onevenredig zijn (waarbij soms ook is aangetekend dat de kosten van de wederpartij de gevorderde kosten aanmerkelijk overtreffen).[315] Zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, hanteerde het Hof Den Haag voor de vaststelling van Indicatietarieven in hoger beroep nog wel eens 'algemene ervaringsregels' bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid, of werden de kosten *ex aequo et bono* bepaald.

Verschillende malen heeft de Hoge Raad zich aan een uitgebreide toets gewaagd. In *Realchemie/Bayer II*,[316] de procedure na verwijzing in de prejudiciële procedure over de verlening van een exequatur voor een Duitse uitspraak, heeft de Hoge Raad de betwisting door Realchemie van de gevorderde kosten verworpen onder verwijzing naar de internationale context, de duur en complexiteit van de zaak en de noodzaak om prejudiciële vragen te stellen. Daarbij heeft de Hoge Raad in aanmerking genomen dat Realchemie niet heeft aangevoerd dat de in rekening gebrachte uurtarieven en kosten niet redelijk of evenredig zouden zijn.[317] Ten tijde van het wijzen van het arrest golden nog geen Indicatietarieven in cassatie. Ook in *Leidseplein/Red Bull* kon nog geen aansluiting worden gezocht bij de Indicatietarieven. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat voor het Hof in Luxemburg het woord is gevoerd door slechts één van de twee daarheen gereisde advocaten, nog niet meebrengt dat de aanwezigheid van de andere advocaat bij de pleidooien overbodig was. In dat verband achtte de Hoge Raad ook diens reis- en

313 Zie Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2017), punt 8; Pinckaers 2011, p. 121; Wefers Bettink & Hoefnagels 2010, p. 336 e.v.

314 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2024 (*Mag/Edco*).

315 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:94 (*Spirits/FKP*). Zie ook HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:816 (*Medinol/Abbott*).

316 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7456 (*Realchemie/Bayer*).

317 Zie ook Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 11; Conclusie A-G Hammerstein (ECLI:NL:PHR:2014:1736) voor HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737, sub 2.38.

verblijfkosten toewijsbaar. Wel matigde de Hoge Raad vervolgens het totale, door zowel de gespecialiseerde cassatieadvocaten als de correspondenten opgevoerde, aantal uren van 340 tot 100 uren à € 240. Volgens de Hoge Raad kwam het opgevoerde aantal uren bovenmatig voor en wekte het de indruk dat daarin dubbel werk begrepen is, terwijl daarvoor geen verklaring is gegeven.[318]

De voorbeelden uit rechtspraak van de Hoge Raad tonen aan dat aspecten als uurtarieven en het aantal advocaten dat aan de zaak heeft gewerkt aan een kritische beoordeling kunnen worden onderworpen. Ook in de lagere rechtspraak zijn voorbeelden te vinden waarin de inzet van meerdere advocaten reden voor matiging was,[319] maar dat is niet altijd het geval.[320] Een enkele keer is nadere opheldering gevraagd van de precieze werkzaamheden indien meerdere gespecialiseerde advocaten hebben gewerkt aan een eenvoudige zaak.[321] Ook is de redelijkheid van de uurtarieven nog wel eens ter discussie gesteld. Uit hoge tarieven is in een enkel geval afgeleid dat de advocaat de nodige ervaring of specialistische kennis zal hebben, zodat een ruim aantal gewerkte uren eerder onredelijk wordt bevonden.[322] Over het algemeen waagt de rechter zich echter niet graag aan een beoordeling van de redelijkheid van de inzet van meerdere advocaten

---

318 HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*).

319 Hof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 17 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8702, r.o. 3.20: 'Aan [appellant] kan worden toegegeven dat de inzet van drie advocaten aan de zijde van [geintimeerde/bouwbedrijf] gelet op de omvang en complexiteit van de zaak, niet redelijk en evenredig is.' Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1807 (*Converse/Scapino*), r.o. 2.26: 'Het hof acht het ook niet redelijk dat naast de kosten van de behandelende advocaten van Converse c.s. (…) ook nog eens de kosten van (…) voor hun aanwezigheid bij de getuigenverhoren in rekening worden gebracht. Het gaat hier volgens Scapino om een bedrag van € 21.688,50,-.'

320 Rb. Den Haag (vzr.) 10 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15416 (*Shenzhen/Seatriever*), r.o. 4.24: 'Behandeling door twee advocaten van een procedure als deze is niet ongebruikelijk. Mogelijk worden daardoor kosten bespaard omdat minder veeleisende werkzaamheden kunnen worden verricht door advocaten met een lager uurtarief. De enkele constatering dat meer dan één advocaat is ingeschakeld rechtvaardigt daarom niet aan te nemen dat de gemaakte kosten niet redelijk zouden zijn.' Zie ook Rb. Den Haag 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10130 (*Fahrer/Trading*), r.o. 4.30: '[eiser] bestrijdt ook de hoogte van de gevorderde kosten. Volgens [eiser] is de zaak niet dermate diepgaand en complex dat deze de inzet van drie advocaten vergt, zoals Trading heeft gedaan, hoewel het ook geen 'eenvoudige' IE-zaak betreft in de zin van de Indicatietarieven. Trading stelt hier tegenover dat geen dubbel werk is verricht, en er een bewuste taakverdeling naar niveau (en tarief) heeft plaatsgevonden. Nu het gevorderde bedrag aan honorarium (€ 16.951,10) onder het maximum ligt van de Indicatietarieven voor een zaak zonder repliek/dupliek/pleidooi (€ 20.000,-), en de kosten de rechtbank overigens niet onredelijk voorkomen, zal het gevorderde bedrag als uitgangspunt worden genomen.'

321 Rb. Den Haag (vzr.) 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:12937 (*Mooreast/Vryhof*); Rb. Den Haag 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10157 (*GEU/Snappet*); Rb. Den Haag 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10130 (*Fahrer/Trading*).

322 Hof Den Haag 6 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:929 (*TSS/Recom*), r.o. 17: '(…) de aan de (de grieven bevattende) appeldagvaarding en daarmee samenhangende werkzaamheden in de periode van 22 tot en met 31 maart 2015 bestede tijd van ruim 50 uur [wordt], gelet op het voorgaande en de omstandigheid dat de advocaat van TSS c.s. ongeveer € 400,– per uur heeft gedeclareerd (zodat verwacht mag worden dat zij de nodige ervaring en/of specialistische kennis

en hun uurtarieven.[323] Deze keuzes worden dan ook geacht deel uit te maken van de vrijheid van handelen van procespartijen.[324] In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de vraag in hoeverre de rechter in dit verband een actievere opstelling mag (moet) aannemen ten aanzien van de kosten ex art. 1019h Rv.

Varia

In een zeldzaam geval is naar aanleiding van debat over de redelijkheid en evenredigheid een comparitie gelast om te onderzoeken of partijen hierover overeenstemming kunnen bereiken, althans om met partijen te overleggen op welke wijze kan worden vastgesteld of en in hoeverre het aantal bestede uren afwijkt van wat voor een procedure als de onderhavige als gebruikelijk moet worden aangemerkt.[325] Duidelijk is dat hierop niet mag worden gerekend, en de kostenopgave zoveel mogelijk conform de vereisten zal moeten worden opgesteld en ingediend.

De reële kosten worden wel eens afgewezen indien de in het gelijk gestelde partij niet heeft geprobeerd de zaak op te lossen.[326] De tijdige erkenning, het meewerken, het toegeven of het alsnog staken van de inbreuk wil andersom nog wel eens leiden tot aftrek van kosten op grond van de redelijkheid en evenredigheid.[327] Hetzelfde

---

bezit om de zaak in minder tijd te behandelen), door het hof extreem veel (…) gevonden.' Zie ook Hof Den Haag 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2442 (*Ascom/FMC*), r.o. 5.6: 'De stelling van Ascom dat de zaak in kort geding niet bijzonder omvangrijk en complex was, wordt onderschreven. Het hof stelt verder vast dat desondanks door FMC voor het kort geding maar liefst 285 advocaat-uren zijn opgevoerd, waarbij haar advocaat met het hoogste uurtarief (€ 690,-) meer dan 94 uren daarvan voor zijn rekening heeft genomen, en degene met het uurtarief van € 495 bijna 112 uren. In zijn algemeen mag ervan uitgegaan worden dat naarmate het uurtarief hoger is, de advocaat in kwestie minder uren nodig zal hebben. Hier is dit uitgangspunt kennelijk niet toepasselijk geacht, zonder nadere toelichting. Gelet op dit een en ander kan de begroting van FMC niet als redelijk en evenredig worden aangemerkt, ook niet wanneer daarbij wordt betrokken dat FMC bij de kwestie een groot belang heeft (…).'

323 Rb. Den Haag (vzr.) 21 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9894 (*Argus/Voxbone*), r.o. 4.19: 'De stelling van Argus ten slotte dat de door de advocaten van Voxbone gehanteerde uurtarieven buitensporig hoog zijn, treft ook geen doel. Die tarieven, gelegen tussen € 375,= en € 575,=, mogen hoger zijn dan de door de advocaten van Argus gehanteerde, maar Argus heeft niet aangetoond dat zij voor gespecialiseerde advocaten buitensporig hoog moeten worden geacht.' In Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3923 (*Rhodia/Jiaxing*) achtte het Hof het aantal bestede uren tegen het tarief van $ 680,- niet vallend binnen de grenzen van een redelijke en evenredige vergoeding.

324 Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2196) in zijn conclusie voor het arrest HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*).

325 Rb. Den Haag 31 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15960 (*Ablynx/Unilever*).

326 Rb. Noord Nederland-Sectie Kanton-locatie Alkmaar 25 oktober 2016 ECLI:NL:RBNHO:2016:9866 (*Bureau aan Zee*).

327 Rb. Overrijssel (vzr.) 31 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1589 (*Easy2*); Rb. Noord-Holland 10 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:13117 (*Bijenkorf/Meyer & Meyer*); Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2027 (*Tommy Hilfiger/gedaagden*); Rb. Overijssel 17 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:800 (*Siemens/Holimex*); Rb. Den Haag 21 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:575 (*City Box/Boxaround*).

geldt voor het in strijd met de instructies nemen van uitgebreide memories.[328] Nodeloze kosten zijn niet redelijk en dienen te worden afgewezen. Zie nader par. 5.5.

106 De billijkheidstoets

Op grond van de billijkheid kan een redelijke en evenredige proceskostenveroordeling in de zin van art. 1019h Rv buiten toepassing worden gelaten, zo volgt uit het arrest *United Video Properties/Telenet*. Volgens het HvJ EU heeft de billijkheid 'betrekking op nationale regels op grond waarvan de rechter in een bijzonder geval bij wijze van uitzondering de algemene regeling inzake proceskosten buiten toepassing mag laten als die zou leiden tot een resultaat dat onrechtvaardig wordt geacht'.[329] Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 1019h Rv volgt dat de omvang van de inbreuk en de toerekenbaarheid van de gedaagde redenen kunnen zijn om de vordering ex art. 1019h Rv op grond van billijkheid af te wijzen of te matigen.[330] Deze uitleg strookt met het (primaire) doel van de Handhavingsrichtlijn, namelijk namaak- en piraterijbestrijding. Aan deze gedachte ligt ten grondslag dat de schade in geval van namaak/piraterij aanzienlijker zal zijn dan bij een eenmalige inbreuk door een consument, en bovendien een volledige proceskostenveroordeling zal afschrikken.[331] In de praktijk blijken omstandigheden als de omvang van de inbreuk en de toerekenbaarheid echter zelden een rol te spelen bij de beoordeling van de proceskosten.[332]

Werking van de billijkheidscorrectie

De billijkheidscorrectie is als gezegd zelden toegepast. Dat komt in de eerste plaats door het feit dat in de Indicatietarieven versies 2008 en 2015 stond geschreven dat omstandigheden als de mate van verwijtbaarheid van de inbreuk en de kapitaalkracht van één der partijen als regel niet relevant zijn voor de toepassing van art. 1019h Rv.[333] In het licht van hetgeen in dit verband in de parlementaire geschiedenis is overwogen, is dit een opvallend uitgangspunt te noemen.[334] In de Indicatietarieven die sinds 1 april 2017 gelden is dit uitgangspunt niet terug te vinden. Ten tweede is goed voorstelbaar dat tijdens de procedure debat over de 'billijkheid' van de gevorderde proceskosten vrijwel altijd uitblijft, nu meestal beide

---

328 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1807 (*Converse/Scapino*).

329 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 31.

330 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT).

331 Van der Laan 2007, p. 358-368.

332 Zie ook Tjon Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 5; Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 1.

333 Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2014), punt 9: 'De mate van verwijtbaarheid van de inbreuk is als regel niet relevant voor de toepassing van artikel 1019h Rv. Op grond van de billijkheid bestaat ruimte voor een afwijkende proceskostenveroordeling, maar de billijkheid verzet zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling enkel en alleen omdat geen sprake is van bewuste inbreuk. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.'

334 Zie ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 1019, aant. 1.

partijen een vordering ex art. 1019h Rv instellen en er alles aan gelegen zijn de kosten op die grond vergoed te krijgen. Anders dan de matigingsgrond van de 'redelijkheid en evenredigheid' – waarover in het algemeen vaker wordt gedebatteerd – kan de billijkheid de regel van art. 1019h Rv immers buiten spel zetten. Ten derde zijn rechters lange tijd ervan uitgegaan dat ambtshalve beoordeling van de vordering in het licht van de open normen van art. 1019h Rv niet geoorloofd is. Of dat terecht is, is een vraag die in hoofdstuk 6 zal worden verkend.

Voorbeelden van toepassing van de billijkheidscorrectie uit de rechtspraak
Uit rechtspraak volgt dat nogal eens met een beroep op de goede trouw is getracht te ontkomen aan een 1019h-proceskostenveroordeling. Een dergelijk verweer wordt meestal echter gepasseerd.[335] De billijkheidscorrectie pleegt nog wel te worden toegepast indien de verliezende partij niet zelf (direct) inbreuk maakt op de betreffende IE-rechten, zoals providers of tussenpersonen.[336] In een zeldzaam geval is de billijkheidscorrectie toegepast in gevallen waarin de omvang of de impact van de inbreuk gering wordt geacht.[337]

In het algemeen is in de verschillende (processuele) positie van partijen (groot/klein, kapitaalkrachtig of niet, professioneel/particulier) meestal evenmin aanleiding gezien om de billijkheidscorrectie toe te passen. Een beroep op de mindere financiële

---

335 Rb. Oost-Nederland (vzr.) 22 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:3203 (*Eiser/Alexander Stichting*); Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *IEF* 11667 (*Cisco/Comtek*). Soms vormt het ontbreken van opzet wel een reden de kosten te matigen: Rb. Rotterdam 2013, *IEF* 13604 *(Van Loo/Fortuna)*; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1807 (*Converse/Scapino*).

336 Rb. Amsterdam (vzr.) 21 juni 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA7810 (*Stichting Brein/ Leaseweb*); Rb. Den Haag (vzr.) 10 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5387 (*Stichting Brein/KPN e.a.*); Rb. Den Haag 11 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV0549 (*Stichting BREIN/Ziggo&XS4ALL*), r.o. 4.63: 'Gelet op het feit dat Ziggo en XS4ALL geen verwijt treft van de inbreuk op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden en Ziggo en XS4ALL het recht hebben om verweer te voeren in deze procedure tegen de gevorderde bevelen waarmee zij zowel haar eigen belangen als de belangen van hun abonnees dienen, verzet de billijkheid zich ertegen dat Ziggo en XS4ALL de volledige proceskosten van Brein dienen te voldoen. In het incident en in de hoofdzaak matigt de rechtbank de proceskosten aan de zijde van Brein tot het liquidatietarief.'
Uit het hoger beroep in laatstgenoemde zaak blijkt dat de billijkheid niet de wederpartij kan baten; zie Hof Den Haag 18 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo & XS4ALL/Brein*).

337 Zie bijv. Hof Den Haag 19 mei 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BP8637 (*VDV/Geïntimeerde)*, r.o. 9: 'Voorts lijkt VDV te betogen dat in casu sprake is van een kleinschalige inbreuk en dat om die reden geen volledige proceskostenveroordeling dient te worden uitgesproken. Voor zover VDV bedoelt dat artikel 1019h Rv. algeheel toepassing mist indien sprake is van een inbreuk van geringe omvang, vindt dit betoog naar 's hofs voorlopig oordeel geen steun in die bepaling, noch in het bepaalde in artikel 1019 Rv. Wel kan de reikwijdte van het inbreukmakend handelen van invloed zijn op de vaststelling van hetgeen een redelijke en evenredige vergoeding kan worden geacht (vgl. de Memorie van Toelichting bij artikel 1019h Rv., TK 2005-2006, 30 392, nr. 3, blz. 26).' Zie ook Rb. Den Haag 12 juni 2013, *IEF* 12764 *(Julius Samann/Onestop*); Rb. Amsterdam 16 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV6471; Rb. Amsterdam (vzr.) 15 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY5183 (*Flos/Superstoel*); Rb. Utrecht 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BS1232 (*Cozzmoss/Alliance Express*); Rb. Breda 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5896 (*Cozzmoss/gedaagde*).

draagkracht is in de meeste gevallen gepasseerd.[338] Matiging op grond van de billijkheid heeft evenmin plaatsgevonden in een geschil waarin de gestelde precaire financiële positie als startende onderneming onvoldoende werd onderbouwd, terwijl geen rechtsbijstand is ingeroepen.[339] Matiging op grond van de billijkheid is verder niet geïndiceerd geacht naar aanleiding van de stelling dat daartoe aanleiding bestond aangezien een kleine partij had aangedurfd om tegen een machtig bedrijf een principiële vraag aan de rechtbank voor te leggen.[340] Het Hof Amsterdam heeft daarentegen in een geschil waarbij een professionele belangenorganisatie tegenover een thuiswonende student die zich als hobby met de ontwikkeling van de litigieuze site bezighield wel aanleiding gezien om op grond van de billijkheid af te wijken van art. 1019h Rv.[341] En in een door Victoria's Secret aangespannen procedure tegen een bijstandsmoeder die inbreukmakend ondergoed verkocht op Marktplaats heeft de rechtbank Den Haag ook aanleiding gezien om de volledige proceskostenvordering te matigen. Redengevend was ook dat gezien de financiële problemen executieproblemen zouden kunnen rijzen.[342]

Verder heeft de rechtbank Den Haag in de octrooizaak *Prodect/Smulders* gemeend de proceskosten op grond van de billijkheid te matigen, omdat volgens de rechtbank moet worden voorkomen 'dat het voor het midden- en kleinbedrijf vanwege kostenveroordelingen economisch onmogelijk wordt om te procederen tegen gevestigde en kapitaalkrachtiger segmenten uit het bedrijfsleven'.[343] Deze situatie dreigde i.c. volgens de rechtbank uitdrukkelijk, gelet op de positie van eiser als startende ondernemer tegenover gebundelde krachten van gevestigde namen (hetgeen ook niet werd betwist door laatstgenoemden), alsmede de onevenwichtigheid in de wederzijdse opgevoerde advocaat- en gemachtigdenkosten (met een verschil van factor 6,7). Een en ander kan niet de bedoeling zijn van het regime van de Handhavingsrichtlijn, aldus de rechtbank Den Haag. De rechtbank Den Bosch oordeelde in gelijke zin dat het op de markt brengen van een bewust afwijkend dessin niet door een onevenredig en onbillijk procesrisico mag worden belemmerd.[344]

Uit de hiervoor genoemde schaarse (doch niet uitputtende) voorbeelden uit de rechtspraak waarin de billijkheidscorrectie is toegepast laat zich afleiden dat

---

338 Zie bijv. Hof Den Haag 17 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11033 *(Novartis/Friederichs)*; Rb. Den Haag (vzr.) 27 april 2011, *IEF* 9589 (*Gaastra c.s./X*); Rb. Den Haag (vzr.) 19 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5461 (*Senz/Impliva*).

339 Rb. Den Haag (vzr.) 2 oktober 2007, *BIE* 2009, p. 140.

340 Rb. Den Haag 17 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:11033 (*Novartis/Friederichs*).

341 Hof Amsterdam 16 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL7920 (*X/Brein*).

342 Rb. Den Haag 29 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7056 (*Victoria's Secret*).

343 Rb. Den Haag (vzr.) 21 juni 2007, *IEPT* 20070621 (*Prodect/Smulders*), r.o. 4.29. De proceskosten ad 199k werden gematigd tot 62.000.

344 Rb. Den Bosch 5 september 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BF3693 (*Vossen/Lemetex*), waarin de volledige kostenveroordeling (art. 1019h Rv.) werd toegepast doch sterk gematigd op grond van de aard en de omvang van het geschil, de hoogte van mogelijke schade en het waarborgen van vrije toegang tot de rechter.

rechters terughoudend zijn met het afwijzen of matigen van de proceskosten op deze grondslag.

107 Deelconclusie

De veelheid aan rechtspraak over de toepassing van de beoordelingscriteria redelijk, evenredig en billijk toont aan dat de proceskostenbeslissing van art. 1019h Rv contextgebonden en tamelijk arbitrair is. Verschillende ontwikkelingen hebben bijgedragen aan een meer uniforme en voorspelbare toepassing van de criteria. Zo werden aan de Indicatietarieven versie 1 januari 2015 een belangrijke normerende functie toebedeeld, door aan afwijkingen daarvan zwaardere motiveringseisen te stellen. Sindsdien is de opgave van de wederpartij niet langer zonder meer richtinggevend. Uit de uiteenlopende voorbeelden waarin de rechter zich aan een 'echte' beoordeling moest wagen volgt hoezeer een steviger houvast bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de proceskosten van belang is. De per 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven, waarbij de tarieven als maximumtarieven zullen gaan gelden, zullen in belangrijke mate aan de behoefte voldoen. Evenwel zal nog moeten worden afgewacht in hoeverre deze daadwerkelijk als absolute maxima gaan gelden, en in hoeverre in octrooizaken zich vergelijkbare ontwikkelingen zullen voordoen.

Ten slotte volgt uit de rechtspraak dat de billijkheid slechts in uitzonderlijke gevallen grond voor afwijzing of matiging van de proceskosten vormt. De aard en toerekenbaarheid van de inbreuk zijn zelden van invloed op de proceskostenbeslissing, de kapitaalkracht van partijen is dat evenmin. De Indicatietarieven die per 1 april 2017 gelden in hoger beroep en cassatie sluiten niet langer (expliciet) uit dat dergelijke omstandigheden aanleiding kunnen zijn voor een gematigde proceskostenveroordeling. Ook hier geldt, dat nog zal moeten worden afgewacht welke gevolgen dit heeft voor de toepassing van de billijkheidscorrectie in de praktijk.

5.7 Verstek

108 Proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv in verstekzaken

In procedures waarin de gedaagde verstek laat gaan, kan ook een proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv worden uitgesproken. In dat verband geldt wel een aantal voorwaarden voor toewijzing. De kosten kunnen worden meebetekend, in welk geval geldt dat enkel die kosten kunnen worden toegewezen, zodat gedaagde niet voor (verdere) verrassingen komt te staan.[345] De opgave behoeft niet bij exploot aan een niet-verschenen gedaagde te worden uitgebracht, maar wel dient de eiser aan te tonen dat de opgave is verzonden naar een adres waarvan hij redelijkerwijs mocht aannemen dat de wederpartij aldaar door hem kon

345 Rb. Den Haag (vzr.) 4 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8039 (*Formula One/Goldzade*). Dat kan overigens ook door middel van een publicatie in de Staatscourant: Rb. Den Haag (vzr.) 19 september 2016, *IEPT* 20160919 (*Tommy Hilfiger/Soob Management*).

worden bereikt, en dat de opgave aldaar is aangekomen.[346] Het gaat er kortom om, dat de gedaagde kennis heeft kunnen nemen van de vordering. Indien daarvan sprake is, dan rest de marginale beoordeling door de rechter of de vorderingen hem onrechtmatig of ongegrond voorkomen. Is daarvan naar het oordeel van de rechter geen sprake, dan plegen de proceskosten (die niet zijn bestreden) volledig te worden toegewezen.[347] Op basis van de Indicatietarieven versie 1 april 2017 zal in verstekzaken in beginsel hooguit het toepasselijk maximumtarief worden toegepast. Zie nader nr. 128.

5.8 Proceskosten in appel

109 Toepasselijkheid

Voor de vraag of art. 1019h Rv in materiële, formele en temporele zin van toepassing is in hoger beroep gelden dezelfde criteria als voor de procedure in eerste aanleg. Hiervoor zij verwezen naar par. 5.3. De appelprocedure geldt als een nieuwe procedure, zodat de toepasselijkheid van de richtlijnbepaling(en) in hoger beroep opnieuw dient te worden beoordeeld (waaraan overigens voorbij lijkt te kunnen worden gegaan indien partijen een overeenkomst hebben gesloten over de te vergoeden proceskosten, zie par. 5.12).

110 Het desgevorderd-vereiste

In beginsel geldt dat de appelrechter, in geval van bekrachtiging van het eindvonnis in eerste aanleg, geen beslissing zal behoeven te geven over de proceskosten in eerste aanleg; dit is immers al in het eindvonnis in eerste aanleg gedaan. In geval van vernietiging van de bestreden uitspraak zal de appelrechter tevens moeten beslissen over de kosten van eerste aanleg. Indien de proceskostenveroordeling in eerste aanleg op de voet van art. 237 Rv is uitgesproken, zal de appelrechter ambtshalve over (moeten) gaan tot een beslissing over die kosten. Het is met andere woorden niet nodig een grief te richten tegen de veroordeling ex art. 237 Rv, al gebeurt dit vaak wel.[348] De in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij zal in de proceskosten van het hoger beroep worden veroordeeld. De kosten op grond van art. 237 Rv van het hoger beroep behoeven evenmin te worden gevorderd.[349] Er gelden enkele nuances en uitzonderingen op deze regels daar waar de bijzondere proceskostenregel van art. 1019h Rv in het spel is.

---

346 Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2027 (*Tommy Hilfiger/gedaagden*); HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104.

347 In Rb. Den Haag 4 februari 2014, *IEPT* 20140204 (*PJS/Energxchange*) werd zodoende een bedrag van ruim € 30.000 aan proceskosten bij verstek toegewezen.

348 Zie art. 353 jo. art. 237 Rv e.v.; vgl. o.a. Asser Procesrecht/Bakels Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/249; Snijders & Wendels 2009/269. Zie over 'het gelijk' hiervoor par. 5.4.

349 Asser Procesrecht/Bakels Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/249.

Anders dan bij toepassing van art. 237 e.v. Rv dienen de proceskosten van art. 1019h Rv *gevorderd* te worden (zie par. 5.4). De rechter kan niet ambtshalve een veroordeling op grond van art. 1019h Rv uitspreken. In hoger beroep is dit niet anders. Daarbij dient de appellerende partij die haar proceskosten uit de eerste aanleg op de voet van art. 1019h Rv vergoed wil zien, een grief te richten tegen de afwijzing daarvan.[350] De geïntimeerde zal incidenteel appel dienen in te stellen tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg. Ook hierin verschilt de regeling van art. 1019h Rv van art. 237 e.v. Rv, waarbij een grief c.q. incidenteel appel tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg niet nodig is, aangezien de appelrechter in dat geval ambtshalve zal moeten beslissen over de kosten van eerste aanleg. Het verschil laat zich verklaren door het feit dat voor de beslissing over de proceskosten van art. 237 Rv en het liquidatietarief geen partijdebat nodig is, anders dan de beslissing over de 1019h-proceskosten. De partij die wenst dat het partijdebat alsnog wordt gevoerd in appel maakt dat dus kenbaar door een grief c.q. incidenteel appel te richten tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg.[351]

De in hoger beroep in het gelijk gestelde partij zal, indien zij de proceskosten van eerste aanleg ter uitvoering van het vonnis reeds heeft voldaan aan de wederpartij, een vordering tot terugbetaling dienen in te stellen. De vordering (die in wezen strekt tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie) kan worden toegewezen op grond van art. 6:203 BW.[352]

In hoger beroep kan het verzuim in eerste aanleg de proceskosten ex art. 1019h Rv te vorderen worden 'gerepareerd' door middel van een eisvermeerdering.[353] Gelet op de strenge eisen die daaraan worden gesteld, wordt niet snel aangenomen dat in eerste aanleg afstand van recht op een proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv is gedaan.[354] Van belang is, dat zowel de grief tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg als de vermeerdering van eis (of verweer) onderworpen zijn aan de 'in beginsel strakke regel'.[355] Deze regel houdt in dat de rechter in beginsel niet let op

---

350 Hoewel soms uit een vordering tot veroordeling van de wederpartij in de kosten van beide instanties een voldoende kenbare grief wordt afgeleid tegen de proceskostenbeslissing in het vonnis in eerste aanleg, verdient het aanbeveling een afzonderlijke (incidentele) grief op te nemen tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg; zie bijv. Hof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8850 (*Montis/Het Anker*).

351 Vgl. A.M. Van Aerde, annotatie bij Hof Amsterdam 30 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL9730, *JBPR* 2010/60 (*Solvay/Novartis*).

352 Hof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2137 (*YourHosting/Bavaria*); Hof Den Haag (vzr.) 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2910 (*Moulinsart/Hergé*).

353 Zie bijv. Hof Den Haag 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1072 (*Hoogendonk/Dutch Spiral*), r.o. 16.

354 Zie bijv. Hof Den Haag 26 november 2013 *IEPT* 20131126 (*FX Prevent/Wagner*); Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1558 (*Innoweb/Wegener*).

355 Zie bijv. Heemskerk, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 130 Rv, aant. 12; Snijders & Wendels 2009, nr. 162; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent *4* 2012, hoofdstuk 6; Van der Wiel 2012, p. 71 e.v. Specifiek met betrekking tot art. 1019h Rv: A.M. Van Aerde, annotatie bij Hof Amsterdam 14 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL9730, *JBPR* 2010/60 (*Solvay/Novartis*).

grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven dan wel (in het geval van incidenteel appel) in de memorie van antwoord worden aangevoerd. De geïntimeerde mag er bij het inrichten van zijn verweer namelijk in beginsel van uitgaan dat de omvang van de rechtsstrijd in appel door de conclusie van eis is vastgelegd en behoeft er geen rekening mee te houden dat zijn verweer tot nieuwe grieven aanleiding kan geven.[356] In de arresten *Willemsen/NOM* en *Wertenbroek q.q./erven Van Vlerken* heeft de Hoge Raad een ruime uitleg van het begrip 'grief' aangenomen, zijnde 'alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak die te worden vernietigd'.[357] Verandering en vermeerdering van eis of verweer vallen hier dus ook onder.[358]

Op de 'in beginsel strakke regel' bestaat een aantal uitzonderingen. Een grief of een verandering/vermeerdering van eis in een later stadium dan in de eerste memorie kunnen nog worden aanvaard indien (i) de wederpartij daarmee ondubbelzinnig instemt; (ii) de aard van het geschil dat meebrengt (te denken valt aan alimentatiezaken) of (iii) daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na de memorie van grieven of antwoord voorgevallen of gebleken feiten of omstandigheden.[359] Daar een grief tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg of een eisvermeerdering met betrekking tot de proceskosten op een later moment dan bij eerste memorie vermoedelijk niet snel onder de uitzonderingen van (ii) en (iii) zullen vallen, zal een dergelijke tardief ingestelde grief of eisvermeerdering – behoudens ondubbelzinnige instemming van de wederpartij – al gauw stranden op de in beginsel strakke regel.[360] Overigens kan volgens het Hof Den Haag uit het niet-protesteren tegen een eerst bij pleidooi door middel van vermeerdering van eis gevorderde 1019h-proceskostenveroordeling niet zonder meer worden afgeleid dat ondubbelzinnig wordt toegestemd met deze eisvermeerdering.[361]

Ook de vordering tot veroordeling in de kosten van het hoger beroep op grond van art. 1019h Rv dient bij eerste memorie te worden ingesteld. Het op een later moment aanvullen van de vorderingen met een aanspraak op de 1019h-kosten dient te

---

356 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, *JBPR* 2008/3, m.nt. B.T.M. Van der Wiel (*Willemsen/NOM*), r.o. 4.2.1-4.2.4; HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2009/39, m.nt. B.T.M. Van der Wiel (*Wertenbroek q.q./erven Van Vlerken*), r.o. 2.4.1-2.4.5.

357 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, *JBPR* 2008/3, m.nt. B.T.M. Van der Wiel (Willemsen/NOM), r.o. 4.2.1; HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2009/39, m.nt. B.T.M. Van der Wiel (*Wertenbroek q.q./erven Van Vlerken*), r.o. 2.4.1.

358 Snijders & Wendels 2009/162.

359 HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2009/39, m.nt. B.T.M. Van der Wiel (*Wertenbroek q.q./erven Van Vlerken*), r.o. 2.4.3-2.4.4.; Snijders & Wendels 2009/162; Heemskerk, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 130 Rv, aant. 12.

360 Vgl. ook A.M. Van Aerde, annotatie bij Hof Amsterdam 14 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL9730, *JBPR* 2010/60 (*Solvay/Novartis*).

361 Waarbij het hof het van belang achtte dat de wederpartij onbetwist had verklaard (een deel van) de kostenspecificatie niet te hebben ontvangen; Hof Den Haag 26 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4466 (*H&M/G-Star*).

worden aangemerkt als een vermeerdering van eis in hoger beroep waarvoor de 'in beginsel strakke regel' evenzeer geldt.[362]

(Tijdig) specificeren
Het vereiste van (tijdige) specificatie (par. 5.4.) geldt onverminderd in hoger beroep. Met andere woorden, de partij die de proceskosten van hoger beroep ex art. 1019h Rv vergoed wenst te zien, dient deze zo tijdig (te vorderen en) te specificeren, dat de rechter in staat is de vordering te beoordelen en de wederpartij ruimte heeft voor een adequate reactie.[363] Tijdig specificeren in hoger beroep houdt in, dat de specificatie van de kosten twee weken voor de dag van de zitting ingediend moet worden. Hof Den Haag houdt partijen strikt aan deze termijn. Algemeen worden ná de termijn ingediende specificaties buiten beschouwing gelaten, indien de wederpartij tegen de late indiening bezwaar heeft gemaakt. Dat heeft als consequentie dat de gevorderde proceskosten wegens ontbreken van een specificatie dienen te worden afgewezen.[364] De bepaling geldt niet voor kosten in de twee weken voorafgaand aan de zitting gemaakt; de betreffende specificatie kan tot een dag voor de zitting worden ingediend.[365] Voor de aan de inhoud van de specificatie te stellen eisen zij verwezen naar par. 5.4.

111 De in het (on)gelijk gestelde partij

Voor de bepaling van 'het gelijk' in hoger beroep geldt dezelfde maatstaf als in eerste aanleg. Het gelijk dient in beginsel te worden vastgesteld aan de hand van een petitum/dictum-vergelijking (par. 5.5). Art. 353 lid 1 Rv verklaart art. 237 Rv van toepassing op de procedure in appel. Op grond daarvan dient ook in appel de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te worden veroordeeld. Bij gedeeltelijk (on)gelijk kunnen de kosten worden gecompenseerd. Deze regels gelden onverminderd bij toepassing van art. 1019h Rv.

Zoals in par. 5.5. aan de orde is gekomen, dient bij toepassing van art. 1019h Rv zoveel mogelijk aansluiting te worden gezocht bij art. 237 Rv. De gangbare uitleg van deze regel is dat het winnen van een procedure in hoger beroep meebrengt, dat de in appel verliezende partij in de kosten het hoger beroep en van de eerste instantie wordt veroordeeld. Dat geldt in beginsel ook indien het in appel aangenomen 'gelijk' berust

362 Hof Den Haag 27 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5134 (*1-800-Flowers.com/Zockoll*); Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1515 (*Spirits/FKP*); Hof Den Haag 19 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ3040 (*Rooijakkers/geïntimeerde*). Indien de grondslag voor een volledige proceskostenveroordeling tijdens pleidooi wordt gewijzigd is evenzeer sprake van een eisvermeerdering die kan stranden op de in beginsel strakke regel: Hof Den Haag 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8770 (*MBrands/Kubus*).

363 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*).

364 Zie bijv. Hof Den Haag 29 februari 2009, *IEPT* 20090224 (*Carmo/Reich*); Hof Den Haag 18 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo & XS4ALL/Brein*); Hof Den Haag 6 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:929 (*TSS/Recom*)

365 Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven (versie 2017), punt 6.

op andere gronden dan aangevoerd in eerste instantie.[366] Deze uitleg is gestoeld op het beginsel dat het appel mede mag dienen om de eigen tekortkomingen in de eerste instantie te herstellen.[367] Een en ander is met name van belang voor de hierna te bespreken meeromvattende geschillen.

Meeromvattende geschillen
De vernietiging van een vonnis in eerste aanleg brengt ook in een meeromvattende zaak mee dat opnieuw een beslissing dient te worden genomen over de proceskosten in eerste aanleg, althans – waar het proceskosten van art. 1019h Rv betreft – voor zover tegen de proceskostenbeslissing gegriefd is. Zijn in beide instanties de vorderingen gebaseerd op zowel IE-rechten als het gemene recht, dan volgt doorgaans voor beide instanties een proceskostenveroordeling met (evenredige) toepassing van art. 1019h Rv en art. 237 Rv. Is het hoger beroep uitsluitend gebaseerd op de OD-grondslag, terwijl in eerste aanleg is beslist op zowel de IE- als de OD-grondslag, dan zullen de proceskosten in eerste aanleg worden begroot en vastgesteld met (evenredige) toepassing van art. 1019h Rv en art. 237 Rv of worden gecompenseerd. Voor het hoger beroep zal evenwel uitsluitend een veroordeling in de geliquideerde kosten volgen. Wordt het vonnis in eerste aanleg bekrachtigd en staan in de appelprocedure enkel of ook niet-IE-rechtelijke of procesrechtelijke aspecten van het geschil ter discussie, dan ligt het evenzeer in de rede voor het hoger beroep een (evenredige) proceskostenveroordeling op basis van het liquidatietarief uit te spreken.[368] Indien in de appelprocedure door de devolutieve werking van het appel de IE-rechtelijke grondslag aan de orde komt, dan kunnen de betreffende kosten slechts dan met toepassing van art. 1019h Rv worden toegewezen indien daarvoor daadwerkelijk kosten zijn gemaakt in hoger beroep.[369] Hiervoor zij nader verwezen naar hoofdstuk 6, waarin (ook) de taakverdeling tussen rechter en partijen in hoger beroep nader aan de orde zal komen.

112 De toepassing van de matigingsgronden in hoger beroep

De appelrechter dient in beginsel de gevorderde kosten van hoger beroep te toetsen aan de matigingsgronden van art. 1019h Rv (tenzij partijen een bedrag zijn overeengekomen, par. 5.12). In geval van vernietiging van het vonnis in eerste aanleg dient de rechter in beginsel tevens de kosten van eerste aanleg aan de matigingsgronden te toetsen, althans voor zover daartegen is gegriefd. Zie voor de toepassing van de matigingsgronden par. 5.6.

---

366 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*). Indien een vordering in appel wordt afgewezen in verband met gewijzigde omstandigheden waardoor het belang aan de vordering is komen te ontvallen, moet de appelrechter met het oog op de kosten van de eerste aanleg beoordelen of de vordering naar de toenmalige stand van zaken terecht is toegewezen; Asser Procesrecht/Bakels Hammerstein & Wesseling-Van Gent *4* 2012/249.

367 Vgl. A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2013:BY8661) in zijn conclusie bij HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661 (*Broeren/Duijsens*), sub 3.39.

368 Zie bijv. Hof Den Bosch 25 januari 2011, *IEPT* 20110125 (*Zijlstra/Klotz*); Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *IEPT* 20131015 (*Loendersloot/Prins*).

369 Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1583 (*Prae/Artiestenverloning*).

113 Proceskosten en de appelgrens

In art. 332 lid 1 Rv is de appelgrens bepaald op € 1750,-. Indien de waarde van de vordering onder deze grens blijft, kan de appellerende partij niet worden ontvangen in haar beroep. Uitganspunt bij de bepaling van de appellabiliteit is dat de proceskosten ex art. 237 e.v. Rv buiten beschouwing worden gelaten. Anders dan art. 237 Rv omvat de proceskostenvergoeding ex art. 1019h Rv niet alleen de kosten ter instructie van de zaak en ter voorbereiding van de gedingstukken, maar ook de buitengerechtelijke kosten (die vóór de implementatie van de Handhavingsrichtlijn krachtens art. 6:96 BW voor vergoeding in aanmerking kwamen). Het is inmiddels vaste rechtspraak dat bij de bepaling van de appellabiliteit ook de 1019h-proceskosten, althans voor zover deze zien op werkzaamheden ter voorbereiding en instructie van de zaak, buiten beschouwing worden gelaten.[370] Aan de hand van de kostenspecificatie pleegt te worden vastgesteld welk bedrag aan kosten zien op werkzaamheden ter voorbereiding en instructie van de zaak. Die kosten worden (dus) buiten beschouwing gelaten bij de bepaling van de appellabiliteit.[371]

5.9 Proceskosten in cassatie

114 Toepasselijkheid

De vraag of art. 1019h Rv in het algemeen van toepassing is in cassatie, is door de Hoge Raad bevestigend beantwoord in het arrest inzake *Euro-Tyre/Eurotyre*.[372] De Hoge Raad is daarmee voorbijgegaan aan de suggestie van A-G Verkade een prejudiciële vraag te stellen aan het Europese Hof van Justitie over de (niet-) toepasselijkheid van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in cassatie (zie nr. 5.1. van zijn conclusie voor het arrest). Reeds in zijn conclusie inzake *Endstra/Nieuw Amsterdam*[373] heeft A-G Verkade ervoor gepleit hierover een vraag van uitleg te stellen (sub 7.1 e.v). Volgens Verkade is het maar de vraag of het bijdragen aan een voor de (communautaire) rechtsvorming en rechtseenheid nuttig debat, 'bestraft' zou moeten worden met een hoge proceskostenveroordeling (sub 7.5). De Hoge Raad kwam in *Endstra/Nieuw Amsterdam* echter niet toe aan beantwoording van de vraag van toepasselijkheid van art. 1019h Rv in cassatie omdat partijen overeenstemming hadden bereikt over de toe te schatten kosten. Ook in *Euro-Tyre/Eurotyre* hadden partijen overeenstemming bereikt over wat volgens hen een 'redelijke vergoeding' is in de zin van art. 1019h Rv, maar daar lieten partijen de vraag of voornoemd artikel van toepassing is in cassatie over aan het oordeel van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft daarop als volgt beslist:

---

370 Hof Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3979, *JBPR* 2009/33 (*Stichting Sociale Databank Nederland/X*); Hof Amsterdam 5 februari 2013, *IEF* 12337 (*eiser/Gillissen*); Hof Den Bosch 4 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2309 (*X/A&C Media*).

371 Zie ook J.L.R.A. Huydecoper, annotatie bij Hof Amsterdam 27 oktober 2009, *AMI* 2010/8 (*Masterfile*).

372 HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9431 (*Euro-Tyre/Eurotyre*) met conclusie A-G Verkade.

373 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*).

> *'Als de in cassatie in het ongelijk gestelde partij dient Eurotyre SA te worden verwezen in de proceskosten. Nu Euro-Tyre B.V. op de voet van art. 1019h Rv. vergoeding van de kosten in cassatie heeft gevorderd en partijen overeenstemming hebben bereikt over de terzake op de voet van deze - op de cassatieprocedure van toepassing te achten - bepaling toe te schatten kosten, zal dienovereenkomstig worden beslist.'* (onderstreping toegevoegd)

In vele, nadien gewezen arresten is een proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv uitgesproken. Voor de vraag of art. 1019h Rv in materiële, formele en temporele zin van toepassing is in cassatie gelden dezelfde criteria als voor de procedure in eerste aanleg. Hiervoor zij verwezen naar par. 5.3. De cassatieprocedure geldt als een nieuwe procedure, zodat de toepasselijkheid van de richtlijnbepaling (en) in cassatie opnieuw dient te worden beoordeeld (aan welke beoordeling overigens voorbij lijkt te kunnen worden gegaan indien partijen een overeenkomst hebben gesloten over de te vergoeden proceskosten; par. 5.12).

115 Het desgevorderd-vereiste en het vereiste van (tijdige) specificatie

Het desgevorderd-vereiste en het vereiste van de kostenspecificatie gelden in beginsel onverminderd in cassatie, zie par. 5.4. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten verduidelijkt wanneer nog sprake is van tijdige vordering c.q. specificatie in het geding in cassatie. Duidelijk is dat de Hoge Raad als criterium aanhoudt of de wederpartij nog in de gelegenheid is zich naar behoren te verweren.

Tijdig is de vordering ex art. 1019h Rv die eerst bij de schriftelijke toelichting in cassatie is ingesteld.[374] De mogelijkheid om bij schriftelijke repliek of dupliek te reageren op de schriftelijke toelichting biedt de wederpartij in beginsel nog een effectieve gelegenheid om verweer te voeren, aldus ook A-G Wissink in zijn conclusie inzake *Stichting Leenrecht/Vereniging van Openbare Bibliotheken*.[375] Uit het arrest *Stokke/Fikszo* kan worden opgemaakt dat indien partijen een overeenkomst hebben gesloten over de te vergoeden kosten, het moment waarop de vordering is ingesteld niet ter zake doet, althans voor zover in die overeenkomst geen eisen zijn gesteld aan het tijdig instellen van die vordering.[376] Opgave en specificatie voor het eerst bij brief naar aanleiding van de conclusie van de Advocaat-

---

374 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2057, *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Refresco/Red Bull*); HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484 (*Stichting Leenrecht/Vereniging van Openbare Bibliotheken*); HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1599 (*Gavita/Helle & ATS*) met conclusie A-G Verkade. Overigens is in deze zaak beslist overeenkomstig het verzoek van partijen toepassing te geven aan art. 1019h Rv en de (in re- en dupliek bevestigde) afspraken tussen partijen over de hoogte van de te vergoeden proceskosten.

375 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484 (*Stichting Leenrecht/Vereniging van Openbare Bibliotheken*).

376 Aldus oordeelde de Hoge Raad in HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*), r.o. 7. Fikszo had eerst bij dupliek in cassatie een vordering ex art. 1019h Rv ingesteld, nadat wederpartij Stokke zich er bij schriftelijke toelichting op had beroepen dat Fikszo c.s. geen proceskostenvergoeding op de voet van art. 1019h Rv hebben gevorderd. Omdat partijen een kostenvergoeding waren overeengekomen en geen eisen hadden gesteld aan het tijdig instellen van een daartoe strekkende vordering werd deze (tardieve) vordering van Fikszo toegewezen.

Generaal (de zogenaamde 'Borgersbrief') is te laat, aldus de Hoge Raad in het arrest inzake *Pharmachemie/Glaxo*,[377] r.o. 3.8. Dit leidde hier echter niet tot afwijzing van de gevorderde proceskostenveroordeling ex 1019h Rv, omdat de wederpartij had laten weten geen opmerkingen te hebben over het gespecificeerde bedrag.

In cassatie wordt regelmatig gebruikgemaakt van de mogelijkheid een overeenkomst te sluiten over de aan de in het gelijk te stellen partij te vergoeden kosten. Zie nader par. 5.12. Indien een dergelijke overeenkomst is gesloten, dan dient daarop wel in een zo vroeg mogelijk stadium aanspraak te worden gemaakt en het overeengekomen bedrag te worden opgegeven. Partijen kunnen er niet op rekenen dat zij daartoe later nog gelegenheid krijgen.[378]

116 De in het (on)gelijk gestelde partij

Art. 237 e.v. c.q. art. 1019h Rv zijn ingevolge art. 418a Rv van overeenkomstige toepassing in cassatie. Aldus dient ook in cassatie de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van het geding. Zie nader par. 5.5. Indien de bestreden uitspraak wordt vernietigd maar de verweerder die uitspraak niet heeft uitgelokt door zijn houding in feitelijke instanties en evenmin in cassatie heeft verdedigd (door verstek te laten gaan of door zich ten aanzien van het cassatiemiddel onvoorwaardelijk te refereren aan het oordeel van de Hoge Raad), dan reserveert de Hoge Raad de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak na verwijzing.[379] De partij die in het geding na verwijzing in het ongelijk zal worden gesteld, zal ook worden veroordeeld in de kosten van het cassatiegeding.

117 De toepassing van de matigingsgronden in cassatie

De Hoge Raad heeft zich meer dan eens gewaagd aan een – uitgebreide – redelijkheids- en evenredigheidstoets (althans met betrekking tot de in cassatie gevorderde proceskosten). In *Realchemie/Bayer II*, heeft de Hoge Raad de betwisting door Realchemie van de gevorderde kosten verworpen onder verwijzing naar de internationale context, de duur en complexiteit van de zaak en de noodzaak om prejudiciële vragen te stellen.[380] Daarbij heeft de Hoge Raad in aanmerking genomen dat Realchemie niet heeft aangevoerd dat de in rekening gebrachte uurtarieven en kosten niet redelijk of evenredig zouden zijn (r.o. 4).[381] In *Apple/Samsung* heeft de

377 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4006 (*Pharmachemie/Glaxo*), r.o. 3.8.

378 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:690 (*Global Biochem/Ajinomoto*) waarin de Hoge Raad de kosten op de voet van het liquidatietarief begrootte omdat het overeengekomen bedrag niet was opgegeven. Vgl. ook Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 1019h Rv, aant. 4.

379 Asser 2011 (Civiele cassatie), p. 121; Winters, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 419 lid 4, aant 9.

380 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7456 (*Realchemie/Bayer*).

381 Zie ook Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 11; Conclusie A-G Hammerstein (ECLI:NL:PHR:2014:1736) voor HR 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2737 *(Rubik/Beckx Trading)*, sub 2.38.

Hoge Raad de proceskosten gematigd op basis van een schatting van Apple met betrekking tot de verhouding van de kosten tussen het principale en incidentele beroep, nu Samsung zelf had nagelaten een dergelijk onderscheid te maken.[382] In een aantal gevallen heeft de Hoge Raad de door de wederpartij gevorderde kosten van belang geacht bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde kosten.[383] Wel is volgens de Hoge Raad de omstandigheid dat partij die zich verweert tegen de hoogte van de door de wederpartij gevorderde proceskosten aan eigen kosten een lager bedrag heeft opgevoerd, op zichzelf onvoldoende grond om de gevorderde kosten als onredelijk of onevenredig aan te merken.[384] Voorts kan worden verwezen naar de (motivering van de) proceskostenbeslissing in de zaak *Leidseplein/Red Bull* zoals besproken in par. 5.6.

118 De proceskostenbeslissing in feitelijke instanties

De proceskostenbeslissing met betrekking tot art. 1019h Rv kan worden aangemerkt als een juridisch-feitelijke beslissing.[385] Dat lijkt althans te volgen uit het arrest *Boston Scientific/OrbusNeich* waarin de Hoge Raad als onvoldoende betwisting heeft aangemerkt een betoog zonder nadere motivering dat het uurtarief en aantal uren te hoog waren, naast het loutere gegeven dat de eigen opgegeven kosten lager waren.[386]

5.10 De kosten van de prejudiciële procedure

119 De vergoeding van de kosten van de prejudiciële procedure ex art. 1019h Rv

De veelal geharmoniseerde IE-wetgeving brengt mee dat regelmatig vragen van uitleg (moeten) worden gesteld aan het HvJ EU. Daarmee zijn uiteraard kosten gemoeid. In *Refresco/Red Bull* oordeelde de Hoge Raad dat de partij die door de rechter in het gelijk wordt gesteld na beantwoording van de vragen door het HvJ EU op grond van art. 1019h Rv aanspraak kunnen maken op vergoeding van de kosten die verband houden met de prejudiciële procedure.[387] Volgens de Hoge Raad is er geen grond om aan te nemen dat de werking van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zich niet mede zou uitstrekken tot een prejudiciële procedure, gevoerd in het kader van een geding waarop het voorschrift van toepassing is (r.o. 2.4.3). Om dezelfde reden zullen ook de kosten van een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad uit hoofde van art. 1019h Rv vergoed kunnen worden. Tenzij de betreffende instantie de zaak zelf

382 HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1983, r.o. 4.13.

383 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3*); HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:94 (*Spirits/FKP*).

384 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733 (*Boston Scientific/OrbusNeich*); Vgl. Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 11.

385 Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering,* art. 1019h, aant. 5.

386 HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733 (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

387 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2057, *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Refresco/Red Bull*).

afdoet, dient de instantie waarnaar de zaak wordt terugverwezen te beslissen over de kosten van de prejudiciële procedure.

5.11 De procedure na verwijzing

120 De vergoeding van de kosten van procedure na verwijzing ex art. 1019h Rv

De procedure na verwijzing kan, in tegenstelling tot de in par. 5.8. en 5.9. besproken appelprocedure en procedure in cassatie, niet als een zelfstandige procedure worden aangemerkt. Op grond van art. 424 Rv dient de rechter, naar wie het geding is verwezen, de behandeling daarvan voort te zetten en te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad c.q. Hof van Justitie EU. Of de procedure onder het toepassingsbereik van art. 1019h Rv valt hangt dus af van de procedure voorafgaande aan de cassatieprocedure of prejudiciële procedure.

De vraag of de proceskosten van de procedure na verwijzing, waarin uitsluitend nog de nietigheid van een IE-recht aan de orde was omdat de inbreukvorderingen reeds waren ingetrokken, voor vergoeding ex art. 1019h Rv in aanmerking konden komen, kon het Hof Den Haag in de zaak *Boston Scientific & Medinol/OrbusNeich* in het midden laten omdat het artikel reeds op temporele gronden buiten toepassing werd geacht.[388] Indien de appelprocedure waarvan de procedure na verwijzing een voortzetting is buiten het temporeel toepassingsbereik van art. 1019h Rv valt, dan geldt dat namelijk zonder meer ook voor de procedure na verwijzing.[389] Zie ook par. 5.3. en de daar aangehaalde rechtspraak.

Na verwijzing kan de oorspronkelijk eiser zijn eis in beginsel niet veranderen of vermeerderen.[390] Het is dus niet mogelijk voor het eerst bij memorie na verwijzing de 1019h-proceskosten te vorderen (of te verzoeken de kosten van de 'eerste fase' te compenseren[391]).[392] Opvallend is dan ook de beslissing van de Hoge Raad in het arrest *Refresco/Red Bull*, dat in een cassatiegeding ook na een prejudiciële uitspraak van het HvJ EU nog een vordering tot vergoeding van volledige proceskosten ex

388 Hof Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5654 *(Boston Scientific & Medinol/Orbus Neich)*, r.o. 23.

389 Vgl. Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2013:BZ4098) inzake HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4098 (*G-Star/Benetton*), sub 3.8.6, voetnoten 14 en 15; Hof Den Haag 21 augustus 2012, *IEPT* 20120821 (*Primus/Roche*); Partijen die zich voegen in een zaak waarvan de appeldagvaarding is uitgebracht vóór 29 april 2006 kunnen evenmin aanspraak maken op vergoeding van de proceskosten uit hoofde van art. 1019h Rv; zie Hof Den Haag 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW0267 (*Orbus Neich/Boston Scientific & Medinol*).

390 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-Van Gent *4* 2012/260.

391 Hof Den Haag 2 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5654 (*Boston Scientific & Medinol/Orbus Neich*), r.o. 22.

392 Hof Den Haag 13 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BS8925 (*Benetton/G-Star*), r.o. 14.

art. 1019h Rv kan worden ingesteld, mits aan de vereisten daarvoor is voldaan.[393] Indien de gevorderde proceskosten in de appelprocedure zijn afgewezen omdat deze niet voldeden aan het vereiste van tijdige specificatie, dan staat dat niet in de weg aan toewijzing van de 1019h-proceskosten van de procedure na verwijzing (mits wel tijdig gespecificeerd).[394]

5.12 De overeengekomen proceskostenvergoeding

121 Overeengekomen 1019h-kosten worden toegewezen

Uit de arresten *Endstra/Nieuw Amsterdam*[395] en *Euro-Tyre*[396] volgt dat wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt over de (hoogte van de) kosten, dienovereenkomstig pleegt te worden beslist. De Hoge Raad heeft in verschillende arresten de overeengekomen kosten toegewezen aan de in het gelijk gestelde partij.[397] In geval van een overeenkomst is het niet nodig dat een specificatie van de kosten wordt verstrekt. Wel dient aanspraak te worden gemaakt op de overeengekomen kosten en dient het bedrag te worden opgegeven.[398] In de Indicatietarieven versie 1 april 2017 is deze jurisprudentielijn als volgt 'bevestigd':

> *'Aangenomen mag worden dat het door partijen overeengekomen bedrag kan worden aangemerkt als redelijk en evenredig als bedoeld in artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn, zodat dit bedrag dient te worden toegewezen. In uitzonderlijke gevallen kan de rechter evenwel ingrijpen en daartoe een specificatie opvragen. De rechter heeft immers de taak ambtshalve te beslissen over de toewijsbaarheid van de proceskosten en de hoogte daarvan (HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (LMR), r.o. 6.2.1.).'*

Indien partijen een afspraak hebben gemaakt over de (hoogte van de) proceskosten kan bovendien voorbij worden gegaan aan de vraag of art. 1019h Rv überhaupt van toepassing is op de betreffende procedure.[399] De overeengekomen proceskosten-

---

393 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2057, *IER* 2014/11, m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Refresco/Red Bull*); zie ook Numann & Schaafsma, *Kroniek*, *IER* 2014/15.

394 Hof Den Haag 16 juli 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:2477 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*).

395 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), met conclusie A-G Verkade.

396 HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9431 (*Euro-Tyre/Eurotyre*) met conclusie A-G Verkade.

397 HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1599 (*Gavita/Helle & ATS*); HR 31 mei 2013 ECLI:NL:HR:2013:CA1601 (*Hauck/Stokke*); HR 12 april 2013, ECLI:NL:PHR:2012:BY1532 (*Stokke/Fikszo*) en HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1733 (*Boston Scientific/OrbusNeich*).

398 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:690 (*Global Biochem/Ajinomoto*).

399 Dat volgt althans uit de conclusie van A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2009:BI6320) voor het arrest HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6320 *(Stichting De Thuiskopie/Opus Supplies c.s.)* waarin de A-G concludeert 'dat aan de door A-G Huydecoper (in zijn conclusie van 11 mei 2012, nr. 11/01131 alinea 122 e.v.) aan de orde gestelde vraag of art. 1019h Rv ook van toepassing is wanneer een organisatie zoals de Stichting De Thuiskopie als eisende partij optreedt, en aan de in verband daarmee rijzende vragen van uitleg van Richtlijn 2004/48/EG, voorbij kan worden gegaan, aangezien partijen overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van de kosten'; conclusie A-G Langemeijer van 8 juni 2012, zaaknr. 97/1325 (*Stichting De Thuiskopie/Opus Supplies c.s.*), sub 2.27.

vergoeding dient overigens te worden onderscheiden van de prijsafspraken die advocaten met hun cliënten plegen te maken. In geval van een dergelijke prijsafspraak zou onverminderd het vereiste van een inzichtelijke specificatie moeten gelden. Zie par. 5.4.

5.13 Conclusie

122 Voorlopige analyse van de implementatie, uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in het licht van EU-recht

In dit hoofdstuk is gebleken dat de rechtsontwikkeling op het gebied van proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv een grillig verloop kent. Tot zeker 1 april 2017 werden proceskosten regelmatig volledig toegewezen. Kwesties die onder het forfaitaire kostenstelsel niet van (groot) belang waren voor de proceskostenbeslissing, kunnen daarvoor onder het regime van art 1019h Rv bepalend zijn. De grondslag waarop de vordering wordt toegewezen, de grondslag waarop het 'gelijk' wordt vastgesteld, de complexiteit van de procedure, de deugdelijkheid van de (onderbouwing van de) vordering en het verweer van de wederpartij. Voorts zijn – anders dan voorheen – ook relevant de werkelijke kosten, gevormd door de aan de zaak besteedde uren, de uurtarieven, het aantal betrokken advocaten en eventuele prijsafspraken met de eigen advocaat. Vele factoren zijn kortom bepalend geworden voor de proceskostenbeslissing in IE-zaken, terwijl ten aanzien van elk van die factoren een veelheid aan rechtspraak bestaat.

Aan het begin van het hoofdstuk is gewezen op de in hoofdstuk 3 geïdentificeerde beginselen van legaliteit, evenredigheid, rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen waarmee de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in overeenstemming dient te zijn. Hoewel de proceskostenregel een wettelijke grondslag heeft, kan niet gezegd worden dat de uitwerking voldoet aan de kwaliteitsvereisten van duidelijkheid en voorspelbaarheid. Een belangrijke oorzaak is gelegen in het feit dat te weinig duidelijkheid bestaat over wat 'redelijk en evenredig' betekent. Het arrest *United Video Properties/Telenet* biedt aanknopingspunten, doch laat de invulling uiteindelijk over aan de nationale rechter. Teneinde een zekere mate van voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing te kunnen bieden zijn Indicatietarieven ontwikkeld, die dienen als handvat bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de kosten. In verband met de ruime en vaag geformuleerde afwijkingsmogelijkheden, de verschillende factoren aan de hand waarvan de rechter de complexiteit van de zaak kan bepalen en de onduidelijkheden rond de toepassing daarvan kan echter niet worden gesproken van een voldoende mate van voorzienbaarheid van de uitkomst van de proceskostenbeslissing van art. 1019h Rv. Of de Indicatietarieven van toepassing zijn en zo ja, welk tarief, kan niet redelijkerwijs worden voorspeld. Daar komt bij dat de verschillende sets Indicatietarieven die tot 1 april 2017 golden afwijkingen richting de *werkelijke* proceskosten mogelijk maakten. De werkelijke kosten van de wederpartij zijn echter per definitie niet te voorzien. De ruime afwijkingsmogelijkheden boden weer wel ruimte om rekening te houden met de specifieke kenmerken van het geval – de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk of

de eventuele processuele of financiële ongelijkheid – zoals het evenredigheidsbeginsel vereist. Gebleken is echter dat dergelijke omstandigheden slechts in een enkel zeldzaam geval zijn meegewogen bij de proceskostenbeslissing. De vraag, of het stelsel in overeenstemming is met de beginselen van evenredigheid en gelijkheid der procespartijen, kan daarmee evenmin bevestigend worden beantwoord.

In de afgelopen jaren zijn de Indicatietarieven steeds strikter gehanteerd, en worden zwaardere eisen gesteld aan de onderbouwing van de vordering. In het licht van de rechtszekerheid kan dit als een positieve ontwikkeling worden beschouwd. Sinds 1 april 2017 gelden de Indicatietarieven als maximumtarieven, en kunnen factoren als aard en toerekenbaarheid van de inbreuk en de kapitaalkracht van partijen weer wel worden meegewogen bij de proceskostenbeslissing. Het zal afhangen van de mate waarin (toch) afwijkingen worden toegestaan of deze wijzigingen daadwerkelijk zullen bijdragen aan een meer EU-conforme situatie. Ten slotte is van belang dat nog altijd geen (Indicatie)tarieven gelden in octrooizaken.

6. DE ROL VAN DE RECHTER BIJ DE UITLEG EN TOEPASSING VAN ART. 1019H RV

6.1 Inleiding

123 Algemeen

In de vorige hoofdstukken zijn de verschillen tussen de kostenregels van art. 237 e.v. Rv en art. 6:96 BW enerzijds en art. 1019h Rv anderzijds aan het licht gekomen. De (forfaitaire) vergoeding waarop de winnende partij aanspraak kan maken op grond van eerstgenoemde regels berust op de overtuiging, dat hoge kosten niet verenigbaar zijn met het recht op toegang tot de rechter. Komt het op de vergoeding van proceskosten en buitengerechtelijke kosten aan, dan moeten de partijautonomie en soms zelfs de contractsvrijheid wijken voor het publieke belang bij een betaalbare en toegankelijke rechtspleging.[1] Art. 1019h Rv daarentegen ziet op de vergoeding van zowel de proceskosten als de buitengerechtelijke kosten ('van kleur verschieten' is niet aan de orde), en is gebaseerd op een uitleg dat partijen in IE-zaken juist een substantiële proceskosten*vergoeding* in het vooruitzicht moet worden gesteld, omdat zij er anders van zouden worden weerhouden een gerechtelijke procedure in te stellen. Tevens zou van het risico op een substantiële proceskosten*veroordeling* een afschrikkend effect uit (moeten) gaan op potentiële inbreukmakers. Indien partijen een vergoeding zijn overeengekomen of de redelijkheid en evenredigheid van de over en weer gevorderde kosten niet betwisten, dan acht de rechter de ruimte om een lagere vergoeding toe te wijzen zeer beperkt. Is art. 1019h Rv van toepassing, dan is de rechter kortom lijdelijk en staan de partijautonomie en contractsvrijheid voorop. Partijen, en niet de rechter, bepalen in beginsel hoe hoog de proceskostenvergoeding ex art. 1019h Rv uitvalt.[2]

De vraag die in dit proefschrift centraal staat is, in hoeverre de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv verenigbaar zijn met het EU-recht. De kaders worden gevormd door art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, dat vereist dat ten minste *een significant en passend deel van de redelijke kosten* wordt vergoed aan de winnende partij, en door art. 3 IE-Handhavingsrichtlijn en art. 47 Handvest, waaruit volgt dat de kosten van

1 Zie hiervoor hoofdstuk 4.

2 Zie hiervoor hoofdstuk 2 en 5.

een procedure niet onnodig c.q. prohibitief hoog mogen uitvallen. Financiële drempels in de toegang tot de rechter dienen te voldoen aan het legaliteitsbeginsel, zij dienen de wezenlijke inhoud van het grondrecht te eerbiedigen en zij dienen evenredig te zijn aan het daarmee nagestreefde legitieme doel. Tevens dienen zij in overeenstemming te zijn met de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen.[3] Op de lidstaten rust een positieve verplichting om door wetgeving of andere maatregelen te garanderen dat het nationale recht binnen deze kaders wordt uitgelegd en toegepast.[4] In dit hoofdstuk wordt de vraag verkend, welke rol daarbij is weggelegd voor de rechter. In hoeverre is een actievere opstelling van de rechter ter zake van art. 1019h Rv vereist, geoorloofd en gewenst?

6.2 Art. 1019h Rv en de 'salto mortale' in de praktijk

124 Niet-betwisten = toewijzen, of ambtshalve matigen?

In het vorige hoofdstuk is aan de orde gekomen dat de vordering ex art. 1019h Rv die niet is betwist, in beginsel wordt toegewezen.[5] Daarvoor zijn verschillende redenen. In de eerste plaats heeft de Nederlandse wetgever de proceskostenbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn uitgelegd als een bepaling die verplicht tot een ruime (zo niet volledige) proceskostenveroordeling van de verliezende partij, zonder differentiatie naar aard en toerekenbaarheid van de inbreuk. Deze uitleg strookt met de oorspronkelijke doelstelling van de bepaling.[6] Nadien is de regeling evenwel afgezwakt door toevoeging van de normen 'redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten' en heeft het HvJ EU in het arrest *United Video Properties/Telenet* verduidelijkt dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn niet noopt tot een volledige vergoeding van de proceskosten.[7] Een volledige proceskostenvergoeding als regel strookt evenmin met de vereisten en beginselen van EU-recht, zoals aan de orde is gekomen in hoofdstuk 3 en nader zal worden geanalyseerd in hoofdstuk 9. Deson-

---

3 Zie hiervoor hoofdstuk 2 en 3.

4 Zie hiervoor hoofdstuk 3; art. 52 lid 5 Handvest; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19-20 en 200; Sieburgh 2015, p. 3-13; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 75.

5 Dit was althans de gangbare praktijk vóór de invoering van de per 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven.

6 Zie art. 18 van het richtlijnvoorstel COM(2003)46 final: *'Article 18 provides for the legal costs, lawyer's fees and any other expenses incurred by the successful party (for example, investigation costs, costs for expert opinions) to be borne in full by the other party, unless equity or the economic situation of the other party does not allow this. This possibility is partly provided for by Article 45(2) of the TRIPS Agreement'* (onderstreping toegevoegd). Zie ook ov. 16 van de considerans bij het richtlijnvoorstel COM(2003)46: 'De maatregelen en procedures tot handhaving van intellectueleeigendomsrechten moeten doeltreffend zijn en de rechthebbende ervan weer in de situatie brengen waarin hij zich zonder de desbetreffende inbreuk bevond' (onderstreping toegevoegd). Zie hiervoor par. 2.6.

7 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 29 *in fine:* 'Het evenredigheidsvereiste impliceert weliswaar niet dat de verliezende partij noodzakelijkerwijze alle kosten van de andere partij moet vergoeden, maar vergt wel dat de in het gelijk gestelde partij recht heeft op vergoeding van minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten die zij daadwerkelijk heeft gemaakt.'

danks waren volledige proceskostenveroordelingen jarenlang eerder regel dan uitzondering; de 'oude' Indicatietarieven stonden er uitdrukkelijk niet aan in de weg dat de werkelijke proceskosten werden toegewezen.[8]

Een andere oorzaak van de gangbare praktijk van volledige proceskostenvergoedingen moet worden gevonden in de regels over de taakverdeling tussen de rechter en partijen. Zoals hierna aan de orde zal komen, zijn het op grond van art. 23-25 Rv in beginsel partijen, en niet de rechter, die bepalen waar het geschil over gaat. De rechter is in beginsel gebonden aan de grenzen van het partijdebat en hij pleegt de partijautonomie – óók op het terrein van de proceskostenvergoeding van art. 1019h Rv – te respecteren. Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad in het arrest *Baas in Eigen Huis/Plazacasa* geoordeeld dat indien de gevorderde en gespecificeerde kosten van art. 1019h Rv-kosten niet zijn betwist, ook niet wat betreft de redelijkheid en evenredigheid, deze kosten niet door de rechter mogen worden afgewezen op de grond dat de specificatie niet voldoende inzichtelijk is.[9] A-G Huydecoper concludeerde reeds in deze zaak dat de beoordelingsvrijheid van de rechter ten aanzien van proceskosten niet zo ver gaat, dat ook niet weersproken vorderingen 'op de enkele grond van 'onvoldoende onderbouwd' zouden mogen worden afgewezen'.[10] De (minder genuanceerde) vaste regel in de rechtspraak was dat niet-betwiste kosten in beginsel volledig moesten worden toegewezen.[11] Nadien is de regel verfijnd door aan de toewijzing van de volledige proceskosten wel de eis te stellen van een deugdelijke onderbouwing van de redelijkheid en evenredigheid van het meerdere boven de Indicatietarieven.[12] Aan het vereiste van een deugdelijke specificatie diende te worden voldaan ongeacht een eventuele betwisting. Deze verzwaring van de stel- en motiveringsplicht nam echter niet weg, dat een volledige proceskostenvergoeding nog altijd een reële mogelijkheid was – en in octrooizaken nog altijd een reële mogelijkheid is. Ook onder het regime van de Indicatietarieven van 1 april 2017 is een proceskostenvergoeding in afwijking van het toepasselijk maximumtarief nog altijd niet geheel uitgesloten.[13]

Volledige proceskostenvergoeding als realistisch vooruitzicht heeft geleid tot een interessante dynamiek in de praktijk. Het blijkt uit te nodigen tot het opvoeren van

---

8 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken (versie 2014), punt 9: 'De indicatietarieven doen geen afbreuk aan de regel dat de werkelijk gemaakte proceskosten worden vergoed.'

9 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, *NJ* 2011/473, m.nt. H.J. Snijders *(Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa).*

10 Zie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2010:BK5756) in zijn conclusie inzake HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), sub 37.

11 Voorbeelden van de toepassing van deze regel zijn HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *NJ* 2012/397, *BIE* 2012/65, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Knooble/Staat*); HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7484, *NJ* 2013/381, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stichting Leenrecht/VOB*). Zie ook Vrendenbarg 2013, p. 160 e.v.; Olieslagers & Van Gompel 2014, p. 133 e.v.

12 Zie Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven en Hoge Raad (versie 2015), punt 8 jo. 6. Zie hiervoor ook par. 5.4. en 5.6.

13 Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2017), punt 7 sub b *in fine*: 'Hogere bedragen – dus boven het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie – worden alleen in bijzondere gevallen toegewezen op basis van de specifieke kenmerken van het geval.'

alle uitgaven aan de procedure als redelijke en evenredige kosten in de zin van art. 1019h Rv.[14] Advocaten zullen (moeten) betogen dat deze kosten redelijk en evenredig zijn in de zin van het artikel, ook om de hoogte van de declaraties richting de cliënt te kunnen verantwoorden. Indien de wederpartij vervolgens een even hoog bedrag aan kosten vordert, hetgeen vaak zou voorkomen, dan pleegt deze terughoudend te zijn met het betwisten van de redelijkheid en evenredigheid van die kosten. Het betwisten van de hoogte van de kosten van de wederpartij terwijl de eigen gespecificeerde kosten even hoog zijn, zou afbreuk doen aan de geloofwaardigheid.[15] Het risico van het betwisten is dat de redelijkheid en evenredigheid van de eigen kosten ter discussie komen te staan. Het gevolg is een systeem van hoge, in feite ongelimiteerde en daardoor onvoorspelbare proceskostenvergoedingen.[16] Hoewel dit onwenselijk wordt geacht, valt aan deze dynamiek moeilijk een halt toe te roepen. Visser heeft er in dit verband op gewezen dat van advocaten niet kan worden verwacht dat zij gaan 'betogen dat hun cliënt slechts recht heeft op een vaste proceskostenveroordeling die lager is dan de daadwerkelijk gemaakte kosten'.[17] Daarmee ligt de bal dus bij de rechterlijke macht, die de Indicatietarieven strikt zal moeten hanteren bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid van de kosten. Zolang dat niet gebeurt zullen advocaten in de door Visser genoemde 'dodelijke omhelzing' verwikkeld blijven.

A-G Van Peursem heeft in deze context al eens verduidelijkt dat partijen ten aanzien van de wijze van procederen worden geacht autonoom te zijn.[18] De keuze voor een bepaalde procedure (*ex parte*, kort geding of bodemprocedure) of rechter (kantonrechter of rechtbank), is tot zekere hoogte aan partijen. Zij bepalen in beginsel ook het aantal advocaten dat de zaak behandelt, de omvang van de processtukken, en de hoeveelheid tijd die wordt besteed aan een zaak. Volgens Van Peursem acht de rechter zich niet bevoegd procespartijen hierin te beperken.[19] Dat moge zo zijn; feit is dat art. 1019h Rv een redelijkheids- en evenredigheidstoets bevat. Deze toets impliceert dat de rechter zal (moeten) beoordelen of de vordering aan de criteria voldoet. Daarmee wordt niet getornd aan de vrijheid van handelen van procespartijen. Partijen blijven vrij ten aanzien van de procesvoering en bij de keuze voor een al dan niet dure advocaat. Het gaat erom dat de rechter moet beoordelen, welk deel van de gemaakte kosten *in redelijkheid* op het bord van de wederpartij moet komen.[20] Eenzelfde gedachte ligt overigens ten grondslag aan de redelijkheidstoets van art. 6:96 BW over de buitengerechtelijke kosten, terwijl de functie van die toets

14 Zie ook hoofdstuk 8.

15 Visser 2016; Truijens 2016, p. 307-311; Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 339.

16 Visser 2016; Truijens 2016, p. 307-311. Zie voor de onderbouwing hoofdstuk 8.

17 Visser 2016.

18 Conclusie A-G van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2196) voor het arrest HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*), sub 4.11. Van Peursem pleit tevens voor een fijnmaziger tariefstelsel dat zich laat vergelijken met het Duitse stelsel.

19 Conclusie A-G van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2196) voor het arrest HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*).

20 Zie ook Conclusie A-G Campos inzake HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611, *AMI* 2016/2, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*).

óók is de verliezende partij te beschermen tegen oplopende kosten waarop geen enkele invloed kan worden uitgeoefend.[21]

Maar daarmee is de vraag nog niet beantwoord, of de rechter de redelijkheids- en evenredigheidstoets van art. 1019h Rv *ambtshalve* zou moeten uitvoeren. In het arrest *LMR Advocaten* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter de taak heeft 'ambtshalve te beslissen over de toewijsbaarheid van de proceskosten en de hoogte daarvan'.[22] Het oordeel is niet nader toegelicht, zodat met name ook niet duidelijk is hoe zich dit verhoudt tot het oordeel in het arrest *Baas in Eigen Huis/Plazacasa*.[23] Per 1 april 2017 is een 'uitdrukkelijke overeenstemming' tussen partijen over de hoogte van de proceskostenvergoeding vereist voor een van de tarieven afwijkende proceskostenvergoeding. De afwezigheid van een betwisting is niet langer voldoende voor een afwijking, zo volgt uit de nieuwe Indicatietarieven.[24]

Beide vuistregels (niet betwisten = toewijzen *versus* de rechter beslist ambtshalve over de toewijsbaarheid en de hoogte van de proceskosten) worden afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad. Waarop de regels zijn gegrond, is vooralsnog niet duidelijk. In dit hoofdstuk wordt de vraag verkend, welke taken en bevoegdheden de rechter heeft ten aanzien van art. 1019h Rv volgens de regels van nationaal procesrecht. Meer in het bijzonder gaat het om de regels van art. 23-25 Rv, die de taakverdeling tussen de rechter en partijen beheersen (par. 6.3). Daarbij zal worden ingegaan op de vraag, in hoeverre het EU-recht invloed uitoefent op de taakverdeling (par. 6.4). In hoeverre verlangt het EU-recht dat de rechter de vordering zo nodig ambtshalve toetst aan de redelijkheid en evenredigheid van art. 1019h Rv? Tevens wordt ingegaan op de mogelijke rol van het Handvest. Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, volgt immers uit de rechtspraak van het HvJ EU dat de nationale rechter bij de uitleg en toepassing van de Handhavingsrichtlijn gebonden is aan de grondrechten en de beginselen van de EU. De vraag is, of hierin ook een taak voor de nationale rechter moet worden gelezen om het Handvest ambtshalve te betrekken in procedures waarin een proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv de inzet is. Met andere woorden: in hoeverre is de rechter ertoe gehouden nationaal recht ambtshalve 'Handvestconform' uit te leggen en (de toepassing daarvan) te toetsen aan het Handvest (par. 6.5)?

6.3 De taakverdeling tussen partijen en de rechter in het burgerlijk proces

125 Inleiding

In deze paragraaf wordt de taakverdeling tussen partijen en de rechter in het burgerlijk proces belicht. Omdat de proceskostenbeslissing hoofdzakelijk een beslissing van feitelijke aard is, worden in het navolgende de regels besproken die de

21 Zie hiervoor nr. 49 en par. 4.6.

22 HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*).

23 Zie ook Van Nispen, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1019h Rv, aant. 9.

24 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad (versie 2017), punt 4.

taakverdeling in de procedures in eerste aanleg, hoger beroep en verstekzaken beheersen.

126 Het civiele beslissingsmodel van art. 23-25 Rv

Het 'civiele beslissingsmodel' wordt gevormd door art. 23, 24, 25 (en 149 en 150) Rv. Volgens dit model dient de rechter – kort gezegd – te beoordelen of de toepassing van de rechtsregel op de feitelijke grondslag kan leiden tot het beoogde rechtsgevolg.[25] Het beoogde rechtsgevolg is de vordering (of het verzoek) van de eiser, maar kan ook een bevrijdend of zelfstandig verweer zijn van de wederpartij, zoals verjaring.[26] Het is aan de partij die een rechtsgevolg beoogt om de noodzakelijke feiten aan te voeren, zo volgt uit art. 24 Rv. Welke feiten de noodzakelijke zijn, volgt uit de toe te passen rechtsregel. In deze context wordt wel gesproken van rechtsfeiten: de feiten die beslissend zijn voor het vaststaan van het ingeroepen rechtsgevolg, of met andere woorden, de feiten die betrekking hebben op de feitelijke bestanddelen van de rechtsregel.[27] Hieruit volgt de *plicht* van partijen de feitelijke grondslag te stellen en deze te motiveren, ook wel de stel- en motiveringsplicht genoemd.[28] Indien de partij die een bepaald rechtsgevolg beoogt verzaakt om voor de toepassing van een rechtsgrond essentieel feit gemotiveerd te stellen, dan zal de rechter de vordering niet kunnen toewijzen (althans het verweer niet kunnen honoreren). Datzelfde heeft te gelden indien een essentieel feit wel wordt gesteld, maar voldoende wordt betwist door de wederpartij; in dat geval is het feit niet komen vast te staan (art. 149 Rv). De wederpartij heeft de vrijheid om de gestelde feiten wel of niet te betwisten en bepaalt dus mede, wat de geschilpunten zijn.[29] Het is voorts aan de rechter om te beoordelen of een feit al dan niet voldoende is betwist. Zijn de gestelde feiten voldoende gemotiveerd betwist, dan zal de partij die het rechtsgevolg beoogt bewijs moeten aandragen voor deze feiten. Art. 24 en art. 149 Rv vormen volgens Asser 'de processuele bepalingen waarin de stelplicht wortelt', in die zin dat zij de processuele verhouding tussen rechter en partijen regelen. De materieelrechtelijke basis voor de stelplicht wordt gevormd door art. 150 Rv, waarin is bepaald dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt. Deze bepaling verwijst aldus naar het materiële recht, dat bepaalt welke rechtsfeiten gesteld moeten worden voor het in rechte erkend krijgen van een ingeroepen rechtsgevolg.[30]

De rechter moet op grond van art. 23 Rv beslissen 'over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht'.[31] Daarbij is hij gebonden aan de door partijen aangevoerde

---

25 Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/31; Lock 2016, p. 112 e.v.; F.J.P. Lock, annotatie bij HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3422, *JBPR* 2016/8.

26 Zie bijv. Lock 2016, p. 114.

27 Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/32.

28 Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/288; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/95.

29 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/506.

30 Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/100.

31 Art. 23 Rv luidt: 'De rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht.'

feitelijke grondslag.[32] Dat betekent dat de rechter niet zelf op zoek mag gaan naar feiten, maar in beginsel slechts uit mag gaan van de feiten en rechten die in het geding zijn vast komen te staan.[33] Het zijn met andere woorden de partijen die de geschilpunten bepalen waarover de rechter moet beslissen. Zij zijn in het civiele proces autonoom: zij bepalen of er geprocedeerd wordt, waarover geprocedeerd wordt en of er doorgeprocedeerd wordt.[34] De rechter mag in beginsel niet buiten de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd treden. Aan deze regels liggen fundamentele beginselen ten grondslag zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het verdedigingsbeginsel, het beginsel van hoor en wederhoor en het beginsel van onpartijdigheid van de rechter.[35]

Binnen de grenzen van het partijdebat is het aan de rechter om te onderzoeken of de feiten, die in de procedure zijn aangevoerd en vast zijn komen te staan, de vordering of het verweer kunnen dragen.[36] Met andere woorden, de rechter dient te toetsen of deze feiten steun vinden in de toepasselijke rechtsgronden en tot toewijzing van de vordering kunnen leiden.[37] Deze taak dient de rechter ambtshalve uit te voeren, dus los van wat de wederpartij hiertegen inbrengt.[38] Om de toewijsbaarheid van de vordering te kunnen beoordelen, zullen de feitelijke gronden juridisch moeten worden gekwalificeerd. Het behoort ook tot het takenpakket van de rechter, na te gaan welke rechtsregel van toepassing is op de feitelijke gronden. Het vaststellen van de toepasselijke rechtsregel doet hij door uitleg te geven aan de door partijen aangevoerde feiten en betogen en door gebruik te maken van zijn rechtskennis.[39] Vaak zullen partijen zelf de toepasselijke rechtsregel(s) aanvoeren, maar dat ontslaat de rechter niet van zijn plicht te onderzoeken of de *juiste* grondslag is genoemd. Dat volgt uit art. 25 Rv,[40] waarin de verplichting voor de rechter is neergelegd de juridische grondslag van de vordering of het verweer zo nodig ambtshalve vast te stellen, dus ook wanneer partijen de toe te passen rechtsregels niet hebben genoemd of de verkeerde rechtsregels hebben genoemd.[41] De plicht ambtshalve rechtsgronden aan te vullen geldt ten aanzien van al het recht, dus ongeacht of het dwingend of regelend recht betreft.[42] Voor ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de rechter is evenwel vereist dat een partij zodanige feitelijke stellingen aan haar

32 Art. 24 Rv luidt: 'De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit.'

33 Art. 149 lid 1 Rv. Uitzonderingen zijn feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels (art. 149 lid 2 Rv); zie ook Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/96.

34 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/498; Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/31, 86, 91, 92 en 94; Snijders, Klaassen & Meijer 2017/42.

35 Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/91; Asser 2015, par. 1 en 3; Ancery 2012, p. 30 en 128.

36 Ook wel de positieve zijde van art. 24 Rv genoemd; zie Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/94.

37 Lewin 2011, p. 12-19.

38 Lewin 2011, p. 14.

39 Lewin 2011, p. 13.

40 Art. 25 Rv luidt: 'De rechter vult ambtshalve de rechtsgronden aan.'

41 Asser 2015, par. 3.4.1.; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/99; Van Mierlo, in*: T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25; HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998: ZC2655, *NJ* 1998/625 (*Van Rooij/Erven Van der Sluijs*).

42 Asser 2015, par. 3.4.1.; Lock 2016; Ancery 2012, p. 29.

vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd dat deze de toewijzing van de vordering (althans het honoreren van het verweer) kunnen rechtvaardigen, eventueel door die feitelijke stellingen in onderling verband en samenhang te bezien, mits voor zowel de rechter als de wederpartij duidelijk genoeg is dat de desbetreffende stellingen (mede) in die samenhang of dat verband aan de vordering of het verweer ten grondslag worden gelegd.[43] De rechter mag, eenvoudiger gesteld, partijen niet verrassen door zijn interpretatie van de rechtsstrijd.[44] Indien de rechter twijfelt of zijn interpretatie partijen zal 'verrassen', dan kan hij partijen op de hoogte brengen van zijn uitleg en gelegenheid bieden daarover een standpunt in te nemen.[45] Soms mag de rechter feitelijke gronden (en verweren) die niet zijn aangevoerd aan de orde stellen, en partijen in de gelegenheid stellen zich daarover uit te laten. Het moet dan gaan om gronden en weren die 'in het verlengde liggen van de reeds door partijen omlijnde rechtsstrijd'.[46] Indien partijen te kennen geven van deze gelegenheid geen gebruik te willen maken, dan zal de rechter het punt evenwel dienen te laten rusten.[47] Het zijn immers de partijen, en niet de rechter die bepalen waarover het debat wordt gevoerd.

Het ambtshalve *aanvullen* van rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen moet ten slotte worden onderscheiden van het ambtshalve *toepassen* van recht buiten de context van art. 23-25 Rv. Van ambtshalve toepassen van recht is sprake indien de rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd rechtsregels toepast en daaraan gevolgen verbindt.[48] Vooralsnog is naar Nederlands recht alleen plaats voor ambtshalve toepassing van rechtsregels buiten de grenzen van de rechtsstrijd in geval van recht van openbare orde.[49] Van recht van openbare orde is sprake indien het gaat om rechtsregels waarvan de rechtsgevolgen niet ter vrije beschikking staan van partijen.[50] Het gaat hierbij om 'superdwingende' regels die het algemeen belang raken en van fundamentele betekenis zijn voor de rechtsorde. Te denken valt aan regels die de rechten van kinderen beschermen, maar ook procesrechtelijke regels met betrekking tot de (on)mogelijkheid van het instellen van een rechtsmiddel en regels over beroepstermijnen.[51] Het zwaarwegend belang bij bescherming van deze rechten c.q. regels van openbare orde rechtvaardigt dat de rechter zich buiten de grenzen van die rechtsstrijd begeeft.

---

43 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/99 met verwijzing naar HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472, *NJ* 2012/143 (*Post/Kleijweg*); Van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25.

44 Asser 2015, par. 3.3.1.

45 Asser 2015, par. 3.3.1.

46 HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460 (*Regiopolitie/Hovax*); HR 14 maart 2008, *NJ* 2008/466, m.nt. H.J. Snijders (*X/Mr. Aerts q.q.*).

47 Ancery 2012, p. 23.

48 Lock 2016, p. 115.

49 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/47 (c); Asser 2015, p. 347-356; Lock 2016, p. 115; Ancery & Krans 2016, p. 825.

50 Van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25; Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/103; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/100.

51 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/100; Lewin 2011, p. 13.

127 De taakverdeling tussen partijen en de rechter in hoger beroep

De taakverdeling tussen de rechter en partijen wordt ook in hoger beroep beheerst door de hiervoor besproken art. 23-25 (en 149-150) Rv. Evenwel zullen de procedurele grenzen van de rechtsstrijd anders worden afgebakend dan in de procedure in eerste aanleg. De grenzen in appel worden bepaald door het grievenstelsel, de zogenaamde 'tweeconclusieregel' en de devolutieve werking van het hoger beroep.[52]

In hoger beroep zullen niet langer alle geschilpunten die partijen verdeeld houden aan de rechter worden voorgelegd, maar in beginsel enkel de onderdelen van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg waartegen wordt gegriefd.[53] Het begrip 'grief' moet daarbij ruim worden uitgelegd, als iedere grond die wordt aangevoerd voor vernietiging van de bestreden uitspraak.[54] Op grond van de tweeconclusieregel (gebaseerd op art. 347 lid 1 Rv) zal de appellant zijn bezwaren tegen en de (gedeeltelijke) vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg in de memorie van grieven aanvoeren, en zal de geïntimeerde deze grieven bestrijden in de memorie van antwoord. Het geheel aan grieven, verweren tegen de grieven en de vordering in appel vormt de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep.[55] De rechtsstrijd kan nog worden uitgebreid indien partijen gebruikmaken van hun bevoegdheid hun standpunten bij eerste gelegenheid aan te vullen of te wijzigen, of zo nodig nieuwe standpunten aan te voeren.[56] Na de schriftelijke ronde is in beginsel geen ruimte meer voor uitbreiding van de grenzen van de rechtsstrijd tenzij – kort gezegd – daarvoor goede redenen zijn.

De devolutieve werking van het appel geeft nader vorm aan de grenzen van de rechtsstrijd. De negatieve zijde van de devolutieve werking van het appel brengt mee dat de appelrechter niet mag oordelen over geschilpunten waarover de rechter in eerste aanleg heeft geoordeeld en waartegen geen grieven zijn gericht.[57] Ten aanzien van de geschilpunten die door middel van grieven opnieuw aan de orde worden gesteld in hoger beroep, geldt dat de appelrechter binnen de door de grieven getrokken grenzen in beginsel alle relevante stellingen en verweren van partijen zal moeten (her)overwegen.[58] Met andere woorden: indien de grief slaagt, dan zal de appelrechter alle stellingen en verweren moeten beoordelen waarop de grief

52 Asser 2015, par. 3.4.2.

53 Snijders & Wendels 2009, p. 160-161

54 HR 3 februari 2006, *NJ* 2006/120 (*Budé/Geju*), r.o. 4.3; HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (*Willemsen/NOM*), r.o. 4.2.1.

55 Asser 2015, par. 3.4.2.

56 Daarmee wordt invulling gegeven aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep; Snijders & Wendels 2009, p. 160-161; Ancery 2012, p. 31. Nieuwe of gewijzigde standpunten moeten bij eerste gelegenheid worden ingenomen zodat de wederpartij gelegenheid heeft daarop te reageren (de 'in beginsel strakke regel'). Zie voor nuanceringen HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2009/39, m.nt. B.T.M. Van der Wiel (*Wertenbroek q.q./Erven Van Vlerken*), r.o. 2.4.3-2.4.4; Snijders & Wendels 2009, nr. 162.

57 Lock 2014, p. 47.

58 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/257.

weliswaar niet is gericht, maar die door het slagen van de grief weer relevant worden.[59] Deze stellingen en verweren bepalen dus mede de grenzen van het door de grieven ontsloten gebied. Dit wordt de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel genoemd.

Ook in appel zal de rechter de rechtsgronden op grond van art. 25 Rv zo nodig ambtshalve moeten aanvullen, zoals in de vorige paragraaf toegelicht. Dat zal hij doen door de grondslagen, argumenten en stukken te interpreteren, waarbij hij rekening zal moeten houden met wat de wederpartij daarvan mag begrijpen en verwachten.[60] In de literatuur is betoogd dat de appelrechter meer ruimte heeft om sturend en corrigerend in het partijdebat op te treden dan de rechter in eerste aanleg, zij het dat ook de appelrechter gebonden is aan de grenzen van het hoger beroep en het beginsel van hoor en wederhoor.[61]

Voorts geldt ook in appel dat de rechter ambtshalve moet toetsen of regels van openbare orde zijn geschonden, dus ongeacht of partijen daarop een beroep doen.[62] In *Heesakkers/Voets* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de appelrechter recht van openbare orde ook dient toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, zij het dat hij daarbij de grenzen van de rechtsstrijd dient te respecteren. Volgens de Hoge Raad is de rechter dus niet tot dit onderzoek gehouden als tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering een beslissing te geven.[63] Naar aanleiding van de verwarring die is ontstaan over het onderscheid tussen de termen 'het door de grieven ontsloten gebied' en 'de grenzen van de rechtsstrijd van partijen' heeft de Hoge Raad in *E/Stichting Trudo* overwogen dat deze begrippen 'niet met elkaar [zijn] te vereenzelvigen. Het verschil tussen beide komt in een geval als het onderhavige naar voren wanneer de appellant vernietiging vordert van de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot toewijzing van de gevorderde boete, maar de daartoe door hem aangevoerde grieven niet ertoe strekken dat het beding ongeldig is. De als recht van openbare orde aan te merken regels van de Richtlijn vallen in dat geval buiten het door de grieven ontsloten gebied, maar binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen in appel'.[64]

128 Verstek

In zaken waarin tegen de gedaagde verstek wordt verleend, zal de rechter de vordering van eiser toewijzen, tenzij deze de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt.[65] Er vindt geen partijdebat plaats (de gedaagde is immers afwezig), dus

59 Lock 2014, p. 49.
60 Asser 2015, par. 3.4.2.; HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0472 (*Post/Kleijweg*).
61 Asser 2015, p. 340-345; Lock 2016, p. 71-86.
62 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/49 (e); Snijders & Wendels 2009/165; Lock 2014, p. 48.
63 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).
64 HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*E/Stichting Trudo*), r.o. 3.4.2.
65 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/47 (b); Van de Hel-Koedoot, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 139 Rv.

de rechter zal ambtshalve moeten beoordelen of het gevorderde niet in strijd komt met het objectieve recht. In deze context geldt dat recht van openbare orde en dwingend recht ambtshalve moeten worden toegepast. Art. 1019h Rv is echter van regelend recht, zodat partijen daarvan afwijkende afspraken mogen maken. In dat geval dient de rechter conform die afspraken te beslissen. Van een dergelijke overeenkomst zal echter niet snel sprake zijn in verstekzaken. Alsdan geldt dat de rechter op grond van art. 25 Rv zal moeten onderzoeken of de aangevoerde (feitelijke en juridische gronden) het gevorderde kunnen dragen.

129 Naar een actievere rechter?

Het stelsel van art. 23-25 Rv beheerst de taakverdeling tussen partijen en de rechter. Uitgangspunt is dat partijen ten aanzien van de buitengrenzen van het geschil autonoom zijn. Zij bepalen of er wordt geprocedeerd, waarover wordt geprocedeerd en of wordt doorgeprocedeerd. Van de rechter wordt in beginsel verwacht dat hij in het civiele proces een lijdelijke rol vervult en de partijautonomie respecteert. Deze vorm van partijautonomie vormt het procesrechtelijke spiegelbeeld van de autonomie van partijen in het materiële burgerlijke recht.[66] Evenwel hebben verschillende ontwikkelingen eraan bijgedragen dat de autonomie van partijen afneemt, en de zeggenschap van de rechter steeds verder toeneemt.[67] De gedachte dat een actieve rechter in belangrijke mate de doelmatigheid van de civiele procedure kan vergroten, heeft ook in Nederland post gevat.[68] Met de Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken van 2002 is beoogd een vlottere, efficiëntere en meer gedeformaliseerde civiele procedure te realiseren.[69] Daartoe heeft de rechter ruime bevoegdheden toegekend gekregen om de noodzakelijke informatie te vergaren, terwijl partijen meer (en eerder in de procedure) verplicht zijn feitelijke stellingen naar waarheid aan te voeren en deze te onderbouwen.[70] Deze stappen in de richting van een 'herverdeling van de macht' binnen het burgerlijk proces stroken met het standpunt van Asser, Groen en Vranken dat partijen en rechters een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen om een zowel in procedurele als materiële zin rechtvaardige uitkomst te benaderen.[71] Hieraan is nadien beoogd nader invulling gegeven met de wet 'Kwaliteit en Innovatie' (KEI) – zij het dat KEI de

66 Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/498; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/9; Asser 2015, par. 1.4; Ancery 2012, p. 38.

67 Snijders, Klaassen, Meijer 2017/42. Zie ook Asser 2015, par. 1.3.

68 Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/50; Ancery 2012, p. 24; Zie voor de ontwikkelingen in de ons land omringende rechtsstelsels hoofdstuk 7.

69 Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken van 6 december 2001, *Stb*. 580.

70 Zie de bevoegdheden van art. 20-22 Rv, die de rechter kan aanwenden om te waken tegen vertragingen c.q. de nodige informatie te vergaren. Daarnaast kan de rechter een comparitie na antwoord bevelen waarbij partijen om nadere informatie of verklaringen kunnen worden verzocht. De waarheids-, substantiërings- en bewijsaandraagplicht van art. 20-21 Rv, art. 85 lid 1 Rv, art. 111 lid 3 Rv (art. 30a lid 2 KeI-Rv) en art. 128 lid 5 Rv (art. 30*i* lid 6 KeI-Rv) zijn voorbeelden van beperkingen van de partijautonomie.

71 Zie Asser/Groen/Vranken 2003, met name p. 77 e.v.; Asser 2015, par. 1.3.; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/263; Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/509; Asser Procesrecht/Asser *3* 2013/9; Ancery 2012, p. 38.

rechter vooral meer regie geeft ten aanzien van de procedurele aspecten, en niet ten aanzien van de inhoud van het geschil.[72]

De tendens naar een actievere civiele rechter heeft geleid tot verdeeldheid in de juridische literatuur. Voorstanders pleiten ervoor de rechter nog meer bevoegdheden te verlenen. Vergaand 'ingrijpen' door de door partijen aangegeven grenzen ter discussie te stellen en hen zo nodig te bewegen tot het verleggen van die grenzen zou volgens hen moeten worden toegestaan als dat in het belang is van een goede geschilbeslechting.[73] De rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in het feit dat de civiele procedure gefinancierd wordt uit overheidsmiddelen en daarnaast in het publieke belang, dat wordt gediend met een toegankelijke en efficiënte civiele procedure waarin werkelijk 'recht' wordt gedaan.[74] De eigen verantwoordelijkheid van partijen moet in deze visie kortom plaatsmaken voor een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een efficiënte oplossing van het geschil, terwijl het individuele belang ondergeschikt moet worden gemaakt aan het publieke belang. Tegenstanders stellen juist de individuele verantwoordelijkheid van partijen voorop; zij zijn er zelf verantwoordelijk voor de eigen rechtspositie grondig te onderzoeken en de rechter te bewegen tot de beoogde uitkomst.[75] Volgens Van Schaick dient de rechter zich terughoudend op te stellen, omdat het in de eerste plaats partijen zijn die een geschil hebben en uit zijn op winst. Hij acht het niet reëel 'om van partijen te verlangen dat zij zich met hun wederpartij en de rechter, gezamenlijk, verantwoordelijk voelen voor de – vanuit objectief procesrechtelijk perspectief – best denkbare uitspraak in hun geschil'.[76] Elders wijst Van Schaick erop dat procederen ook een tactisch spel kan zijn, zodat de rechter zich ook om die reden niet moet mengen in de grondslagen en omvang van het geschil.[77] Tussen de twee 'kampen' in bevindt zich o.a. Snijders, die erop wijst dat rechters 'zich er toch steeds rekenschap van te geven dat zij wel de regie in belangrijke mate bepalen, maar niet het plot, wel de vorm maar niet de inhoud'.[78]

In de discussie over de verhouding tussen partijen en de rechter is ook aandacht voor de vraag naar de wenselijkheid van een actiever optreden door de rechter. Over het algemeen wordt het met het oog op efficiëntie en een op werkelijkheid gebaseerde uitkomst wenselijk geacht dat partijen verplicht worden in een zo vroeg mogelijk stadium de kaarten op tafel te leggen.[79] Een actievere rechter wordt ook wenselijk geacht omdat de uitkomst in dat geval meer kan worden toegespitst op de

72 Snijders, Klaassen en Meijer 2017/42. Zie hiervoor par. 4.2.

73 Asser/Groen/Vranken 2003, p. 79 en 82; De Bock 2011, p. 83-87, 338 en 339.

74 Asser/Groen/Vranken 2003, p. 45; De Groot, in *Handelingen NJV* 2012-I, p. 93-94. Zie ook Asser Procesrecht/Giesen *I* 2015/516; Ancery 2012, p. 39.

75 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/9; Lewin 2013, p. 7-8.

76 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/93.

77 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/9.

78 Snijders, Klaassen & Meijer 2017/42.

79 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/6; De Bock 2011, p. 83 e.v.; Snijders, Klaassen & Meijer 2017/42; Snijders 2003, p. 1700 e.v.

omstandigheden van het concrete geschil.[80] Giesen acht een rem op de lijdelijkheid een basisvoorwaarde voor het kunnen beschermen van (de rechtspositie van) de zwakkere partij in de procedure, zoals bovendien door art. 6 EVRM is vereist.[81] Een belangrijk nadeel van een actievere rechter die ruimte neemt voor maatwerk en het herstellen van eventuele ongelijkheid is de onvoorspelbaarheid van het verloop en de uitkomst van procedures.[82]

130 Deelconclusie

De taakverdeling tussen de rechter en partijen laat zich als volgt samenvatten. De buitengrenzen van de rechtsstrijd worden vooral bepaald door partijen, maar daarbinnen heeft de rechter (steeds meer) ruimte om een efficiënte, goede processgang te bewerkstelligen. Dat kan hij doen door gebruik te maken van zijn verruimde instructiebevoegdheden, en door ambtshalve kwesties op te werpen die niet aan de orde zijn gekomen (op voorwaarde dat deze in het verlengde van het partijdebat liggen). Een voordeel van een nog actievere rechter is dat hij de uitkomst meer kan toespitsen op de omstandigheden van het concrete geschil en de zwakkere partij in de procedure kan beschermen. Een nadeel is de onvoorspelbaarheid van het verloop en de uitkomst van de procedure. In hoeverre het EU-recht invloed uitoefent op deze taakverdeling is een vraag die in de navolgende paragraaf aan de orde zal komen.

6.4 De invloed van het EU-recht op het civiele beslissingskader van art. 23-25 Rv

131 Inleiding

Aan het begin van dit hoofdstuk is de vraag gesteld, in hoeverre de rechter ertoe gehouden is nationaal recht ambtshalve 'Handvestconform' uit te leggen en (de toepassing daarvan) te toetsen aan het Handvest. Dezelfde vragen zijn gesteld ten aanzien van de open normen van art. 1019h Rv, zijnde de redelijkheid, evenredigheid en billijkheid. Om deze vragen te kunnen beantwoorden, dient eerst de verhouding tussen (materieel) EU-recht en het hiervoor geschetste civiele beslissingsmodel te worden verkend.

132 Ambtshalve toepassing van EU-recht?

Reeds in hoofdstuk 3 is aan de orde gekomen dat EU-recht (waartoe het Handvest moet worden gerekend) voorrang heeft boven nationaal recht. Een taakverdeling tussen de rechter en partijen waarbij de partijautonomie vooropstaat, kan de doorwerking van

---

80 Asser/Groen/Vranken 2003, p. 70-80; Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/6.

81 Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/518-520. Zie ook Asser 2015, par. 3.4.8.1: **'**De partijen die per definitie in hun rechtsverhouding tot de wederpartij zwak staan, verdienen in bepaalde gevallen extra waarborgen in het proces om die bescherming die het recht hun belooft effectief te laten zijn.'

82 Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/6.

EU-recht in de nationale rechtsorde evenwel beperken.[83] De vraag in hoeverre een dergelijke beperking houdbaar is, is in verschillende arresten van het HvJ EU behandeld. Kern van deze jurisprudentie is dat het EU-recht de nationale rechter er niet toe verplicht ambtshalve een rechtsgrond ontleend aan EU-recht in het geding te brengen, indien hij daarvoor de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden.[84] Hiermee geeft het HvJ EU blijk van de eerbied voor nationale regels over de taakverdeling tussen rechter en partijen. Dat betekent dat geen uitzondering behoeft te worden gemaakt voor rechtsgronden van EU-recht; deze dienen net als rechtsgronden van nationaal recht in beginsel binnen de grenzen van de rechtsstrijd te worden aangevuld.[85]

Uit de Luxemburgse rechtspraak volgt evenwel dat de nationale rechter in uitzonderingsgevallen ertoe gehouden kan zijn het EU-recht ambtshalve toe te passen, zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Deze verplichting is nu weer verankerd in het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming,[86] en dan weer in het gelijkwaardigheidsbeginsel.[87] Het onderscheid zal hierna worden verduidelijkt.

133 Consumentenzaken (en mededingingszaken)

Het doeltreffendheids- en effectiviteitsbeginsel brengt mee dat regels van nationaal procesrecht die de uitoefening van EU-recht beperken moeten wijken, indien partijen door die beperkende regel geen daadwerkelijke mogelijkheid hebben gehad om het EU-recht aan te voeren. In dat geval ontbreekt namelijk een effectieve rechtsbescherming.[88] Indien partijen die mogelijkheid wel hebben gehad, maar daarvan geen gebruik hebben gemaakt, dan behoeft de beperkende regel niet te wijken.[89] Dit volgt uit het *Van der Weerd-arrest*, waarin het HvJ EU erop heeft gewezen dat dit uitgangspunt geldt ongeacht het belang van de EU-rechtelijke bepaling voor de communautaire rechtsorde.[90]

---

83 Er is in deze context sprake van een 'indirecte botsing' van EU-recht en nationaal recht; Ancery 2012, p. 198.

84 HvJ EU 14 december 1995, C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*), r.o. 22; HvJ EU 25 november 2008, C-455/06, ECLI:EU:C:2008:650 (*Heemskerk*), r.o. 46 e.v. Zie ook Krans 2010, p. 42.

85 Ancery 2012, p. 198.

86 Deze beginselen worden vaak door het HvJ EU op één hoop gegooid (Ancery spreekt van een 'samensmelting'; Ancery 2012, p. 108). In de literatuur wordt geregeld een oproep gedaan tot een verduidelijking van het onderscheid; zie Hartkamp 2015; Jans, Prechal & Widdershoven 2015.

87 Vgl. Asser Preadvies 2015, par. 3.4.8.3.; conclusie A-G Wissink voor HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340 (*E/Stichting Trudo*), sub 3.18-19.

88 Zie hiervoor hoofdstuk 3 en 4. Zie ook Krans 2010, p. 5 e.v.; Ancery 2012, p. 106 e.v.

89 HvJ EU 7 juni 2007, C-222-225/05, ECLI:EU:C:2007:318 (*Van der Weerd*); Ancery 2012, p. 145; Krans 2010, p. 29.

90 HvJ EU 7 juni 2007, C-222-225/05, ECLI:EU:C:2007:318 (*Van der Weerd*), r.o. 41.

Ten aanzien van consumentenzaken pleegt het HvJ EU evenwel een stap verder te gaan: in die zaken is het vertrekpunt dat de consument een voldoende effectieve rechtsbescherming ontbeert, indien de rechter niet kan 'ingrijpen'.[91] In consumentenzaken geldt daarom een verplichting voor de nationale rechter om (delen van het) consumentenrecht ambtshalve toe te passen. De ratio is dat de consument als zwakkere partij beschermd moet worden tegen bijvoorbeeld gebrekkige producten, oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden en misleiding. Die bescherming wordt weliswaar door het EU-recht geboden, doch wordt verondersteld illusoir te zijn als de bescherming afhankelijk is van een beroep daarop door de consument. Consumenten, zo is de gedachte, hebben onvoldoende mogelijkheden om bescherming op grond van het EU-recht in te roepen. Ofwel ze kunnen niet in rechte verschijnen, vanwege de kosten die daarmee zijn gemoeid, ofwel zij verschijnen maar doen geen beroep op de relevante bepalingen omdat zij daarvan niet op de hoogte zijn.[92] Onder deze omstandigheden wordt de consument de bescherming onthouden die het EU-recht hem biedt, zodat hem in feite een reële mogelijkheid worden ontnomen om dat recht te verwezenlijken.[93] Volgens de rechtspraak van het HvJ EU brengt het beginsel van effectieve rechtsbescherming daarom mee dat de rechter ambtshalve ingrijpt om te waarborgen dat de consument de EU-rechtelijke bescherming niet misloopt.[94]

In een aantal arresten heeft het HvJ EU ten aanzien van verschillende bepalingen van EU-consumentenrecht geoordeeld dat de daaraan ten grondslag liggende belangen zodanig gewichtig zijn, dat deze om die reden een ambtshalve toepassing buiten de grenzen van de rechtsstrijd rechtvaardigen. De verplichting tot ambtshalve toepassing van EU-recht vloeit volgens deze rechtspraak voort uit de 'openbare orde'.[95] Voorts heeft het HvJ EU in de context van arbitrale vonnissen geoordeeld dat de nationale rechter verplicht is tot ambtshalve toetsing daarvan aan de Richtlijn oneerlijke bedingen. Daarbij heeft het HvJ EU verwezen naar het openbaar belang waarop de door de Richtlijn oneerlijke bedingen aan de consument verzekerde bescherming berust.[96] In zelfde zin oordeelde het HvJ EU in de context van het mededingingsrecht dat de nationale rechter verplicht is tot ambtshalve toetsing van arbitrale vonnissen aan het kartelverbod van art. 101 VWEU.[97] In verschillende arresten overwoog het HvJ EU dat art. 101 VWEU een bepaling van openbare orde is,

---

91 Ancery 2012, p. 114, 124; Ancery & Pavillon 2015, p. 245-246.

92 Ancery 2012, p. 124; HvJ EU 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), r.o. 22-23.

93 Ancery & Pavillon 2015, p. 243-253.

94 HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *NJ* 2016/148 (*Faber/Hazet*); zie Ancery & Pavillon 2015, p. 245.

95 HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *NJ* 2016/148 (*Faber/Hazet*); HvJ EU 16 november 2010, C-76/10, ECLI:EU:C:2010:685 (*Pohotovost*).

96 Ancery 2012, p. 116 e.v. met verwijzing naar rechtspraak.

97 HvJ EU 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, *NJ* 1998/206, m.nt. H.J. Snijders (*Eco Swiss/Benetton*).

'die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast'.[98] De grondslag voor ambtshalve toepassing van EU-recht is in deze arresten dus niet zozeer gevonden in de effectieve rechtsbescherming, maar in het openbaar belang. Daarmee verduidelijkt het HvJ EU dat het doel van de genoemde bepalingen zo belangrijk is, dat deze gelijk moeten worden gesteld met nationale regels van openbare orde. Via de band van het gelijkwaardigheidsbeginsel ontstaat dus de verplichting voor de nationale rechter om de consumentenbeschermende richtlijnen en het kartelverbod gelijk te stellen met nationaal recht van openbare orde, dat zo nodig ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd moet worden toegepast.[99] In deze lijn heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bepalingen van de Richtlijn oneerlijke bedingen als recht van openbare orde zijn aan te merken, en ook dat de bepalingen van de Richtlijn consumentenkrediet ambtshalve moeten worden toegepast.[100]

In de praktijk brengt het voorgaande mee, dat de rechter ruimere instructiebevoegdheden wordt toegekend zodat hij – met inachtneming van hoor en wederhoor – de feiten kan vergaren die noodzakelijk zijn voor ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende regels.[101] De instructiebevoegdheid van de rechter reikt zelfs verder dan het dossier, indien het vermoeden bestaat dat de consument dreigt te worden gedupeerd als consumentenbeschermende bepalingen buiten toepassing blijven.[102] De actieve rol van de rechter bij de feitenvergaring in geschillen die (mogelijk) onder de reikwijdte van consumentenrecht vallen, wordt gerechtvaardigd door het belang van de consument als de doorgaans zwakkere partij bij de bescherming die het consumentenrecht biedt. In de literatuur is gewezen op richtlijnen buiten de sfeer van consumentenbescherming die evenzeer de positie van zwakkere partijen beogen te beschermen, zoals de Richtlijn handelsagenturen of richtlijnbepalingen ter bescherming van de werknemer ten opzichte van zijn werkgever. In deze context is opgemerkt dat niet ondenkbaar is dat de rechtspraak van het HvJ EU over de ambtshalve toepassingsplicht zich zal gaan uitstrekken tot deze en andere terreinen.[103]

---

98 HvJ EU 13 juli 2006, C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, *NJ* 2007/34, m.nt. M.R. Mok (*Manfredi*); HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, *NJ* 2009/432, m.nt. M.R. Mok (*T-Mobile*). Over de betekenis van deze uitspraken is debat gevoerd; H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herrijkt', *WPNR* 2008/6761, p. 541-552; A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden – Reactie op 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herrijkt' van prof. Mr. H.J. Snijders in WPNR 2008/6761', *WPNR* 2008/6779; Naschrift H.J. Snijders, *WPNR* 2008/6779, p. 981-982.

99 Asser 2015, p. 352; Krans 2010, p. 29; Ancery 2012, p. 182.

100 HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *RvdW* 2016/362 (*E/Stichting Trudo*); HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. Krans (*Heesakkers/Voets*); HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *AA* 2016, m.nt. W.H. van Boom (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.8.1.

101 HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*). Zie ook Ancery & Krans 2016, p. 829

102 Ancery & Krans 2016, p. 829 met verwijzing naar HR 13 september 2013 ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).

103 Krans 2010, p. 37; Ancery & Krans 2016, p. 827.

6.5 De mogelijke invloed van EU-recht op de taakverdeling ter zake van art. 1019h Rv

134 Handhavingsrichtlijn en Handvest: recht van openbare orde?

Aan de vraag naar de invloed van het EU-recht op de taakverdeling tussen de rechter en partijen ter zake van art. 1019h Rv, gaan twee vragen vooraf: in hoeverre verplicht het EU-recht tot ambtshalve toepassing van het Handvest c.q. toetsing aan het Handvest? En in hoeverre is de nationale rechter verplicht de vordering ambtshalve te toetsen aan de redelijkheid en evenredigheid van de Handhavingsrichtlijn?

Om met de Handhavingsrichtlijn te beginnen: uit de rechtspraak over art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn valt vooralsnog geen verplichting tot ambtshalve toetsing aan de redelijkheid en evenredigheid af te leiden. In de literatuur is erop gewezen dat de rechtspraak over ambtshalve toepassing van het EU-consumentenrecht zich op termijn zal gaan uitstrekken tot andere richtlijnen. Het is evenwel de vraag of een plicht tot ambtshalve toetsing aan (c.q. toepassen van) de Handhavingsrichtlijn zal worden aangenomen. Weliswaar is ook de Handhavingsrichtlijn een richtlijn die de positie van de ene partij ten opzichte van de ander beoogt te beschermen althans te versterken; namelijk die van de rechthebbende ten opzichte van de inbreukmakende wederpartij. Een belangrijk verschil met de hierboven besproken terreinen van EU-recht is echter dat de partij, wier positie de Handhavingsrichtlijn beoogt te beschermen, niet per definitie de partij is die in materiële zin heeft te gelden als de zwakkere partij, zoals doorgaans wel het geval zal zijn in *business-to-consumer* verhoudingen, handelsagenturen en in de relatie werkgever-werknemer.[104] De wederkerige aard van de bepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is voorts afwijkend ten opzichte van de bepalingen van de consumentenrichtlijnen. Beide partijen kunnen daarop een beroep doen – de bepaling maakt geen onderscheid naar eiser of gedaagde, rechthebbende of inbreukmaker –, en zodoende kunnen beide partijen worden veroordeeld in de kosten van de wederpartij. De bepaling lijkt om die reden ook niet geschikt om de positie van een specifieke partij te beschermen of te versterken.[105] Tot slot is van belang dat partijen een beroep moeten doen op de bepaling, wil deze van toepassing zijn (zo volgt uit het woord 'desgevorderd' in art. 1019h Rv) en geldt dat deze van regelend recht is; partijen mogen afwijkende afspraken maken. Op deze punten verschilt (art. 14 van) de Handhavingsrichtlijn dus van de dwingendrechtelijke bepalingen van de consumentenrichtlijnen. Vooralsnog lijkt evenmin sprake te zijn van een verplichting voor de nationale rechter om – zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd – ambtshalve het Handvest toe te passen of daaraan te toetsen.[106]

---

104 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

105 Zie hierna hoofdstuk 8 en 9.

106 Zie Barkhuysen, Bos & Ten Have, *NTBR* 2011/68, p. 489; Barkhuysen & Bos 2014, p. 10. Zie ook de conclusie van A-G Szpunar van 11 november 2015, C-49/14, ECLI:EU:C:2015:746 (*Finanmadrid*), sub 91: '(…) Voorts houdt het in dat artikel 47 neergelegde recht op een rechter als zodanig niet in dat de rechter moet overgaan tot een ambtshalve toetsing teneinde de rechten die de partijen ontlenen aan het Unierecht te beschermen.'

Het voorgaande wil niet zeggen dat het de rechter *zonder meer* niet is toegestaan ambtshalve te toetsen aan de Handhavingsrichtlijn c.q. het Handvest. Onder omstandigheden kan sprake zijn van een zwakkere partij die, gelijk een consument, extra rechtsbescherming behoeft. In een dergelijke context kan worden beargumenteerd dat de regelingen van EU-recht (met name het recht op toegang tot de rechter) zo fundamenteel van aard zijn dat daaraan eenzelfde status dient te worden toegekend als nationaal recht van openbare orde.[107] Het gelijkwaardigheidsbeginsel (maar ook het beginsel van effectieve rechtsbescherming) kan dan meebrengen dat de rechter zo nodig buiten de grenzen van de rechtsstrijd toetst aan art. 47 Handvest.

Ook op een andere manier kan het EU-recht invloed uitoefenen op de taakverdeling tussen partijen en de rechter in de context van art. 1019h Rv. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, dienen nationale regels van procesrecht die de inroepbaarheid van EU-recht kunnen beperken te voldoen aan het beginsel van een effectieve rechtsbescherming.[108] De nationale rechter dient op grond daarvan na te gaan in hoeverre een effectieve rechtsbescherming van de aan het EU-recht te ontlenen rechten met instandhouding van de beperkende nationale regel nog mogelijk is.[109] Aannemelijk is dat het voorgaande in de context van art. 1019h Rv meebrengt, dat de gebondenheid van de rechter aan de grenzen van de rechtsstrijd niet mag verhinderen dat partijen daadwerkelijk een beroep kunnen doen op de redelijkheid, evenredigheid en billijkheid van art. 1019h Rv en/of het recht op effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest. Of het stelsel van art. 23-25 Rv zal moeten wijken kan volgens Ancery aan de hand van de volgende vragen worden vastgesteld:

> *'Heeft het EU-recht ergens in de procedure, al dan niet naar aanleiding van een beroep van partijen, voor een overheidsrechter daadwerkelijk ter sprake kunnen komen? Als het antwoord hierop ontkennend is en die ontkenning in belangrijke mate voortkomt uit de beperkende regel van nationaal recht dient deze door de nationale rechter buiten toepassing te worden gelaten.'*[110]

---

107 Vanuit het perspectief van effectieve en uniforme doorwerking van EU-recht binnen de nationale rechtsorde wordt een verplichting tot ambtshalve toepassing van en toetsing aan het Handvest wenselijk geacht. Het lijkt daarom niet uitgesloten dat sommige bepalingen van het Handvest een openbare orde-karakter kunnen krijgen; Jans, Prechal & Widdershoven 2015, p. 414. Ook Barkhuysen verwacht een verschuiving in de richting van een ambtshalve toetsingsverplichting met betrekking tot de fundamentele grondrechten in het Handvest; Barkhuysen & Bos 2014, p. 111.

108 Asser 2015, par. 3.4.8.3. Volgens Ancery vermengen de Rewe-criteria zich bij het leerstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden met het beginsel van effectieve rechtsbescherming; Ancery 2012, p. 110.

109 Ancery 2012, p. 110 met verwijzing naar HvJ EU 7 juni 2007, C-222-225/05, ECLI:EU:C:2007:318 (*Van der Weerd*). Zie ook Asser 2015, par. 3.4.8.3: 'Het belang van dit arrest [het Van der Weerd-arrest, toevoeging ChV] is dat het Hof van Justitie voor het EU-recht in het algemeen de door het nationale procesrecht gestelde grenzen van de rechtsstrijd op gelijke voet met de nationale rechter blijft respecteren, tenzij het effectiviteitsbeginsel in verband met het fundamentele karakter van het EU-recht in kwestie anders meebrengt.'

110 Ancery 2012, p. 110.

In de navolgende paragraaf zal de mogelijke invloed van EU-recht op de taakverdeling tussen partijen en de rechter in de context van art. 1019h Rv nader worden geanalyseerd.

135 De speelruimte van de rechter bij de beslissing over de proceskosten van art. 1019h Rv

135a Inleiding

Als gezegd bestaat voor rechter vooralsnog geen verplichting om, indien het partijdebat zich daarop niet richt, de vordering ambtshalve te toetsen aan de open normen van art. 1019h Rv en de toepassing daarvan te toetsen aan de vereisten van art. 47 Handvest. De gebondenheid van de rechter aan de grenzen van de rechtsstrijd mag echter niet verhinderen dat rechtsgronden van EU-recht daadwerkelijk aan de orde komen. In deze paragraaf wordt bekeken welke speelruimte de rechter heeft bij de beslissing over de proceskosten van art. 1019h Rv, en in hoeverre hij van die ruimte gebruikmaakt.

135b Vordering c.q. verweer ambtshalve 'EU-conform' uitleggen?

Reeds in par. 6.3. kwam aan de orde dat de rechter de standpunten van partijen zal moeten interpreteren, wegen en beoordelen.[111] De 'uitlegplicht' volgt in de eerste plaats uit het verbod van art. 23 Rv *ultra* of *extra* petitum beslissen. Om binnen de kaders van de vordering te kunnen beslissen, moet de rechter weten wat precies wordt gevorderd.[112] De uitlegplicht volgt daarnaast uit art. 25 Rv, waarin is bepaald dat de rechter de rechtsgronden ambtshalve aanvult. Op basis van zijn interpretatie van de vordering en het verweer zal de rechter moeten vaststellen wat de geschilpunten zijn, die de grenzen van de rechtsstrijd vormen.[113] De rechter zal dat doen aan de hand van de door partijen aangevoerde feiten en argumenten en met gebruikmaking van zijn rechtskennis.[114] Daarbij heeft de rechter een zekere speelruimte. In deze context rijst de vraag, in hoeverre de Handhavingsrichtlijn en het Handvest een rol (moeten) spelen bij het uitleggen van de vordering. De rechter is op grond van het samenwerkingsbeginsel immers verplicht het nationale recht zoveel mogelijk EU-conform uit te leggen.[115]

Voor een EU-conforme uitleg van een vordering ex art. 1019h Rv is evenwel van belang dat duidelijkheid bestaat over wat 'redelijk en evenredig' in de zin van art. 1019h Rv betekent. Zoals reeds in vorige hoofdstukken aan de orde is gekomen, zijn deze normen niet gedefinieerd door de Europese wetgever. In het arrest *United Video Properties/Telenet* zijn enkele aanknopingspunten geformuleerd, maar de

111 Asser 2015, par. 3.1.
112 Ancery 2012, p. 13.
113 Ekelmans 2015, p. 47.
114 Lewin 2011, p. 13.
115 Zie hiervoor hoofdstuk 3.

invulling wordt uitdrukkelijk overgelaten aan de lidstaten.[116] Daarmee is de verantwoordelijkheid voor het concretiseren van de normen bij de lidstaten komen te liggen. Tot 1 april 2017 hebben de Nederlandse overheid en de rechterlijke macht hierin een zeer lijdelijke rol aangenomen.[117] Het hybride stelsel van Indicatietarieven (versies 2008 en 2015) liet veel ruimte aan partijen om te betogen dat van de tarieven afwijkende proceskosten redelijk en evenredig zijn. De partij die deze kosten vordert zal er doorgaans ook alles aan gelegen zijn de kosten volledig vergoed te krijgen. Zij zal zich op het standpunt stellen dat de vordering voldoet aan de criteria van art. 1019h Rv. De redelijkheid en evenredigheid van de kosten zal niet snel ter discussie worden gesteld vanwege de 'dodelijke omhelzing' waarin advocaten zich bevinden (par. 6.2). Onder die omstandigheden zal het de rechter veelal ontbreken aan de benodigde aanknopingspunten in het partijdebat voor een ambtshalve matiging van de kosten tot het toepasselijke indicatietarief. De rechter mag zijn beslissing immers niet baseren op een grond die geen voorwerp is geweest van het debat.[118]

Per 1 april 2017 hebben de Indicatietarieven te gelden als maximumtarieven. Met de aanpassingen van de regels en de hoogte van de tarieven is beoogd het stelsel in overeenstemming te brengen met de criteria van het arrest *United Video Properties/Telenet* (meer specifiek: het criterium van 'een significant en passend deel van de redelijke kosten').[119] De vraag in hoeverre gesproken kan worden van een EU-conform stelsel zal worden behandeld in hoofdstuk 9. In deze context is vooral van belang dat de rechter ten hoogste het toepasselijk maximumtarief kan toewijzen. De rechter is op grond van de Indicatietarieven de vordering zo nodig ambtshalve te matigen tot dit tarief. Dat volgt (ook) uit de regel dat van de maximumtarieven in beginsel slechts kan worden afgeweken in bijzondere gevallen en indien partijen uitdrukkelijk overeenstemming hebben bereikt over een afwijkende vergoeding. Daarbij is opgemerkt dat het niet betwisten van de hoogte niet voldoende is.[120] Het debat over de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde kosten zal daarmee in beginsel beperkt zijn tot de vragen, welk tarief van toepassing is en of de kosten tot het toepasselijke maximumtarief redelijk en evenredig zijn. Het is dus nog de vraag welke speelruimte de rechter heeft *binnen* de bepaalde bandbreedtes, indien sprake is van gebreken in (i) de betwisting; (ii) de vordering; en (iii) de stel- en specificatieplicht.

Gebreken in de betwisting

In hoofdstuk 5 is aan de orde gekomen dat niet-betwiste proceskosten plegen te worden toegewezen. Voor het achterwege blijven van een (gemotiveerde) betwisting kunnen verschillende redenen zijn. Zo kan een partij er bewust voor kiezen de vordering niet te betwisten, omdat zij zelf een even hoge of zelfs hogere proces-

116 Zie hiervoor par. 2.6 en 5.6.

117 Op 1 april 2017 zijn de Indicatietarieven in IE-zaken drastisch gewijzigd; zie bijv. par. 5.2.

118 Zie Asser 2015, par. 3.3.2.3.

119 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 29.

120 Zie bijv. Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad (versie 2017), punt 4.

kostenveroordeling vordert. Maar het kan ook zijn dat een partij (althans haar raadsman) te weinig gelegenheid heeft voor onderbouwing. Met name in kortgedingprocedures zou het soms schorten aan voldoende gelegenheid de vordering van de wederpartij te betwisten. Dat staat op gespannen voet met de tamelijk zware eisen die worden gesteld aan een deugdelijke betwisting.[121] In dergelijke gevallen kan het beginsel van hoor en wederhoor, meer concreet art. 19 Rv, de rechter verplichten alsnog gelegenheid te bieden de betwisting nader te onderbouwen.[122]

Ook in geval van signalen en argumenten die duiden op een eventuele schending van grondrechten geldt dat de rechter wellicht meer gebruik moet maken van zijn bevoegdheden dan hij nu doet.[123] Te denken valt aan betogen die duiden op een processuele of financiële ongelijkheid, of dreigend faillissement indien een volledige proceskostenveroordeling zou volgen. In deze context zou zelfs een verplichting kunnen worden aangenomen voor de rechter, dergelijke argumenten – met inachtneming van hoor en wederhoor – via art. 25 Rv te toetsen aan het Handvest.[124] Daarbij is van belang dat de Indicatietarieven versie 2017 de eventuele financiële ongelijkheid van partijen niet langer noemt als een omstandigheid die geen afwijkende (lagere) proceskostenveroordeling zou rechtvaardigen.[125] Tevens kan worden gewezen op Europese rechtspraak waaruit volgt dat gewaarborgd moet worden dat de eventuele processuele of financiële ongelijkheid tussen partijen geen afbreuk doet aan de effectieve rechtsbescherming van de minder draagkrachtige partij. In dit verband is reeds in par. 3.5. gewezen op de beschikking van het GEA in de zaak *Grazyte/Commissie*, waarin het GEA heeft geoordeeld dat het de verantwoordelijkheid is van de rechter om bij de proceskostenbeslissing rekening te houden met de financiële draagkracht van de verliezende partij:

---

121 Zie hiervoor par. 5.4.

122 Art. 19 Rv: 'De rechter stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, een en ander tenzij uit de wet anders voortvloeit. Bij zijn beslissing baseert de rechter zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.'

123 In de zaak *Sanoma/GS Media* bijv. werd het verweer van Geen Stijl dat 'chilling effect' van een proceskostenveroordeling op een persorgaan kan uitgaan en dat sprake is van 'inequality of arms' zonder nadere motivering afgewezen; Rb. Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043 (*Sanoma/GS Media*).

124 Vgl. Barkhuysen & Bos 2014, p. 110. Een toets aan het EVRM is overigens niet mogelijk omdat de bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking hebben; zie ook Asser/Hartkamp *3-I* 2015/202.

125 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken (versie 2014), punt 10: 'De mate van verwijtbaarheid van de inbreuk is als regel niet relevant voor de toepassing van artikel 1019h Rv. Op grond van de billijkheid bestaat ruimte voor een afwijkende proceskostenveroordeling, maar de billijkheid verzet zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling enkel en alleen omdat geen sprake is van bewuste inbreuk. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.'

> *'The right of access to a court would not be properly safeguarded if the prospect of a party having, or not having, to bear sizeable costs at the outcome of the proceedings were left solely to the discretion of his opponent. On the contrary, it is the court which must, where difficulties arise, be responsible for fixing the costs taking account of circumstances such as the party's solvency.'*[126]

De Hoge Raad stelt de toepassing van grondrechten(bescherming) vooralsnog afhankelijk van een uitdrukkelijk beroep daarop door partijen.[127]

Gebreken in de vordering

Geregeld komt het voor dat een partij art. 1019h Rv niet uitdrukkelijk noemt in het petitum, maar vermoedelijk wel een vordering ex art. 1019h Rv bedoeld zal hebben. Doorgaans pleegt de rechter de vordering af te wijzen op de grond dat art. 1019h Rv niet is gevorderd.[128] Voor een richtlijnconforme uitleg van de 'gebrekkige' vordering – in die zin, dat de vordering wordt begrepen als een vordering ex art. 1019h Rv – lijkt art. 25 Rv evenwel ruimte te bieden. De rechter zal deze ruimte terughoudend moeten benutten gelet op het verdedigingsbeginsel en hoor en wederhoor. Een uitleg van het petitum waardoor als het ware een geheel nieuwe vordering 'ontstaat' staat hiermee op gespannen voet. Indien evenwel duidelijk is, ook voor de wederpartij, dat de art. 1019h Rv-kosten wel degelijk zijn bedoeld, is er ruimte voor een ambtshalve richtlijnconforme uitleg van de gebrekkige vordering. Daarvan zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien vergoeding van de (volledige) proceskosten is gevorderd en voorzien van een specificatie.[129] De rechter kan de wederpartij de gelegenheid geven zich uit te laten over de voorgenomen aanvulling.

---

126 GEA 17 maart 2016, F-76/11 DEP, ECLI:EU:F:2016:67 (*Grazyte/Commissie*), r.o. 53: *'Au vu de tout ce qui précède, de la jurisprudence constante selon laquelle le juge de l'Union ne taxe pas les honoraires dus par les parties à leurs propres avocats, mais détermine le montant à concurrence duquel ceux-ci peuvent être récupérés auprès de la partie condamnée aux dépens, ainsi que de l'absence de dispositions de nature tarifaire dans le droit de l'Union (…), il y a lieu de considérer que, dans le cadre d'une procédure de taxation des dépens, le Tribunal est en droit de tenir compte de la solvabilité de la partie qui doit les supporter lorsqu'il est amené à déterminer le montant susmentionné.'*

127 Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*), r.o. 5.2.5; zie conclusie A-G Van Peursem 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:729 (*Brein/XS4ALL*), sub 2.2.6.

128 Zie hiervoor par. 5.4.

129 Een voorbeeld vormt Rb. Amsterdam 4 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5554 (*VEVAM v Ziggo/UPC & RODAP*), r.o. 4.9: 'De voorzieningenrechter is van oordeel – anders dan VEVAM heeft betoogd – dat RODAP op de juiste wijze aanspraak heeft gemaakt op een proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv. RODAP heeft in haar incidentele vordering tot voeging aan de zijde van gedaagden aanspraak gemaakt op een proceskostenveroordeling door middel van de woorden 'kosten rechtens'. Hiermee heeft RODAP op voorhand geen recht op een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv prijsgegeven. Nu niet in discussie is dat dit kort geding een IE-geschil betreft en VEVAM hier – blijkens haar eigen in het geding gebrachte kostenspecificatie – eveneens vanuit is gegaan, verstaat de voorzieningenrechter onder 'kosten rechtens' tevens een kostenveroordeling in de zin van artikel 1019h Rv. Dit blijkt voorts uit het kostenoverzicht dat RODAP op voorhand aan de voorzieningenrechter en de andere partijen in dit geding heeft doen toekomen.' Een ander voorbeeld is Rb. Den Haag (vzr.) 31 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9074 (*Playgro/Playgo*), r.o. 4.29: 'Playgo heeft ter zitting mondeling (buiten haar pleitnota om) aanspraak gemaakt op een proceskostenvergoeding en heeft – onweersproken – specificaties van haar volledige kosten overeenkomstig artikel 1019h Rv ten bedrage van in

Gebreken in de stel- en specificatieplicht

De eisen die worden gesteld aan de onderbouwing van de vordering ex art. 1019h Rv zijn als gezegd met de introductie van de Indicatietarieven in hoger beroep en cassatie van 1 januari 2015 verzwaard. De vordering dient te worden voorzien van een gedetailleerde specificatie, die voldoet aan de vereisten genoemd in de Indicatietarieven. Voldoet de specificatie niet aan de vereisten, dan wordt (het niet voldoende gespecificeerde deel van) de vordering afgewezen. Daarbij is in de Indicatietarieven Hoge Raad bepaald dat de partij die aanspraak maakt op een hoger bedrag dan het toepasselijke indicatietarief, tevens dient toe te lichten waarom zij het hogere bedrag redelijk en evenredig acht.[130] Indien een (deugdelijke) toelichting ontbreekt, dan zal het deel van de vordering waarvan de redelijkheid en evenredigheid niet is onderbouwd evenzeer worden afgewezen.[131] Per 1 april 2017 geldt dat indien de vordering niet is onderbouwd conform de daaraan gestelde eisen, ten hoogste het liquidatietarief zal worden toegewezen. Indien de gevorderde proceskosten wel zijn onderbouwd, dan zullen de redelijke en evenredige proceskosten worden toegewezen zijnde *ten hoogste* het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie.[132]

In feite is het voorgaande niet meer dan een concrete invulling van de plicht die reeds ingevolge art. 24 Rv op de rechter rust, om ambtshalve te onderzoeken of het gestelde de vordering kan dragen. De beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering is immers niet afhankelijk van een eventuele betwisting (met andere woorden, de rechter heeft deze taak ook ten aanzien van feiten en stellingen waartegen geen verweer is gevoerd). Uit de rechtspraak volgt evenwel dat de rechter terughoudend is met het ambtshalve afwijzen van (een deel van) de vordering indien het schort aan de onderbouwing van de redelijkheid en evenredigheid.[133] De rechter pleegt de partij de gelegenheid te bieden alsnog een deugdelijke specificatie te overleggen dan wel zich bij akte uit te laten over de proceskosten,[134] of gaat eerst over tot een afwijzing van de niet (deugdelijk) onderbouwde kosten indien deze kosten zijn betwist.[135] Daarbij speelt waarschijnlijk een rol, dat met name vóór de

---

totaal € 36.905,93 overgelegd. In reconventie heeft zij een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv gevorderd. Gelet op deze omstandigheden vat de voorzieningenrechter de in conventie gevorderde proceskostenveroordeling op als een vordering tot vergoeding van de volledige proceskosten.'

130 Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad (versie 2015), punt 6.

131 Verwacht wordt dat dit niet zal veranderen met de komst van de nieuwe Indicatietarieven in april 2017, zij het dat het debat over de (onderbouwing van de) redelijkheid en evenredigheid in de meeste gevallen beperkt zal zijn tot de kosten die onder de maximumtarieven blijven.

132 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad (versie 2017), punt 7.

133 Het gebeurde bijv. in Rb. Amsterdam 26 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8092 (*Getty Images/TROS*); Rb. Noord-Holland 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7002; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5859 (*Privider/Previder*).

134 Rb. Den Haag 31 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15960 (*Ablynx/Unilever*); Rb. Noord-Nederland 10 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6839; Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4377 (*Fikszo/Stokke*); Rb. Den Haag 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10157 (*GEU/Snappet*).

135 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, *AMI* 2015/6, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Stokke/Hauck*).

inwerkingtreding van de Indicatietarieven versie 2017 niet duidelijk was waaraan de vordering getoetst moest worden.

De helpende hand van de rechter
In de praktijk leeft de vraag, in hoeverre het is toegestaan voor de rechter om bijvoorbeeld de suggestie op te werpen dat art. 1019h Rv op het geschil van toepassing zou kunnen zijn, dat de vordering van de wederpartij aan de hoge kant is, door het verschil in hoogte tussen de beide vorderingen te benadrukken of door te vragen of de partijen nog zouden willen reageren op elkaars vorderingen. Kwesties die niet (expliciet) aan de orde zijn gesteld door partijen mogen niet zomaar door de rechter worden opgeworpen. De rechter mag immers niet mee-procederen, en bovendien zal hij de beginselen van de goede procesorde in acht moeten nemen. In deze context is met name van belang dat de wederpartij niet in haar verdediging mag worden geschaad.[136] Ook zal de rechter willen voorkomen dat de schijn van partijdigheid wordt gewekt.[137]

Onder omstandigheden kan een gematigd-actieve proceshouding van de rechter evenwel geoorloofd zijn.[138] Volgens rechtspraak van de Hoge Raad mag de rechter in beginsel ambtshalve kwesties opwerpen voor zover hij daartoe aanknopingspunten vindt in het partijdebat.[139] Daarmee is gegeven dat de ruimte om ambtshalve kwesties op te werpen beperkter is indien een stelling (vordering of verweer) geheel ontbreekt, dan indien sprake is van een gebrekkige vordering of verweer.[140] Indien in de gebrekkige stellingen van partijen argumenten kunnen worden gelezen die zich richten op een vordering ex art. 1019h Rv of juist tegen de door de wederpartij gevorderde proceskosten, dan zou de rechter de gelegenheid kunnen bieden de betreffende stellingen te verduidelijken of aan te vullen. Indien partijen vervolgens te kennen geven van deze gelegenheid geen gebruik te willen maken, dan zal de rechter het punt evenwel dienen te laten rusten.[141] Het zijn immers de partijen, en niet de rechter die bepalen waar het debat wordt gevoerd.

135c Minder toewijzen dan gevorderd?

Uit art. 23 Rv volgt dat partijen, en niet de rechter bepalen wat de inzet van de procedure is. De rechter mag op grond van dit artikel niet meer of anders toewijzen dan hetgeen gevorderd is.[142] De wederpartij moet immers weten waartegen zij zich

136 Ancery 2012, p. 23; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/263.
137 Asser 2015, par. 3.4.5.2.
138 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/263.
139 Deze bevoegdheid heeft de Hoge Raad aangenomen in de arresten HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, m.nt. J.B.M. Vranken bij *NJ* 2004/461 (*Regiopolitie/Hovax*) en HR 14 maart 2008, *NJ* 2008/466, m.nt. H.J. Snijders (*Lammers/Aerts q.q.*). Zie hierover Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/93; Ekelmans 2015, p. 59 e.v.; Ancery 2012, p. 19 e.v. Kwesties als mogelijke verjaring mogen echter nimmer ambtshalve aan de orde worden gesteld; Lock 2016, p. 114.
140 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/263.
141 Ancery 2012, p. 23.
142 Tenzij het rechten betreft waarover partijen niet de vrije beschikking hebben; zie ook Van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Rv.

dient te verweren. De in de context van art. 1019h Rv relevante vraag is, of de rechter wel ambtshalve *minder* mag toewijzen dan gevorderd. Indien de rechter zou menen dat een deel van de proceskosten niet voldoet aan de criteria, of niet gebleken is dat deze kosten werkelijk zijn gemaakt, kan hij dan oordelen dat slechts een gedeelte van de vordering voor toewijzing in aanmerking komt indien geen verweer is gevoerd tegen (dat deel van) de kosten? Naar huidig recht lijkt daarvoor slechts plaats te zijn indien uit het petitum volgt dat het mindere in het meerdere ligt besloten.[143] Hierbij valt te denken aan een toevoeging als 'of een in goede justitie vast te stellen bedrag'. In dat geval wordt het uitdrukkelijk aan de rechter overgelaten, een bedrag vast te stellen dat (wel) redelijk en evenredig is.[144] Toevoegingen als deze zijn zelden gezien in de rechtspraak over art. 1019h Rv; de partij die een vordering ex art. 1019h Rv instelt zal deze kosten immers ook daadwerkelijk volledig vergoed willen krijgen en juist zo min mogelijk ruimte willen laten voor matiging.[145]

Anderzijds geldt dat de vordering ex art. 1019h Rv moet worden aangemerkt als een geldvordering. Ten aanzien van dergelijke vorderingen laat zich uit de rechtspraak van de Hoge Raad afleiden dat de rechter, indien hij niet de gehele vordering toewijsbaar acht, mag veronderstellen dat de vorderende partij liever een deel van haar kosten vergoed krijgt dan niets.[146] Met andere woorden, de rechter mag ervan uitgaan dat het mindere in het meerdere besloten ligt, tenzij er aanwijzingen zijn waaruit het tegendeel blijkt.[147] In de context van art. 1019h Rv zal dit meebrengen dat de rechter die de vordering tot vergoeding van de volledige proceskosten niet voor toewijzing gereed acht, aansluiting zoekt bij de Indicatietarieven. In de praktijk (althans tot 1 april 2017) komt dit voor, zij het dat daaraan doorgaans een betwisting vooraf is gegaan.[148]

135d De speelruimte van de rechter in hoger beroep

Om de speelruimte van de rechter in de context van de proceskosten van art. 1019h Rv in hoger beroep te kunnen vaststellen, moet onderscheid worden gemaakt tussen (i) de vordering tot vergoeding van de proceskosten van het hoger beroep en (ii) een eventuele grief of incidenteel appel gericht tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg.

Ten aanzien van de beslissing over de proceskosten in het hoger beroep geldt dat de appelrechter, net als de rechter in eerste aanleg, dient te beslissen wie in het ongelijk is gesteld en derhalve de proceskosten van het hoger beroep van de wederpartij moet vergoeden. Bij deels (on)gelijk kan de appelrechter de kosten tussen partijen

143 Van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Rv; Ancery 2012, p. 15.
144 Van Mierlo, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23 Rv.
145 Zie ook Visser 2016.
146 HR 5 januari 1996, *NJ* 1996/449, m.nt. H.E. Ras; HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3000.
147 Ekelmans 2015, p. 4-5; Asser 2015, par. 3.2.; Ancery 2012, p. 15.
148 Zie bijv. HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, *AMI* 2015/6, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*Stokke/Hauck*).

compenseren.[149] De Indicatietarieven die gelden in hoger beroep bieden ruimte voor een ambtshalve matiging van de proceskosten tot het toepasselijke indicatietarief indien de specificatie niet voldoet aan de vereisten.[150] Voor het overige geldt ten aanzien van de speelruimte van de rechter bij de proceskostenbeslissing hetgeen hiervoor in de context van proceskosten in eerste aanleg is besproken.

De ruimte van de appelrechter om te tornen aan de proceskostenbeslissing in eerste aanleg is beperkt. Deze kosten kan hij niet zomaar (alsnog) compenseren of matigen. In geval van bekrachtiging zal de appelrechter in beginsel niet beslissen over de kosten in eerste aanleg, omdat dit al in de bekrachtigde uitspraak is gedaan.[151] Anders is het indien de geïntimeerde partij incidenteel appel heeft ingesteld tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg, bijvoorbeeld gericht tegen de beslissing van de rechter in eerste aanleg om deze kosten te matigen.[152] In dat geval zal de appelrechter wel moeten beslissen over de juistheid van deze beslissing. In geval van (gedeeltelijke) vernietiging van het vonnis in eerste aanleg zal de appelrechter evenzeer over de proceskosten in eerste aanleg moeten beslissen, althans voor zover appellant een grief heeft gericht tegen de afwijzing van zijn proceskosten.[153]

Indien de appelrechter dient te beslissen over de proceskosten in eerste aanleg, dan is hij daarbij gebonden aan hetgeen aan de grief c.q. het incidenteel appel ten grondslag is gelegd en daar tegenin is gebracht. Ook in hoger beroep geldt dat de rechter niet *ultra petita* mag beslissen en dat hij geen feitelijke gronden mag aanvullen. En ook in hoger beroep geldt dat het incidenteel appel c.q. de grief voldoende concreet en specifiek moeten zijn, zodat de wederpartij weet waartegen verweer moet worden gevoerd.[154] De rechtsstrijd krijgt evenwel mede vorm door de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel. Deze brengt mee, dat de appelrechter binnen de door het incidenteel appel c.q. de grief getrokken grenzen in beginsel alle relevante stellingen en verweren van partijen zal moeten (her)overwegen. In het voorbeeld van de partij die incidenteel appel heeft ingesteld tegen de beslissing van de rechter in eerste aanleg om slechts een gematigde proceskostenvergoeding toe te kennen, brengt de positieve zijde mee dat de appelrechter, in geval van bekrachtiging, de stellingen van de eiser in eerste aanleg (geïntimeerde in het incidenteel appel) zal moeten betrekken in zijn beoordeling. In het scenario waarbij de grieven – ook die tegen de proceskostenbeslissing in eerste aanleg – slagen, zal de

149 Art. 1019h Rv beoogt in dat opzicht niet af te wijken van art. 237 Rv; HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*).

150 Indicatietarieven in IE-zaken Gerechtshoven (versie 2015), punt 6 sub b jo. punt 5.

151 Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent *4* 2012/250.

152 Vgl. Ancery 2012, p. 157.

153 Dit in tegenstelling tot art. 237 Rv; zie ook A.M. Van Aerde, annotatie bij Hof Amsterdam 30 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL9730, *JBPR* 2010/60 (*Solvay/Novartis*). Niettemin wordt soms uit een vordering tot veroordeling van de wederpartij in de kosten van beide instanties een voldoende kenbare grief afgeleid tegen de proceskostenbeslissing in het vonnis in eerste aanleg; zie bijv. Hof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8850 (*Montis/Het Anker*).

154 Ancery 2012, p. 31-35.

positieve zijde van de devolutieve werking van het appel meebrengen dat de stellingen van gedaagde in eerste aanleg (geïntimeerde in appel) worden meegenomen bij de beoordeling. In hoeverre daarbij ruimte bestaat om bepaalde argumenten te interpreteren als grondrechtelijke argumenten, onevenwichtigheden te herstellen en ambtshalve kwesties aan de orde te stellen zal afhangen van de vraag of daartoe aanknopingspunten kunnen worden gevonden in het (in eerste aanleg) gevoerde debat.

135e Verstek

Zoals hiervoor aan de orde is gesteld in nr. 128, zal de rechter in zaken waarin verstek wordt verleend op grond van art. 25 Rv moeten beoordelen of de aangevoerde (feitelijke en juridische gronden) het gevorderde kunnen dragen. In par. 5.7. kwam reeds aan de orde dat in geval van verstek voor de toewijzing van de proceskosten slechts de voorwaarde van bewezen kennisname van de opgave door de gedaagde partij wordt gesteld. Als die voorwaarde is vervuld, dan plegen de proceskosten volledig – althans sinds 1 april 2017 tot het toepasselijk maximumtarief – te worden toegewezen indien de eiser in het gelijk wordt gesteld. Ook hier wreekt zich het ontbreken van duidelijkheid over wat 'redelijk en evenredig' is, waardoor de toewijsbaarheid van de vordering moeilijk beoordeeld kan worden. De rechtsbescherming in verstekzaken schiet op dit moment tekort, met name indien een partij verstek laat gaan omdat hij zich vanwege de kosten niet teweer kan stellen.

136 Deelconclusie: stelsel verenigbaar met het beginsel van effectieve rechtsbescherming?

De partij die de redelijkheid en evenredigheid van de gevorderde proceskosten niet betwist, of de conformiteit van (de toepassing van) art. 1019h Rv met art. 47 Handvest niet ter discussie stelt, kan niet rekenen op een ambtshalve toets aan deze rechtsgronden. Vooralsnog bestaat geen verplichting voor de rechter deze toets buiten de grenzen van de rechtsstrijd uit te voeren. De speelruimte van de rechter *binnen* de grenzen van de rechtsstrijd is vooral beperkt indien de vordering niet is betwist. Wordt de vordering over en weer niet betwist – hetgeen vaak voorkomt, zoals uitgelegd in par. 6.2 –, dan ontbreekt het de rechter aan aanknopingspunten in het partijdebat om de conformiteit van de vordering met het EU-recht aan de orde te stellen. Bij afwezigheid van een geobjectiveerde redelijkheidstoets kan de rechter moeilijk ambtshalve beoordelen of de vordering al dan niet toewijsbaar is. Het zijn daarom vooral partijen die bepalen wat redelijk en evenredig is in het concrete geval.

Indien de vordering of betwisting gebreken vertoont, dan heeft de rechter meer ruimte om de vordering te beoordelen. Indien de betwisting tekort blijkt te schieten omdat het de verwerende partij aan gelegenheid ontbreekt, dan zal de rechter die gelegenheid mogen (zelfs moeten) bieden. Hetzelfde geldt in geval van gebrekkige stellingen van partijen waarin argumenten kunnen worden gelezen die zich richten op een vordering ex art. 1019h Rv of juist tegen de door de wederpartij gevorderde proceskosten. Indien partijen kenbaar maken van deze gelegenheid geen gebruik te

willen maken, dan zal de rechter het onderwerp moeten laten rusten. Grondrechtelijke argumenten die duiden op onoverkomelijke financiële gevolgen van een proceskostenveroordeling of op financiële ongelijkheid tussen partijen, zouden – met inachtneming van hoor en wederhoor – via art. 25 Rv moeten worden getoetst aan het Handvest. Gebleken is dat de rechter maar spaarzaam gebruikmaakt van deze mogelijkheden, hetgeen met name ook in verstekzaken tot gevolg kan hebben dat de toegankelijkheid van de rechter niet is gewaarborgd.

De vraag is, hoe zich het stelsel van art. 23-25 Rv in dit verband verhoudt tot het vereiste van voldoende effectieve rechtsbescherming. Van onvoldoende effectieve rechtsbescherming is als gezegd sprake indien geen daadwerkelijke mogelijkheid bestaat de gronden van EU-recht aan de orde te stellen. Gebleken is dat art. 23-25 Rv als zodanig niet verhinderen dat gronden van EU-recht aan de orde worden gesteld.[155] Indien het EU-recht niet aan de orde is gekomen zal dat doorgaans zijn omdat het niet is aangevoerd; niet omdat daartoe vanwege art. 23-25 Rv geen gelegenheid bestond. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming vereist dan ook niet dat de rechter een actievere opstelling aanneemt indien art. 1019h Rv van toepassing is. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming, maar ook de daaraan ten grondslag liggende fundamentele beginselen (van met name hoor en wederhoor), vereisen wel dat de rechter zoveel mogelijk gebruikmaakt van de beschikbare ruimte.

6.6 Conclusie

137 Naar een actievere rechter?

De redelijkheids- en evenredigheidstoets van art. 1019h Rv zou moeten dienen als waarborg dat enkel de redelijke en evenredige kosten voor rekening van de verliezende partij worden gebracht. De proceskostenvergoeding staat echter ter vrije wilsbepaling van partijen. Door de eigen, volledige proceskosten als redelijk en evenredig op te voeren in de procedure en door de vordering van de wederpartij niet te betwisten, bepalen partijen wat redelijk en evenredig is.[156] De rechter kan gezien de gebondenheid aan de grenzen van de rechtsstrijd niet zoveel en het EU-recht dwingt hem in beginsel niet buiten die grenzen te treden. De ruimte voor de rechter is kortom beperkt, terwijl die beperking zelf niet in strijd is met EU-recht. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming vereist namelijk niet dat het stelsel van art. 23-25 Rv moet wijken, omdat het op zichzelf genomen er niet aan in de weg staat dat het EU-recht aan de orde komt. Het vereist wel dat de rechter gebruikmaakt van de ruimte die hem ter beschikking staat.

Het belang van een toegankelijke rechtspleging in IE-zaken zou een actievere opstelling van de rechter kunnen rechtvaardigen. Een actievere rechter kan paal

155 Zie ook Ancery 2012, p. 198.

156 Althans tot de maximumtarieven van de Indicatietarieven in IE-zaken (versie 2017).

en perk stellen aan het (onnodig) opvoeren van de kosten, eventuele ongelijkheid tussen partijen herstellen en waarborgen dat enkel Handvest- en richtlijnconforme proceskostenveroordelingen worden uitgesproken. Een actieve rechter zou zijn taak kunnen vervullen, de toegankelijkheid van de rechtspleging te waarborgen. Hiervoor in nr. 129 is echter al een belangrijk nadeel van een actiever optreden door de rechter aangestipt: namelijk de onvoorspelbaarheid van de uitkomst en de onzekerheid die daarvan het gevolg kan zijn. Zoals in hoofdstuk 8 uitgebreid aan de orde zal komen, is de voorspelbaarheid van de proceskostenveroordeling nu juist een belangrijke factor in het licht van de toegankelijkheid. Het vooruitzicht bij verlies te worden veroordeeld in een substantieel deel van de proceskosten schrikt niet alleen af vanwege de omvang, maar met name vanwege de onvoorspelbaarheid daarvan. Hetzelfde geldt ten aanzien van het vooruitzicht een (substantieel, onvoorspelbaar) deel van de proceskosten bij winst *niet* vergoed te krijgen. Een rechter die zich actief bemoeit met de vraag welk deel van de proceskosten voor vergoeding in aanmerking moet komen, vergroot de onzekerheid over het bedrag dat betaald moet worden c.q. overblijft. Een actievere rechter vergroot de verschillen tussen beslissingen over proceskosten in (al dan niet) vergelijkbare gevallen, hetgeen de schijn van willekeur kan wekken en tot rechtsonzekerheid kan leiden. Een actievere rechter op het punt van de proceskosten nodigt partijen uit om (nog) meer tijd en kosten te investeren in de onderbouwing van de vordering c.q. het verweer.[157] De vraag of het wenselijk zou zijn indien de rechter ten aanzien van de proceskostenbeslissing meer ruimte zou krijgen dan het stelsel van art. 23-25 Rv biedt, kan daarmee niet bevestigend worden beantwoord.

Evenwel geldt dat op de lidstaten de *positieve verplichting* rust om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen.[158] Deze verplichting kan niet worden vervuld indien de discussieruimte van partijen en de beoordelingsruimte van de rechter ten aanzien van de proceskostenbeslissing groot is. De in par. 6.2. beschreven 'salto mortale' van advocaten die niet betwisten en rechters die niets kunnen beginnen, kan slechts worden ontvlecht indien op een ander niveau (wetgever of landelijk overleg) EU-conforme keuzes worden gemaakt. In dit licht kan de 'omvorming' van de Indicatietarieven tot maximumtarieven als een positieve ontwikkeling worden gezien.

Zoals in het volgende hoofdstuk aan de orde komen, is Engeland ons land in vele opzichten voorgegaan. Daar zijn verschillende maatregelen getroffen om zowel de bewegingsruimte van partijen als de beoordelingsruimte van de rechter in te perken omwille van de voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing. In procedures bij het *Intellectual Property Enterprise Court* wordt reeds gewerkt met *fixed fees* en er gaan stemmen op een vergelijkbaar tariefstelsel over de hele breedte van het civiele

157 Zie hierna hoofdstuk 7, over de gevolgen van een grote rechterlijke beoordelingsruimte ten aanzien van de proceskosten in Engeland & Wales. Zie ook hoofdstuk 8. Andere literatuur over dit onderwerp: Sluijter 2011, p. 266; Van Boom 2011, p. 9.

158 Art. 52 lid 5 Handvest; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19-20 en 200; Sieburgh 2015.

procesrecht te laten gelden. In België en Duitsland is het uitgangspunt dat zowel partijen als de rechter voor de proceskostenbeslissing gebonden zijn aan tarieven. In België heeft het stelsel zelfs te gelden als recht van openbare orde. Afspraken over van de tarieven afwijkende vergoedingen zijn nietig. In Duitsland zijn zowel partijen als de rechter gebonden aan de tarieven, maar zijn afwijkende afspraken in beginsel wel toelaatbaar. De voor- en nadelen van deze stelsels in het licht van de toegankelijkheid van de rechter zullen in het volgende hoofdstuk nader worden belicht.

7. PROCESKOSTENVEROORDELING EN -VERGOEDING IN ENGELAND & WALES, DUITSLAND EN BELGIË

7.1 Inleiding

138 Doel van het rechtsvergelijkend onderzoek

In dit hoofdstuk zal de regelgeving met betrekking tot proceskosten in de ons land omringende landen worden bekeken. Ook die regels dienen in beginsel in overeenstemming te zijn met EU-recht.[1] Zoals zal blijken, zijn daarbij uiteenlopende keuzes en afwegingen gemaakt. De wijze waarop regels over proceskosten worden vormgegeven blijkt dan ook nauw verband te houden met de nationale procesrechtelijke architectuur.

Het doel van het rechtsvergelijkend onderzoek is inzicht te verkrijgen in de keuzes en afwegingen die zijn gemaakt bij de vormgeving van de proceskostenregels. Deze inzichten kunnen vervolgens een rol vervullen in het kader van het onderzoek naar de verenigbaarheid van de Nederlandse proceskostenregels met het EU-recht. Indien de conclusie zou luiden, dat de Nederlandse invulling niet verenigbaar is met het EU-recht, dan zal namelijk voor een andere invulling moeten worden gekozen. De kostenstelsels van de omringende landen kunnen daarbij als inspiratiebron dienen.

7.2 De gekozen kostenstelsels

139 De keuze voor de stelsels van Engeland & Wales, Duitsland en België

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, zijn financiële drempels in de toegang tot de rechter toelaatbaar, zolang deze de kern van het recht niet aantasten. De lidstaten wordt daarbij een *margin of appreciation* gegund. Nationale proceskostenregels kunnen dus zeer verschillend zijn, zonder dat dit direct strijdigheid met het grondrecht oplevert. Alleen al binnen de EU valt een grote variatie aan kostenstelsels waar te nemen.[2] De 'uitersten' worden gevormd door het flexibele stelsel van ruime proceskostenvergoeding in Engeland en Wales aan de ene kant, en aan de andere

1 Zie hiervoor par. 3.7.

2 Zie ook het rechtsvergelijkend onderzoek van Hodges, Vogernauer & Tulibacka 2010.

kant door tamelijk rigide stelsels waarbij de proceskosten in meer of mindere mate worden gematigd aan de hand van gefixeerde tarieven, zoals Duitsland en België.[3] Het Duitse stelsel heeft als voorbeeld gediend bij de ontwikkeling van de *Rules of Procedure* bij de Unified Patent Court[4] en is een bron van inspiratie voor de hervormers van de Civil Procedure Rules in Engeland & Wales. Het Belgische stelsel is interessant omdat het tariefstelsel gelijkenissen vertoont met het Nederlands liquidatietarief en onderwerp is geweest van de prejudiciële procedure in de zaak *United Video Properties/Telenet*.[5]

De keuze voor een meer uitvoerige bespreking van het stelsel van Engeland en Wales is ingegeven door de recente hervormingen van de regels van civiele procesrecht. Met de wijzigingen van de proceskostenregels is uitdrukkelijk beoogd de kosten voor de toegang tot de rechter tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen. Zoals aan de orde zal komen, wordt de civiele procedure in Engeland gekenmerkt door de zeer hoge kosten voor met name de procesvertegenwoordiging. Uit de bevindingen van Lord Justice Jackson op basis van uitvoerig onderzoek door in de periode 2009-2010 volgt dat *access to justice* daadwerkelijk in het gedrang was voor bepaalde rechtzoekenden. Deze constatering gaf aanleiding tot een ingrijpende wijziging van de regels over de proceskostenveroordeling en -vergoeding. Gezien de overeenkomsten met de proceskostenregel van art. 1019h Rv, is een meer uitgebreide rechtsvergelijking met dit stelsel nodig.

7.3 Engeland & Wales: justice at proportionate costs?

140 Inleiding

De civiele procedure in Engeland & Wales (omwille van de leesbaarheid hierna verkort aangeduid als Engeland) staat van oudsher bekend als tijdrovend en kostbaar.[6] De oorzaken hiervoor zijn hoofdzakelijk gelegen in de van *civil law* landen afwijkende procesrechtelijke architectuur en procedeercultuur.[7] Van rechters in het *common law* systeem werd lange tijd gezegd dat deze passiever zouden zijn dan rechters in het *civil law* systeem.[8] Tot de hervorming van de civiele procedure van eind jaren '90 waren het in Engeland vooral de advocaten die de vorm, inhoud en het verloop van de procedure bepaalden. Dat resulteerde in een hoge werklast en dus hoge kosten voor de procesvertegenwoordiging.[9] Daar komt bij dat in Engeland zowel *solicitors* als *barristers* – elk met eigen taken en bevoegdheden – betrokken

3 Er zijn meer stelsels binnen de EU waarbij kosten worden beperkt aan de hand van (forfaitaire) tarieven (zie Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 17 e.v. voor voorbeelden).

4 Zie hiervoor par. 2.7.

5 HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*). Zie ook par. 2.6.

6 Over deze problematiek zie Woolf 1996; Zuckerman 1999; Zuckerman 2003; Hodges 2010, p. 303 e.v.; Peysner 2010, p. 313 e.v.; Jackson 2009.

7 Zie bijv. Snijders 1995; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 107; Sluijter 2011, p. 170.

8 Ancery 2012, hoofdstuk 3.

9 Zie Vranken 1999, p. 1879-1885; Sluijter 2011, p. 159.

kunnen zijn bij civiele procedures. Indien er een geschil ontstaat over de proceskosten, kunnen bovendien de diensten van een gespecialiseerde *costs lawyer* nodig zijn.[10] Door de hoge kosten is het in Engeland gebruikelijk geworden dat procedures worden gefinancierd door middel van verzekeringen en *no cure no pay*-afspraken met de advocaat, hetgeen de uitgaven van de advocaat verder zou opdrijven tot disproportionele hoogtes.[11] Naast de kosten voor de vertegenwoordiging vormen de griffierechten een aanzienlijke kostenpost, omdat die in Engeland in beginsel kostendekkend zijn.[12] Ten slotte kan ook de proceskostenveroordeling (zeer) hoog uitvallen.

De proceskosten in IE-zaken – met name in octrooizaken – kunnen in vergelijking tot de meeste *civil law* lidstaten zelfs extreem hoog uitvallen. Oorzaken hiervan zijn de grondige, 'rigoureuze' behandeling van IE-zaken, de uitgebreide *disclosure* van bewijsstukken en de *cross-examination* van getuigen en deskundigen, naast de hoge kosten voor de procesvertegenwoordiging en deskundigen.[13] Daar komt bij dat zittingen soms weken in beslag nemen. Een partij die verwikkeld is in een octrooirechtelijk geschil moet er rekening mee houden dat de kosten voor de vertegenwoordiging niet minder dan 350.000 GBP zullen bedragen indien het tot een procedure komt.[14] Bij verlies kan men veroordeeld worden tot vergoeding van ongeveer 60-80% van de kosten van de wederpartij.[15] De totale kosten van een octrooizaak in eerste aanleg kunnen volgens een schatting dan ook oplopen van 750.000 GBP tot wel 1,5 mln GBP.[16] Volgens een andere schatting variëren de kosten voor beide partijen in een octrooizaak in eerste aanleg bij de *Patents High Court* zelfs van 1 mln GBP tot wel 6 mln GBP.[17] De gemiddelde kosten van appelprocedures bij de *Court of Appeal* en de *Surpreme Court* bedragen naar schatting (in 2009) 150.000 GBP tot 750.000 GBP.[18] Het verbaast dan ook niet, dat relatief weinig wordt geprocedeerd in octrooizaken.[19]

141 De Jackson en Woolf Reforms

In de vorige paragraaf is al aangestipt op welke wijze partijen de kostenrisico's plegen te ondervangen: door middel van *after the event*-verzekeringen of *no cure no pay*-afspraken met de advocaat. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand (*Legal Aid*) en wordt onder omstandigheden – desverzocht – *costs*

10 Van Vlooten 2011, p. 231 e.v.
11 Jackson 2010, p. xvi; Sluijter 2011, p. 170.
12 Faure & Moerland 2006; Sluijter 2011, p. 170. De griffierechten zijn in maart 2015 verder opgehoogd.
13 Fischmann 2014, p. 100; Burdon 2010; Cumming, Freudenthal & Janas 2008, p. 191.
14 Burdon 2010; Fischmann 2014, p. 100.
15 Burdon 2010; Dack 2016, p. 250.
16 Weatherall, Webster & Bently 2009, p. 43.
17 McDonagh & Helmers 2013, p. 384.
18 Weatherall, Webster & Bently 2009, p. 39 e.v.
19 Burdon 2010, die stelt dat er jaarlijks gemiddeld 25 octrooizaken aanhangig zijn, tegenover 50.000 octrooiaanvragen per jaar.

protection geboden door de rechter, waardoor de beschermde partij in geval van verlies geen proceskosten hoeft te betalen aan de wederpartij of slechts een gering bedrag.[20] Het betreft echter ad-hoc 'oplossingen' die niet raken aan de kern van het probleem van de almaar stijgende kosten van de Engelse civiele procedure.

In de afgelopen decennia hebben de voorstellen van Lords Justice (1996) en Jackson (2010) tot hervorming van de civiele procedure in Engeland geleid tot belangrijke wijzigingen van de Civil Procedure Rules (CPR).[21] Waar Woolf zich concentreerde op voorstellen die het gehele systeem betroffen, was het Jackson's primaire taak om met voorstellen te komen om de kosten voor de toegang tot de rechter tot een proportioneel niveau te brengen. Eén van de meest ingrijpende wijzigingen die met de 'Woolf Reforms' in 1999 in de CPR zijn doorgevoerd, is het verplicht stellen van actieve *case management* voor de Engelse rechter.[22]

Woolf constateerde dat de lijdelijkheid van de rechter één van de belangrijkste oorzaken was van de problemen in de Engelse civiele procedure. Sinds de hervormingen in 1999 wordt van rechters in Engeland een proactieve opstelling verwacht. Zij worden geacht het verloop, de intensiteit en de duur van de procedure te bepalen en maatregelen te treffen die een correcte uitkomst van een zaak op proportionele, redelijke en tijdige wijze kunnen bewerkstelligen.[23] Procespartijen zijn op hun beurt verplicht de rechter daarin bij te staan en samen te werken gedurende het geding.[24] De Woolf Reforms op het punt van *case management* en samenwerking zijn over het algemeen positief geëvalueerd; geschillen zouden sneller en vaker worden geschikt, en procedures zouden spoediger verlopen.[25]

Aan Jackson was het vervolgens de taak om oplossingen aan te dragen voor de continue stijging van de kosten van de civiele procedure in Engeland. Na het omvangrijke Preliminary Report van 2009 volgde in 2010 het Final Report met concrete voorstellen teneinde de kosten tot een aanvaardbaar niveau te brengen en *access to justice* te bevorderen. Vrijwel alle voorstellen zijn in april 2013 geïmplementeerd in de CPR. Eén van de belangrijkste wijzigingen die met de 'Jackson Reforms' zijn ingevoerd, is de prominente positionering van het concept 'proportionality' in de CPR. Het *overriding objective* van de CPR is sindsdien 'to deal with cases justly *and at proportionate costs*' (Rule 1.1. CPR).[26] Dat brengt mee dat in elke fase van de procedure en bij elke procedurele beslissing acht moet worden geslagen op de

---

20 Jackson 2009, p. 148 e.v.; zie ook Sluijter 2011, p. 170-171.

21 Woolf 1996, te raadplegen via dca.gov.uk/civil/final; Jackson 2009; Jackson 2010, beide te raadplegen via judiciary.gov.uk.

22 Rule 1.4 CPR.

23 Woolf 1996; Rule 1.4 CPR; Zuckerman 2003, par. 1.80 en 10.6; zie ook Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/525.

24 Rules 1.3 en 1.4(2) a CPR.

25 Jackson 2009, p. 1; Zie ook Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/525.

26 *(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

kostenimplicaties.[27] In de volgende paragraaf zal de rol van het proportionaliteitsvereiste bij de proceskostenbeslissing nader worden belicht.

142 Proceskostenveroordeling na de Jackson Reforms

Proportionaliteit als *overriding objective* van de CPR is tevens het dominante criterium voor de bepaling van de proceskostenvergoeding op grond van de CPR geworden.[28] De hoofdregel is dat de in het ongelijk gestelde partij de kosten van de in het gelijk gestelde partij dient te vergoeden.[29] Voor de berekeningswijze van de proceskosten maakt Rule 44.3(1) onderscheid tussen de *standard basis* en de *indemnity basis*. Bij de *standard basis* ligt de bewijslast van de redelijkheid, noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de kostenposten bij de winnende partij.[30] De proportionaliteit moet worden beschouwd als de *final determinant* bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de kosten op de *standard basis*; redelijke en noodzakelijk gemaakte kosten die niet proportioneel zijn, worden afgewezen of gematigd.[31] Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de (mogelijke) kosten moet de rechter acht slaan op factoren zoals de verhouding van de gemaakte kosten tot het zaaksbelang, de waarde van de vordering en de complexiteit, maar ook het publiek belang.[32] Bij de *indemnity basis* dient juist de verliezende partij te bewijzen dat kostenposten niet redelijk waren.[33] De *indemnity basis* wordt regelmatig toegepast in geval van misbruik van proces(recht) of onredelijk gedrag.[34] Bij twijfel over de redelijkheid van de kostenposten pleegt de beslissing dus in het voordeel uit te vallen van de partij die deze vergoed krijgt. De proportionaliteit is overigens niet als vereiste genoemd bij de *indemnity basis*, hetgeen lijkt te impliceren dat kosten disproportioneel hoog mogen zijn zolang deze niet aantoonbaar onredelijk zijn.[35] Denkbaar is dat via het *overriding objective* het proportionaliteitsvereiste ook bij de berekening van de proceskosten op de *indemnity basis* een rol zal spelen.[36] De proceskostenveroordeling op de *indemnity basis* pleegt evenwel hoger uit te vallen dan bij de *standard basis*: tot 80% van de totale kosten tegenover 60-70%.[37]

Bij de proceskostenbeslissing blijft de *court's discretion* evenwel vooropstaan. De rechter beslist óf een proceskostenvergoeding wordt uitgesproken, of dat volgens de hoofdregel gebeurt, tot welke hoogte de kosten moeten vergoed en wanneer deze moeten worden vergoed.[38] In Rule 44.4 CPR is een groot aantal factoren opgesomd

27 Cook 2016, p. 188 en 208.
28 Rule 44.3(5) CPR.
29 Rule 44.2(2) CPR.
30 Rule 44.3(2) CPR.
31 Andrews 2014, p. 3.
32 Rule 44.3(5) CPR.
33 Rule 44.3(3) CPR.
34 Zie ook Sluijter 2011, p. 173 met verwijzingen.
35 Vgl. Sluijter 2011, p. 172.
36 Jackson 2010, p. 37-38.
37 Dack 2016, p. 250-251.
38 Rule 44.2 CPR.

die de rechter mee kan laten wegen, zoals het gedrag van partijen in de procedure, de inspanningen van partijen om tot een minnelijke regeling van het geschil te komen, het belang van de zaak, de specialistische kennis die nodig is voor de zaak, de tijd die daarin is gestoken en het budget van partijen. Bij de bepaling van 'het gelijk' heeft de Engelse rechter een grote mate van vrijheid. Doorgaans wordt de partij die een som geld krijgt toegewezen (lees: zijn schade vergoed krijgt) aangemerkt als de in het gelijk gestelde partij.[39] De rechter kan oordelen dat er gronden zijn om af te wijken van de hoofdregel. Bij gedeeltelijk gelijk kan hij de kosten compenseren of een *proportionate costs order* uitspreken, waarbij slechts de kosten met betrekking tot de 'gewonnen' punten worden toegewezen.[40] De rechter heeft verder de (ten opzichte van de andere onderzochte stelsels unieke) mogelijkheid van de *issue-based approach*. Op grond daarvan kan de overwegend in het ongelijk gestelde partij een deel van de kosten vergoed krijgen voor zover betrekking hebbend op punten of onderdelen waarop zij in het gelijk is gesteld. De ratio achter deze benadering is het aanmoedigen van partijen om uitsluitend kansrijke argumenten aan te voeren.[41] In IE-zaken wordt gebruikgemaakt van deze verdelingsregel, bijvoorbeeld in procedures waarbij in reactie op een inbreukactie de geldigheid van het ingeroepen IE-recht wordt aangevochten. Een voorbeeld vormt de zaak *Napp v Ratiopharm* waarbij *overall loser* Napp, wier inbreukvordering was afgewezen, 20% van haar kosten kreeg vergoed omdat de geldigheid van haar octrooien ten onrechte ter discussie was gesteld.[42] In extreme gevallen kan toepassing van de *issue-based approach* zelfs leiden tot een *'winner pays rule'*.[43] De rechter dient daarom terughoudendheid te betrachten met het toepassen van deze regel.[44]

De rechter kan een *summary assessment* maken van de proceskosten of bepalen dat deze worden onderworpen aan een *detailed assessment* door de *costs officer* of *costs judge*.[45] Een *detailed assessment* volgt meestal wanneer de vordering op *'substantial grounds'* wordt betwist.[46] In een aparte procedure met specialistische *costs judges* en *costs lawyers*, volgt debat over de kosten en wordt de redelijkheid en proportionaliteit daarvan beoordeeld. Tegen deze beslissing staat hoger beroep open.[47]

---

39 Cook 2016, p. 331.

40 Rule 44.2 CPR; Cook 2016, p. 341.

41 MMI Research Ltd v Cellxion Ltd [2012] EWCA Civ 139; Fischmann 2014, p. 101.

42 Ratiopharm GmbH v Napp Pharmaceutical Holdings Ltd [2008] EWHC 3070 (Pat) en Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Ratiopharm GmbH [2009] EWCA Civ 252. Hierover Fischmann 2014, p. 101.

43 McDonagh & Helmers 2013, p. 377; Fischmann 2014, p. 101. Pogingen om de Nederlandse rechter tot een vergelijkbare beslissing te verleiden zijn tot nu toe steeds gestrand, omdat een veroordeling van de (overwegend) in het gelijk gestelde partij in de kosten van de verliezer niet zou stroken met het systeem van art. 1019h c.q. 237 Rv. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6389 (*Coinpusher*). Zie ook hoofdstuk 5.

44 Cook 2016, p. 341.

45 Rule 44.6 CPR. Zie ook Practice Direction 47, Procedure for detailed assessment of costs and default provisions, justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-47-procedure-for-detailed-assessment/practice-direction-46-costs-special-cases2.

46 Practice Direction 44, par. 9.2.

47 Rule 47.21 CPR.

143 Meer Jackson Reforms

Naast de invoering van het proportionaliteitsvereiste is met de Jackson Reforms in 2013 nog een aantal belangrijke wijzigingen in de CPR doorgevoerd. Om de kosten van de civiele procedure binnen de perken te houden, zijn op aanbeveling van Jackson nadere maatregelen getroffen om deze procedure te vereenvoudigen, te versnellen en kostefficiënter te maken.

Case management
Zo zijn wetswijzigingen doorgevoerd om *case management* efficiënter en meer 'robuust' te maken. De rechter dient er strenger dan voorheen op toe te zien dat de procedureregels en *court orders* worden nageleefd en de procedure niet onnodig wordt vertraagd.[48] Procesverstorend of -vertragend gedrag wordt gesanctioneerd.[49] Sinds de Jackson Reforms maakt ook de controle op de kosten expliciet deel uit van *case management.*[50] Verdere wijzigingen betreffen de regels met betrekking tot de *disclosure* van bewijsstukken en de getuigen- en deskundigenverhoren. In de Engelse civiele procedure geldt dat al het relevante bewijs in een zo vroeg mogelijk stadium moet worden overgelegd. Jackson constateerde dat de *disclosure* mede door het toenemend gebruik van elektronische communicatiemiddelen en gegevensdragers een steeds extensievere en dus kostbaardere exercitie werd.[51] Op grond van de nieuwe regels dienen partijen binnen strikte termijnen specifieke details te verstrekken over het bewijs, de omvang daarvan, waarom het relevant is, waar het zich bevindt en wat de kosten van *disclosure* bij benadering zullen zijn.[52] Op basis daarvan kan de rechter een *proportionate disclosure order* uitbrengen en kan de *disclosure* beperkt blijven tot de *key documents*.[53] Met betrekking tot de getuigen- en deskundigenverhoren, die soms overbodig zijn of teveel tijd in beslag nemen,[54] heeft de rechter eveneens ruimere bevoegdheden om een kostefficiënt verloop te kunnen waarborgen.[55] Meer algemeen zijn maatregelen genomen om Alternative Dispute Resolution (ADR) aan te moedigen.

Afschaffing vergoeding winstpremies
Een ingrijpende wijziging is de afschaffing van de vergoeding van (winst)premies. In Engeland wordt vaak met *conditional fee agreements* (CFA) gewerkt. Daarbij spreken advocaat en cliënt af dat deze bij verlies niets of slechts een deel van de rekening moet betalen (*no-win no-fee*). Bij winst zal de advocaat een *success fee* (winstpremie) in rekening mogen brengen.[56] Deze winstpremie mag maximaal 100% van de

48 Rules 1.1 en 3.9(1) CPR
49 Cook 2016, p. 188.
50 Rule 3.17 CPR; Cook 2016, p. 236; Dack 2016, p. 250.
51 Jackson 2010, p. xxiii.
52 Part 31 CPR; Cook 2016, p. 237.
53 Cook 2016, p. 237, 212.
54 Jackson 2010, p. xxiii.
55 Rule 32.3(3) CPR; Cook 2016, p. 236-238.
56 Vgl. *no cure no pay*-afspraken, die in Nederland in beginsel verboden zijn; zie hiervoor ook par. 4.2.

gebruikelijke kosten van de advocaat bedragen.[57] Een andere wijze waarop partijen een procedure kunnen financieren is het afsluiten van *after the events insurances* (ATE), waarbij de proceskostenrisico's van verlies door de verzekeraar worden gedekt. Tot de Jackson Reforms in 2013 kon de in het gelijk gestelde partij niet alleen aanspraak maken op vergoeding van de tarieven van de eigen advocaat, maar ook op vergoeding van de *success fee* en op de premie van de afgesloten ATE.[58] Jackson was hiertegen fel gekant.[59] Hij constateerde dat met name gebruik werd gemaakt van deze regelingen, om zo zonder (private) risico's zeer kostbare procedures op te tuigen. Omdat CFA en ATE niet alleen door partijen die niet de middelen hebben om te procederen worden afgesloten, maar in toenemende mate door (vermogende) ondernemingen in commerciële geschillen, stelde Jackson vast dat ook het kostenrisico voor benadeelden in commerciële geschillen onevenredig hoog kon zijn.[60] De aanbevelingen hebben geleid tot de afschaffing van de vergoeding van *success fees* en premies in vrijwel alle procedures.[61]

Funding methods

Jackson voorspelde dat de afschaffing van de vergoeding van *success fees* en premies nadelig zou kunnen zijn voor bepaalde procespartijen die daarvan afhankelijk zijn. Zijn aanbevelingen om dit te compenseren door een verruiming van het arsenaal aan financieringsmethoden hebben geleid tot de introductie dan wel legalisering van verschillende *funding methods*.

In de eerste plaats zijn voor *personal injury claimants* de nadelen van de afschaffing van de vergoeding van (winst)premies gecompenseerd door de invoering van *qualified one-way cost shifting* (QOCS) in Rules 44.13-17 CPR. Deze regels zijn tevens van toepassing op *clinical negligence claims*. Op grond van deze regels dient de aangesproken partij de kosten van de benadeelde partij te vergoeden indien laatstgenoemde in het gelijk wordt gesteld. Bij verlies kan de aangesproken partij niet zijn kosten verhalen op de winnende partij. De benadeelde partij kan deze vorm van bescherming tegen een proceskostenveroordeling overigens wel verliezen, bijvoorbeeld indien aannemelijk is dat zijn claim *fundamentally dishonest* is.[62]

De door de QOCS-regeling geboden bescherming kan ook worden verloren, indien de benadeelde partij een schikkingsvoorstel van de aangesproken partij heeft afgewezen, maar in de procedure verliest of een lager bedrag aan schadevergoeding krijgt toegewezen dan het schikkingsbedrag. In het Engelse recht geldt dat op het (naar

57 The Conditional Fees Agreements Order 2013, art. 3.

58 Jackson 2009, p. 156, 170; Peysner 2010, p. 318 e.v.

59 Jackson 2010, p. xvi. Op p. 415 zegt Jackson hierover: '[L]awyers are human. Those who are spending other people's money sometimes have a tendency to be over-generous, particularly when they are paying that money to themselves and expect the costs to be borne by their opponents.'

60 Jackson 2009, p. 170, 105.

61 Cook 2016, p. 163.

62 Rule 44.16(1) CPR.

later blijkt: ten onrechte) afwijzen van een zogenaamd *Part 36 offer* kostensancties komen te staan. De afwijzende partij kan veroordeeld worden tot betaling van een bedrag van 10% van de schadevergoeding (of van de kosten, indien het een niet in geld waardeerbare vordering betreft). Het maximumbedrag is vastgesteld op 75.000 GBP. Voor de verwerende partij biedt Part 36 ook prikkels om een schikkingsvoorstel te doen. Wijst de eiser dit af, maar krijgt hij uiteindelijk minder toegewezen dan het voorgestelde schikkingsbedrag, dan blijven de proceskosten gemaakt na het verstrijken van de termijn waarbinnen het schikkingsvoorstel geaccepteerd diende te worden voor zijn rekening. De eiser dient bovendien de proceskosten die de verwerende partij na die datum heeft gemaakt te vergoeden.[63]

Een andere, belangrijke wijziging van de Jackson Reforms in 2013 vormt de legalisatie van *contingency fees* en *damaged-based agreements* (DBA). De *contingency fee* constructie is – net als de CFA – een vorm van *no-win no-fee*, zij het dat de beloning in dit geval gebaseerd is op een percentage van de opbrengst van de vordering.[64] Bij DBA gaat het om een percentage van de schadevergoeding. Jackson baseerde het legalisatievoorstel onder meer op de contractsvrijheid: als advocaat en cliënt dergelijke afspraken willen maken, dan moet hen dat vrij staan.[65] Voor de proceskostenvergoeding geldt echter het *indemnity principle*: de eiser kan niet een hoger bedrag aan kosten verhalen op de wederpartij dan hijzelf verschuldigd is aan zijn advocaat.[66] Voor de vergoeding zijn dus uitsluitend de werkelijk gemaakte advocaatkosten relevant (de tijd besteed aan de zaak maal het uurtarief van de advocaat), en niet het onder de *contingency fee* afspraak of DBA overeengekomen bedrag. Volgens de normale kostenregels wordt de redelijkheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van de kostenopgave beoordeeld.[67] Als het met de advocaat afgesproken bedrag de proceskostenvergoeding overstijgt, dan zal het meerdere uit eigen zak moeten worden betaald. Indien het aan de advocaat verschuldigde bedrag op basis van een *contingency fee* afspraak of DBA echter lager is, dan zal de proceskostenvergoeding niet meer dan dat bedrag omvatten.[68]

Verder wordt sinds de Jackson Reforms *third party funding* (TPF) aangemoedigd, waarbij een onafhankelijke derde de procedure financiert tegen een bepaalde vergoeding.[69] Van deze vorm van procesfinanciering wordt in toenemende mate

63 Sluijter 2011, p. 162.

64 Ook wel quota pars litis genoemd; zie ook Van Boom & Luiten 2015, p. 188-199.

65 Jackson 2009.

66 Cook 2016, p. 195 e.v.

67 Rule 44.18(2) jo. 44.3 CPR.

68 Cook 2016, p. 141.

69 Volgens de definitie van Van Boom is procesfinanciering door derden de rechtsverhouding waarbij een derde zich tegen een in het vooruitzicht gestelde beloning verplicht om een claimant in een civiele procedure of arbitrage van financiering te voorzien om de kosten van procederen te dekken; Van Boom & Luiten 2015, p. 188.

gebruikgemaakt in de commerciële procespraktijk, overigens ook buiten Engeland.[70] In het Engelse recht mogen procesfinanciers een belang hebben in een procedure, zij het dat dit belang niet *excessive* mag zijn. Evenmin is het procesfinanciers toegestaan controle uit te oefenen op het verloop van de procedure of te interfereren in de advocaat-cliënt relatie.[71] *Excessive control* in weerwil van deze voorwaarden kan worden gesanctioneerd met de nietigheid van de TPF-overeenkomst of een volledige proceskostenveroordeling van de procesfinancier.[72] De rechtsontwikkeling op het terrein van TPF is nog in volle gang. Terwijl de één vreest voor het ontstaan van een claimcultuur, verwacht de ander vooral dat deze vorm van procesfinanciering wezenlijk kan bijdragen aan *access to justice* voor met name het MKB.[73] Empirisch bewijs ten aanzien van de beweerdelijke effecten van TPF is vooralsnog schaars.[74]

Costs management

Belangwekkend is ten slotte de introductie van *costs management* in alle zogenaamde *multi track* procedures waarvan de waarde van de vordering niet meer dan 10 mln GBP bedraagt.[75] Dit houdt met andere woorden in, dat partijen in omvangrijke zaken in elke fase van de procedure een begroting van de in de betreffende fase verwachte proces-uitgaven moeten opstellen en overleggen. In alle overige procedures is de rechter bevoegd partijen te verzoeken een dergelijke begroting over te leggen. In een *costs management order* legt de rechter de begroting van de verwachte uitgaven vast voor zover partijen het daarover eens zijn. Indien partijen het niet eens worden over de begroting, dan volgt eerst goedkeuring door de rechter nadat deze de nodige aanpassingen heeft verricht.[76] De rechter voert in dat kader geen *detailed assessment* uit, maar hij beoordeelt of het totaalbedrag binnen redelijke en proportionele grenzen blijft.[77] Blijft een begroting achterwege of wordt deze niet volgens de regels ingediend, dan kan dat grote gevolgen hebben voor de proceskostenvergoeding. In *Mitchell v News Group Newspapers Ltd* werd de 'sanctie' van de rechtbank op het niet tijdig indienen van de begroting niet meer dan de griffierechten toe te wijzen in stand gelaten.[78] De begroting kan overigens aangepast worden indien dat wegens *significant developments* nodig blijkt te zijn. De aangepaste begroting dient aan de wederpartij ter goedkeuring te worden voorgelegd. Indien de wederpartij bezwaar heeft tegen de aanpassing, dan dient de nieuwe begroting aan de rechter te worden voorgelegd, vergezeld van de redenen voor de aanpassing en de bezwaren van de wederpartij. De rechter kan deze vervolgens (deels) goed- of afkeuren. De laatst goedgekeurde begroting vormt het uitgangspunt bij

70 Jackson 2009, p. 160 e.v.; Van Boom 2017, p. 5 e.v.
71 Van Boom 2017, p. 16 e.v.
72 Van Boom 2017, p. 18.
73 Mits de negatieve aspecten onder ogen worden gezien en waar nodig (regulerende) maatregelen worden getroffen; zie Van Boom 2017, p. 5 e.v.
74 Van Boom & Luiten 2015, p. 193.
75 Rules 3.12-18 CPR en Practice Direction 3E 'Costs Management'.
76 Practice Direction 3E, par. 7.3; Cook 2016, p. 216.
77 Practice Direction 3E, par. 7.3; Cook 2016, p. 209.
78 Mitchell v News Group Newspapers Ltd [2013] EWHC 2355 (QB).

de proceskostenbeslissing op *standard basis*. Rule 3.18 CPR lijkt uit te sluiten dat de begroting een rol speelt bij de proceskostenbeslissing op *indemnity basis*.[79]

Zowel de rechter als de partijen dienen in elke procedurele fase rekening te houden met de begroting. Door *case management*, in combinatie met *costs management*, kan de rechter daadwerkelijk vanaf de eerste fase in de procedure controle uitoefenen op de kosten en waarborgen dat deze binnen proporties blijven. Dit zou een positieve invloed hebben op het uitgavenpatroon van de advocaat.[80] Volgens Jackson is het controleren van de kosten voorafgaand aan een procedurele fase een effectiever middel om procedures *at proportionate costs* te houden dan een beoordeling achteraf.[81] Of dit in de praktijk ook zo uitwerkt, wordt overigens door sommigen betwijfeld. In nr. 146 wordt hierop nader ingegaan.

144 Hervormingen op het gebied van IP litigation

In de inleiding kwam reeds aan de orde dat *IP litigation* in Engeland zeer kostbaar kan zijn. Daar wordt wel tegenover gesteld dat de beslissingen in IE-zaken over het algemeen van een hoge kwaliteit zouden zijn.[82] De rechters zijn gespecialiseerd in het IE-recht en de deskundigen, die vooral in octrooizaken een belangrijke rol spelen, worden onderworpen aan uitgebreide *examination* en *cross-examination* door partijen, waardoor gewaarborgd zou worden dat alleen de experts met de meeste kennis van (technische) zaken worden gehoord.[83] Over het algemeen krijgen alle zaken een grondige behandeling. Maar niet iedereen kan kwaliteit betalen, en dat geldt zeker voor *IP litigation* in Engeland. Burdon uitte in 2010 zijn vrees dat de rechter slechts nog toegankelijk zou zijn voor de zogenaamde *big-ticket litigators* en de partijen die in kleine zaakjes op basis van rechtsbijstand kunnen procederen.[84] Voor alles daar tussenin zou rechtsbescherming illusoir zijn geworden. Een dieptepunt zou zijn bereikt toen uitvinder Wilcox één van zijn octrooiregistraties verbrandde voor de Houses of Parliament, omdat deze waardeloos zou zijn geworden. Ondernemingen zouden geen licentieafspraken meer met hem willen maken, in de wetenschap dat Wilcox in verband met de hoge proceskosten toch niet zou overwegen om een inbreukprocedure aan te vangen.[85]

---

79 Rule 3.18 CPR: *'In any case where a costs management order has been made, when assessing costs on the standard basis, the court will – (a) have regard to the receiving party's last approved or agreed budget for each phase of the proceedings; and (b) not depart from such approved or agreed budget unless satisfied that there is good reason to do so. (Attention is drawn to rules 44.3(2)(a) and 44.3(5), which concern proportionality of costs.)*' Volgens Cook ligt dat voor de hand, nu bij de begroting het proportionaliteitsvereiste een rol speelt, terwijl proportionaliteit geen criterium is bij de proceskostenbeslissing op *indemnity basis* (Cook 2016, p. 225). Men kan zich afvragen of proportionaliteit niet via het *overriding objective* ook in dat geval een rol zou moeten spelen.

80 Jackson 2010, p. 417.

81 Jackson 2010, p. 414 e.v.

82 Burdon 2010.

83 Burdon 2010.

84 Burdon 2010.

85 R. Tyler, 'Inventor fury as patents prove too costly to defend', *The Telegraph* 8 maart 2012, telegraph.co.uk/finance/yourbusiness/9130815/Inventor-fury-as-patents-prove-too-costly-to-defend.html. Zie hiervoor het inleidend hoofdstuk van dit boek.

Tegen deze achtergrond heeft Jackson in zijn Reports uitgebreid aandacht besteed aan de kosten – en daarmee de toegankelijkheid – van procedures in IE-zaken. Volgens Jackson zouden de kosten in IP litigation *crushing* zijn. Als voornaamste oorzaak noemt Jackson de noodzakelijke betrokkenheid van gespecialiseerde *solicitors, counsels* en deskundigen en de kosten van *disclosure* en *cross-examination*.[86] Jackson is ook ingegaan op de hoge tarieven die raadsmannen in *IP litigation* in rekening plegen te brengen. Het toepassen van *costs management* in IE-zaken zou hier volgens hem een uitkomst kunnen bieden, omdat daarbij reeds in een vroeg stadium vast komt te staan tot welk bedrag de kosten verhaald kunnen worden op de wederpartij. Volgens Jackson is onvermijdelijk dat bepaalde *solicitors* tarieven zullen blijven rekenen die de proceskostenvergoeding op grond van de CPR zwaar zullen overstijgen, maar het meerdere moet wat hem betreft voor rekening komen van de cliënt.[87]

In een afzonderlijke paragraaf is Jackson ingegaan op *IP litigation* waarbij het MKB betrokken is (in eisende dan wel verwerende positie).[88] Het belang dat *justice* ook voor het MKB in IE-geschillen toegankelijk is, is in beide Reports onderstreept.[89] Interessant in dat verband is de verslaglegging van gesprekken met belanghebbenden, waaronder de Chartered Institute of Patent Attorneys (CIPA). CIPA heeft erop gewezen dat het risico in de onbepaalde, onvoorspelbare kosten van de wederpartij te worden veroordeeld voor het MKB prohibitief kan zijn.[90] Volgens CIPA weerhoudt het proceskostenrisico bepaalde ondernemingen niet alleen ervan om te procederen, maar zelfs om octrooien aan te vragen, *'as they know that they will be unable to afford to enforce them, and they take the view that a patent is of no value if it cannot be used to stop others from copying the product'*.[91] Tijdens een bijeenkomst van het Intellectual Property Courts Users Committee constateerde Jackson een duidelijke behoefte aan een *fixed costs regime* in *lower value* procedures.[92] Jackson heeft zich ervan laten overtuigen dat *'court users are more fearful about indeterminate costs liability if they lose than about shortfall in costs recovery if they win'*.[93] Om die reden heeft hij er dan ook op aangedrongen om de procedure bij de Patents County Court om te vormen tot een *cost-effective* procedure voor IE-geschillen en een *fixed costs* regime voor *lower*

86 Jackson 2010, p. 250.
87 Jackson 2010, p. 252.
88 Jackson 2009, p. 256.
89 Jackson 2009, p. 256; Jackson 2010, p. 252. Zie ook Jackson 2010, p. 248: '*The creation and use of IP plays a crucial role in economic activity and in the achievement of many social goals, such as effective health care or renewable energy. The background to any IP regime must be a civil justice system which enables parties to assert or defend their IP rights ('IPR'). Such a civil justice system must deliver correct judgments at affordable cost in the complex field of IP. This is no easy task*.'
90 Dit is ook een van de belangrijkste conclusies in de Gowers Review of Intellectual Property; zie Jackson 2009, p. 257.
91 Jackson 2009, p. 257.
92 Jackson 2009, p. 258.
93 Jackson 2010, p. 253, met verwijzing naar het voorstel van Lord Justice Arnold een *costs scale* te introduceren, zie Jackson 2009, p. 258. Volgens Jackson heeft LJ Arnold krachtig bewijs geleverd voor de veronderstelling dat in vergelijking tot de andere lidstaten minder wordt geprocedeerd door het MKB in IE-zaken in Engeland & Wales (p. 253 van het Final Report).

value claims te introduceren.[94] Ten slotte bevat het Final Report aanbevelingen met betrekking tot de introductie van een *small claims track* voor de zogenaamde *very low value IP disputes.* Hierbij moet worden gedacht aan geschillen over (online) auteursrechtinbreuk met een gering financieel belang.

Opvallend is dat de Handhavingsrichtlijn geen enkele rol lijkt te hebben gespeeld bij de hervormingen. Nog vóór de Jackson Reforms nam de Engelse wetgever het standpunt in dat aanpassing van de bestaande proceskostenregels niet nodig was, omdat deze reeds zouden voldoen aan de richtlijnbepaling.[95] In de literatuur is echter beargumenteerd, dat de toen geldende proceskostenregels op gespannen voet stonden met zowel art. 3 als art. 14 van de richtlijn, waarin is vereist dat procedures 'niet onnodig kostbaar' mogen zijn en de kosten 'evenredig' moeten zijn.[96] Deze gedachten hebben geen (kenbare) invloed gehad op het hervormingsproces.

145 *IP litigation* na de Jackson Reforms

De aanbevelingen van Jackson zijn grotendeels opgevolgd. Reeds in 2010 zijn *fixed costs* en *active case management* geïntroduceerd in de procedure bij de Patents County Court (PCC), dat in 2013 is omgevormd tot het Intellectual Property Enterprise Court (IPEC). De IPEC maakt onderscheid tussen de *small claims track* en de *multi claims track.* Daarnaast kunnen IE-geschillen (in eerste aanleg) worden voorgelegd aan de IPEC of de Chancery Division van de High Court (HC), waarvan de gespecialiseerde Patents High Court (PHC) deel uitmaakt.[97] De bevoegdheid van deze onderscheidenlijke gerechten is afhankelijk van de complexiteit, het belang en de waarde van de vordering.[98] De drie verschillende procedurele wegen waarlangs IE-geschillen in eerste aanleg kunnen worden beslecht hebben elk een eigen proceskostenregime.

Procedures bij de Intellectual Property Enterprise Court
De IPEC is in de plaats gekomen van het Patents County Court en is bevoegd in alle soorten IE-geschillen waarvan de waarde van de vordering het bedrag van 500.000 GBP niet overstijgt.[99] De procedure bij de IPEC is eenvoudiger en meer gestroomlijnd dan voorheen. Zo gelden strikte termijnen en wordt meer controle uitgeoefend op verzoeken tot *discovery* en *cross-examination* – bij de beoordeling van de toelaat-

94 Jackson 2010, p. 255 e.v; Jackson 2009, p. 258.
95 Harbottle 2004, p. 727.
96 Cumming, Freudenthal & Janas 2008, p. 133.
97 Het Patents Court, dat wordt gevormd door rechters die zijn gespecialiseerd in IE-recht, is bevoegd in geschillen over octrooien, geregistreerde modellen en kwekersrechten.
98 De IPEC is een *lower court* en daarmee gebonden aan beslissingen van de HC en PHC (precedentwerking). De HC en PHC zijn geen appelinstanties; dat is de Court of Appeal. Wel kunnen de HC en PHC beroepszaken in *interim proceedings* bij de IPEC behandelen. De hoogste rechtsprekende organen zijn de UK Surpreme Court en – bij vragen van uitleg over Europees recht – het Hof van Justitie EU.
99 Rule 63.17A CPR.

baarheid daarvan wordt steeds een kosten-baten afweging gemaakt.[100] De rechters in de IPEC zijn gespecialiseerd in het IE-recht.[101]

Voor de proceskostenveroordeling gelden *fixed costs:* in procedures over de inbreuk of de geldigheid kan ten hoogste 50.000 GBP aan kosten worden vergoed, in procedures over schadevergoeding of winstafdracht ten hoogste 25.000 GBP.[102] In de Practice Direction zijn tariefschalen opgenomen met maximumtarieven per proceshandeling.[103] Partijen dienen toe te lichten welke kosten betrekking hebben op welke proceshandeling. Blijft een dergelijke uitsplitsing achterwege, dan kan de rechter dat ambtshalve doen. Indien hij dat niet mogelijk acht dan kan hij de kosten of bepaalde kostenposten afwijzen.[104] De beoordeling van de toewijsbaarheid geschiedt vervolgens ook door de rechter die de zaak behandelt, volgens de regels van de *summary assessment* (op basis van de criteria redelijkheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit). Het bedrag waarop de rechter uitkomt wordt vergeleken met het toepasselijke maximumtarief voor de betreffende proceshandeling. Het laagste bedrag van de twee wordt toegewezen.[105] Ten slotte wordt ook het totaalbedrag vergeleken met de in Rule 45.31 CPR genoemde maxima en wordt het laagste bedrag toegewezen. In uitzonderlijke gevallen is een bedrag boven deze maxima toewijsbaar.[106] Er wordt echter zelden afgeweken van de maxima.[107] Uitgangspunt van de IPEC is dat de toegang tot de rechter ook voor kleinere procespartijen in IE-zaken gewaarborgd moet blijven. Dat is volgens vaste rechtspraak van de IPEC slechts dan mogelijk indien rechtzoekenden er zeker van kunnen zijn dat de tarieven stikt worden toegepast.[108]

Small claims track

Voor geschillen waarvan de vordering een waarde van niet meer dan 10.000 GBP vertegenwoordigt, kan de zogenaamde *small claims track* bij de IPEC worden gevolgd. Deze procedure moet voorzien in een onvervulde behoefte aan een snelle, goedkope procedure voor zaken met een gering financieel belang.[109] Met uitzondering van geschillen over octrooien, geregistreerde modellen en kwekersrechten kunnen alle IE-zaken met een beperkt financieel belang via de *small claims track* worden beslecht. In afwijking van de hoofdregel van Rule 45 CPR, komen in de *small claims track* uitsluitend de griffierechten en onkosten (zoals reiskosten) voor vergoeding in

100 Burdon, 2010; The Intellectual Property Enterprise Court Guide, April 2014, gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/426123/intellectual-property-enterprise-court-guide.pdf.

101 IPEC Guide (versie april 2014), par. 1.4.

102 Rule 45.30-32 CPR; Practice Direction 45 section IV; IPEC Guide, April 2014, par. 2.12.

103 Practice Direction 45, Section IV.

104 Cook 2016, p. 418.

105 Cook 2016, p. 418.

106 Rule 45.30.

107 Cook 2016, p. 417.

108 Westwood v Knight [2011] EWPCC 11; Henderson v All Around the World Recordings Ltd [2013] EWPCC 19; Brundle v Perry [2014] EWHC 979 (IPEC). Zie Cook 2016, p. 417; Dack 2016, p. 251.

109 Jackson 2010, hoofdstuk 24, par. 4.1-4.6.

aanmerking.[110] De overige kosten zijn uitsluitend toewijsbaar indien er een contractueel recht op vergoeding van die kosten bestaat.[111] Daarmee is het kostenrisico beperkt.

Procedures bij de High Court en de Patents High Court
In meer complexe IE-zaken waarvan de vordering een hoge waarde (> 500.000 GBP) vertegenwoordigt is de (Patents) High Court bevoegd. Terwijl de High Court bevoegd is in geschillen over auteursrechten, merkenrechten en niet-geregistreerde modellen, dienen zaken over octrooien, kwekersrechten en geregistreerde modellen te worden aangebracht bij de Patents High Court. Anders dan bij de procedures bij de IPEC (waar *fixed costs* gelden), zijn op procedures voor de HC en PHC de normale proceskostenregels van de CPR van toepassing. Een meer robuuste *case*- en *costs management* moet in die procedures waarborgen dat de kosten proportioneel zijn.[112] Bovendien vervult het *Part 36 offer* in die procedures een belangrijke rol (nr. 143).

De verzekerbaarheid van IP litigation
In Engeland & Wales is er een groeiende markt voor *before the event (BTE) IP Legal Expenses Insurance (LEI)* polissen. Dergelijke polissen dekken zowel de eigen proceskosten als de eventuele proceskostenveroordeling in IE-zaken.[113] Vraag en aanbod op het terrein van deze BTE LEI producten voor IE-geschillen worden actief gestimuleerd.[114]

146 Ervaringen met de 'nieuwe' proceskostenregels in de praktijk

De Woolf en Jackson Reforms hebben het kostenlandschap in Engeland ingrijpend veranderd. De vraag rijst in hoeverre de wijzigingen in de CPR doel hebben getroffen.

Uit verschillende evaluaties volgde reeds dat procedures inderdaad sneller en efficiënter verlopen door actievere *case management*. Geschillen leiden sneller en vaker tot schikkingen.[115] *Case management* in combinatie met *costs management* zou, mits goed uitgevoerd, daadwerkelijk bijdragen aan de doelstelling om de kosten voor de toegang tot de rechter binnen proporties te houden.[116] Volgens Jackson, die de evaluatie mede baseert op (schriftelijke) interviews met *practitioners* en rechters,[117] is gebleken dat *costs management* als belangrijk voordeel heeft dat duidelijkheid en

110 Rule 27.14 CPR; Cook 2016, p. 347; Guide to the Intellectual Property Enterprise Court Small Claims Track, July 2014, par. 8, gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/426129/patents-court-small-claims.pdf.
111 Chaplair Ltd v Kumari [2015] EWCA Civ 798; Cook 2016, p. 347.
112 Jackson 2010, p. 251-252.
113 SWD(2016)373 final, p. 14.
114 Zo worden aan startende ondernemingen *vouchers* en *IP finance toolkits* verstrekt die helpen bij het waarderen van IE-rechten en het aangaan van verzekeringen; SWD(2016)373 final, p. 12 en 14.
115 Jackson 2009, p. 1; Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/525.
116 Jackson 2015, p. 3; Jackson 2016, p. 3.
117 Jackson 2015, p. 2.

zekerheid bestaat over de (vergoedbare) kosten. Partijen – maar ook procesfinanciers – kunnen daardoor hun financiële positie beter bepalen. De informatie over de kosten blijkt daarnaast zeer nuttig te zijn in het kader van mediation, maar ook in het kader van een schikking.[118] Schikkingen worden in een eerder stadium getroffen dankzij *costs management*. In procedures die niet worden geschikt, gaat van *costs management* een temperende werking uit. In de wetenschap dat de begroting kritisch zal worden bekeken door rechter en wederpartij, zouden advocaten geneigd zijn een bescheiden begroting te overleggen. Daarmee kan ook worden voorkomen dat de wederpartij met een excessieve begroting aan komt zetten.[119] Het gevolg hiervan is, dat ook de proceskostenveroordeling over het algemeen lager uitvalt.

Er zijn ook nadelen verbonden aan *case* en *costs management*. Het opstellen, uitwisselen, inbrengen en actualiseren van begrotingen zou een tijdrovende en kostbare aangelegenheid zijn. Hetzelfde geldt voor de beoordeling, aanpassing en goedkeuring door de rechter.[120] Slechts een zeer gering percentage van de kosten die gemoeid zijn met de *costs management procedure* kan worden verhaald op de wederpartij (tot 2% van het goedgekeurde bedrag).[121] Advocaten hebben erop gewezen dat het in complexe zaken moeilijk kan zijn te voorspellen wat de kosten zullen zijn. Tot slot is gewezen op *judicial inconsistency* als gevolg van het feit dat rechters *costs management* op verschillende manieren benaderen. Zo zou de toepassing van de proportionaliteitstoets van rechter tot rechter verschillen.[122] Volgens Jackson kunnen deze problemen goeddeels worden opgelost door rechters op te leiden en een *standard form* voor *costs management orders* te ontwikkelen.[123] Ervaren advocaten moeten volgens Jackson ook in complexe zaken in staat zijn voorspellingen te doen over de kosten; voor zover dat niet mogelijk is kunnen herziening van de begroting of zogenaamde *staged budgets* een oplossing bieden.[124] Meer algemeen meent Jackson dat de kosten verbonden aan *costs management* lager zullen worden naarmate daar meer ervaring mee wordt opgedaan. Voor het overige wegen de voordelen van duidelijkheid en zekerheid wat hem betreft ruimschoots op tegen de kosten van het begrotingsproces.[125]

Andere hervormingen, met name ook de afschaffing van de vergoeding van (winst) premies, blijken ook in belangrijke mate te hebben bijgedragen aan de realisering van de doelstelling, de kosten van de civiele procedure in Engeland tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen.[126] Maar de hervormingen zijn nog altijd *work in progress.* Vooral de doeltreffendheid van het proportionaliteitsvereiste staat ter discussie. Het zou een vage term zijn, en toepassing zou tot uiteenlopende,

118 Jackson 2015, p. 3-4.
119 Jackson 2015, p. 4.
120 Cook 2016, p. 224; Jackson 2015, p. 8; Briggs 2015, p. 31.
121 Practice Direction 3E, par. 7.2.
122 Jackson 2015, p. 5; Cook 2016, p. 208.
123 Jackson 2015, p. 9-10.
124 Jackson 2015, p. 8.
125 Jackson 2015, p. 8.
126 Briggs 2015, p. 30-31; Jackson 2016, p. 3.

onvoorspelbare uitkomsten leiden.[127] Illustratief in dit verband is de uitspraak in de zaak *RIM v Visto,* waarin RIM ruim 5 mln GBP had verspijkerd in een 'not very heavy patent case'. De rechter oordeelde dat de kosten van RIM disproportioneel waren omdat de wederpartij 'slechts' 1 mln GBP aan kosten had gemaakt, maar gaf toe niet te kunnen bepalen waar de grens ligt.[128]

Als gevolg van de onzekerheden en de inconsistentie in de rechtspraak zou er een groeiende behoefte zijn aan uitbreiding van het *fixed costs* regime naar andere civiele procedures.[129] In die context wordt gewezen op de goede ervaringen die zijn opgedaan met de vaste tarieven in IE-zaken. De introductie van *fixed costs* bij de IPEC wordt namelijk algemeen beschouwd als succesvol. Niet alleen zou het aantal aangebrachte zaken per jaar aanzienlijk zijn gestegen; ook zaken die voorheen niet zouden zijn aangebracht, zouden sinds de hervormingen wel worden aangebracht bij de IPEC.[130,131] Systematisch onderzoek naar de impact (zowel in kwantitatieve als kwalitatieve zin) naar de doeltreffendheid van de hervormingen van de procedure bij de IPEC van medio 2015, bevestigt dat er een direct verband bestaat tussen de aanzienlijke stijging van het aantal bij de IPEC aangebrachte zaken en de introductie van de *costs cap*.[132] De voorspelbaarheid van het kostenrisico evenals het feit dat de proceskostenveroordeling meestal niet boven 40.000 GBP uitkomt, worden genoemd als de belangrijkste voordelen van het proceskostenregime.[133] Terwijl het aantal bij de IPEC aangebrachte zaken is gestegen, is in de onderzochte periode geen stijging van het aantal aangebrachte IE-zaken bij de High Court en het Patents High Court waargenomen. Daarnaast is geconstateerd dat zowel het aantal *claimants* als het aantal aangebrachte zaken per *claimant* is toegenomen. Het aantal door het MKB aangebrachte zaken is bovendien substantieel toegenomen, zodat in het onderzoek wordt geconcludeerd dat de voornaamste doelstelling van de hervormingen is bereikt. Op basis van een theoretisch model komen de auteurs ten slotte tot de conclusie dat ook het aantal buitengerechtelijke schikkingen is toegenomen sinds de hervormingen van de procedure bij de IPEC, zodat gesproken wordt van een *substantial overall increase* van het aantal IE-geschillen sinds 2010:

> *'In other words, the IPEC reforms may have encouraged parties to enter into disputes with, and to seek redress from, potential IP infringers, where previously they would have not done so. The existence of a larger universe of disputes overall would explain why there is both an increase in filings at the IPEC and at the same time there is a greater share of disputes that settle pre-filing. In other words, the IPEC reforms might have had a substantial effect beyond the courtroom: the reforms appear to have*

127 Andrews 2014, p. 3; Cook 2016, p. 208; Zuckerman 2009, p. 289.

128 RIM UK Ltd v Visto Corp [2008] EWHC 819 (Pat).

129 Jackson 2016; Briggs 2015, p. 30-31.

130 Jackson 2016; Arnold 2013. Het verband tussen de stijging van het aantal zaken en het proceskostenregime wordt verondersteld.

131 Uit de cijfers die Jackson heeft opgevraagd met een *Freedom of Information* verzoek volgt dat er in 2011 116 multi track claims waren ingediend; in 2012 waren dat er 186, in 2013 226, in 2014 195 en in de eerste helft van 2015 133; Jackson 2016, p. 5.

132 Helmers, Lefouili & McDonagh 2015, p. 34. *Active case management* wordt tevens genoemd als belangrijkste oorzaak voor de stijging.

133 Helmer, Lefouili & McDonagh 2015, p. 34.

fundamentally altered the IP dispute landscape, and in doing so they have increased the likelihood that IP holders will attempt to uphold their rights against potential infringers.'[134]

Overigens is ook een jaarlijkse stijging van het aantal *small claims track* procedures bij de IPEC geconstateerd, waarbij geen proceskostenveroordeling wordt uitgesproken.[135] Uit (lopend) onderzoek van de University of Glasgow volgt dat niet alleen het aantal *small claims tracks* bij de IPEC jaarlijks toeneemt, maar ook het aantal *first-time litigants*, die met name over auteursrechtelijke geschillen zouden procederen.[136]

Wat Jackson betreft, wordt daarom zo snel mogelijk overgegaan tot uitbreiding van het *fixed costs* regime, om te beginnen naar alle *fast track* procedures en *lower value* procedures in de *multi track*. Met vaste tarieven voor de vergoeding van de advocaat kan effectief worden gewaarborgd dat zowel de kosten die men vergoed krijgt bij winst als de kosten waarin men bij verlies veroordeeld wordt daadwerkelijk proportioneel zijn tot de zaak. Bovendien, aldus nog steeds Jackson, zorgt het voor zekerheid en voorspelbaarheid, en dat is *'something which most litigants desire and some litigants desperately need'*.[137]

147 Deelconclusie

Het Engelse kostenstelsel heeft het afgelopen decennium een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt. In het streven de kosten van de civiele procedure in Engeland tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen zijn verschillende maatregelen getroffen. *Case* en *costs management* dienen ertoe in een zo vroeg mogelijk stadium duidelijkheid te verschaffen over de kosten. De proportionaliteitstoets en de afschaffing van winstpremies moet waarborgen dat de kosten niet langer *excessive* zijn. Verschillende *funding methods* moeten eraan bijdragen dat ook minder kapitaalkrachtige partijen kunnen procederen. In IE-zaken is de behoefte van met name het MKB aan zekerheid en voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing in belangrijke mate vervuld door *costs caps* te introduceren in procedures bij de IPEC. De ervaringen met het tariefstelsel zijn dermate positief, dat stemmen opgaan het stelsel uit te breiden naar andere civiele procedures. In essentie komen deze ontwikkelingen erop neer, dat zowel de discussieruimte van partijen als de beoordelingsruimte van de rechter op het punt van de proceskostenbeslissing meer en meer worden ingeperkt.

7.4 Duitsland

148 Inleiding

Het Duitse proceskostenstelsel is gebaseerd op het uitgangspunt, dat de rechtsbedeling toegankelijk moet zijn voor eenieder, ongeacht de maatschappelijke status of

134 Helmers, Lefouili & McDonagh 2015, p. 35.

135 Uit het overzicht van Jackson volgt dat in 2011 geen *small claims track* claims zijn ingediend, in 2012 2, in 2013 61, in 2014 113 en in de eerste helft van 2015 50; Jackson 2016, p. 5.

136 Burrow 2015.

137 Jackson 2016, p. 6. Zie ook Zuckerman 2009, p. 289-296.

economische situatie.[138] De toegankelijkheid moet worden verzekerd door drie belangrijke pijlers waarop het Duitse kostenstelsel steunt: regulering, rigiditeit en rechtszekerheid. Gereguleerd zijn zowel de vergoeding die aan de advocaat is verschuldigd als de vergoeding die bij verlies aan de wederpartij moet worden voldaan; deze worden vastgesteld aan de hand van tariefschalen. De gedachte achter de regulering van de vergoedingen is, dat daarmee een evenwicht wordt bereikt tussen het belang van de advocaat bij een adequate vergoeding voor de kosten en geleverde diensten enerzijds, en de belangen van cliënten, hun verzekeraars en de Staat bij een betaalbare toegang tot de rechter anderzijds.[139] Tevens moet met de tarifering worden verzekerd dat de kosten transparant en voorspelbaar zijn voor cliënten, zodat *ex ante* een inschatting gemaakt kan worden van wat de procedure in het meest ongunstige geval gaat kosten en de beslissing om wel of niet te procederen daarop kan worden gebaseerd.[140] Rigide is het systeem, vanwege de strikt gehanteerde tarieven, de beperkte (scherp geformuleerde) uitzonderingen en de beperkte discretionaire ruimte van de rechter bij de proceskostenbeslissing. De daaruit voortvloeiende rechtszekerheid is zodoende het derde belangrijke kenmerk van het Duitse kostenstelsel.

149 De Duitse proceskostenregels

De vergoeding van de advocaat
Zoals de Engelse CPR zijn ook de Duitse proceskostenregels van de Zivilprozessordnung (ZPO) gebaseerd op de *loser pays rule*. Volgens de hoofdregel van art. 91 lid 1 ZPO dient de verliezende partij de kosten van de winnende partij te vergoeden. Het kostenstelsel in Duitsland is evenwel als gezegd sterk gereguleerd. Zowel de vergoeding van de eigen advocaat als de proceskostenvergoeding van de winnende partij worden vastgesteld op basis van aan van overheidswege vastgestelde tarieven, gerelateerd aan het zaaksbelang (*Streitwert*). Hoe hoger het financieel belang, hoe hoger de vergoeding. Het gevolg daarvan is dat de vergoeding die wordt toegekend in geval van vorderingen met een gering belang soms de werkelijk gemaakte kosten niet dekt. Andersom brengt het systeem mee dat de werkelijke kosten in geval van vorderingen met een hoog financieel belang kunnen worden overgecompenseerd. Geringe vorderingen en procedures die op basis van gesubsidieerde rechtsbijstand worden gevoerd worden in wezen gefinancierd door zaken met een hoog financieel belang. Dit wordt ook wel *cross-subsidiation* genoemd.[141]

De door de eiser gevorderde geldsom (schadevergoeding bijvoorbeeld) bepaalt het zaaksbelang. Indien niet een geldsom wordt gevorderd maar een bepaalde (andere) remedie, dan wordt het zaaksbelang bepaald door een berekening of schatting van de waarde van de gevraagde remedie. In IE-zaken, waarin meestal een verbodsvordering wordt gevraagd naast nevenvorderingen zoals opgave, vernietiging van de

138 Jackson 2009, p. 560.
139 Fischmann 2014, p. 102.
140 Wagner 2009, p. 375; Jackson 2009, p. 560; Fischmann 2014, p. 102.
141 Hess & Hübner, 2010, p. 352-353.

inbreukmakende producten en *recall*, wordt aan de hand van verschillende criteria het totale zaaksbelang geschat.[142] Relevante factoren kunnen zijn de waarde van het IE-recht en de zogenaamde *Angriffsfaktor* waarbij de aard en omvang van de inbreuk worden meegewogen.[143] Op geld waardeerbaar zijn aspecten als gederfde royalties (de licentievergoeding die betaald had moeten worden in geval van een hypothetische licentie) en de door de inbreukmaker met de inbreukmakende producten genoten winst. Door de veelheid aan jurisprudentie over dit onderwerp kan het zaaksbelang ook in de minder duidelijke gevallen meestal wel worden bepaald.[144] Indien onzekerheid of onenigheid heerst over de waarde van de vordering, dan is het aan de rechter daarover een beslissing te nemen.[145] Het is dus niet de advocaat, maar uiteindelijk de rechter die het zaaksbelang – en dus het toepasselijk tarief voor de vergoeding – bepaalt.

Het zaaksbelang, in het Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) *Gegenstandswert* genoemd, bepaalt het tarief op basis waarvan de vergoeding van de advocaat wordt vastgesteld.[146] Voor drie categorieën handelingen zijn tarieven vastgesteld voor de vergoeding. De *Verfahrungsgebühr* bepaalt de vergoeding voor de schriftelijke zaaksbehandeling, zoals aanmaningen, de dagvaarding en processtukken. Voor handelingen tijdens de zitting (het pleidooi, het verhoren van getuigen of deskundigen) wordt de *Terminsgebühr* toegepast. De *Einigungsgebühr* ten slotte bepaalt de vergoeding indien een schikking wordt bereikt.[147] Met dit 'bonustarief' is beoogd de advocaat te stimuleren de zaak te schikken.[148] In de eerste *Anlage* bij de RVG is een lijst opgenomen van de punten per soort vergoeding en per instantie. Bij de beroepsinstanties worden meer punten toegekend per categorie *Gebühren*. De reden daarvoor is tweeledig: enerzijds, om de drempel te verhogen (hetgeen de hoger beroepsinstanties moet beschermen tegen een te hoge werklast), anderzijds, omdat ervan wordt uitgegaan dat procederen in hoger beroep vraagt om een meer nauwgezette manier van werken. De hogere kosten die daarmee zijn gemoeid worden gereflecteerd in hogere *Gebühren*.[149] Tenzij de wet anders bepaalt, mogen voornoemde proceshandelingen slechts één keer in rekening worden gebracht bij de cliënt.[150]

---

142 Te denken valt aan de geldigheidsduur van het ingeroepen IE-recht; de verkoopcijfers, omvang en marktpositie van de rechthebbende; de aard, omvang en impact van de inbreukmakende handeling; de mate waarin herhaling valt te verwachten. Een veel toegepaste rekensom is zaaksbelang = jaarlijkse verkoopcijfers x redelijke licentievergoeding x resterende geldigheidsduur van het IE-recht. Zie Lunze & Rektorschek 2015, p. 27.

143 Hildebrandt 2016, p. 249.

144 Wagner 2009, p. 368. Vgl. Lunze & Rektorschek 2015, p. 25-29.

145 Wagner, p. 367-388.

146 Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 5 Mai 2004, zuletzt geändert am 30 Oktober 2008.

147 Van Vlooten 2011, p. 248-249; Sluijter 2011, p. 182-183; Jackson 2016, p. 6-8.

148 Jackson 2009, p. 557.

149 Wagner 2009, p. 370.

150 Art. 15 lid 2 RVG: 'Der Rechtsanwalt kann die Gebühren in derselben Angelegenheit nur einmal fordern.'

Waar de tarieven van het RVG voorheen dwingend waren, hebben zij tegenwoordig te gelden als minimumtarieven. Dat brengt mee dat de advocaat met zijn cliënt dus wel een hoger tarief mag afspreken, maar niet een lager tarief.[151,152] Grote en middelgrote kantoren plegen steeds vaker hun uurtarieven in rekening te brengen, met name bij cliënten in commerciële geschillen.[153] Zoals hierna zal worden uitgelegd, kan in de procedure het bedrag dat de tarieven overstijgt niet worden verhaald op de verliezende wederpartij.

Proceskostenveroordeling

Op grond van art. 91 lid 1 ZPO komen alleen de noodzakelijke kosten voor vergoeding in aanmerking. De term 'noodzakelijke kosten' verwijst naar de vergoeding van de advocaat en de griffierechten op grond van de tariefstelsels van de RVG en het GKG: de vergoeding op basis van deze tarieven komen ex art. 91 ZPO als noodzakelijke kosten volledig voor vergoeding in aanmerking.[154] In dit opzicht zou men geneigd kunnen zijn te spreken van een 'volledige' proceskostenvergoeding in het Duitse recht. Toch zou dat geen adequate omschrijving van het – in de praktijk meer genuanceerdere – systeem zijn.[155] De vergoeding, die de advocaat met de cliënt in afwijking van de tarieven is overeengekomen, kan als gezegd niet worden verhaald op de wederpartij. In tegenstelling tot de wettelijk vastgestelde tarieven, zal de overeengekomen aanvullende vergoeding nooit als *notwendig* worden aangemerkt in de zin van art. 91 lid 1 ZPO.[156] Partijen kunnen overigens wel overeenkomen dat het volledige bedrag aan de winnende partij wordt vergoed.[157] De ratio van de regel van art. 91 ZPO is gelegen in het belang van procespartijen de financiële risico's *ex ante* te kunnen inschatten. Aan de voorspelbaarheid zou afbreuk worden gedaan, indien de bedragen die de tarieven overstijgen ook voor vergoeding in aanmerking zouden komen.[158] Voorts kunnen de kosten worden gecompenseerd in geval van gedeeld gelijk of kan een proportionele proceskostenvergoeding volgen indien men niet op alle punten in het gelijk is gesteld.[159] Op grond van art. 91 lid 2 ZPO zijn bovendien de kosten van slechts één advocaat toewijsbaar. In procedures waarbij meerdere advocaten zijn betrokken, zal een deel van de kosten voor

151 Art. 4(1) RVG; art. 49b lid 1 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO); Hess en Hübner 2010, p. 353; Wagner 2009, p. 374.

152 In Duitsland wordt uitgegaan van de verenigbaarheid van de (minimum)tarieven met het in art. 48 EU-Verdrag neergelegde vrij verkeer van diensten en vestiging. Dit naar aanleiding van het arrest van het HvJ EU in de zaak *Cipolla*, waarin het Hof oordeelde dat de Italiaanse wettelijke tarieven voor de advocaatvergoeding verenigbaar is met de fundamentele vrijheden van de EU; HvJ EU 5 december 2006, C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (*Cipolla*). De verenigbaarheid staat evenwel ter discussie; zie Hess & Hübner 2010, p. 370.

153 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 189; Wagner 2009, p. 374; Jackson 2009, p. 561. Volgens Hess & Hübner is in de praktijk deregulering de trend aan het worden; Hess & Hübner 2010, p. 354.

154 Hess & Hübner 2010, p. 349-371.

155 Zie Hau 2011, p. 1047-1053.

156 Hildebrandt 2016, p. 249; Sluijter 2011, p. 184; Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. 55; Fischmann 2014, p. 102.

157 Wagner 2009, p. 374.

158 Wagner 2009, p. 374.

159 Art. 92 ZPO; Hess & Hübner 2010, p. 367; Sluijter 2011; Wagner 2009, p. 373.

rekening van de cliënt blijven. Tot slot heeft de rechter onder bepaalde omstandigheden (beperkte) ruimte om bij de proceskostenbeslissing rekening te houden met vertragend en/of verstorend gedrag in de procedure. Zo kunnen de kosten voor bijvoorbeeld kansloze bewijsmiddelen of incidenten worden gelaten bij de partij die ze heeft ingediend c.q. opgeworpen.[160]

Overige kosten, zoals reis- en vertaalkosten en kosten van deskundigen en gemachtigden, worden onderworpen aan de noodzakelijkheidstoets van art. 91 lid 1 ZPO. Deze toets is over het algemeen marginaal te noemen. In plaats van een gedetailleerde beoordeling wordt veeleer verwezen naar (patronen die volgen uit) rechtspraak over wat algemeen als noodzakelijk wordt beschouwd.[161] De vergoeding voor deskundigen die door de rechtbank zijn aangesteld is overigens ook gereguleerd. De kosten voor deskundigen die door partijen worden aangesteld blijven meestal deels voor eigen rekening.

De discretionaire ruimte van de rechter bij de proceskostenbeslissing is dus beperkt tot de mogelijkheid van een partiële proceskostenvergoeding of compensatie van de kosten bij gedeeltelijk gelijk, en de (marginale) toets van eventuele overige kosten aan het noodzakelijkheidsvereiste. Enige ruimte heeft de rechter ook in geval van verstorend procesgedrag. Uitgangspunt is echter dat de Duitse rechter zich zoveel mogelijk onthoudt van een uitvoerige beoordeling van de toewijsbaarheid van de kosten. Zekerheid en voorspelbaarheid van de kosten worden in het Duitse recht belangrijker geacht dan een op maat gesneden proceskostenvergoeding, die bovendien zou kunnen leiden tot *satellite litigation* over de vergoedbaarheid van afzonderlijke kostenposten en de aandacht van het materiële geschil zou afleiden.[162]

150 Rechtsbijstand en procesfinanciering

In lijn met het uitgangspunt, dat de rechtspleging toegankelijk moet zijn voor iedereen, kent het Duitse recht verschillende mogelijkheden om civiele procedures te financieren. Aan partijen die voldoen aan de criteria van art. 114 ZPO, kan rechtsbijstand worden verleend.[163] De voornaamste criteria zijn, dat de rechtzoekende in kwestie kan aantonen over te weinig financiële middelen te beschikken om de procedure zelf te kunnen bekostigen, dat de vordering een substantiële kans van slagen heeft en dat deze niet *mutwillig* wordt ingesteld. Vaker echter wordt op basis van een rechtsbijstandsverzekering geprocedeerd, waarbij zowel de eigen kosten als het risico op een proceskostenveroordeling worden gedekt. Door de hoge mate van voorspelbaarheid van de totale kosten van de civiele procedure kan tegen relatief lage premies een rechtsbijstandsverzekering worden afgesloten. De verzekeringsbranche in Duitsland vaart dan ook wel bij het systeem.[164]

---

160 Art. 95-96 ZPO. Zie hierover Sluijter 2011, p. 184 e.v.
161 Fischmann 2014, p. 102.
162 Fischmann 2014, p. 103.
163 Hess & Hübner 2010, p. 349
164 Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. 55; Wagner 2009, p. 379.

Procesfinanciering door advocaten komt zeer weinig voor. Lange tijd was het onder Duits recht namelijk verboden *contingency fees* overeen te komen met de advocaat.[165] Dergelijke afspraken zouden perverse prikkels genereren en niet te verenigen zijn met de positie van de advocaat als onafhankelijke hoeder van het recht.[166] Het Bundesverfassungsgericht oordeelde in 2006 dat een volledig en rigide verbod op de resultaatgerelateerde beloning in strijd is met de *Berufsfreiheit*.[167] Sinds 2008 is het in zeer specifieke omstandigheden toegestaan dergelijke afspraken te maken, namelijk indien de cliënt in verband met de financiële positie en risicohouding ervan zou afzien te procederen tenzij dat op basis van een *contingency fee* zou gebeuren.[168] Op de proceskostenveroordeling heeft het bestaan van een dergelijke afspraak overigens geen enkele invloed.[169]

Voorts kan de vordering in het kader van een gerechtelijke procedure worden verkocht en overgedragen, tenzij partijen de niet-overdraagbaarheid zijn overeengekomen.[170] Procesfinanciering door derden (investeerders, financieringsmaatschappijen) is ook toegestaan en lijkt in opkomst te zijn. Daarbij verplicht de procesfinancier zich tegenover de eisende partij op basis van een *Prozessfinanzierungsvertrag* om de kosten van de advocaat, deskundigen, griffierechten, eventuele andere kosten én de eventuele proceskostenveroordeling te vergoeden. Uitsluitend in geval van winst is de eiser gehouden de procesfinancier een deel van de opbrengst van de toegewezen vordering te betalen.[171] In verband met de strikte toepassing van de tarieven bij de proceskostenveroordeling zijn de risico's zeer nauwkeurig te calculeren. De omstandigheden in het Duitse stelsel lijken dan ook zeer geschikt voor procesfinanciering door derden.[172]

151 Proceskostenveroordeling in IE-zaken

In tegenstelling tot het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Engelse Civil Procedure Rules,[173] maakt de ZPO geen uitzondering voor de proceskostenveroordeling in procedures over (de handhaving van) IE-rechten.[174] De Handhavingsrichtlijn heeft daarin geen verandering gebracht. Volgens de Duitse wetgever zijn de regels over de proceskosten van de ZPO 'völlig kompatibel' met

165 Art. 49b lid 2 BRAO.
166 Wagner 2009, p. 374; Jackson 2009, p. 561.
167 Bundesverfassungsgericht 12 december 2006 (1 BvR 2576/04).
168 Art. 4a RVG; Wagner 2009, p. 375.
169 Art. 4a lid 3 RVG.
170 Art. 398-399 BGB; Hess & Hübner 2010, p. 360; Van Boom 2017, p. 15-16.
171 Zie ook Van Boom 2017, p. 15-16.
172 Wagner 2009, p. 379.
173 Voor zover het procedures bij de IPEC betreft, zie hiervoor par. 7.3.6.
174 Er is wel een speciale regeling voor kleine auteursrechtzaakjes, waarvoor een kostenplafond van 100,- geldt; zie European Observatory – Damages in Intellectual Property rights, p. 86, ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/damages_en.pdf.

de richtlijnbepaling.[175] Dat betekent niet, dat het kostenstelsel een rustig bezit is. In de literatuur worden vraagtekens geplaatst bij de gestelde conformiteit van het rigide tariefstelsel met de flexibele redelijkheid en evenredigheid van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. Volgens critici zijn de dwingende tarieven daarmee niet verenigbaar.[176]

In die context wordt er wel op gewezen dat met name procederen over octrooirechtelijke kwesties kostbaar kan zijn in Duitsland. Kenmerkend voor het Duitse rechtsstelsel is dat verschillende gerechten – onafhankelijk van elkaar – oordelen over de geldigheid van een octrooi en de inbreukvraag (ook wel 'bifurcation' genoemd).[177] Elders in dit boek is uitgelegd dat de aanval op de geldigheid van het ingeroepen IE-recht een gebruikelijke en voor de hand liggende reactie is op een (op handen zijnde) inbreukactie (nr. 87b). In de Nederlandse bodemprocedure kan de nietigheid worden gevorderd in reconventie. In Duitsland echter dient daarvoor een separate procedure aanhangig te worden gemaakt bij het Bundespatentgericht (BpatG). De kosten die daarmee gemoeid zijn zouden de vergoeding op grond van de RVG ruim overstijgen.[178] Maar met name relevant is dat het HvJ EU in het arrest *United Video Properties/Telenet* heeft geoordeeld dat enkel de kosten van octrooigemachtigden die rechtstreeks verband houden met de inbreuk voor vergoeding in aanmerking komen. Dat kan gevolgen hebben voor de toewijsbaarheid van kosten van octrooigemachtigden in procedures bij het BpatG.[179]

Gedurende een lange periode was onzeker of de winnende partij in de nietigheidsprocedure naast vergoeding van de kosten van de octrooigemachtigde (*Patentanwalt*) ook aanspraak kon maken op vergoeding van de kosten van de advocaat.[180] Het Bundesgerichtshof heeft in 2012 geoordeeld dat de kosten van beide vertegenwoordigers voor vergoeding in aanmerking komen indien de inbreukprocedure en nietigheidsprocedure gelijktijdig zijn aangevangen.[181] Zonder parallelle inbreukprocedure komen de kosten voor de advocaat in de nietigheidsprocedure niet voor vergoeding in aanmerking. Het Landsgericht München heeft in 2014 voor het eerst de kosten van de advocaat voor de voorbereiding van een zelfstandige nietigheidsprocedure toegewezen, maar niet zeker is of dit onder alle omstandigheden mogelijk is.[182]

---

175 'Bericht uber die Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums', document verkregen van de Europese Commissie (DG Interne Markt) naar aanleiding van een verzoek op grond van de Verordening 1049/2001. Zie ook Amschewitz 2008, p. 389; Cumming, Freudenthal & Janas 2008, p. 264.

176 Rojahn & Rektorschek 2014, p. 1-15; Fischmann 2014, p. 102; Hildebrandt 2016, p. 249.

177 Rojahn & Rektorschek 2014, p. 4; Fischmann 2014, p. 102.

178 Fischmann 2014, p. 102; Hildebrandt 2016, p. 249.

179 Hildebrandt 2016, p. 249.

180 Fischmann 2014, p. 103; Rojahn & Rektorschek 2014, p. 4.

181 BGH 18 december 2012, zaak X ZB 11/12, *BGHZ* 196/52, *GRUR* 2013/427, p. 26-36.

182 LG München, 27 januari 2014, 21 O 26665/11, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2014/292, p. 292, m.nt. J.P. Rektorschek.

Dat het stelsel niet optimaal genoemd kan worden, komt daarnaast door het feit dat procedures in IE-zaken niet verzekerbaar zijn. De *Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung 1994* sluiten geschillen over octrooien, merken, ontwerpen, modellen en andere intellectuele eigendom expliciet uit.[183] De reden daarvoor is gelegen in de hoge mate van waarschijnlijkheid dát het geschil uitmondt in een procedure, omdat houders van IE-rechten pas een verzekering zouden aangaan wanneer het geschil zich al in een vergevorderd stadium bevindt. Ondanks de omvangrijke *risk pool* die kenmerkend is voor het Duitse stelsel van rechtsbijstandverzekeringen blijkt het kennelijk dus niet mogelijk om procedures in IE-zaken mee te verzekeren.

152 Ervaringen in de praktijk

Inherent aan de civiele procedure is de onzekerheid over de uitkomst van het geschil. Dat is in het Duitse recht niet anders. De kosten van de Duitse civiele procedure zijn in verband met de zware regulering *wel* voorspelbaar. Regulering van de vergoeding voor de advocaat wordt beschouwd als de hoeksteen van het goed functionerende Duitse rechtstelsel. Enerzijds houdt het de kosten van de civiele procedure binnen de perken. Er bestaat geen aanleiding voor advocaten de declarabele uren op te voeren, omdat deze (toch) niet vergoed worden. Gelet op de mogelijkheid van een proportionele proceskostenveroordeling zou men ook niet snel geneigd zijn 'teveel' te vorderen in de procedure; de kosten voor het afgewezen deel van de vordering kunnen immers voor eigen rekening komen in geval van compensatie of een partiële proceskostenveroordeling. Partijen zouden dan ook gestimuleerd worden hun juridische positie zorgvuldig te wegen en enkel de vorderingen of argumenten opwerpen die kans van slagen hebben.[184] Anderzijds stelt de voorspelbaarheid van de kosten rechtzoekenden in staat het kostenrisico eenvoudig en tegen lage kosten te verzekeren of de procedure op een andere wijze te laten financieren.[185] Het is kortom de voorspelbaarheid van de kosten waardoor Duitsland erin lijkt te slagen de toegankelijkheid van rechtsbedeling daadwerkelijk te waarborgen voor iedereen.[186]

De zware regulering heeft ook nadelen. Door de hoge mate van voorspelbaarheid van de kosten zou de schikkingsbereidheid gering zijn. Doorprocederen heeft immers geen invloed op de hoogte van de eventuele proceskostenveroordeling en de risico's van verlies zijn bekend.[187] Het vooruitzicht van de eventuele vergoeding van de *Einigungsgebühr* zou dat maar tot zekere hoogte compenseren. Een ander

183 J. Rutsaert, 'Legal protection insurance – The problems to be solved', p. 360, cordis.europa.eu/pub/patinnova99/docs/3_7_rutsaert.pdf.

184 Wagner 2009, p. 375-376.

185 Vgl. Van Boom 2017, p. 21.

186 Zou de proceskostenveroordeling op basis van (commerciële) uurtarieven geschieden, dan zou dat het einde betekenen van het gehele systeem; Wagner 2009, p. 380.

187 Wagner 2009, p. 376.

nadeel is dat de gefixeerde vergoedingen advocaten te weinig stimulans zouden bieden een tandje bij te zetten. Reeds bij aanvang staat vast hoe hoog de vergoeding zal zijn. Daar komt hooguit nog de *Einigungsgebühr* bij indien de zaak wordt geschikt. Daarbuiten lonen extra inspanningen van de advocaat niet direct de moeite.[188] Over het algemeen is men daarom positief over het feit dat de wetgever afwijkende afspraken in de advocaat-cliënt relatie toestaat, terwijl de tarieven bij de proceskostenveroordeling strikt worden toegepast.[189] Het gevaar ligt evenwel op de loer, dat met name in complexe, *sophisticated* geschillen steeds minder advocaten bereid zullen zijn de zaak tegen het gefixeerde tarief te behandelen.[190] Rechtzoekenden die zijn aangewezen op advocaten die uitsluitend op basis van uurtarieven willen declareren zullen dus flink in de buidel moeten tasten, ook indien zij in het gelijk worden gesteld. Dat zou partijen ervan kunnen weerhouden om te procederen.

Andere nadelen van het Duitse kostenstelsel zijn de beweerdelijke toename van zaken met een gering zaaksbelang en kansloze zaken.[191] Het feit dat vele procedures met een rechtsbijstandsverzekering worden gevoerd zou ertoe leiden dat meer risico's worden genomen. Voor partijen die op eigen kosten procederen zou daarentegen gelden dat zij hun positie juist nauwkeurig beoordelen en minder geneigd zijn zaken met een geringe kans van slagen aan de rechter voor te leggen. Zij draaien immers persoonlijk op voor de – gefixeerde – kosten indien zij verliezen.[192]

153 Deelconclusie

In Duitsland zijn zowel de kosten verschuldigd aan de eigen advocaat als de kosten die bij verlies betaald moeten worden aan tarieven gebonden. De hoogte van de tarieven is gerelateerd aan de waarde van de vordering. Het doel daarvan is maximale zekerheid te bieden ten aanzien van de kosten. Dat draagt bij aan de toegankelijke rechtspleging en het uitstekend functionerend systeem van rechtsbijstandsverzekeringen. Ook aan procederen in Duitsland echter hangt een prijskaartje, en ook daar worden de diensten van gespecialiseerde (IE-)advocaten steeds duurder. De wetgever staat toe dat advocaten met hun cliënten een hogere vergoeding afspreken dan het toepasselijke tarief, maar dan zullen partijen ook bij winst een deel van de kosten zelf moeten betalen. Tegenover de inzet van meerdere advocaten wordt bovendien evenmin een vergoeding gesteld. Ten slotte is van belang dat procedures in IE-zaken niet verzekerbaar zijn in Duitsland. Het is kortom de vraag of de Duitse waarde van toegankelijkheid van rechtsbedeling voor iedereen nog geldt in IE-zaken.

---

188 Hess & Hübner 2010, p. 369; Wagner 2009, p. 380.

189 Rojahn & Rektorschek 2014; Wagner 2009, p. 380.

190 Hess & Hübner 2010, p. 371.

191 Rechters zouden klagen over een toename van het aantal lichtzinnige procedures, maar het bewijs is (vooralsnog) niet geleverd; Hess & Hübner 2010, p. 359.

192 Wagner 2009, p. 376.

7.5 België

154 Rechtsplegingsvergoeding en de toegang tot de rechter

In België geldt het uitgangspunt dat de kosten waarin men bij verlies kan worden veroordeeld zo laag mogelijk moeten zijn omwille van de toegankelijkheid van de rechtsbedeling.[193] Tot de invoering van de Wet van 21 april 2007[194] diende elke procespartij in beginsel zelf de kosten en erelonen van de advocaat te dragen. Op grond van art. 1018 van het Gerechtelijk Wetboek (Ger. W.) kwamen uitsluitend de gerechtskosten, waaronder de zegel- en griffierechten voor rekening van de in het ongelijk gestelde partij.[195] De kosten en erelonen van de advocaten maakten daarvan geen deel uit.[196] In die tijd hebben verschillende (Europese en nationale) ontwikkelingen de discussie over de mogelijke verhaalbaarheid van advocaatkosten op gang gebracht. Eén van die ontwikkelingen was de aanname van de Richtlijn Betalingsachterstanden in 2002, waar in art. 6 is bepaald dat de 'invorderingskosten ontstaan door de betalingsachterstand' vergoed moeten worden.[197] De implementatiewet naar aanleiding van deze richtlijn bevatte daarom voor bepaalde geschillen een 'oplossing' voor de verhaalbaarheid van advocaatkosten.[198] Een andere ontwikkeling was het zogenaamde doorbraakarrest van het Hof van Cassatie van 2004, waarin is geoordeeld dat de advocaatkosten die een noodzakelijk gevolg zijn van de 'wanuitvoering' van een overeenkomst onderdeel kunnen zijn van de schadevergoeding.[199] In de literatuur werd betoogd dat de mogelijkheid van de verhaalbaarheid van advocaatkosten voor uitgezonderde partijen (namelijk schuldeisers in geschillen over betalingsachterstanden c.q. winnende eisers in aansprakelijkheidszaken) in strijd was met het Grondwettelijk non-discriminatie beginsel.[200] Het Grondwettelijk Hof oordeelde in 2006 de situatie inderdaad in strijd was met de Grondwet en gerepareerd moest worden.[201] Naar aanleiding daarvan zijn verschillende wetsvoorstellen opgesteld, die uiteindelijk hebben geleid tot de invoering van de Wet betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van de advocaat die van kracht werd op 1 januari 2008.

---

193 Sagaert & Samoy 2010, p. 218.

194 Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, *B.S. 2007/29541 (2007).*

195 Van Couter & Dhondt 2005, p. 727.

196 Samoy & Sagaert 2007, p. 673-698. Wel kon op grond van art. 1022 Ger. W. onder omstandigheden aanspraak worden gemaakt op een zeer lage 'rechtsplegingsvergoeding' voor bepaalde materiële handelingen.

197 Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties (*PbEU* 2000, L 200/35).

198 Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *B.S. 7 augustus 2002.*

199 Cass. 2 september 2004, *Arr. Cass.* 2004/1271, *RW* 2004/05/535.

200 Zie bijv. Storme 2003, p. 1077-1089; zie ook Sluijter 2011, p. 165.

201 Grondwettelijk Hof 19 april 2006, *RW* 2005/06, 1614. Zie ook Grondwettelijk Hof 14 juni 2006, *RW* 2006/07, 38.

De rechtsplegingsvergoeding is gegrond op het 'procesbeleid en procesrisico'.[202] Zoals in de volgende paragraaf nader uitgewerkt zal worden, behelst de rechtsplegingsvergoeding niet meer dan een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij. De beperkte tegemoetkoming in de advocaatkosten is het resultaat van een zorgvuldige weging van de wetgever van verschillende argumenten pro en contra verhaalbaarheid van advocaatkosten, gebaseerd op de waarborging van de toegang tot de rechter. De wetgever heeft vooral gehoor willen geven aan de betogen van het kamp dat van mening is dat het vooruitzicht in de advocaatkosten van de wederpartij te worden veroordeeld een drempel kan opwerpen in de toegang tot de rechter en, in extreme gevallen, zelfs kan leiden tot schending van het recht.[203] De reden om de verhaalbare kosten te beperken is gezocht in het waarborgen van de toegang tot de rechter voor financieel niet-draagkrachtige partijen en het voorkomen van een 'proces binnen een proces' over het mogelijk terugvorderen van advocaatkosten.[204]

De wetgever heeft gekozen voor een forfaitair tariefsysteem op basis van minimum-, basis- en maximumtarieven omdat daarmee de voorspelbaarheid van de kostenveroordeling en dus het procesrisico zouden worden gediend.[205] Daarnaast zou met een dergelijk systeem worden gewaarborgd dat alle procespartijen gelijk worden behandeld, zoals vereist door art. 6 EVRM en de Belgische Grondwet.[206] Een 'pijnpunt' van het stelsel is dat de tarieven soms ver verwijderd zijn van de werkelijke kosten en de rechter geneigd is terug te vallen op het basisbedrag.[207] Het feit dat een tariefsysteem kan leiden tot een discrepantie tussen de daadwerkelijke gemaakte kosten en de toegekende vergoeding wordt in de literatuur wel afgedaan met het argument, dat het niet-verhaalbare bedrag aan kosten en erelonen moet worden beschouwd als een uitgave waartoe het leven in een gemeenschap nu eenmaal aanleiding kan geven en die eenieder moet dragen.[208]

Toegang tot de rechter en recht op rechtsbijstand

Het recht op rechtsbijstand is in België Grondwettelijk vastgelegd.[209] Partijen die daarvoor in aanmerking komen kunnen gebruikmaken van gesubsidieerde rechtshulp. Dat kan betekenen dat zij worden ontslagen van de betaling van de kosten van rechtspleging of dat zij gebruik kunnen maken van de diensten van een pro-Deoadvocaat.[210] Vooral van de mogelijkheid een rechtsbijstandsverzekering af te

202 Grondwettelijk Hof 18 december 2008, 182/2008, *RW* 2008/09, 29.

203 Wetsvoorstel betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, *Wetgevingsstuk* 2006, 3-1686/5 (MvT).

204 Wetsvoorstel betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat, *Wetgevingsstuk* 2006, 3-1686/1 (MvT); Grondwettelijk Hof 18 december 2008, 182/2008, *RW* 2008/09, 29.

205 Samoy & Sagaert 2007, p. 683.

206 Grondwettelijk Hof 18 december 2008, 182/2008, *RW* 2008/09, 29.

207 Wagner 2014, p. 525.

208 De Temmerman 2004, p. 1401-1416.

209 Art. 23 Grondwet.

210 Art. 664 Ger. W.; Sagaert & Samoy 2010, p. 223.

sluiten zou in de periode 2000-2010 relatief weinig gebruik zijn gemaakt.[211] Verwacht werd dat de mogelijkheid van een rechtsplegingsvergoeding de verzekeringsbranche een impuls zou geven omdat procespartijen het risico op een proceskostenveroordeling zouden willen afdekken.[212] De wetgever heeft voorts verschillende initiatieven genomen om het afsluiten van een rechtsbijstandsverzekering te promoten, zoals de invoering van belastingrechtelijke voordelen.

155 De Belgische proceskostenregels

Vergoeding van de advocaat
Advocaten mogen de vergoeding met hun cliënten vrijelijk overeenkomen, maar met de bescheidenheid die van hun functie mag worden verwacht.[213] Een beding over de vergoeding van de advocaatkosten dat uitsluitend verbonden is aan de uitslag van het geschil, is verboden.[214] De reden voor het verbod is gelegen in het waarborgen van de onafhankelijkheid en waardigheid van de advocaat, door hem te verbieden zelf een rechtstreeks belang bij de afloop van de zaak te hebben.[215]

Proceskostenveroordeling
De Belgische proceskostenveroordeling is een uitwerking van het *loser pays*-beginsel. Art. 1017 van het Gerechtelijk Wetboek (Ger. W.) bepaalt dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure wordt veroordeeld. Zoals in de vorige paragraaf aan de orde is gekomen is de rechtsplegingsvergoeding, die dient ter tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij, forfaitair vastgesteld (art. 1022 Ger. W.). De forfaitaire tarieven zijn bij Koninklijk Besluit vastgesteld en neergelegd in de Wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat.[216] De hoogte van de vergoeding is gerelateerd aan de hoogte van de vordering. De rechter kan op verzoek het basisbedrag naar boven of naar beneden vaststellen, waarbij rekening wordt gehouden met de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij en het kennelijk onredelijk karakter van de situatie. De maximum- en minimumbedragen mogen echter niet worden overschreden.[217] Voor vorderingen met een waarde tot € 250 is het basisbedrag € 180, en

211 Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. 46.
212 Sagaert & Samoy 2010, p. 222.
213 Art. 446ter Ger. W.
214 Art. 446ter Ger. W. Zie hierover Samoy & Sagaert 2010, p. 228.
215 Faure, Fernhout & Philipsen 2009, p. 44.
216 Koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in art. 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van art. 1-13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat, *BS* 9 november 2007, p. 56834; De tarieven zijn in 2011 met 10% verhoogd, zie *BS* 28 februari 2011, p. 14068. Op 1 juni 2016 zijn de tarieven wederom met 10% verhoogd. De geldende tarieven zijn te raadplegen via rechtbanken-tribuneaux.be/nl.
217 Art. 1022 Ger. W.

gelden de minima en maxima van € 90 respectievelijk € 360. Voor vorderingen met een waarde van meer dan 1 mln is het basisbedrag € 18.000 en zijn de respectievelijke minima en maxima € 1200 en € 36.000. Voor een niet op geld waardeerbare vordering geldt het basisbedrag van € 1440 en bedragen de minima en maxima € 90 c.q. € 12.000.

Voor de IE-praktijk is van belang dat procedures over de handhaving van IE plegen te worden aangemerkt als 'niet op geld waardeerbaar' indien de eisende partij een verbodsvordering (in kort geding) instelt. Indien de eisende partij in een 'normaal' geding schadevergoeding of winstafracht vordert, is de vordering wel in geld waardeerbaar en gelden de aan de waarde van de vordering gerelateerde tarieven.

Afwijken door de rechter
De rechter heeft een zekere ruimte ten aanzien van de proceskostenbeslissing bij de bepaling van het gelijk. Op grond van art. 1017, derde lid Ger. W. kunnen de kosten 'worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt', hetzij wanneer de partijen 'onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld', hetzij wanneer partijen een familieband hebben. Daarvoor is niet vereist dat partijen wederzijdse vorderingen hebben ingesteld.[218] De manoeuvreerruimte van de rechter tussen de basis- minimum- en maximumbedragen is als gezegd afhankelijk van een verzoek van partijen, het basisbedrag naar boven of naar beneden bij te stellen. De rechter mag niet ambtshalve afwijken van het basisbedrag.[219] De beslissing van de rechter af te wijken van het basisbedrag dient steeds met goede redenen te worden omkleed, zelfs indien de in het ongelijk gestelde partij het afwijkend bedrag niet heeft betwist.[220] De motiveringsplicht geldt bovendien onverminderd indien beide partijen een hoger bedrag aan rechtsplegingsvergoeding vorderen dan het toepasselijke basisbedrag.[221]

Afwijken door partijen
De ruimte van partijen af te wijken van de regels is beperkt tot afspraken dat geen vergoeding boven het basisbedrag verschuldigd is of dat bepaalde optionele kosten zullen worden gedragen door de verliezende partij.[222] Op grond van art. 1017 jo. art. 1023 Ger. W. is elk beding op grond waarvan een hoger bedrag aan kosten dan wettelijk verschuldigd zou worden indien deze 'in rechte zou worden geëist' nietig. Deze regel, die van openbare orde is, is gegrond op het recht van iedere partij zich te verdedigen in rechte.[223]

---

218 Cass. 19 januari 2012, F.10.0142.N., via cass.be.
219 Wagner 2014, p. 527.
220 Cass. 21 oktober 2011, C.09.0463.F., via cass.be.
221 Cass. 22 april 2010, C.09.0270.N., via cass.be.
222 Art. 1017 Ger. W.; Sagaert & Samoy 2010, p. 235.
223 Sagaert & Samoy 2010, p. 235; De Jaeger & Claeyé 2016, p. 1-3.

156 Proceskostenveroordeling in IE-zaken

In België heeft art. 14 Handhavingsrichtlijn niet geleid tot omzetting. Volgens de wetgever is een 'bijkomende maatregel' op dit punt niet nodig, omdat 'art. 1017 Ger. W. reeds een bepaling bevat in verband met de gerechtskosten, dat conform art. 14 van de richtlijn is'.[224] De wetgever vervolgt:

> *'Wat betreft het begrip 'andere kosten' moet gedacht worden aan honoraria van de advocaten en van experten die partijen bijstaan. Wat dit vraagstuk betreft kan onder meer verwezen worden naar het arrest van het Hof van Cassatie van 2 september 2004. Een eventueel wetgevend optreden op dit vlak dient op horizontale wijze te geschieden en valt buiten het bestek van dit wetsontwerp.'*

Het resultaat van het 'eventueel wetgevend optreden op horizontale wijze' op het punt van de 'andere kosten' werd twee dagen na de bekrachtiging van de implementatiewet zichtbaar, toen de Wet van 21 april 2007 in werking trad. Door geen afwijkend proceskostenregime te aanvaarden in IE-zaken heeft de wetgever duidelijk eenzelfde discussie willen voorkomen als rond de implementatie van de Richtlijn betalingsachterstanden.

Zoals in Duitsland, is ook in België een beweging op gang gekomen tegen de strikte toepassing van het forfaitaire tariefstelsel in IE-zaken.[225] Betoogd is dat de Belgische rechtspraak in IE-zaken waarin – althans voor zover het verbodsvorderingen in kort geding betreft – niet meer dan het basisbedrag zou worden toegewezen,[226] niet verenigbaar is met de redelijkheid en evenredigheid van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. In deze context wordt soms gewezen op de veel hogere vergoedingen voor advocatenhonoraria die in Nederlandse procedures over handhaving van IE-rechten worden toegewezen op grond van art. 1019h Rv. Herhaaldelijk zijn pogingen gedaan om de Belgische rechter te bewegen tot ruimere proceskostenvergoedingen in IE-zaken, doch steeds tevergeefs. Rechters namen steevast tot uitgangspunt dat aangezien de Wet van 21 april 2007 betreffende rechtsplegingsvergoeding tot stand is gekomen na de Handhavingsrichtlijn (en de TRIPs-overeenkomst), de wetgever daarmee rekening zal hebben gehouden en dat de Belgische wetgeving daarmee in overeenstemming zal zijn.[227] Het Brusselse Cour d'Appel heeft expliciet geoordeeld dat sprake kan zijn van een redelijke en evenredige proceskostenvergoeding op basis van de forfaitaire tarieven, ondanks dat deze niet integraal is.[228]

---

224 Wetsontwerp I, Betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, DOC 51 2943/001; Wetsontwerp II, Betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, DOC 51 2944/001 (2007).

225 Deene 2011, p. 946 e.v.; zie ook Maeyaert 2012, p. 95 e.v.

226 Maeyaert 2012, p. 102; Deene 2009, p. 518-547; Keustermans 2009; A. Puts & G. Verfaille, annotatie bij Cour d'Appel de Bruxelles 4 september 2007, *T.B.H.* 2008-5, p. 432.

227 Zie bijv. Hof van Beroep Gent 2 maart 2009, 2006/AR/115; Hof van Gent 19 januari 2009, 2006/AR/885. Op de veronderstelling, dat een Belgische wet die van latere datum is dan een om te zetten Europese richtlijn correct zal zijn omgezet, is stevige kritiek geleverd: zie bijv. Deene 2011, p. 951.

228 Cour d'Appel de Bruxelles 4 september 2007, *T.B.H.* 2008-5.

Ook in België kunnen de kosten in met name octrooigeschillen hoog oplopen, als gevolg van de complexiteit, de technische aspecten van de inbreukvraag en de vereiste specialistische bijstand.[229] De vraag naar de verenigbaarheid van het Belgisch kostenstelsel met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn lijkt in dergelijke zaken nog prangender te zijn. In Novozymes/DSM Food Specialties kreeg DSM niet meer dan een bedrag van € 11.000 vergoed – het op dat moment geldend maximumbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen – terwijl de werkelijke kosten € 259.609,93 bedroegen. De Rechtbank van Gent wees het verzoek van DSM een prejudiciële vraag te stellen over de conformiteit van de regeling met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn van de hand.[230]

Niet minder dan 3 jaar later werd de vraag alsnog gesteld aan het Hof van Justitie EU en wel door het Hof van Beroep Antwerpen in de zaak *Telenet/United Video Properties*.[231] In die zaak maakte Telenet aanspraak op een volledige proceskostenvergoeding nadat UVP had besloten afstand te doen van hoger beroep in de inbreukprocedure tegen Telenet. De reden daarvoor was de nietigverklaring van het door UVP ingeroepen octrooi door de Engelse rechter. Telenet had inmiddels ruim € 185.000 aan advocaatkosten besteed aan het (succesvol) voeren van verweer in de inbreukprocedure en tegen de geldigheid van het ingeroepen octrooi, maar kreeg op basis van het op dat moment toepasselijk tarief slechts € 11.000 vergoed. De vordering van Telenet tot vergoeding van de kosten van de octrooigemachtigde ad € 40.400 werd geheel afgewezen op grond van de regel dat de kosten van een technische raadgever in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen, tenzij deze het noodzakelijke gevolg zijn van een (contractuele of buitencontractuele) fout.

De vraag, of het Belgische stelsel van forfaitaire tarieven verenigbaar is met de begrippen 'redelijk en evenredig' van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn had A-G Campos Sánchez-Bordona op 5 april 2016 nog bevestigend beantwoord. Volgens de A-G is het vooral aan de Belgische rechter om de grens te bepalen waarboven de op de verliezende partij verhaalbare kosten niet langer redelijk zijn, rekening houdend met onder meer de rechtscultuur en de omstandigheden van de rechtsbijstand in België.[232] Het HvJ EU daarentegen heeft bij arrest van 28 juli 2016 geoordeeld dat dat een regeling waarbij een absolute grens wordt vastgesteld voor de advocaatkosten in beginsel gerechtvaardigd kan zijn, *mits* deze regeling waarborgt dat die grens de tarieven weerspiegelt die daadwerkelijk gelden voor de diensten van advocaten op het gebied van IE en dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de verliezer worden gedragen.[233] Hoewel

---

229 Zie ook Hof van Beroep Antwerpen 26 januari 2015, *IEF* 14605 (*United Video Properties/Telenet*), par. 4.3.3.3.

230 Rechtbank van Gent, Vijfde Kamer, 8 maart 2012, nr. A/09/03765 (*Novozymes/DSM Food Specialties*).

231 Hof van Beroep Antwerpen 26 januari 2015, *IEF* 14605 (*United Video Properties/Telenet*).

232 Conclusie A-G Campos (ECLI:EU:C:2016:201) inzake HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), sub 76.

233 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 30-32.

niet nader is toegelicht wanneer sprake is van een 'significant en passend deel van de redelijke kosten', kan vermoedelijk wel worden gesteld dat het Belgisch stelsel niet aan de criteria van het arrest voldoet. De vraag welke implicaties het arrest heeft voor het Belgische tariefstelsel is evenwel geen eenvoudige. Omdat de wetgever de bevoegdheid om de bedragen van de rechtsplegingsvergoeding te begroten exclusief aan de Koning heeft toevertrouwd, acht de rechter zich niet vrij om afwijkingen van de (maximum)tarieven toe te staan.[234] Richtlijnconforme interpretatie is in strijd met de wet en daarom niet mogelijk. Betoogd is dat de Belgische wetgever het tariefstelsel in overeenstemming zal moeten brengen met het arrest door ofwel de tarieven aan te passen, ofwel door art. 1022 Ger.W. te wijzigen.[235]

Over de tweede vraag naar de houdbaarheid van het foutcriterium als noodzakelijke voorwaarde voor de toewijzing van de kosten van technische raadgevers waren de A-G en het HvJ EU het overigens wel eens. Dergelijke kosten vallen onder de noemer 'andere kosten' die ex art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn voor vergoeding in aanmerking komen, mits de kosten rechtstreeks en nauw verbonden zijn met een vordering in rechte die ertoe strekt de eerbiediging van een intellectuele-eigendomsrecht te waarborgen.[236] Als sprake is van een rechtstreeks en nauw verband, dan mag het foutcriterium niet worden toegepast.

De situatie in België is thans zo dat het tariefstelsel vooralsnog in stand wordt gelaten, terwijl de kosten van gemachtigden wel (integraal) verhaald kunnen worden op de verliezende partij. Dat roept de vraag op, of het systeem van forfaitaire kosten voor bijstand door een advocaat niet discriminerend is. Reeds in 2009 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat het onderscheid tussen de beperkte vergoeding van de kosten van rechtsbijstand enerzijds en de volledige vergoeding van de kosten voor bijstand van een technisch raadsman anderzijds, niet in strijd is met het non-discriminatiebeginsel.[237] Laatstgenoemde kosten maken deel uit van de schade die de verliezende partij moet vergoeden op grond van haar contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid. In België geldt het uitgangspunt, dat deze schade volledig verhaalbaar is op de aansprakelijke partij. Voor zover het kosten betreft die

234 Art. 1022 Ger.W *in fine* bepaalt: 'Geen partij kan boven het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding worden aangesproken tot betaling van een vergoeding voor de tussenkomst van de advocaat van een andere partij.'

235 De Jaeger & Claeyé, p. 1-3. In het arrest na verwijzing van 8 mei 2017 heeft het Hof van Beroep Antwerpen inderdaad geoordeeld dat Rovi (voorheen 'United Video Properties') niet tot meer dan de forfaitaire bedragen van het Koninklijk Besluit zou kunnen worden veroordeeld, omdat de Belgische rechter binnen zijn bevoegdheden dient te blijven en niet *contra legem* mag oordelen. De Handhavingsrichtlijn heeft geen rechtstreekse werking zodat daarop geen beroep kan worden gedaan om een van de forfaitaire bedragen afwijkende vergoeding te verkrijgen. Per instantie is dan ook niet meer dan € 12.000 aan proceskosten toegewezen (van de ruim € 260.000); Hof van Beroep Antwerpen 8 mei 2017, *I.R.D.I.* 2017/1, m.nt. J.D. Lindemans *(Rovi/Telenet)*. Hierop is kritiek geuit; zie Lindemans in zijn annotatie bij het arrest in I.R.D.I. 2017/1.

236 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 33-40.

237 Grondwettelijk Hof 5 februari 2009, nr. 15/2009, Justel 20090205-2.

onder (het toepassingsbereik van) art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn vallen, geldt evenwel dat deze evenzeer getoetst moeten worden aan de redelijkheid en evenredigheid. De kosten van merk- of octrooigemachtigden (maar ook van bijvoorbeeld marktonderzoeken) zouden met andere woorden slechts dan voor vergoeding in aanmerking moeten komen voor zover zij redelijk en evenredig zijn in de zin van de richtlijn.[238]

157 Deelconclusie

In België geldt een kostenvergoedingsstelsel op basis van tarieven. Deze tarieven komen meestal niet in de buurt van de werkelijke kosten voor de diensten van de advocaat. Het stelsel is van openbare orde, zodat afwijkingen niet zijn toegestaan. Daarmee is zowel de discussieruimte van partijen als de beslissingsruimte van de rechter zeer beperkt. Het stelsel, dat ook geldt in IE-zaken, is onderwerp geweest van de prejudiciële procedure in de zaak *United Video Properties/Telenet*. Gelet op het oordeel van het HvJ EU – dat een tariefstelsel toelaatbaar is mits deze regeling waarborgt dat die grens de daadwerkelijke tarieven weerspiegelt – zal het stelsel mogelijk niet in stand kunnen blijven. In België zullen ofwel afwijkende tarieven moeten worden vastgesteld in IE-zaken, ofwel afwijkingen van de tarieven zullen moeten worden toegestaan.

7.6 Conclusies

158 Algemeen

In dit hoofdstuk is onderzocht op welke wijze de kostenstelsels van Engeland & Wales, Duitsland en België zijn vormgegeven. Gebleken is dat de invulling per land uiteenloopt, maar dat er ook overeenkomsten zijn.

159 *Loser pays* … maar niet altijd

Alle onderzochte stelsels huldigen het *loser pays*-beginsel, maar bij de vaststelling wie *loser* is en wie *pays* zijn verschillen geconstateerd tussen Engeland enerzijds en Duitsland en België anderzijds. Laatstgenoemde stelsels gaan uit van een meer technische vaststelling van (de mate van) het gelijk en lijken in dat opzicht op het Nederlandse stelsel. De partij, wier vordering geheel of gedeeltelijk is toegewezen, heeft gelijk en krijgt een (proportionele) kostenvergoeding toegewezen op basis van het tariefstelsel. Indien beide partijen (on)gelijk krijgen dan kan de rechter beslissen dat de kosten worden gecompenseerd. De discretionaire ruimte van de rechter bij de proceskostenbeslissing is hoofdzakelijk beperkt tot het bepalen waar het omslagpunt ligt. Enige ruimte om van de hoofdregel af te wijken heeft de rechter wel in beide stelsels, maar daarbij dient hij de nodige terughoudendheid te betrachten. Veel meer ruimte voor een van de *loser pays*-regel afwijkende proceskostenveroordeling heeft de rechter in Engeland, die bij de beslissing rekening kan houden met tal van in

238 Van Nispen, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/35, sub 18.

de CPR genoemde omstandigheden. Op basis van de *issue-based approach* kan de rechter zelfs oordelen dat de winnende partij (een deel van) de kosten van de verliezer moet vergoeden. De *court's discretion* ten aanzien van de bepaling van 'het gelijk' staat kortom voorop bij de Engelse proceskostenbeslissing.

160 *Loser pays*... maar niet *'all'*: de invloed van art. 47 Handvest

Het vooruitzicht geconfronteerd te worden met hoge proceskosten kan belemmerend, zelfs prohibitief zijn voor rechtzoekende partijen. Art. 47 Handvest (en 6 EVRM) vereist dan ook, dat het geheel aan kosten niet een te hoge drempel opwerpt om te procederen. Alle onderzochte kostenstelsels hebben bij de invulling daarvan vooral oog gehad voor de belangen van de verliezer, niet geconfronteerd te worden met onevenredig hoge c.q. niet *notwendige* kosten van de wederpartij. In mindere mate lijkt aandacht te zijn voor de belangen van de winnaar, om niet met kosten te blijven zitten die niet verhaald kunnen worden op de wederpartij. In beide gevallen gaat het echter om kosten die in verband met de verdragsrechtelijke eisen niet te hoog mogen uitvallen. Of de onderzochte stelsels voldoende waarborgen bieden in dit verband, kan worden betwijfeld.

In Engeland is lange tijd vooral nadruk gelegd op het belang van *indemnification* van de winnaar. Dat kan worden verklaard door het feit dat de kosten voor de procesvertegenwoordiging zowel in absolute als in relatieve zin hoog zijn. Traditioneel wordt tot uitgangspunt genomen dat daar een substantiële vergoeding tegenover moet staan. Als een winnende partij haar schade vergoed krijgt maar in verband met de kosten minder overhoudt onder de streep (lees: moet bijbetalen), dan is de hele procedure zinloos geweest, zo was de heersende gedachte. In de praktijk heeft men evenwel ervaren wat de effecten zijn van een ruime proceskostenvergoeding: het drijft de private en publieke kosten verder op tot disproportionele hoogtes,[239] waardoor de rechtsbedeling op den duur slechts nog toegankelijk is voor *sophisticated* partijen en goed verzekerde partijen. Sinds de Woolf en Jackson Reforms is daarom de aandacht verlegd naar de positie van de verliezende partij. *Case* en *costs management*, de afschaffing van de vergoeding van winstpremies, het *Part 36 offer* en de proportionaliteitstoets moeten waarborgen dat de verliezende partij niet meer dan de evenredige kosten hoeft te vergoeden. De proportionaliteitstoets vervult echter niet de behoefte aan zekerheid en voorspelbaarheid, waardoor de roep om normering van de proportionaliteit aan de hand van gefixeerde tarieven steeds luider klinkt. Volgens de 'hervormers' kan alleen met een tariefstelsel effectief worden verzekerd dat zowel de kosten die men vergoed krijgt bij winst als de kosten die betaald moeten worden bij verlies proportioneel zijn.

---

239 Zo zijn partijen sneller geneigd om er nog een schepje bovenop te doen in de veronderstelling dat de kosten toch vergoed worden en dat een extra investering de kansen vergroot. Ook kan een ruime proceskostenvergoeding leiden tot geschillen binnen het geschil, hetgeen zowel de kosten van partijen als de systeemkosten opvoert. Zie ook Sluijter 2011, hoofdstuk 6.

In die context wordt verwezen naar de situatie in het Duitse recht, waar de strenge regulering van de vergoeding van advocaatkosten moet waarborgen dat de rechtspleging voor iedereen toegankelijk is. Duitsland kent een goed functionerend systeem van rechtsbijstandverzekering, waarvan de voorspelbaarheid en transparantie van de kosten de spil vormen. Tegelijkertijd wordt met het stelsel beoogd de winnende partij 'volledig' te compenseren voor de gemaakte kosten, door de tarieven van de vergoeding waarop men recht heeft bij winst af te stemmen op de tarieven voor de vergoeding van de eigen advocaat. Het evenwicht dreigt daar echter te worden verstoord, omdat met name in de commerciële advocatuur vaak meerdere advocaten betrokken zijn en steeds vaker afwijkende vergoedingen worden overeengekomen, die niet verhaald kunnen worden op de verliezende partij en waarvoor geen mogelijkheid bestaat de risico's te verzekeren. Voor bepaalde rechtzoekenden kan dat prohibitief zijn. Van belang is bovendien dat procedures in IE-zaken niet verzekerbaar zijn in Duitsland.

In opzichten is het Duitse kostenstelsel vergelijkbaar met het Belgische, dat eveneens wettelijk vastgelegde en dwingende tarieven kent. In België heeft men bij winst in de civiele procedure recht op niet meer dan een (gemaximeerde) tegemoetkoming in de advocaatkosten. Aldus staat in België de bescherming van de verliezende partij tegen een te hoge proceskostenveroordeling voorop. Voor de positie van de winnende partij lijkt nauwelijks aandacht te zijn. Terwijl de kosten van met name de commerciële advocatuur zouden stijgen, blijven de tarieven van het Koninklijk Besluit onveranderlijk laag afgesteld. De *recoverable gap* tussen de gemaakte kosten en de bij winst toe te kennen vergoeding wordt ook daar steeds groter.

161 De (afwezige) invloed van de Handhavingsrichtlijn

Behalve in Nederland, wordt vooralsnog alleen in Engeland een uitzondering gemaakt voor proceskostenveroordeling in (bepaalde) IE-zaken. Terwijl in Nederland is gekozen voor een stelsel van ruime proceskostenveroordeling in alle soorten IE-handhavingsprocedures, is in Engeland aan de roep van met name het MKB om meer zekerheid en voorspelbaarheid van de kosten in IE-zaken gehoor gegeven door de introductie van een tariefstelsel in procedures bij de IPEC. Daar worden de kosten die voor vergoeding in aanmerking komen vastgesteld aan de hand van gefixeerde tarieven, waarbij de vergoeding is gemaximeerd tot een *costs cap*. Daarnaast worden zogenaamde *small claims* met een gering belang over met name auteursrechtinbreuken beslecht zonder dat een proceskostenveroordeling wordt uitgesproken. Aanleiding tot de invoering van IE-procedures met een eigen proceskostenregime was niet (direct) de inwerkingtreding van de Handhavingsrichtlijn, maar de constatering van Jackson in 2009-2010 dat *IP litigation* in verband met de hoge kosten met name voor het MKB onbetaalbaar was geworden. De afwezigheid van enige invloed van betekenis van de Handhavingsrichtlijn blijkt ook wel uit het feit dat de kostenregels niet het kunstmatige onderscheid volgen tussen procedures ter handhaving van IE-rechten (die onder de werkingssfeer van de Handhavingsrichtlijn

vallen) enerzijds en 'overige' procedures over IE-rechten.[240] Welke procedurele route wordt gevolgd en dus welke proceskostenregels van toepassing zijn, hangt vooral af van de aard van het materiële geschil, de complexiteit en het zaaksbelang.

In Duitsland en België heeft de inwerkingtreding van de Handhavingsrichtlijn niet geleid tot een afwijkend regime in IE-zaken. Terwijl de Duitse wetgever meende dat de geldende regels voldoen aan art. 14, stond de Belgische wetgever op het meer principiële standpunt dat vergoeding van proceskosten een nationaal en horizontaal vraagstuk is. Ondertussen zwelt sinds het arrest *United Video Properties/Telenet* in beide landen de kritiek op de rigide toegepaste tariefstelsels aan, omdat dat die niet verenigbaar zouden zijn met de proceskostenbepaling van de Handhavingsrichtlijn. Denkbaar is dat als gevolg van het arrest in ieder geval de Belgische regelgeving aangepast zal moeten worden.

162 Conclusie: verenigbaar met EU-recht?

Wanneer de stelsels voor zover mogelijk worden getoetst aan het normatieve beoordelingskader van hoofdstuk 2 en 3, kan niet zonder meer worden gesteld dat de meer rigide kostenregels van België en Duitsland niet verenigbaar zijn met EU-recht (en de flexibele Engelse regels van de CPR, bijvoorbeeld, wel). Zoals aan de orde is gekomen, is behalve evenredigheid vereist dat het stelsel voldoet aan de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen. Op dat punt lijken de Duitse en Belgische kostenregels juist hoog te scoren. Wat het evenredigheidsbeginsel betreft kan worden betoogd dat in het Belgische stelsel – in tegenstelling tot het Duitse – wel rekening kan worden gehouden met ernst, omvang en impact van inbreuken, maar dat die ruimte is ingeperkt door de absolute minimum- en maximumtarieven en bovendien weinig lijkt te worden benut. In Engeland is met het tariefstelsel in procedures bij de IPEC vooral beoogd rechtszekerheid te bieden. Aan het evenredigheidsbeginsel lijkt in zoverre recht te worden gedaan, dat geringe inbreuken via de *small claims track* kunnen worden beslecht en de meer complexe en omvangrijke procedures aan de (Patent) High Court worden voorgelegd. Laatstgenoemde procedures zijn echter weer onderworpen aan de algemene kostenregels van de CPR, waarbij weliswaar veel ruimte is voor maatwerk maar waar weinig rechtszekerheid van uitgaat. Zo bezien is er niet een stelsel dat aan alle vereisten voldoet, en lijken andersom de vereisten van evenredigheid, gelijkheid der procespartijen en rechtszekerheid moeilijk te verenigen in één stelsel.

Doorslaggevend voor de vraag naar de verenigbaarheid van de stelsels met EU-recht zijn de respectievelijke 'scores' op de punten van de vereiste doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming. Die toets is meer gecompliceerd en vergt (empirisch) onderzoek naar de effecten van de verschillende stelsels. Over de inzichten die in dit verband zijn opgedaan uit literatuur en praktijk handelt het navolgende hoofdstuk.

---

240 Te denken valt aan procedures over de geldigheidsvraag of over de vraag, wie als de rechthebbende heeft te gelden.

8. DE EFFECTEN VAN PROCESKOSTENVEROORDELING OP DE TOEGANG TOT DE RECHTER: THEORIE EN PRAKTIJK[1]

8.1 Inleiding

163 Art. 1019h Rv in de praktijk: effecten en effectiviteit

Ten grondslag aan de regel 'proceskostenveroordeling op basis van het gelijk' liggen vaak principiële uitgangspunten als rechtvaardigheid, billijkheid en de toegankelijkheid van de rechtsbedeling. De regel kan echter ook een instrument zijn om het gedrag van de actoren in het burgerlijk proces beïnvloeden, en als zodanig worden gebruikt om bepaalde negatieve verschijnselen in het burgerlijk proces tegen te gaan, dan wel positieve verschijnselen te stimuleren. Zo wordt in Europa het uitgangspunt van *loser pays* algemeen gehuldigd omdat het lichtvaardig procederen en *nuisance suits* zou ontmoedigen. Financiële drempels in de toegang tot de rechter voorkomen het ontstaan van een procedeercultuur – en daarmee een overbelast rechtssysteem.[2] Daarnaast gelden in vele stelsels regels op basis waarvan de rechter kan afwijken van de *loser pays*-regel of kostensancties kan opleggen. Dergelijke regels hebben meestal ten doel kansloze argumenten en onwenselijk (verstorend of vertragend) procedeergedrag te ontmoedigen.[3] Regels of tarieven aan de hand waarvan kosten gematigd c.q. genormeerd worden dienen te waarborgen dat proceskostenveroordelingen niet prohibitief hoog uitvallen zodat de rechter ook voor minder vermogenden toegankelijk blijft. Specifiek met betrekking tot handhavingsprocedures in IE-zaken bepaalt art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn dat partijen een substantiële (redelijke en evenredige) proceskostenvergoeding in het vooruitzicht moet wordt gesteld, hetgeen de toegang tot de rechter zou moeten verruimen voor IE-rechthebbenden. Daarvan moet tevens een afschrikkend effect op inbreukmakers uitgaan.[4]

---

1 Zie ook Vrendenbarg 2017, p. 80-104.

2 Wilman 2014, p. 354-358; Fishmann 2014, p. 105; Posner 2014, p. 810.

3 Het onderwerp van de dissertatie van Sluijter: P. Sluijter, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de rekening van verstorend procesgedrag*?, Deventer: Kluwer 2011.

4 HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668 (*Realchemie/Bayer*); HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15 (*United Video Properties/Telenet*). Zie hiervoor par. 2.6.

Waar de keuze voor bepaalde wettelijke regels is ingegeven door een zeker gewenst effect, mag worden verwacht dat die keuze steunt op enig (empirisch) bewijs voor dat effect.[5] De effectiviteit wordt echter doorgaans verondersteld.[6] Mogelijke neveneffecten blijven bovendien vaak onderbelicht.[7] Art. 1019h Rv, de letterlijke implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, is evenmin een *evidence-based* regel. Volgens de Nederlandse interpretatie verplichten de criteria 'redelijkheid en evenredigheid' van de bepaling tot een ruime proceskostenveroordeling van de verliezende partij, terwijl veroordeling in de volledige proceskosten in IE-zaken geruime tijd het uitgangspunt was.[8] De wezenlijke vraag of deze uitleg van de richtlijnbepaling werkelijk kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen – namelijk het verruimen van de toegang tot de rechter voor benadeelden in een IE-geschil en het afschrikken van inbreukmakers – heeft geen rol gespeeld bij de implementatie.[9]

In het licht van de vereisten van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming waaraan de nationale omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moet voldoen, is echter van belang dat de werkelijke effecten van art. 1019h Rv op de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken worden belicht. Dat geldt met name nu de in de literatuur over art. 1019h Rv beschreven effecten tegengesteld zijn aan de met de regeling beoogde effecten. Van de regeling zou een *chilling effect* uitgaan, met name voor financieel zwakkere partijen – of zij nu eiser of gedaagde zijn, rechthebbende of inbreukmaker.[10] De onvoorspelbaarheid van het financiële risico zou ertoe leiden dat eisers eerder afzien van het entameren van een procedure en dat aangesproken partijen eerder akkoord gaan met een schikking.[11] Terwijl sommigen een toename van het aantal aangebrachte zaken met een relatief gering belang maar met een hoge slagingskans (bijvoorbeeld zaken over online auteursrechtinbreuk) hebben geconstateerd,[12] hebben anderen beweerd dat het totale volume van IE-zaken is afgenomen onder invloed van art. 1019h Rv.[13]

In dit hoofdstuk worden de bestaande theoretische (rechtseconomische en rechtsvergelijkende) studies naar de effecten van *costs shifting* in kaart gebracht en gekoppeld aan anekdotisch bewijs over de effecten van art. 1019h Rv in de praktijk. Deze exercitie zal geen sluitend bewijs opleveren ten aanzien van de effecten van

---

5 Vgl. Peysner 2014.

6 Vgl. Thambisetty 2010, p. 143-145; Weatherall, Webster & Bently 2009, p. 37 e.v. De hervormingen van de kostenregels in Engeland steunen daarentegen wel op empirisch bewijs; zie hiervoor hoofdstuk 7.

7 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 20; Wilman 2014, p. 354-358.

8 *Kamerstukken II* 2006/07, 30392, 6 (MvA): 'De rechter zal dus nagaan wat in de voorliggende zaak redelijke en evenredige kosten zijn en of er op grond van de billijkheid redenen zijn om niet de volledige kosten van de in het gelijk gestelde partij door de andere partij te laten dragen.'

9 Zie hiervoor par. 5.2.

10 Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2014:224) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*); Van der Grinten 2010, p. 421.

11 Visser 2012, p. 787; Van der Grinten 2010, p. 421.

12 Sandvliet & Engelfriet 2015, p. 204 e.v.

13 Van der Grinten 2010, p. 422-429. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/130.

art. 1019h Rv op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen in IE-zaken. Wel zal de bespreking de mogelijke invloed van proceskostenregels op het beslissingsproces inzichtelijker maken en een aantal plausibele effecten aan het licht brengen.[14] Op basis daarvan kan nader worden geanalyseerd in hoeverre de keuze voor een ruime proceskostenveroordeling in IE-zaken – in het licht van de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn en de vereisten van EU-recht – een houdbare keuze is.

8.2 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv op het gedrag van partijen

164 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv: beperkingen en mogelijkheden

Voor de stelling, dat het aantal aangebrachte IE-zaken onder invloed van art. 1019h Rv is gedaald, bestaat geen bewijs. Dat kan worden verklaard door het feit dat geen nulmeting heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de invoering van art. 1019h Rv. Zonder nulmeting op kernvariabelen voor de inwerkingtreding van een bepaalde wet is empirische wetsevaluatie niet goed mogelijk.[15] De implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn verliep dermate stormachtig en snel, dat het ook niet mogelijk was om een nulmeting uit te voeren en de data te vergelijken met data van na de implementatie.[16] Voorts bemoeilijken de onduidelijkheden rond de toepassing van de regeling en de Indicatietarieven een vergelijking van effecten in de periode voor en na de implementatie, maar ook in relatie tot de effecten in *niet*-IE-zaken in diezelfde periode.[17] Kwantitatieve gegevens over aantallen IE-zaken leveren ook geen bewijs van bepaalde effecten van art. 1019h Rv. Hoewel het aantal IE-zaken in de afgelopen jaren lijkt te zijn afgenomen, kan deze daling moeilijk uitsluitend aan art. 1019h Rv worden toegeschreven. In het algemeen is er een daling geconstateerd van de instroom van civiele handelszaken in eerste aanleg sinds 2009/2010.[18] Andere factoren, zoals wijzigingen in het economisch klimaat en de veranderde regelgeving rond de griffierechten, kunnen de daling mede verklaren. De veelheid aan mogelijke factoren maakt het lastig vast te stellen in welke mate de 'factor' art. 1019h Rv een stempel drukt op de ontwikkelingen.[19]

Een alternatieve methode om de effecten van art. 1019h Rv te onderzoeken, is aansluiting zoeken bij bestaande theorieën over de effecten van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk. In de *law and economics* is veel aandacht besteed aan de effecten van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk. Deze wijze van kostenallocatie komt in de Westerse landen het meest voor.[20] In vrijwel alle landen

14 Zie ook Shavell 1982, p. 16.

15 Van Boom e.a. 2013, p. 1188-1189.

16 Zoals Sluijter terecht constateert in Sluijter 2011, p. 255. Zo kunnen geen conclusies worden verbonden aan – bijv. – het aantal na de implementatie 'gewonnen' zaken, omdat geen data voorhanden is waarmee dergelijke gegevens kunnen worden vergeleken.

17 Sluijter 2011, p. 348.

18 Eshuis & Van Tulder 2014.

19 Vgl. Eshuis & Van Tulder 2014, p. 6.

20 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 17; Katz 2000, p. 63-94.

is sprake van een *recoverability gap*; een 'gat' tussen de werkelijk gemaakte kosten en het bedrag dat op de wederpartij verhaald kan worden. De grootte van de *recoverability gap* verschilt van land tot land.[21] Dat brengt mee dat ook de effecten van land tot land verschillend kunnen zijn. Om toch voorspellingen te kunnen doen over de effecten van proceskostenveroordeling worden stelsels in de rechtseconomische literatuur vaak ingedeeld op een schaal, waarvan het ene uiteinde wordt gemarkeerd door de *English rule* en het andere uiteinde door de *American rule*.[22] Op grond van de *English rule* dient de verliezer alle kosten van de winnaar te vergoeden, terwijl de *American rule* bepaalt dat ieder zijn eigen kosten draagt.[23] Op deze schaal zal de proceskostenregel van art. 237 e.v. Rv en het liquidatietarief zich ergens in het midden bevinden, doch vermoedelijk meer richting de *American rule* dan richting de *English rule*.[24] De regel van art. 1019h Rv zal op de schaal in de buurt van de *English rule* geplaatst moeten worden. Het is dus zinvol om de theorie over de effecten van de *English rule* op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen te bestuderen, omdat de proceskostenveroordeling van art. 1019h Rv effecten in deze richting zal hebben.

165 Exploratief onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv

Inzichten uit de rechtseconomische literatuur kunnen worden gebruikt om bepaalde effecten van art. 1019h Rv te voorspellen dan wel te verklaren.[25] Gelet op de verschillen tussen de *English rule* en art. 1019h Rv is aanvullend onderzoek naar de impact van deze specifieke regel in de IE-praktijk nodig voor een meer genuanceerde en nauwkeurige benadering van de werkelijke effecten.

In verband met het ontbreken van bruikbare data, de vele onduidelijkheden rond de toepassing van art. 1019h Rv en de Indicatietarieven en de tegengestelde verwachtingen ten aanzien van de effecten, is gekozen voor exploratief onderzoek in de vorm van een online enquête onder advocaten werkzaam in de IE-praktijk. Het doel van de enquête op basis van overwegend open vragen was om zoveel mogelijk informatie te krijgen over de praktische werking van art. 1019h Rv. Met de enquête is tevens beoogd informatie te krijgen over de ervaringen van advocaten en hun cliënten met de 'nieuwe' proceskostenregel en de mogelijke neveneffecten van de regel. Het doel is uitdrukkelijk niet geweest kwantitatieve gegevens te vergaren of de verkregen informatie op enige wijze te kwantificeren. Respondenten is ook niet gevraagd naar een cijfermatige onderbouwing van de antwoorden.

---

21 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 20, 28 en 72.

22 Buskens & Tuil 2010, p. 130-131; Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Visscher & Schepens 2010, p. 11 e.v.; De Mot & De Geest 2004, p. 49; Jackson 2009, p. 91.

23 Dit onderscheid is gebaseerd op een gesimplificeerde voorstelling van de realiteit. Onder de *English rule* komen namelijk niet alle kosten voor vergoeding in aanmerking, doch de kosten die de redelijkheids- en proportionaliteitstoets doorstaan. Onder de *American rule* worden in werkelijkheid de griffierechten wel gealloceerd, maar de advocaatkosten niet. De theoretische effecten van de onderscheidenlijke (extreem geformuleerde) regels zullen in werkelijkheid dus minder uitgesproken zijn; Sluijter 2011, p. 250 e.v.

24 Vgl. Sluijter 2011, p. 256.

25 Vgl. Shavell 1982, p. 16.

De gekozen methode heeft inherente gevolgen voor de wetenschappelijke waarde van het onderzoek, en daarom zij reeds benadrukt dat het onderzoek geen sluitend bewijs oplevert voor de effecten van art. 1019h Rv. Wel kunnen de uitkomsten van de enquête worden beschouwd als anekdotisch bewijs voor zover zij de theorie ondersteunen. De uitkomsten kunnen daarom relevant zijn voor de praktijk.

De enquête
In het voorjaar van 2015 is een verzoek tot deelname aan een online enquête verstuurd aan 490 advocaten die zich profileren als 'actief' op het gebied van de intellectuele eigendom.[26] 171 advocaten hebben de enquête ingevuld. In de eerste plaats is gevraagd naar de naam, het kantoor, de praktijk waarin men werkzaam is[27] en het aantal jaren ervaring.[28] Vervolgens is gevraagd of onder invloed van art. 1019h Rv veranderingen zijn waargenomen in de praktijk. Respondenten konden kiezen tussen de antwoorden 'ja, er wordt meer gedagvaard'; 'ja, er wordt minder gedagvaard'; 'ja, er wordt meer geschikt in de preprocessuele fase'; 'ja, er wordt minder geschikt in de preprocessuele fase'; 'ja, er wordt meer geschikt hangende de procedure'; 'ja, er wordt minder geschikt hangende de procedure'; 'nee, geen invloed' en tot slot 'anders, namelijk…'. Tevens is gevraagd het antwoord toe te lichten. Vervolgens is de vraag gesteld: indien u veranderingen heeft waargenomen in uw praktijk, kunt u dan uitleggen wat het verband is tussen art. 1019h Rv en deze veranderingen? Daarna is gevraagd onder welke omstandigheden een *ontmoedigend* effect kan uitgaan van art. 1019h Rv, en vervolgens onder welke omstandigheden een *aanmoedigend* effect kan uitgaan van de regel. Ten slotte is gevraagd of procederen in IE-zaken kostbaarder is geworden onder invloed van art. 1019h Rv.[29]

De meerderheid was van mening dat onder invloed van art. 1019h Rv veranderingen zijn opgetreden in de praktijk. Minder dan 20% van de respondenten koos het antwoord 'nee, geen veranderingen'.[30] De respondenten die veranderingen hebben

---

26 De gegevens zijn verkregen van de VIEPA, de Vereniging voor IE-Procesadvocaten (viepa.nl).

27 55% van de respondenten is werkzaam in de *soft IP* praktijk, 11% in de octrooi/pharma praktijk, 15% voert een gecombineerde praktijk (soft IP en octrooi/pharma), 9,5% is werkzaam in de algemene praktijk en 9,5% in een 'andere' praktijk (o.a. IT/ICT praktijk, mediarecht praktijk).

28 In verband met de gegarandeerde anonimiteit van de respondenten worden in het navolgende steeds enkel de praktijk en het aantal ervaringsjaren vermeld.

29 Het overzicht van de vragen is te vinden in de bijlage. De geanonimiseerde antwoorden op de open vragen kunnen worden geraadpleegd via enquete1019h.nl.

30 Respondenten die geen veranderingen hebben waargenomen in de praktijk onder invloed van art. 1019h Rv hebben dit toegelicht:
'Procespartijen worden bewust gemaakt van de additionele kostenrisico's (daartoe zijn wij als advocaten ook verplicht), maar veelal maakt het de procesbeslissing niet anders. Alleen klein MKB wordt wellicht afgeschrikt.' (Octrooi/pharma, 18 jaar ervaring);
'Mijn ervaring is dat de beslissing om al dan niet te dagvaarden of om te schikken meer wordt bepaald door de kans van slagen in een evt. procedure, en niet zozeer door de kosten van de procedure (die immers grotendeels kunnen worden geclaimd indien men succesvol is).' (Combinatie, 21 jaar ervaring);

waargenomen, hebben vaak meerdere antwoorden aangevinkt. Vooral de combinatie minder dagvaardingen/meer schikkingen kwam vaak voor. Ook is de optie 'anders, namelijk' meerdere keren aangevinkt (ook in combinatie met andere antwoorden) om aan te geven dat ook veranderingen zijn waargenomen buiten de sfeer van art. 1019h Rv, zoals de toename van het aantal schikkingen onder invloed van de comparitie. De antwoorden van de 133 respondenten die veranderingen hebben waargenomen zijn als volgt weer te geven:

N=133	**Meer %**	**Minder %**
Dagvaardingen	13	44
Schikkingen in de preprocessuele fase	56	8
Schikkingen hangende de procedure	26	5
Anders 26%		

Zoals ook hierna zal worden verduidelijkt, zeggen deze percentages niets over het *overall effect* van art. 1019h Rv op het aantal aangebrachte zaken en schikkingen. Uit de toelichtingen kan worden afgeleid dat de keuze voor een bepaald antwoord steeds werd ingegeven door hypothetische factoren, zoals sterke of zwakke zaak, vermogende of minder vermogende partij, grote of kleine wederpartij etc. De genoemde factoren komen sterk overeen met de factoren die volgens de theorie de effecten van een bepaalde proceskostenregel kunnen beïnvloeden.

Benadrukt moet worden dat de enquête is afgenomen in de periode vóór de in 2017 gewijzigde Indicatietarieven in IE-zaken. In hoeverre de resultaten betekenis hebben ten aanzien van de situatie na genoemde datum zal afhangen van de wijze waarop de Indicatietarieven zullen worden gehanteerd (als absolute maxima dan wel als tarieven waarvan alsnog regelmatig wordt afgeweken). Verder is van belang dat de Indicatietarieven niet golden – en ten tijde van de afronding van dit proefschrift nog altijd niet gelden – in octrooizaken.

In het navolgende worden theoretische, empirische en rechtsvergelijkende studies naar de effecten van *cost shifting* besproken. De op basis van de enquête verkregen informatie over de praktische werking van art. 1019h Rv wordt in kaders weergegeven, en geïllustreerd aan de hand van citaten van respondenten. Het hoofdstuk kan zodoende ook los van de kaders worden gelezen, en de conclusies zijn ook zonder de uitkomsten van de enquête relevant voor de analyses die volgen in het kader van de vraag naar de EU-conformiteit van het stelsel.

'[Het] belang van de zaken die ik behandel zijn doorgaans zo groot dat een 1019h rv vordering weinig relevant is voor beslissing om te procederen.' (*Soft IP*, 12 jaar ervaring);
'In mijn praktijk (farma octrooien) [speelt] de hoogte van de proceskostenvergoeding een ondergeschikte rol […]' (Octrooi/pharma, +15 jaar ervaring).

8.3 Het effect van de *English rule* op de beslissing om te procederen of te schikken: theorie en praktijk

166 De effecten van de *English rule* volgens het standaard rechtseconomisch beslismodel

Volgens het standaard rechtseconomische beslismodel voor civiele geschiloplossing hangt de beslissing om te procederen dan wel te schikken af van de uitkomst van een kosten-batenafweging.[31, 32] Indien wordt verwacht dat de baten (de waarde van de vordering maal de kans dat deze wordt toegewezen) hoger zullen zijn dan de kosten (de totale proceskosten maal de kans op verlies), dan zal men tot een rechtszaak overgaan.[33] Hoe hoger de eiser zijn kansen inschat, hoe hoger de verwachte baten van een procedure en hoe groter de bereidheid om te procederen zal zijn.[34] Dit effect wordt verondersteld sterker te zijn onder de *English rule* dan onder de *American rule*, omdat de eiser in het eerste geval zijn proceskosten vergoed krijgt van de wederpartij, terwijl hij onder de *American rule* altijd een deel van de kosten moet dragen.[35] Volgens het model worden onder de *English rule* zaken met een hoge winstkans (sterke zaken) dus gestimuleerd. Ten opzichte van de *American rule* worden onder de *English rule* daarnaast meer (relatief) kleine zaken gestimuleerd. Omdat de proceskosten kunnen worden verhaald op de wederpartij, kan geloofwaardig worden gedreigd met een procedure over een relatief gering bedrag.[36] Tegelijkertijd worden zwakke zaken juist sterker ontmoedigd door de *English rule*. Als de kans op succes gering is, is de kans dat de eiser de eigen proceskosten én die van zijn wederpartij moet dragen immers groot.[37]

Een voorbeeld van de American rule. Stel dat de proceskosten van eiser 1000 zijn. Eiser is voor 75% zeker dat zijn vordering van 10.000 zal worden toegewezen. De verwachte baten zijn dus 7.500 (75% x 10.000) en overstijgen de kosten van 1000, die hij onder de American rule zelf moet betalen. Als hij zijn kansen lager inschat, bijvoorbeeld op 5%, dan zal hij afzien van een procedure. De verwachte baten zullen 500 zijn (5% x 10.000) en dus lager zijn dan de proceskosten van 1000.

Een voorbeeld van de English rule. Stel dat de kosten van gedaagde 1500 zijn. De eiser, die voor 75% zeker is dat zijn vordering van 10.000 zal worden toegewezen, zal tot een rechtszaak overgaan. De verwachte baten ad 7.500 zullen de verwachte kosten (25% van 1000+1500 = 625) ruim overstijgen. Bij een winstkans van slechts 5% zal eiser afzien van een rechtszaak; de verwachte baten zijn dan 500, terwijl de verwachte kosten 2375 zijn (95% x 2500).

---

31 Van Velthoven & Van Wijck 2013; Visscher & Schepens 2010, p. 7-32; Shavell 1982, p. 55-81; Shavell, 2004, p. 389.

32 In de literatuur over art. 1019h Rv wordt wel gesuggereerd dat een verhoging van de factor kosten (in de vorm van een verhoogde proceskostenveroordeling) 'dus' zal leiden tot minder procedures; zie Van Vlooten 2011, p. 231 e.v.; De Vrey, 2015, p. 391-392. Dit lijkt echter een te simplistische benadering van het model.

33 Shavell 1982, p. 3; Shavell 2004, p. 389; Sluijter 2011, p. 219; Geschilbeslechtingsdelta 2009, p. 202.

34 Shavell 1982, p. 3.

35 Shavell 1982, p. 5-6; Visscher & Schepens 2010, p. 12.

36 Katz & Sanchirico 2010, p. 9; Sluijter 2011, p. 251.

37 De Mot & De Geest 2004, p. 51; Sluijter 2011, p. 251; Katz & Sanchirico 2010, p. 10-11.

> Deze voorbeelden (ontleend aan Shavell) tonen aan dat bij een verwachte winstkans van 75% de verwachte kosten onder de English rule lager zijn dan onder de American rule (625 v 1000). Onder de English rule is procederen aantrekkelijker dan onder de American rule, als de verwachte baten tussen de 625 en 1000 liggen. Bij een verlieskans van 5% zijn de verwachte kosten onder de English rule beduidend hoger dan onder de American rule (2375 v 1000). Hieruit kan worden afgeleid dat procederen in minder sterke zaken aantrekkelijker is onder de American rule, zolang de verwachte baten liggen tussen 1000 en 2375 liggen. Het kritieke 'keerpunt' ligt bij een winstkans van 60%: onder beide Rules zijn de verwachte kosten in dat geval 1000. Boven 60% kans op winst is procederen onder de English rule aantrekkelijker, onder die grens is procederen onder de American rule aantrekkelijker.[38]

Het model gaat ervan uit dat partijen in een procedure risico neutraal zijn, dat zij rationeel handelen en dat zij de beslissing om te procederen dan wel te schikken uitsluitend baseren op financiële overwegingen.[39] In werkelijkheid zal de beslissing ook afhangen van individuele, subjectieve keuzes die worden ingegeven door bijvoorbeeld de risicohouding van partijen, de mate waarin deze rationeel handelen, de belangen die op het spel staan en de mate waarin partijen over dezelfde informatie beschikken.[40] Ook advocaten en procesfinanciers kunnen een rol spelen bij de beslissing om te procederen of te schikken.[41] In de rechtseconomische literatuur worden verschillende factoren onderscheiden die de invloed van de *English rule* op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen kunnen versterken dan wel verzwakken. Hierna wordt ingegaan op (i) de risicohouding van partijen (nr. 167); (ii) het verhoogde uitgaven-effect (nr. 168); en (iii) het overoptimisme-effect (nr. 169). De theorie wordt steeds gekoppeld aan anekdotisch bewijs uit stelsels waar de *English rule* wordt toegepast.

167 De invloed van de risicohouding van partijen op het effect van de *English rule*

In de rechtseconomie wordt de risicohouding van partijen genoemd als een factor die de invloed van een proceskostenregel op het gedrag van partijen kan bepalen. Procederen brengt onzekerheid met zich, omdat de uitkomst vaak niet valt te voorspellen. Vele factoren bepalen welke partij uiteindelijk aan het langste eind trekt.[42] Voor risicoaverse partijen zal de onzekerheid over de uitkomst zwaarder

---

38 Shavell 1982, p. 5-6; Shavell 2004, p. 431-432.

39 Shavell 1982, p. 3; Sluijter 2011, p. 219 e.v. Posner 2011, p. 783. Sluijter 2011 wijst er in dit verband op dat er ook ingewikkelder modellen bestaan waarbij de risicohouding wel een rol speelt; p. 219. De meeste modellen gaan ervan uit dat advocaat en cliënt als één handelen; Katz & Sanchirico 2010, p. 9.

40 Shavell 1982, p. 4; Shavell 2004, p. 390; Katz & Sanchirico, p. 11; Visscher & Schepens, p. 13. Andere factoren die van invloed kunnen zijn op de beslissing om te procederen of te schikken zijn de verhouding tussen partijen, de bereidheid om in onderhandeling te gaan, de advocaat-cliënt verhouding en zelfs de verhouding tussen advocaten onderling; zie Sluijter 2011, p. 219-227 en Jackson 2009, p. 92 e.v.

41 Sluijter 2011, p. 222 e.v.; Jackson 2009, p. 93 e.v.

42 Rowe stelt in dat kader dat '*no system can deter weak claims and defenses and encourage strong ones unless it is possible for parties to predict relative strengths and weaknesses'*; Rowe 1982, p. 656.

wegen in de kosten-batenanalyse. Zij zullen proberen te voorkomen dat het op een procedure aankomt of eerder willen schikken.[43]

Volgens de theorie wordt dit effect versterkt indien de *English rule* van toepassing is.[44] Terwijl de kosten van de eigen advocaat al moeilijk zijn in te schatten, zijn de kosten van de advocaat van de wederpartij volledig onvoorspelbaar en onbeheersbaar.[45] Ten opzichte van de *American rule* leidt de *English rule* dus tot meer onzekerheid over de achteraf te betalen kosten.[46] Tegelijk zijn de risico's groter: partijen kunnen meer winnen, maar ook meer verliezen.[47] De onzekerheid over de financiële consequenties van verlies leidt er volgens de theorie toe dat risicoaverse partijen ontmoedigd worden door de *English rule.*

In lijn met de theorie over de effecten van de *English rule* zijn meerdere respondenten van mening dat van art. 1019h Rv een ontmoedigend effect kan uitgaan in procedures waarvan de uitkomst onzeker is. Een aantal respondenten wijst er in dat verband op dat onzekerheid over de uitkomst vaak inherent is aan IE-zaken:

'Ik denk dat 1019h ontmoedigend kan werken in het geval dat de uitkomst van een procedure onzeker is. Dit is bij uitstek in IE-zaken het geval. Immers is de beoordeling van de inbreuk toch voornamelijk subjectief. Ook al proberen we de vraag of iets te veel lijkt te objectiveren, is dit toch vaak puur de mening van de rechter in kwestie.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'Zeer duidelijke gevallen van inbreuk (counterfeit, 1-op-1 auteursrechtinbreuken e.d.) worden sneller opgelost dankzij 1019h – m.i. in lijn met de oorspronkelijke ratio van de bepaling. 1019h verhoudt zich echter slecht met de vele 'twijfelgevallen' die ons vakgebied rijk is. IE is geen exacte wetenschap – een procespartij neemt in meer of mindere mate een gok, en de inzet is met 1019h een stuk hoger geworden.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'Men is 'processchuw' en durft vooral igv sure-shots te procederen, omdat een vergoeding van de gemaakte kosten ex 1019h Rv in dat geval goed vooraf te voorspellen is. Door de uitleg dat 'redelijke en evenredige kosten' vaak neerkomt op 'alle kosten', wordt de drempel om te procederen hoger.' (Soft IP, 8 jaar ervaring)

Volgens sommige rechtseconomen worden risicoaverse partijen zelfs ontmoedigd door de *English rule* ongeacht de kans van slagen van de vordering of het verweer.[48] Alleen in zogenaamde *'clear-cut'* zaken zouden risicoaversen het nog aandurven om te procederen.[49] Met andere woorden, volgens deze theorie kan de *English rule* zelfs

43 Sluijter 2011, p. 219.

44 Shavell 1982, p. 8; Buskens & Tuil 2012, p. 137; Sluijter 2011, p. 253; Jackson 2009, p. 12-13.

45 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81-85.

46 Katz & Sanchirico 2010, p. 11; Sluijter 2011, p. 252-253; De Mot & De Geest 2004, p. 51.

47 De Mot & De Geest 2004, p. 51; Katz & Sanchirico 2010, p. 11.

48 Rowe 1982, p. 651 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 11; Buskens & Tuil 2012, p. 137. Katz & Sanchirico 2010, p. 34; Kritzer 1984, p. 133; Knutsen 2010.

49 Rowe 1982, p. 656: *'(…) indemnity may excessively deter the pursuit of meritorious but not clear-cut claims by middle-class litigants.'*

in zaken met een hoge winstkans een ontmoedigende uitwerking hebben op een risicoaverse partij. De gedachte is dat het risico – hoe gering ook – in de volledige proceskosten van de wederpartij te worden veroordeeld reeds aanleiding kan zijn voor risicoaverse partijen om niet te procederen.[50] In dit verband is geconstateerd dat de onvoorspelbaarheid van een eventuele proceskostenveroordeling een zelfstandige, negatieve invloed kan hebben op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen.[51]

De theorie, dat de *English rule* zelfs in sterke zaken ontmoedigend kan werken, wordt gesteund door een aantal respondenten.

'Het kostenrisico is zo groot dat veel (kleinere) ondernemers het risico niet wensen te nemen, ondanks het feit dat er vermoedelijk wel inbreuk op hun IE-rechten wordt gemaakt. Vele zien dan ook af van dagvaarden.' (Media praktijk, 19 jaar ervaring)

'Het effect is niet 'chilling'; het effect is dat het ook voor kleinere rechthoudende partijen niet meer te doen is om te procederen. Kosten/baten analyse + enorme vertragingen (een einduitspraak kan lang op zich laten wachten, zeker in bodem), maken dat deze partijen moeten toestaan dat hun intellectueel eigendom klakkeloos wordt gekopieerd en nagemaakt, al dan niet in China. Geldt met name voor gebruiksvoorwerpen.' (Soft IP, 17 jaar ervaring)

'Ze [MKB en privé personen] nemen liever genoegen met de inbreuk dan geconfronteerd te worden met hoge kosten.' (Soft IP, 28 jaar ervaring)

'Voor kleinere partijen is 1019h een reden om tot schikken over te gaan, ook al ziet de eigen rechtspositie er redelijk goed uit. Men durft simpelweg het risico niet te lopen om in de kosten van de wederpartij veroordeeld te worden.' (Soft IP, 20 jaar ervaring)

'Kleinere partijen durven alleen de procedure aan te gaan als ze vrijwel zeker zijn van hun zaak. Met name bij octrooizaken, waar de indicatietarieven niet gelden, kunnen de gevolgen van een negatief vonnis desastreus zijn.' (Algemene praktijk, 12 jaar ervaring)

Een enkeling heeft opgemerkt dat art. 1019h Rv in kansrijke zaken juist stimulerend kan werken.

'Bij diverse inbreukzaken waarbij de inbreuk redelijk evident is, bijvoorbeeld fotoinbreukzaken, wordt er sneller geprocedeerd, omdat de kansen voor winst zo groot zijn en daarmee er een klein kostenrisico is.' (Soft IP, 13 jaar ervaring)

'(…) vooral in 'kleine' zaken waarin 'repeat players' optreden tegen individuele bedrijven en burgers, zoals de handhavingspraktijken van Cozzmoss en Getty Images.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

'Bij kansrijke zaken bij cliënten met een kleiner budget, werkt het stimulerend zowel in de aanvallende als in de verdedigende modus.' (Soft IP en ICT, 28 jaar ervaring)

50 De Mot & De Geest 2004, p. 51 e.v.

51 Zie Knutsen 2010, p. 132: *'Unpredictability in a fee regime distorts the incentive structure in litigation.'*

'Bij voornamelijk kleine bedrijven heeft 1019h een aanmoedigend effect, indien er een grote(re) kans is op succes.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

'Goede slagingskansen maken het de investering […] waard nu er zicht is op het terug ontvangen van deze kosten.' (Combinatie, 7 jaar ervaring)

De onzekerheid over de omvang van een eventuele proceskostenveroordeling is als gezegd groter onder de *English rule* dan onder de *American rule*. De onzekerheid is vooral groot indien de allocatie van kosten geschiedt op basis van de werkelijk gemaakte kosten (aantal gewerkte uren x uurtarief van de advocaat of advocaten), zoals in met name de *common law* landen – maar ook in de Nederlandse IE-praktijk tot zeker 1 april 2017 – wel het geval is.[52] Hodges et al. constateren op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat in de landen waar *costs shifting* geschiedt op basis van de verrichte werkzaamheden of gewerkte uren, het kostenrisico inderdaad het grootst en minst voorspelbaar is:

'The exposure of a party to an opponent's costs can be entirely unpredictable in the absence of a tariff for shiftable costs. Again, the position is worse in those systems that revolve around hours worked and the unpredictable amount of work done. A party to litigation can therefore face the significant double risk of liability for his own costs and the risk of his opponent's costs, with little idea of how much the latter might be, and little means of controlling each figure.'[53]

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, heeft men in Engeland in de praktijk ervaren dat de onzekerheid over de omvang van de dreigende proceskostenveroordeling op grond van de CPR een belangrijke *deterring factor* kan zijn voor bepaalde partijen. Volgens het Chartered Institute of Patent Attorneys ('CIPA') was vóór de Jackson Reforms sprake van een situatie waarin het MKB vanwege de vrees voor een hoge rekening van de wederpartij zelfs in kansrijke zaken afzag van het instellen van een gerechtelijke procedure:

'Small and medium size enterprises are deterred from launching meritorious claims by the fear of being obliged to pay a large cost bill for the other side, if the inherently uncertain business of running the dispute means that it does not go as expected. Even the option of withdrawing is not without a costs risk. Such businesses might well prefer a regime where they are not liable for the other side's costs. They have some control over their own costs, and that gives greater certainty, even though the process in which they are engaged does have inherent uncertainties, as they cannot control what the other side may do and so what further action they may be called upon to do.'[54]

De mogelijke gevolgen van een volledige proceskostenveroordeling voor potentiële, minder welgestelde *court users* hebben de nodige aandacht gekregen in het kader van de hervormingen van de Civil Procedure Rules.[55] Verschillende wetenschappers

52 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 82. In Engeland & Wales is men daarom overgestapt op gefixeerde tarieven in bepaalde procedures, waaronder procedures voor *The Intellectual Property Enterprise Court*; zie hiervoor hoofdstuk 7.

53 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81.

54 Jackson 2009, p. 257-258.

55 Zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 7.

en belanghebbenden hebben er in die context op gewezen dat de dreiging van een onbepaalde en onvoorspelbare proceskostenveroordeling voor sommige partijen (‘*small businesses’)* meer afschrikt dan het vooruitzicht dat de eigen kosten niet verhaald kunnen worden in geval van winst. De reden daarvoor is gelegen in de gewenste (of zelfs nodige) controle, die wél op de eigen kosten maar niet op de *adverse costs* kan worden uitgeoefend.[56]

Meerdere respondenten wijzen erop dat de onvoorspelbaarheid van een eventuele proceskostenveroordeling invloed kan hebben op de beslissing schikken/procederen.

‘[D]e kosten van de wederpartij zijn lastig in te schatten en al helemaal niet in de hand te houden. Zeker kleine bedrijven zien vaker af van procederen omdat het risico van een volledige proceskostenveroordeling voor hen te groot is.’ (Soft IP, 6 jaar ervaring)

‘De proceskosten zijn niet beheersbaar en vormen – met name voor kleine ondernemingen die moeten optreden tegen grote partijen – een (te) groot risico.’ (Octrooi/pharma, 20 jaar ervaring)

‘Gezien de beroepsregels zouden cliënten vooraf moeten worden ingelicht over de mogelijkheid tot het verkrijgen van of het tegen zich krijgen van een proceskosten toewijzing resp. veroordeling in IE-zaken. Ondanks de indicatietarieven is het onmogelijk vooraf aan te geven wat een procedure in worst-case scenario voor de cliënt gaat kosten (tenzij er een kostenafspraak wordt gemaakt). Rechters gaan verschillend om met de tarieven. Zelfs in vonnissen zie je verschillende motiveringen voor verschillende bedragen. Bij winst in een procedure is er natuurlijk niets aan de hand, maar je weet vooraf niet zeker of je gaat winnen.’ (Soft IP, 9 jaar ervaring)

‘Het risico op een veroordeling in de volledige proceskosten van de wederpartij is, met name bij het MKB, een reden om niet te procederen en/of een procedure niet door te zetten. Dat heeft met name te maken met het feit dat de uitkomst van een IE procedure vaak onzeker is en geschillen doorgaans in een kortgedingprocedure worden beslist waardoor na de voorlopige voorziening nog een bodemprocedure aanhangig gemaakt moet worden en bovendien altijd hoger beroep ingesteld kan worden. In die vervolgprocedures geldt dan eveneens het risico op veroordeling van de werkelijke kosten. Het totale financiële risico lijkt voor veel bedrijven te hoog om een procedure door te zetten. Daarbij komt dat indicatietarieven vaak niet gevolgd worden en dat – met name in het geval de eigen kosten ook ver boven de indicatietarieven liggen – bezwaar vaak lastig is. De totale kosten voor een procedure, dus eigen kosten plus het risico voor het betalen van de kosten van de wederpartij in alle instanties, kunnen dan voor het MKB te hoog zijn om te kunnen betalen.’ (Soft IP, 6 jaar ervaring)

56 Lord Justice Arnold 2009; Jackson 2009, p. 13: *‘Some litigants (e.g. small businesses) may regard the risk of incurring indeterminate costs liability to the other side if they lose worse than the risk of failing to recover all their own costs if they win. A party can control the costs which he incurs. A party cannot control the costs which the other side may be running up. Nor can a retrospective detailed assessment achieve such control.*’ Zie ook Jackson 2009, p. 257-258. Tot deze constatering komen ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 78 e.v.

Uit het bovenstaande kan een verband worden afgeleid tussen risicohouding en vermogen. Hoe minder vermogend, hoe meer risicoavers.[57] Voor dat verband bestaat theoretisch bewijs.[58] In deze context is theoretisch aangetoond dat de verhouding tussen de procesuitgaven van eiser en verweerder van invloed kan zijn op de beslissing schikken/procederen. Als verwacht wordt dat de procesuitgaven van de verweerder stijgen ten opzichte van die van de eiser, dan ontmoedigt de *English rule* volgens de theorie niet alleen zwakke zaken maar ook zaken met hoge winstkans. Ook hier geldt dat de kans – hoe gering ook – dat de eiser al die kosten zal moeten betalen hem ervan zal doen afzien van het instellen van een vordering of het voeren van verweer.[59] Andersom zou de bereidheid om te procederen groter zijn onder de *English rule* indien de eiser verwacht meer uit te zullen geven aan de procedure dan de verweerder.[60]

Volgens een aantal respondenten kunnen de verwachte uitgaven van de wederpartij de beslissing om wel of niet te procederen inderdaad beïnvloeden.

'Als gevolg van 1019h is het voor kleinere partijen vrijwel onmogelijk om een grote partij (bijgestaan door een groot en duur advocatenkantoor) te dagvaarden. Het financiële risico van een dergelijke procedure is voor een dergelijke kleine partij vrijwel niet te dragen.' (Soft IP, 7 jaar ervaring)

'M.n. kleinere en middelgrote partijen zijn eerder geneigd te schikken, aan sommaties te voldoen c.q. een procedure niet te starten, vanwege het risico van de volledige kostenveroordeling, vooral als de andere partij groter is.' (Soft IP, 20 jaar ervaring)

'Harde inbreuken komen niet meer tot een procedure, gelet op het kostenrisico. De inbreukmaker stopt gewoon en moet een OV [onthoudingsverklaring, opm. ChV] tekenen onder de dreiging dat alsnog een procedure op zijn kosten wordt begonnen. Kansloze zaken worden niet meer begonnen, de eiser denkt beter na. Inhoudelijk interessante zaken met ongeveer 50/50 kans of daar omheen: die worden veelal niet geïnitieerd, omdat de eisende partij het risico op een kostenveroordeling niet aandurft. Of juist wel, in de veronderstelling dat de gedaagde partij zich dit niet kan veroorloven. In deze zaken speelt het kostenrisico een dwingende, maar zeer oneigenlijke rol.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

Sommige respondenten stellen in dat verband dat art. 1019h Rv de ongelijkheid tussen partijen kan versterken.

'1019h werkt een deep pocket aanpak door grote spelers in de hand. Het versterkt ongelijkheid van partijen.' (Soft IP, 5 jaar ervaring)

57 Volgens Knutsen wordt de *everyday litigant*, voor wie het privévermogen op het spel staat, uit het civiele rechtssysteem van Canada geweerd; Knutsen 2010, p. 113 e.v.

58 Shavell 1982, p. 4; Visscher & Schepens, p. 13; Rowe 1984, p. 170

59 De Mot & De Geest 2004, p. 51; Visscher & Schepens 2010, p. 12

60 Mits uiteraard de vordering kans van slagen heeft; Visscher & Schepens 2010, p. 12.

'Risico is dat 'deep pockets' een onredelijk voordeel krijgen omdat die het risico van verlies kunnen dragen, waardoor ze ook in zaken met beperkte kansen kleinere partijen op de knieën kunnen dwingen.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

'Aanmoedigend effect kan er alleen zijn als er sprake is van groot tegen klein; groot kan financieel langer volhouden en langer uitzitten.' (Soft IP, 17 jaar ervaring)

'Inbreukmakers, niet zijnde echte piraten, worden door volledige proceskostenveroordeling wel erg zwaar gestraft. Er wordt ook misbruik van gemaakt, bijvoorbeeld door het meteen optuigen van draconische maatregelen tegen relatief kleine inbreuken.' (Combinatie, 15 jaar ervaring)

168 Het verhoogde uitgaven-effect van de *English rule*

Volgens de theorie zijn de procesuitgaven onder de *English rule* hoger dan onder de *American rule*.[61] Dit geldt voor zowel eiser als gedaagde. In de literatuur zijn verschillende verklaringen hiervoor gegeven. In de eerste plaats geldt onder de *English rule* dat de kosten in het gunstigste geval voor rekening voor de wederpartij komen. De uitgaven worden in zeker zin gesubsidieerd door de wederpartij, hetgeen een reden kan zijn (voor partijen dan wel hun advocaten) om er een schepje bovenop te doen.[62] Jackson – die campagne voert vóór een uitbreiding van het tariefstelsel in Engeland – verwoordt deze neiging als volgt:

'[L]awyers are human. Those who are spending other people's money sometimes have a tendency to be over-generous, particularly when they are paying that money to themselves and expect the costs to be borne by their opponents. There therefore needs to be some effective control over the costs which are expended on litigation.'[63]

Een andere verklaring is dat partijen in de veronderstelling kunnen zijn dat hogere uitgaven een positieve invloed kunnen hebben op de winstkansen. Een gespecialiseerde advocaat met een bijpassend uurtarief kan worden gezien als een investering in een positieve uitkomst van de procedure.[64] Doet de wederpartij extra investeringen dan kan de perceptie ontstaan dat daarmee ook de kansen van deze partij toenemen. Het opschroeven van de eigen investeringen in de procedure in de veronderstelling dat dat de winstkansen vergroot – en de initiële investering beschermt – wordt wel *sunk cost auction* genoemd.[65]

Empirisch onderzoek van Snyder & Hughes (1990) lijkt de theorie dat de *English rule* leidt tot hogere procesuitgaven te bevestigen.[66] In de periode 1980-1985 werd in

61 Coursey & Stanley 1988; Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8; Visscher & Schepens 2010, p. 11-12; zie ook De Mot & De Geest 2004, p. 50 met verwijzingen naar literatuur.
62 Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8; Sluijter 2011, p. 252; De Mot & De Geest 2004, p. 51; Faure & Philipsen 2008.
63 Jackson 2010, p. 415.
64 Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8; Sluijter 2011, p. 252.
65 Van Boom 2017, p. 9; Visscher & Schepens 2010, p. 11-12.
66 Snyder & Hughes 1990, p. 345-380.

Florida geëxperimenteerd met de *English rule* in medische aansprakelijkheidszaken. Snyder & Hughes vergeleken data uit die periode met data uit de periode voor en na het experiment, toen de *American rule* (weer) gold. Op basis daarvan stelden zij vast dat onder de *English rule* de uitgaven per proces toenamen. In de periode van het experiment stegen de procesuitgaven van verweerders in medische aansprakelijkheidszaken van 61,3% tot 108,1%.[67] Dit door Snyder & Hughes genoemde 'verhoogde uitgaven-effect' zou worden versterkt in geval van 'marginaal overoptimisme', waarvan sprake is indien partijen de mate waarin hogere uitgaven de kansen vergroten overschatten.[68]

In Engeland heeft men daadwerkelijk ervaren dat proceskostenveroordeling op basis van de gewerkte uren niet efficiënt is en de kosten opdrijft.[69] Volgens Jackson is de recente kostenproblematiek voornamelijk te wijten aan het systeem van *hourly rate remuneration*:

> *'Remuneration on a time basis rewards inefficiency. Unrestrained costs shifting drives parties to leave no stone unturned: the more costs mount up, the more determined each party becomes to ensure that the other party pays them. The result is inevitable – a civil justice system which is exorbitantly expensive.'*[70]

Een aantal respondenten heeft ervaren dat de procesuitgaven stijgen onder invloed van art. 1019h Rv.

'Mijn indruk is dat, omdat het belang bij winst van de zaak groter is geworden (d.w.z. niet alleen de vordering zelf, maar óók de proceskosten), advocaten vaker 'alles uit de kast halen'.' (Combinatie, 9 jaar ervaring)

'Veel advocaten lijken te denken: fijn, procederen op kosten van een ander, dus kan alle schroom worden afgeworpen.' (Combinatie, 30 jaar ervaring)

'Het belang om te winnen is toegenomen door het kostenaspect. Verlies is geen optie. Dat maakt dat er nog meer tijd is gemoeid met procedures. Ook gaat in elke procedure de nodige tijd uit naar de kostenopgave zelf.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

Sommige respondenten hebben ervaren dat art. 1019h Rv invloed kan hebben op de kosten die in rekening worden gebracht bij de cliënt of gevorderd in de procedure, als wordt verwacht dat deze kosten vergoed zullen worden door de wederpartij.

---

67 Snyder & Hughes 1990, p. 345-380.

68 De Mot & De Geest 2004, p. 51.

69 Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, werd in Engeland – waar het sinds de inwerkingtreding van de Access to Justice Act in 2000 mogelijk was ook de (winst)premies te verhalen op de wederpartij – een stijging van ongeveer 25% van de procesuitgaven geconstateerd; Fenn, Grembi & Rickman 2014.

70 Jackson 2016, p. 2.

'Ik meen dat advocaten doorgaans minder geneigd zijn declaraties te matigen, indien de kans bestaat dat de kosten kunnen worden verhaald op de tegenpartij.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

'Ik denk dat cliënten eerder voorgehouden wordt dat hogere advocaatkosten gerechtvaardigd zijn omdat de kosten 'toch' teruggevorderd kunnen worden bij een gunstige afloop van de procedure.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'[…] soms is een partij zo zelfverzekerd van slagen dat ik de indruk krijg dat er met een vork wordt geschreven.' (Combinatie, 7 jaar ervaring)

'Ik weet dat sommige advocaten wel kosten claimden in de procedure die zij nog niet in rekening hadden gebracht bij hun cliënten. Rechters zijn bovendien erg naïef over de hoogte van een redelijk tarief voor een IE-advocaat en schatten dit nmm te hoog in.' (Soft IP, 24 jaar)

'Voor de cliënt zal de rekening van de eigen advocaat naar mijn inschatting doorgaans duurder zijn geworden omdat men rekening houdt met vergoeding van die kosten door de wederpartij achteraf, waar in het verleden 'over-uren' minder gemakkelijk gefactureerd zouden zijn.' (Soft IP, 8 jaar ervaring)

Andere respondenten zijn van mening dat art. 1019h Rv geen invloed heeft op de kosten die in rekening worden gebracht bij de cliënt c.q. worden gevorderd in de procedure.

'In de farma/octrooi praktijk zie ik eigenlijk geen verschil. Het is niet opeens duurder of goedkoper geworden. Maar ook bij mijn andere zaken zie ik geen verschil. Volgens mij ga je een zaak niet anders behandelen door 1019h Rv., ik niet in ieder geval en mijn rekeningen veranderen er ook niet door.' (Octrooi/pharma, 19 jaar ervaring)

'De kosten die gemoeid zijn met een IE zaak worden bepaald door de aard van de zaak en de mate van voorbereiding, niet door 1019h Rv.' (Combinatie, 10 jaar ervaring)

'Uiteindelijk factureer je de daadwerkelijk gemaakte kosten. Een kostenveroordeling volgt erna, zodat daar ook geen verband tussen kan zitten.' (Soft IP, 4 jaar ervaring)

Er is ook gewezen op oorzaken die buiten de sfeer van art. 1019h Rv liggen, zoals stijgende uurtarieven, inflatie, de neiging naar een meer Angelsaksische manier van procederen, de toegenomen complexiteit van procederen in IE-zaken vanwege de veelheid aan Europese regelgeving, waardoor een hoge specialisatie vereist is (en de betrokkenheid van meer dan één advocaat nodig kan zijn).

'De tarieven van advocaten zijn sinds de invoering van 1019h flink toegenomen, maar niet meer dan de tarieven van niet IE-advocaten.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

'De kosten van IE-procedures zijn in de afgelopen jaren zeker toegenomen al denk ik niet dat dit het gevolg is van 1019h Rv, maar meer van de complexiteit van de regelgeving en vanwege het feit dat het internet meer mogelijkheden biedt voor uitgebreid feitenonderzoek waar vervolgens over gedebatteerd moet worden.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

Een aantal respondenten heeft ervaren dat de kosten die in de procedure worden gevorderd verband kunnen houden met de slagingskans van de vordering of het verweer.

'Ik heb niet het idee dat cliënten hogere rekeningen accepteren vanuit het idee alles of niets. De 'eigen' rekening staat redelijk los van 1019h – waarmee niet gezegd is dat dat ook ziet op de kosten die gepresenteerd worden bij de rechtbank. Die kunnen hoger gepresenteerd worden als men zich zeker voelt, of juist lager bij onzekerheid (om de indruk van een kleine zaak te wekken).' (Soft IP, 14 jaar ervaring)

'Bij een sterke zaak zie je dat ervoor wordt gekozen om ruime kosten in rekening te brengen (meer richting het maximumtarief van de Indicatietarieven) en bij een zwakke zaak wordt bij de kosten meer aangesloten bij het minimumtarief van de Indicatietarieven.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

'Hele moeilijke vraag omdat er zoveel aspecten aan dit verschijnsel zitten. Enerzijds wil je liever niet boven de indicatietarieven zitten, maar dat mag nooit leiden tot een verminderde inzet als die aangewezen is. Soms schiet de wederpartij door en voel je de noodzaak om het procesrisico te beperken door zelf onder het indicatietarief te blijven, zodat vanuit die positie de redelijkheid van de door de wederpartij gemaakte kosten kan worden bestreden.' (Soft IP, 11 jaar ervaring)

'Ik weet niet of het kostbaarder of juist minder kostbaar is geworden, maar 1019h Rv heeft wel invloed op 'de kosten die gemoeid zijn met', omdat de partij die minder sterk staat (of zwakker komt te staan gedurende de procedure) minder uren zal opvoeren en de partij die sterk staat (of komt te staan) uren zal gaan 'plussen'. Er is mijns inziens nooit écht sprake van de 'redelijke en evenredige kosten', omdat de urenstaten bijna nooit de 'echte' zullen zijn.' (Soft IP, 4 jaar ervaring)

Volgens de theorie leidt de *English rule* dus tot hogere procesuitgaven, terwijl (zoals hiervoor toegelicht) de verwachte uitgaven van de wederpartij een rol kunnen spelen bij de beslissing om al dan niet te procederen. Op basis hiervan zou kunnen worden aangenomen dat de *English rule* een hogere drempel opwerpt om te procederen dan de *American rule*. Theoretisch is aangetoond dat het verhoogde uitgaven-effect van de *English rule* tot minder procedures en meer schikkingen leidt.[71] Schikkingen zouden onder de *English rule* aantrekkelijker worden bevonden, omdat daarmee nog hogere procesuitgaven kunnen worden voorkomen. Dat zou met name gelden in zaken waarin één of meer partijen risicoavers zijn.[72] Steun voor deze theorie kan worden gevonden in de resultaten van het empirisch onderzoek van Snyder & Hughes (1990), die constateerden dat in de experimentele periode het percentage eisers dat de claim liet vallen hoger lag.[73] Tevens stelden zij vast dat het verhoogde uitgaven-effect tot meer schikkingen leidde, omdat procederen daardoor duurder was geworden dan schikken.[74] Op basis van dezelfde data is een toename van het aantal uitspraken waarin de eiser in het gelijk is gesteld geconstateerd.[75]

71 Visscher & Schepens 2010, p. 13.
72 Visscher & Schepens 2010, p. 15.
73 Snyder & Hughes 1990.
74 Snyder & Hughes 1990; zie ook De Mot & De Geest 2004, p. 52.
75 Hughes & Snyder 1995, p. 225-250.

Tot vergelijkbare resultaten kwamen Coursey en Stanley, die experimenteerden met proefpersonen die hypothetische casus voorgelegd kregen.[76] Coursey en Stanley's voornaamste conclusie was dat de *English rule* tot meer schikkingen leidde. Bovendien constateerden zij dat in de gevallen waarin één der partijen in een minder gunstige positie verkeerde, de *English rule* ten opzichte van de *American rule* tot voor de onderliggende partij minder gunstige schikkingen leidde.[77]

Volgens meerdere respondenten is de schikkingsbereidheid van partijen onder invloed van art. 1019h Rv groter geworden.

'De inzet wordt hoger en partijen willen geregeld de […] onzekerheid over een hoge proceskostenveroordeling bij voorkeur afkopen.' (Soft IP, +25 jaar ervaring)

'Het vanwege artikel 1019h Rv toegenomen procesrisico leidt tot minder bereidwilligheid om te procederen. Cliënten geven doorgaans de voorkeur aan de zekerheid die een minnelijke regeling biedt.' (Combinatie, 9 jaar ervaring)

'Met het Zwaard van Damocles boven het hoofd van een dreigende procedure en dus bijbehorende kostenveroordeling is het voor rechthouders eenvoudiger om een zaak te schikken met beoogd resultaat.' (Soft IP, 5 jaar ervaring)

'Als mijn cliënt evident inbreuk maakt, raad ik hem af te procederen en te schikken om de schade zoveel mogelijk te beperken. Als een wederpartij inbreuk maakt, ontvangt de wederpartij waarschijnlijk hetzelfde advies, omdat er dan meteen wordt geschikt. Vaker is het echter niet duidelijk of er sprake is van inbreuk. Waar ik doorgaans cliënten nog wel zou adviseren om te procederen bij een 50% slagingskans, doe ik dat bij IE niet gelet op risico van proceskostenveroordeling. Dan zou cliënt dubbel gestraft worden.' (Soft IP, 7 jaar ervaring)

'1. De beslissingen in IE-zaken zijn zeer onvoorspelbaar; 2. Zelfs al heeft de cliënt een sterke zaak kan hij verliezen en soms tot wel ca 40.000 eur procesk moeten betalen; behalve dat dit veel geld is, betekent dat ook gezichtsverlies; 3. Zelfs als hij wint, is de kans op hb [hoger beroep, opm. toegevoegd] extra groot doordat de tegenpartij de proceskosten moet betalen (de proceskveroord werkt polariserend); 4. De hoge raad komt dan in zicht; dit betekent ca 6-8 jaar procederen met alle kosten en energieverspilling van dien; 5. Een schikking heeft daarom de voorkeur.' (Soft IP, 24 jaar)

169 Het optimisme-effect van de *English rule*

Een ander effect dat wordt toegeschreven aan de *English rule* leidt volgens de theorie juist tot *minder* schikkingen. Gedoeld wordt op het zogenaamd 'optimisme-effect'.[78] Partijen kunnen relatief optimistisch zijn ten aanzien van de kans van slagen van hun vordering. Relatief optimisme kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door een (al dan niet terecht) hoge inschatting van de eigen kansen, door een advocaat die (over)

76 Coursey & Stanley 1988.

77 Zie Jackson 2009, p. 92.

78 De Mot & De Geest 2004, p. 52; Sluijter 2011, p. 252; Katz & Sanchirico 2010, p. 13-15; Visscher & Schepens 2010, p. 15.

optimistisch is of een eigen belang heeft, en door informatieasymmetrie.[79] De *English rule* zou het optimisme-effect versterken, omdat de relatief optimistische partij niet alleen uitgaat van winst, maar ook van een (volledige) proceskostenvergoeding.[80] Het optimisme-effect strekt zich met andere woorden uit tot de proceskosten.[81] Onder deze omstandigheden geniet doorprocederen de voorkeur en wordt de schikkingsruimte kleiner, aldus de theorie.[82]

Een aantal respondenten heeft gewezen op omstandigheden waaronder minder wordt geschikt en meer wordt geprocedeerd.

'Door 1019h zijn cliënten met een 'sterke' zaak eerder geneigd te gaan procederen. Aan de andere kant is het lastiger te onderhandelen vanwege de oplopende kosten en risico's en voordelen van proceskostenveroordelingen. De eisende partij zal eerder een groot deel van de kosten vergoed willen zien dan in reguliere zaken, wat de schikkingsbereidheid natuurlijk ook aantast.' (Soft IP, 4 jaar)

'Als er inmiddels hoge kosten gemaakt zijn voor de procedure, dan vormen deze kosten (en de kans dat deze door de wederpartij vergoed zullen worden) doorgaans wel een reden om de procedure door te zetten en niet meer te schikken tijdens de lopende procedure. Het lijkt dat men dan al over de drempel van het risico van een volledige kostenveroordeling heen is en men het dan belangrijker vindt zijn eigen kosten vergoed te krijgen.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

170 Andere effecten van de *English rule*

In het voorgaande is de theoretische (en praktische) invloed van de *English rule* op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen besproken. De invloed reikt evenwel verder.

Een in de literatuur beschreven direct effect van de *English rule* is dat het leidt tot zowel hogere kosten bij de rechterlijke macht als bij partijen zelf. Onder de *English rule* dienen rechters meer tijd te besteden aan de beslissing over de proceskosten dan in systemen waarbij elke partij de eigen kosten draagt of waar de proceskostenvergoeding gefixeerd is. Dat geeft ruimte voor (en aanleiding tot) debat tussen partijen over de vraag welke kostenposten voor welk bedrag vergoed moeten worden.[83] De kosten die gemoeid zijn met (de voorbereiding voor) het debat over

79 Sluijter 2011, p. 220, 252; De Mot & De Geest 2004, p. 52; Jackson 2009, p. 91 e.v.

80 Katz & Sanchirico 2010, p. 13-15.

81 Visscher & Schepens 2010, p. 15; Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8. Sluijter 2011, p. 252. Snyder & Hughes constateerden ook dat relatief optimisme van partijen die anticiperen op een proceskostenvergoeding de kans op een schikking verkleint; Snyder & Hughes 1990.

82 Posner 1973.

83 Sluijter 2011, p. 254. Dat wordt wel gezien in IE-zaken, waarin veel onduidelijk is over de toepasselijkheid van art. 1019h Rv, de toepasselijkheid van de Indicatietarieven, wat onder 'redelijk en evenredig' wordt verstaan, en wat als een eenvoudige en een overige zaak moet worden aangemerkt. Het zijn de rechtzoekenden in IE-zaken die op dit moment betalen voor deze onduidelijkheden; Sluijter 2014, p. 3 e.v.

de kosten maken bovendien deel uit van de eventuele vergoeding. In Engeland heeft men werkelijk last van *satellite litigation* over kosten, die als een zelfstandige kostenverhogende factor in de civiele procedure worden beschouwd.

> *'Er gelden extra verplichtingen (en dus werk): kostenoverzichten met toelichting, discussie over de procentuele toewijzing van de proceskosten. Wanneer 1019h Rv wel of niet van toepassing is etc.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)*
>
> *'Gemiddeld genomen [is procederen in IE-zaken] iets kostbaarder, alleen al omdat het specificeren van de kosten tijd vraagt en ook de discussies over kosten meer aandacht en tijd vragen.'* (Soft IP, +25 jaar ervaring)

Een positief effect dat aan de *English rule* wordt toegeschreven is dat de kwaliteit van de uitkomsten beter zou zijn dan onder de *American rule*.[84] Daarvoor worden in de literatuur verschillende redenen aangedragen. In de eerste plaats wordt gewezen op het feit dat kansloze zaken onder de *English rule* worden weggefilterd, en partijen meer in het algemeen worden gestimuleerd om de rechtspositie en de slagingskans van vorderingen c.q. verweren beter te onderzoeken.[85] Dit zijn echter effecten die ook worden toegeschreven aan regelgeving op basis waarvan een partiële proceskostenveroordeling kan worden uitgesproken.[86] Voorts zou de *English rule* een positieve invloed hebben op het *ex ante* gedrag van potentiële overtreders van materiële rechtsnormen. Van het vooruitzicht van een volledige proceskostenveroordeling in een eventuele procedure zouden prikkels uitgaan om de rechtsnorm niet te overtreden.[87] Dit positieve effect wordt sterk gerelativeerd wanneer men zich realiseert dat de 'overtreder' in een procedure niet noodzakelijk de partij is die verliest (en de benadeelde de partij die wint).[88] Bovendien geldt dat lang niet alle civiele procedures geschillen over normschending betreffen, terwijl in geschillen waarin een partij is aangesproken op een beweerdelijke normschending vaak de vraag centraal staat óf in casu de norm is geschonden.[89]

In systemen die de *English rule* huldigen leidt dit tot de fundamentele vraag, in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de verliezende partij in een zaak waarin strikt genomen geen sprake is van goed of fout, materieel gelijk of ongelijk, toch wordt 'bestraft' met een volledige proceskostenveroordeling.[90] Is het juist dat in een geschil dat te goeder trouw wordt voorgelegd aan de rechter de partij die uiteindelijk (om wat voor reden ook) aan het kortste eind trekt, de volledige kosten van de

---

84 Katz & Sanchirico 2010, p. 17; Sluijter 2011, p. 252-253.

85 Sluijter 2011, p. 253.

86 Zoals de Duitse proceskostenregel; zie hiervoor hoofdstuk 7.

87 Katz & Sanchirico 2010, p. 17; Sluijter 2011, p. 253.

88 Katz & Sanchirico 2010, p. 18.

89 Dat is ook het bezwaar van de toepassing van art. 1019h Rv in alle inbreukzaken, óók de zaken waarin de vraag of iets inbreuk maakt te goeder trouw wordt voorgelegd aan de rechter, en niet alleen de 'echte' namaak en piraterijzaken. Zie Driessen 2007, p. 343-348.

90 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 78; Rowe 1982.

wederpartij moet betalen?[91] In deze context kan men zich ook afvragen in hoeverre het redelijk is dat de kosten voor een onjuiste rechterlijke beslissing voor rekening van één van de partijen komen.[92]

> *'[…]1019h verhoudt zich […] slecht met de vele 'twijfelgevallen' die ons vakgebied rijk is. IE is geen exacte wetenschap – een procespartij neemt in meer of mindere mate een gok, en de inzet is met 1019h een stuk hoger geworden.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)*
>
> *'Inbreukmakers, niet zijnde echte piraten, worden door volledige proceskostenveroordeling wel erg zwaar gestraft. Er wordt ook misbruik van gemaakt, bijvoorbeeld door het meteen optuigen van draconische maatregelen tegen relatief kleine inbreuken.' (Combinatie, 15 jaar ervaring)*

Deze principiële overpeinzingen brengen mij bij de theoretische invloed van de *English rule* op de rechtsontwikkeling in het algemeen. Zoals aan de orde is gekomen kunnen regels die bedoeld zijn om zwakke zaken ontmoedigen, evenzeer zaken ontmoedigen die vanuit feitelijk en juridisch oogpunt interessant zijn, maar waarvan de uitkomst te onzeker is om een hoge proceskostenveroordeling te riskeren. Onder vigeur van (varianten van) de *English rule* zullen 'innovatieve' en vernieuwende argumenten, die kunnen breken met traditionele precedenten en uitgangspunten, de rechter niet snel meer bereiken.[93] Hetzelfde gaat op voor geschillen waarin vragen rijzen over de toepassing of uitleg van het (EU-)recht, terwijl een rechterlijke beslissing in dergelijke zaken kan bijdragen aan de rechtsontwikkeling.[94]

> *'Als de zaak niet een enorm financieel belang vertegenwoordigt, maar juridisch en/of feitelijk gecompliceerd ligt waardoor de advocaten aan beide kanten veel kosten moeten maken (…) [d]an is de uitkomst van de zaak te onzeker om de financiële risico's van verlies te rechtvaardigen.' (Algemene praktijk, 7 jaar ervaring)*
>
> *'Inhoudelijk interessante zaken met ongeveer 50/50 kans of daar omheen: die worden veelal niet geïnitieerd, omdat de eisende partij het risico op een kostenveroordeling niet aandurft. Of juist wel, in de veronderstelling dat de gedaagde partij zich dit niet kan veroorloven. In deze zaken speelt het kostenrisico een dwingende, maar zeer oneigenlijke rol.'* (Soft IP, 12 jaar ervaring)

---

91 Portugal en Spanje huldigen regels op grond waarvan onder dergelijke omstandigheden geen proceskostenveroordeling volgt; Hodges e.a. 2010, p. 78.

92 Zo heeft Verkade zich afgevraagd of een volledige proceskostenveroordeling op zijn plaats is in cassatie, waarin 'de inzet verschuift naar procesrechtelijke klachten zoals het passeren van essentiële stellingen, het passeren van een bewijsaanbod, tegenstrijdigheid in de motivering, e.t.q. Nu kan men allicht verdedigen dat het 'steken laten vallen' in een I.E.-zaak door één van beide partijen op de voet van art. 14 van de Richtlijn nog 'bestraft' mag worden met een 'hoge' kostenveroordeling op de voet van dat artikel (dat ook geldt voor de in het ongelijk gestelde eiser), maar de vraag is (vooral) of dat ook moet gelden voor de kosten in cassatie van redressering van een rechterlijke fout.' Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), sub 7.5.

93 Prichard 1988, p. 451 e.v.; Kritzer 2001, p. 1948; Katz & Sanchirico 2010, p. 35-36.

94 Vgl. Corstens & Kuiper, 2014, p. 18.

In de literatuur is wel betoogd dat de hier beschreven fundamentele bezwaren tegen volledige proceskostenveroordeling de matiging van de proceskosten aan de hand van tarieven, *costs caps* of *benchmarks* rechtvaardigen. In nr. 173 en in het volgende hoofdstuk worden deze gedachten nader uitgewerkt.

171 Het *overall effect* van de *English rule* op het aantal schikkingen en procedures

Op basis van de studies kunnen geen eenduidige conclusies worden getrokken ten aanzien van het *overall effect* van de *English rule* op het aantal schikkingen en procedures.[95] Verschillende rechtswetenschappers die een poging hebben gewaagd de meest relevante theoretische en empirische studies op dit terrein in kaart te brengen zijn gekomen tot deze constatering.[96] De besproken empirische studies geven richting, maar zijn in zeer specifieke situaties uitgevoerd, waardoor het niet mogelijk is om op basis van de resultaten algemene uitspraken te doen over de effecten van de *English rule* ten opzichte van de *American rule*.[97] De studies bevatten ook geen informatie over de invloed van de *English rule* op het aantal zaken en zeggen dus niets over de invloed van de regel op het totale volume van zaken en schikkingen.[98]

Of de *English rule* nu leidt tot meer of minder procedures en meer of minder schikkingen, zal afhangen van het relatieve gewicht van verschillende factoren zoals risicoaversiteit, het verhoogde uitgaven-effect en het (relatief) optimisme-effect. Maar ook andere factoren die hier niet zijn besproken, zoals mogelijke *loss aversion* (verliesaversie) kunnen een rol spelen.

Volgens sommige respondenten kan verliesaversie sterker zijn onder invloed van art. 1019h Rv.

'Het belang om te winnen is toegenomen door het kostenaspect. Verlies is geen optie. (…)' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

Ten aanzien van het *overall effect* van art. 1019h Rv zijn de resultaten van de enquête ambigu, omdat tegengestelde geluiden klinken op de vraag of onder invloed van art. 1019h Rv meer of minder dagvaardingen worden uitgebracht, en meer of meer schikkingen (in de verschillende fases). In lijn met de theorie kan uit de antwoorden worden afgeleid dat de beslissing procederen of niet (en schikken of niet) naast de slagingskans afhangt van factoren zoals

95 De Mot & De Geest 2004, p. 52; Visscher & Schepens 2010, p. 15; Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 35.

96 Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 35; De Mot & De Geest 2004; Jackson 2009; Van Boom 2017, p. 6-9: Wagner 2009, p. 375.

97 Sluijter 2011, p. 255.

98 De Mot & De Geest 2004, p. 24.

het vermogen van een partij, de verwachte uitgaven van de wederpartij, de fase van de procedure etc. De uitkomsten van de enquête (iets minder dan de helft van de respondenten meent dat onder invloed van art. 1019h Rv minder wordt gedagvaard, en iets meer dan de helft meent dat meer wordt geschikt in de buitengerechtelijke fase) zijn dan ook relatief.

'Grote partijen schikken minder snel/dagvaarden eerder, terwijl kleine ondernemingen – ook als ze een op zich goede kans van slagen hebben – sneller schikken en minder snel dagvaarden.'

'Het risico van een substantiële proceskostenveroordeling wordt zorgvuldiger afgewogen dan voorheen, is voorafgaand aan een procedure vaker een reden om te willen schikken en is tijdens een procedure juist een reden om door te willen gaan.' (Soft IP, 15 jaar)

De studies brengen evenwel een aantal plausibele effecten aan het licht. In de literatuur is geconcludeerd dat de *English rule* ten opzichte van de *American rule* zwakke zaken ontmoedigt.[99] De *English rule* ontmoedigt daarnaast risicoaverse partijen, ongeacht de kans van slagen.[100] Een laatste conclusie waarover in de literatuur consensus lijkt te bestaan is dat de *English rule* ten opzichte van de *American rule* tot hogere uitgaven per procedure leidt.[101]

172 Analyse van de uitkomsten van de enquête in het licht van de theorie en empirie

Uit de enquête volgen indicaties dat art. 1019h Rv, in lijn met de theorie over de *English rule,* zwakke zaken ontmoedigt. Door art. 1019h Rv is men in zwakke zaken eerder geneigd af te zien van het entameren van een procedure, omdat de kans dat de eigen proceskosten én de – onvoorspelbare en onbeheersbare – kosten van de wederpartij moeten worden gedragen in die gevallen groot is. Volgens een aantal respondenten gaat van art. 1019h Rv niet alleen een ontmoedigend effect uit in zwakke zaken, maar ook in zaken die een kans van slagen hebben. Als de kans op verlies – en het risico van dubbele proceskosten – niet helemaal uitgesloten kan worden, kan dat voor bepaalde partijen aanleiding geven om af te zien van een procedure en/of de voorkeur te geven aan een schikking. Dat biedt steun aan de theorie, dat de *English rule* niet alleen zwakke zaken ontmoedigt, maar ook zaken die weliswaar kans van slagen hebben doch niet *'clear-cut'* zijn.

Tegelijkertijd kan volgens sommige respondenten slechts worden gesproken van *clear-cut* IE-zaken in geval van namaak of piraterij. Het vooruitzicht dat de eigen kosten in een dergelijk geval grotendeels of geheel worden vergoed kan volgens een enkeling zelfs een stimulans zijn om een zaak aanhangig te maken. Dat effect zou volgens een aantal respondenten zichtbaar zijn in zaken over online auteursrechtinbreuken

99 Katz & Sanchirico 2010, p. 35. Zie ook Sluijter 2011, p. 255; De Mot & De Geest 2004, p. 51; Jackson 2009, p. 93.

100 Katz & Sanchirico 2010, p. 35.

101 Jackson 2009, p. 93; Sluijter 2011, p. 255; Katz & Sanchirico 2010, p. 35.

(geschillen over een-op-een kopieën op internet met relatief gering belang, maar een grote kans van slagen). Een gevolgtrekking zou kunnen zijn dat van art. 1019h Rv een ontmoedigend effect uitgaat in alle zaken, behalve in namaak- en piraterij zaken. Er is echter opgemerkt dat bepaalde partijen zich niet laten leiden door art. 1019h Rv bij hun beslissing om te procederen of te schikken. Andere respondenten hebben opgemerkt dat 'kleine' partijen door art. 1019h Rv hoe dan ook afzien om te procederen, ongeacht de kans van slagen. Met andere woorden, art. 1019h Rv affecteert sommige partijen helemaal niet en andere partijen in alle zaken. Een verklaring voor deze ogenschijnlijke ambiguïteit kan mogelijk worden gevonden in de literatuur over de *English rule* en risicohouding. Omdat de risico's onder de *English rule* groter en onvoorspelbaarder zijn, kan worden aangenomen dat risicoaverse partijen sterker ontmoedigd raken. De resultaten van de enquête lijken steun te bieden aan de theorie dat van de *English rule* een ontmoedigend effect uitgaat voor risicoaverse partijen, ongeacht de kans van slagen.

Tevens lijkt uit de enquête te kunnen worden opgemaakt dat er een verband is tussen risicohouding en financiële draagkracht – een verband dat ook in de literatuur is gelegd. Het risico – hoe gering ook – op een veroordeling in de kosten ex art. 1019h Rv lijkt minder vermogende partijen sterker te ontmoedigen dan grote, vermogende partijen. Minder vermogende partijen zullen door een proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv financieel harder (mogelijk zelfs in hun privévermogen) getroffen worden dan partijen die een buffer hebben of de risico's kunnen afwentelen, en sneller geneigd zijn om een procedure te voorkomen. Dat effect lijkt te worden versterkt indien wordt verwacht dat de wederpartij hogere procesuitgaven zal hebben. Enerzijds is erop gewezen dat eisers onder die omstandigheden eerder zullen afzien van dagvaarden. Dat is een effect dat tevens is beschreven in de literatuur. Volgens sommige respondenten zullen verweerders met verwachte geringere procesuitgaven eerder schikken. Anderzijds kan art. 1019h Rv ook effect hebben op de eisende partij die verwacht hogere procesuitgaven te zullen hebben dan de wederpartij, zo volgt uit de enquête. Terwijl volgens de theorie de *English rule* onder deze omstandigheden tot een grotere bereidheid leidt om een procedure op te tuigen, wijst de enquête ook in de richting van het gebruik (of misbruik) van de regel als pressiemiddel om de wederpartij tot een schikking te dwingen. Uit de enquête lijkt aldus te volgen dat art. 1019h Rv in zaken waarin partijen over ongelijke financiële middelen beschikken per saldo zal leiden tot minder procedures (en meer schikkingen).

Voorts zijn er indicaties dat art. 1019h Rv – althans volgens een aantal respondenten – leidt tot hogere procesuitgaven, een effect dat in de literatuur is toegeschreven aan de *English rule*. De veronderstelling dat de kosten 'toch' kunnen worden verhaald op de wederpartij, evenals de verwachting dat hogere uitgaven de kans op winst vergroten, zijn genoemde oorzaken die aansluiten bij het theoretische 'verhoogde uitgaven-effect' en 'optimisme-effect' van de *English rule*. Er zijn echter ook respondenten die wijzen op oorzaken van de verhoogde kosten in IE-procedures die buiten de sfeer van art. 1019h Rv liggen. Ook zijn meerdere respondenten van mening dat art. 1019h Rv geen effect heeft op de kosten van IE-procedures. Er is zelfs beweerd

dat IE-procedures minder kostbaar zijn geworden onder invloed van art. 1019h Rv en de Indicatietarieven. Ten aanzien van de vraag of art. 1019h Rv leidt tot hogere uitgaven kan op basis van de enquête dus geen uitspraak worden gedaan.

173 De invloed van tarieven op de effecten van de *English rule*

173a De *German rule*

Het voornaamste verschil tussen de *English rule* en art. 1019h Rv is dat de redelijkheid en evenredigheid van laatstgenoemde regel zijn ingevuld door zogenaamde Indicatietarieven, die sinds medio 2008 gelden in procedures in eerste aanleg en sinds 1 januari 2015 voor procedures in hoger beroep en cassatie.[102] Voor een meer nauwkeurige en genuanceerde benadering van de werkelijke effecten van art. 1019h Rv ligt voor de hand dat ook de effecten worden besproken van *costs shifting* op basis van tarieven, in de literatuur voor de eenvoud ook wel de *German rule* genoemd.[103]

In de EU komen vele varianten van de *German rule* voor.[104] Grofweg kan onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten tarieven: (i) tarieven die het resultaat zijn van een schatting van de werkelijke (redelijke) kosten van de winnende partij (zoals het Duitse tariefstelsel) en (ii) tarieven die bewust lager zijn afgesteld (zoals de Belgisch tarieven en het Nederlands liquidatietarief).[105] De tarieven kunnen gekoppeld zijn aan het zaaksbelang, zoals in Duitsland waar wordt gewerkt met aantallen punten per soort vergoeding (*Verfahrungsgebühr, Terminsgebühr* of *Einigungsgebühr*, zie hoofdstuk 7). In België gelden basis-, minimum- en maximumbedragen gekoppeld aan het zaaksbelang (soort en aantal proceshandelingen zijn, anders dan bij 'ons' liquidatietarief, niet relevant). Soms zijn tarieven gekoppeld aan het type procedures, zoals de Indicatietarieven (die onderscheid maken tussen kort geding en bodemprocedures, en waarbij het toepasselijk tarief afhangt van de complexiteit). De tarieven die gelden bij de IPEC maken onderscheid tussen inbreuk- en geldigheidsprocedures enerzijds en procedures over schadevergoeding en winstafdracht anderzijds, terwijl per type procedure maximumtarieven gelden per proceshandeling.[106] Ten slotte kunnen de tariefstelsels rigide zijn, in de zin dat afwijken niet mogelijk is of alleen in uitzonderlijke gevallen (voorbeelden zijn het Duitse stelsel, het Belgische en de tarieven bij de IPEC) of flexibel (zoals de Nederlandse Indicatietarieven tot zeker 1 april 2017).

Volgens de theorie kan de introductie van tarieven zowel positieve als negatieve invloed hebben op de effecten van de *English rule*. De precieze effecten van proceskostenveroordeling op basis van tarieven zullen echter sterk afhangen van de details.

---

102 De Indicatietarieven in IE-zaken zijn te raadplegen via rechtspraak.nl. De Indicatietarieven gelden niet in octrooizaken. Voor deze categorie zaken zijn de nuances op de effecten van de *English rule* die in deze paragraaf worden besproken dus niet relevant.

103 Van Boom 2017, p. 20.

104 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 18-19.

105 Jackson 2009, p. 12-13

106 Zie hiervoor hoofdstuk 7.

Daardoor heeft een onderzoek naar 'de' effecten van proceskostenveroordeling op basis van tarieven inherente beperkingen. De indicatieve (niet-bindende) aard en de onduidelijkheden rond de toepassing van de Indicatietarieven in IE-zaken maken een dergelijke exercitie extra gecompliceerd. Niettemin is het zinvol om de algemene theorie over de invloed van de *German rule* op de effecten van de *English rule* te bespreken. Door vervolgens de specifieke kenmerken van de Indicatietarieven te belichten, kan de invloed van de Indicatietarieven in IE-zaken op de effecten van art. 1019h Rv meer nauwkeurig in kaart worden gebracht.

173b De positieve invloed van tarieven op de effecten van de *English rule*

Volgens de theorie is de voorspelbaarheid één van de belangrijkste voordelen van proceskostenveroordeling op basis van tarieven ten opzichte van de *English rule*.[107] Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, is proceskostenveroordeling op basis van de *English rule* zeer onvoorspelbaar, omdat een partij geen zicht heeft op de uitgaven van de wederpartij en de rechter doorgaans een grote beoordelingsvrijheid heeft bij de proceskostenbeslissing. In dat verband is geconstateerd dat de onvoorspelbaarheid een zelfstandige en negatieve invloed kan hebben op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen. Deze negatieve effecten zullen dus worden weggenomen indien de *English rule* wordt vervangen door een stelsel waarbij de voor vergoeding in aanmerking komende (advocaat)kosten beperkt en standaard berekend worden aan de hand van tarieven. Onder een dergelijk systeem kunnen partijen de risico's vooraf nauwkeuriger inschatten (althans kunnen advocaten hun cliënten beter adviseren), terwijl de kosten van rechtsbijstand beter en tegen lagere premies verzekerbaar zijn.[108]

Tariefstelsels zijn niet per definitie geschikt om de negatieve effecten van de onvoorspelbaarheid van de *English rule* weg te kunnen nemen. Hodges, Vogenauer & Tulibacka constateren op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat voorspelbaarheid van de kosten van de wederpartij alleen dan kan worden bereikt indien *'straightforward'* tarieven van toepassing zijn, die losstaan van de werkelijke uren en kosten.[109] De tarieven dienen bovendien strikt te worden toegepast, met slechts een beperkt aantal helder geformuleerde (en dus voorspelbare) uitzonderingen.[110] Ook Sluijter toont aan dat duidelijke (maximum)tarieven – die de rechter weinig beoordelingsruimte bieden en waarbij scherpe criteria gelden op basis waarvan afgeweken kan worden – vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en voorspelbaarheid de voorkeur genieten.[111]

---

107 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81 e.v.; Sluijter 2011, p. 272; Jackson 2009, p. 12-13; Jackson 2016.

108 Dat is een belangrijk kenmerk van de zeer voorspelbare proceskosten in Duitsland; zie hiervoor hoofdstuk 7. Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 78; Jackson 2016, p. 6.

109 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81-82. Zij wijzen in dat verband op de voordelen van de 'dubbele voorspelbaarheid' van het Duitse systeem; zie hiervoor ook hoofdstuk 7.

110 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81-85.

111 Sluijter 2011, p. 276 e.v.

De toepassing van de Indicatietarieven in IE-zaken tot 1 april 2017 voldoet in dit opzicht niet (zie ook Sluijter 2011, p. 275 en 289). Zoals eerder aan de orde is gekomen, maken de tarieven onderscheid tussen procedures in kort geding en bodemprocedures. De hoogte van de tarieven is gekoppeld aan de complexiteit van de procedure, waarbij gezichtspunten worden genoemd als de omvang van het feitenonderzoek, de omvang van het verweer, de grondslagen van de vorderingen, het aantal producties en de noodzaak tot het optreden van meer dan één advocaat, maar ook de senioriteit en de eventuele specialisatie van de advoca(a)t(en). Afwijken is steeds mogelijk en komt ook vaak voor, mits de afwijking door de eiser 'goed' gemotiveerd wordt. Niet-betwiste kosten worden doorgaans integraal toegewezen. Hoe de beslissing over de proceskosten uit zal vallen hangt dus af van verschillende factoren, terwijl de beoordeling van de complexiteit op basis van de gezichtspunten tamelijk subjectief is. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van de deugdelijkheid van de onderbouwing van de vordering c.q. de motivering van het eventuele verweer. Of de Indicatietarieven van toepassing zijn (en zo ja, welk tarief) was dus steeds onzeker.

'(…) Ondanks de indicatietarieven is het onmogelijk vooraf aan te geven wat een procedure in worst-case scenario voor de cliënt gaat kosten (tenzij er een kostenafspraak wordt gemaakt). Rechters gaan verschillend om met de tarieven. Zelfs in vonnissen zie je verschillende motiveringen voor verschillende bedragen. Bij winst in een procedure is er natuurlijk niets aan de hand, maar je weet vooraf niet zeker of je gaat winnen.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

Volgens de theorie kunnen tarieven de prikkels om hoge(re) procesuitgaven te doen in belangrijke mate wegnemen. Er bestaan geen prikkels voor advocaten om meer werk te verrichten of meer uren in rekening te brengen in de veronderstelling dat de wederpartij deze zal dragen, indien de proceskostenvergoeding gefixeerd is.[112] Tegelijkertijd wordt aan tarieven ook wel het positieve effect toegeschreven, dat zij als *benchmark* fungeren en als zodanig een dempende werking op de eigen procesuitgaven kunnen hebben.[113] Voorwaarde voor een dergelijke positieve uitwerking van tarieven is wederom, dat de tarieven strikt worden gehanteerd en afwijken slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.

Volgens sommige respondenten hebben de Indicatietarieven een dempend effect op de uitgaven.

'Advocaten moeten thans in feite verantwoording afleggen over hun kosten. Dat heeft - in ieder geval bij sommige advocaten - het effect gehad dat men kritischer naar de eigen kosten kijkt. De cliënt zal dat nu ook vaker doen omdat de kosten van zijn advocaat in een perspectief worden geplaatst (denk aan indicatietarieven). Omdat het mijn ervaring is dat de indicatietarieven 'laag' staan afgesteld heeft dit naar mijn mening dus eerder een prijsverlagend dan -verhogend effect.' (Soft IP, 11 jaar)

112 Sluijter 2011, p. 257 en 272; Wagner 2009, p. 377.

113 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 82; Jackson 2016.

'In mijn praktijk heeft [art. 1019h Rv] weinig tot geen invloed op de kosten. Ik probeer wel enigszins rekening te houden met de indicatietarieven. In die zin staat de rem er misschien toch wel op.' (Soft IP, 3 jaar)

'Advocaten schrijven vaker eerder af, door mitigerende werking IE-indicatietarieven.' (Combinatie, 10+ jaar ervaring)

Ten slotte is theoretisch vastgesteld dat een tariefstelsel de negatieve effecten van de *English rule* op de totale kosten wegneemt. Het feit dat advocaten geen tijd meer hoeven te besteden aan urenspecificaties en de voorbereiding van de vordering c.q. het verweer of een eventueel debat bespaart tijd en kosten.[114] Indien de beoordelingsruimte van de rechter – en daarmee de discussieruimte voor partijen – beperkt is, bestaat ook weinig aanleiding om daaraan tijd en kosten te besteden (die bovendien voor eigen rekening zullen komen).[115]

Uit de reacties van verschillende respondenten kan worden afgeleid, dat de toepassing van de Indicatietarieven (tot 1 april 2017) de negatieve effecten van de *English rule* op de totale kosten niet wegneemt. Omdat de tarieven de rechter niet binden en afwijken mogelijk is, zullen partijen onverminderd tijd besteden aan specificaties, het onderbouwen van de vordering c.q. het verweer en het voorbereiden van een eventueel debat over de kosten.

173c De negatieve invloed van tarieven op de effecten van de *English rule*

Proceskostenvergoeding op basis van tarieven kan ook positieve effecten van de *English rule* wegnemen. De verwachting is dat onder de *German rule* meer zaken met een geringe slagingskans voor de rechter zullen komen, hetgeen in theorie invloed kan hebben op de kwaliteit van uitkomsten.[116]

Een evidenter nadeel van een tariefstelsel is de mogelijkheid van een *recoverability gap*, dat – afhankelijk van de hoogte van de tarieven en de kenmerken waaraan deze zijn gekoppeld (waarde van de vordering, proceshandelingen, complexiteit) soms zelfs prohibitieve proporties kan aannemen. Het standaardiseren van proceskosten doet afbreuk aan de mogelijkheid van een op maat gesneden proceskostenveroordeling, waarmee recht kan worden gedaan aan de omstandigheden van het concrete geval. Met name de grotere, complexe procedures met een groot zaaksbelang (*'heavy' litigation'*[117]) zouden niet geschikt zijn voor standaardisering van de proceskosten aan de hand van tarieven.[118] Het vooruitzicht dat een deel van de kosten niet wordt vergoed zal vermoedelijk zwaarder wegen voor financieel zwakkere partijen.

114 Sluijter 2011, p. 289; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 85.
115 Sluijter 2011, p. 257; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 84-85.
116 Vgl. Sluijter 2011, p. 258; Wagner 2009.
117 Jackson 2009, p. 14.
118 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 85; Jackson 2010, p. 169 e.v.

Zoals hiervoor echter al aan de orde is gesteld volgt uit de theorie, maar ook uit het onderzoek van Jackson in het kader van de hervormingen van de Civil Procedure Rules dat juist die partijen het vooruitzicht van niet-vergoedbare eigen kosten als minder *deterrent* ervaart dan de dreiging van een onvoorspelbare proceskostenveroordeling.[119] Tegelijkertijd draagt de voorspelbaarheid van het kostenrisico bij aan een goede en betaalbare verzekerbaarheid, zoals in Duitsland wordt ervaren.[120] Voor bepaalde partijen zal de voorspelbaarheid de theoretische negatieve invloeden van tarieven neutraliseren.

> Door de toepassing van de Indicatietarieven (tot 1 april 2017) en de ruime afwijkingsmogelijkheden valt de proceskostenbeslissing in IE-zaken niet goed te voorspellen. Daardoor is niet aannemelijk dat de Indicatietarieven een wezenlijke positieve invloed hebben op het aantal zaken met een geringe slagingskans. Door de onvoorspelbaarheid zal het ontmoedigend effect van een eventuele proceskostenveroordeling niet minder voelbaar zijn voor minder welgestelde partijen. Tegelijkertijd kan de flexibiliteit ook een voordeel zijn; in grotere, complexere zaken waarin veel kosten worden gemaakt (*heavy litigation*) kan de rechter een op maat gesneden proceskostenbeslissing uitspreken. Dat kan door sommige partijen als positief worden ervaren.

173d De *overall* invloed van tarieven op de effecten van tarieven de *English rule*

Omdat de *German rule* volgens de theorie een aantal negatieve effecten van de *English rule* kan wegnemen, zou men geneigd kunnen zijn te veronderstellen dat het aantal aangebrachte zaken onder invloed van een tariefstelsel zal toenemen. Tegelijk kan worden verwacht dat de voorspelbaarheid van de (maximale) kosten leidt tot een verminderde schikkingsbereidheid, zoals men in Duitsland wel ervaart.[121] Vermeldenswaardig in dit verband is het systematisch onderzoek naar de impact (zowel in kwantitatieve als kwalitatieve zin) en de doeltreffendheid van de introductie van *costs caps* bij de IPEC in 2014.[122] Uit dat onderzoek volgt dat niet alleen het aantal aangebrachte zaken per jaar aanzienlijk is gestegen; maar ook dat zaken die voorheen niet zouden zijn aangebracht, sinds de introductie van gefixeerde tarieven wel worden aangebracht bij de IPEC. Het onderzoek bevestigt dat er een direct verband bestaat tussen de stijging van het aantal bij de IPEC aangebrachte zaken en de introductie van de *costs cap*.[123] De voorspelbaarheid van het kostenrisico evenals het feit dat de proceskostenveroordeling meestal niet boven 40.000 GBP uitkomt, worden genoemd als de belangrijkste voordelen van het proceskosten-

119 Jackson 2010, p. 171.

120 Zie hiervoor hoofdstuk 7.

121 Althans volgens Wagner 2009, p. 376; zie ook Van Boom 2017, p. 9.

122 Helmers, Lefouili & McDonagh 2015, p. 34. Zie over procedures bij de IPEC hoofdstuk 7.

123 *Active case management* wordt tevens genoemd als belangrijke oorzaak voor de stijging.

regime.[124] Terwijl het aantal bij de IPEC aangebrachte zaken is gestegen, is in de onderzochte periode geen stijging van het aantal aangebrachte IE-zaken bij de High Court en de Patents High Court waargenomen. Daarnaast is geconstateerd dat zowel het aantal *claimants* als het aantal aangebrachte zaken per *claimant* is toegenomen. Het aantal door het MKB aangebrachte zaken is bovendien substantieel toegenomen, zodat in het onderzoek wordt geconcludeerd dat de voornaamste doelstelling van de hervormingen is bereikt. Op basis van een theoretisch model komen de auteurs ten slotte tot de conclusie dat ook het aantal buitengerechtelijke schikkingen is toegenomen sinds de hervormingen van de procedure bij de IPEC, zodat gesproken wordt van een *substantial overall increase* van het aantal IE-geschillen sinds 2010:

> *'In other words, the IPEC reforms may have encouraged parties to enter into disputes with, and to seek redress from, potential IP infringers, where previously they would have not done so. The existence of a larger universe of disputes overall would explain why there is both an increase in filings at the IPEC and at the same time there is a greater share of disputes that settle pre-filing. In other words, the IPEC reforms might have had a substantial effect beyond the courtroom: the reforms appear to have fundamentally altered the IP dispute landscape, and in doing so they have increased the likelihood that IP holders will attempt to uphold their rights against potential infringers.'*[125]

Op basis van dit onderzoek kan niet in algemene zin worden gesteld dat door de introductie van een tariefstelsel het aantal procedures zal toenemen. De IPEC is alleen bevoegd in zaken waarvan het belang niet het bedrag van 500.000 GBP overstijgt. In grotere, complexere (en kostbaardere) procedures blijft het de vraag in hoeverre de voordelen van zekerheid en voorspelbaarheid van een tariefstelsel op zullen wegen tegen de nadelen van niet-vergoedbare kosten.[126]

Zoals de Indicatietarieven (tot 1 april 2017) zijn toegepast, lijken zij geen wezenlijke (positieve dan wel negatieve) invloed te hebben op de effecten van art. 1019h Rv op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen.

8.4 Conclusie

174 De effecten van art. 1019h Rv op de toegang tot de rechter

In het licht van de onderzoeksvragen die centraal staan in dit proefschrift, namelijk of de Nederlandse implementatie en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn verenigbaar zijn met EU-recht, is van belang de werkelijke effecten van art. 1019h Rv te belichten. Voor de werkelijke effecten van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. art. 1019h Rv bestaat geen (wetenschappelijk) bewijs. Redengevend is het ontbreken van data op basis waarvan de effecten voor en na de implementatie kunnen worden

124 Helmer, Lefouili & McDonagh 2015, p. 34.

125 Helmers, Lefouili & McDonagh 2015, p. 35.

126 Tegen voorstellen om het *fixed costs regime* in Engeland uit te breiden naar de *multi track* wordt fel verweer gevoerd; zie Jackson 2010, p. 169 e.v.

vergeleken, terwijl een dergelijke vergelijking – zo deze data al beschikbaar zou zijn – op beperkingen en bezwaren zou stuiten. Om toch voorspellingen te kunnen doen over de effecten van art. 1019h Rv is in dit hoofdstuk een aantal studies besproken naar de invloed van proceskostenveroordeling op het beslissingsproces van partijen verwikkeld in een geschil volgens de *law and economics*. Daarbij is vooral aandacht besteed aan de *English rule,* gezien de overeenkomsten met art. 1019h Rv. Een belangrijke conclusie is dat op basis van de theoretische en empirische studies geen uitspraken kunnen worden gedaan over het *overall effect* op het aantal procedures en schikkingen. Het relatieve gewicht van verschillende factoren bepaalt uiteindelijk de invloed van de *English rule* op de beslissing procederen/schikken. Bepaalde theoretische effecten zijn echter plausibel gebleken, daar waar anekdotisch bewijs de theorie ondersteunt.

De koppeling van theorie en praktijk heeft de volgende plausibele effecten van art. 1019h Rv in de praktijk tot zeker 1 april 2017 aan het licht gebracht. In de eerste plaats is aannemelijk dat art. 1019h Rv zwakke zaken ontmoedigt (i). Tevens zijn er indicaties dat art. 1019h Rv risicoaverse partijen ontmoedigt *ongeacht de kans van slagen* (ii); een effect dat wordt versterkt indien wordt verwacht dat de wederpartij hogere procesuitgaven zal hebben (iii). Een confrontatie met de *beoogde* effecten van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. 1019h Rv, levert een aantal wezenlijke discrepanties op. Terwijl de regeling bedoeld is om de toegang tot de rechter te verruimen voor houders van IE-rechten, wijst het onderzoek uit dat juist óók houders van IE-rechten – indien zij risicoavers zijn – in verband met het risico op een hoge en onvoorspelbare proceskostenveroordeling kunnen worden ontmoedigd een zaak aan te brengen of in rechte verweer te voeren, met name indien de wederpartij verwacht wordt hoge(re) procesuitgaven te hebben. Uit het onderzoek volgt dat het onder dergelijke omstandigheden niet waarschijnlijk is dat houders in rechte optreden tegen inbreuk, hetgeen de andere doelstelling van art. 1019h Rv – het afschrikken van inbreukmakers – ondermijnt.

Kortom, op basis van rechtseconomisch, rechtsvergelijkend en exploratief onderzoek onder advocaten werkzaam in de IE-praktijk zijn sterke aanwijzingen dat art. 1019h Rv, gelet op de wijze waarop deze tot zeker 1 april 2017 is uitgelegd en toegepast, enerzijds een aan de doelstelling van de Handhavingsrichtlijn tegengesteld effect sorteert, en anderzijds de toegang tot de rechter voor bepaalde partijen blokkeert. De gevolgen voor de praktijk kunnen zijn dat inbreuken onder bepaalde omstandigheden geen halt worden toegeroepen, en dat feitelijk of juridisch ingewikkelde kwesties – waarin vragen rijzen waarover nog niet eerder in rechte is beslist of die de uitleg van EU-recht betreffen en waarvan de uitkomst dus onzeker is – niet snel meer aan de rechter worden voorgelegd. Onder dergelijke omstandigheden kan de toepassing van art. 1019h Rv ongewenste sociaaleconomische gevolgen hebben en de rechtsontwikkeling in IE-zaken negatief beïnvloeden. Nader onderzoek naar de impact van art. 1019h Rv bestrijkt idealiter dus ook deze terreinen.

Welk gewicht reeds nu aan de uitkomsten van dit onderzoek moet worden toegekend, is vooral een normatieve vraag. Welk gewicht willen of zouden we eraan

moeten toekennen?[127] Terwijl een grondslag voor de wijze waarop art. 1019h Rv tot zeker 1 april 2017 is uitgelegd en toegepast ontbreekt en er sterke aanwijzingen zijn dat deze op gespannen voet staan met EU-recht, kan een oplossing relatief snel en eenvoudig worden bereikt door de middel van een verbeterd tariefstelsel. Deze gedachten worden nader uitgewerkt in het volgende, laatste hoofdstuk.

127 President van de Hoge Raad Corstens: 'Van wezenlijk belang is (…) om in de praktijk de vinger aan de pols te houden en om adequaat en niet te zuinig te reageren op aanwijzingen dat de toegang tot de rechter tekort schiet. Toegang tot de rechter is geen luxegoed, het is geen bankstel waarvan je kunt beslissen het wel of niet te kopen. Toegang tot de rechter behoort tot de fundamenten van onze rechtsstaat'; Corstens & Kuiper 2014, p. 10.

9. SYNTHESE, AANBEVELINGEN EN CONCLUSIES

9.1 Inleiding

175 Algemeen

Centraal in dit proefschrift staat de vraag in hoeverre de omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn ('Hrl') in Nederland verenigbaar zijn met het EU-recht. Tevens is het doel van het onderzoek om via een analyse van de specifieke Europese en nationale regelingen op het terrein van proceskosten meer inzicht te verkrijgen in het verband tussen proceskostenveroordeling en de toegankelijkheid van de rechter in civiele procedures in het algemeen. Deze inzichten zijn gebruikt om ook de verenigbaarheid van het stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen in algemene civiele procedures met het EU-recht te analyseren.

In de eerste plaats is onderzocht welke uitleg 'Europa' geeft aan art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn (hoofdstuk 2). Daarna zijn in hoofdstuk 3 de eisen geïdentificeerd die het Handvest en het EVRM stellen aan nationale regelingen die financiële drempels kunnen opwerpen in de toegang tot de rechter. Het geheel aan (minimum)vereisten dat voortvloeit uit de Handhavingsrichtlijn en het primaire EU-recht vormt het normatief beoordelingskader waaraan de Nederlandse omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moeten worden getoetst. Vervolgens is het Nederlands perspectief centraal gesteld in de hoofdstukken 4 t/m 6. In hoofdstuk 4 zijn de kostenregels besproken die voorafgaand aan de implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn van toepassing waren op procedures ter handhaving van IE-rechten (en die nog altijd gelden in niet-IE-zaken). Daarbij is met name ingegaan op de grondslag en ratio van de forfaitaire kostenvergoeding. Tevens is de vraag naar de verenigbaarheid van het stelsel met het EU-recht verkend. In hoofdstuk 5 zijn in het eerste deel de vragen behandeld, hoe de implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is verlopen en welke keuzes daarbij zijn gemaakt door de Nederlandse wetgever. De belangrijkste knelpunten rond de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in de praktijk zijn vervolgens geïdentificeerd en besproken in het tweede deel van hoofdstuk 5. Daarna is in hoofdstuk 6 specifiek ingegaan op de deelvraag, welke rol de rechter is toebedeeld (of toebedeeld zou moeten worden) bij de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv. In de hoofdstukken 7 en 8 is de kostenproblematiek

– in zowel IE-zaken als daarbuiten – benaderd vanuit respectievelijk rechtsvergelijkend en rechtseconomisch perspectief.

In dit hoofdstuk wordt de verenigbaarheid van de Nederlandse uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn met EU-recht geanalyseerd in het licht van het normatief beoordelingskader (par. 9.2). Vervolgens zullen aanbevelingen worden gedaan voor een meer conforme en coherente uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn op zowel Europees als nationaal niveau (par. 9.3). Ten slotte zullen enige aanbevelingen worden gedaan ter bevordering van een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures in het algemeen (par. 9.4).

9.2 De toets aan het normatief beoordelingskader

176 Het normatief beoordelingskader

In de hoofdstukken 2 en 3 is het beoordelingskader geformuleerd waaraan de nationale omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zou moeten voldoen. In de eerste plaats dient de omzetting op grond van art. 288 lid 3 VWEU (i) doeltreffend te zijn. De omzettingswetgeving mag voorts niet strijdig zijn met (ii) de grondrechten en (iii) de beginselen van EU-recht. In de context van proceskostenveroordeling is met name relevant het met art. 6 EVRM corresponderende beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest, en het daaruit voortvloeiende recht op toegang tot de rechter. De relevante beginselen zijn het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid der procespartijen. De kernvraag van het onderzoek is of de omzetting, toepassing en uitleg van art. 1019h Rv de toets aan dit normatief beoordelingskader kunnen doorstaan. Om verschillende redenen kan deze toets echter niet ten volle worden uitgevoerd.

In de eerste plaats is nodig voor de doeltreffendheidstoets – maar ook voor de toets aan de vereisten van praktische en effectieve toegang tot de rechter – dat duidelijkheid bestaat over de effecten van art. 1019h Rv. Zoals in hoofdstuk 8 is gebleken, kan ondanks de veelheid aan theoretische en empirische studies naar de effecten van de regel 'proceskostenveroordeling op basis van het gelijk' nog altijd geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag naar het *overall effect* van die regel op het aantal schikkingen en procedures. Gebleken is dan ook dat het effect van proceskostenveroordeling op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen in sterke mate afhangt van subjectieve factoren zoals de risicohouding, het relatief optimisme en de verhouding tussen partijen. Het effect kan daarnaast worden beïnvloed door omstandigheden als (de afwezigheid van) procesfinanciering en gesubsidieerde rechtsbijstand. Dit zou erop kunnen duiden dat de vraag naar de effecten te casuïstisch is bepaald om daarover algemene uitspraken te kunnen doen. Anderzijds heeft de enquête onder 170 IE-advocaten een aantal aspecten van de praktische werking van art. 1019h Rv aan het licht gebracht, die – gezien de koppeling aan de ervaringen in Engeland met de vergelijkbare *English rule*, de rechtseconomische theorieën over de effecten van deze regel en de in de literatuur beschreven verwachte effecten van art. 1019h Rv – sterke indicaties heeft opgeleverd

voor bepaalde effecten. Dat biedt mogelijkheden om beredeneerd te onderzoeken in hoeverre art. 1019h Rv beantwoordt aan de vereisten van effectiviteit en effectieve toegang tot de rechter.

Ten tweede veronderstelt een 'rechtmatigheidstoets'[1] aan art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest dat er een duidelijk geïdentificeerd *sujet* is waarvan de rechtmatigheid getoetst moet worden. Er is echter niet zoiets als *de* uitleg en *de* toepassing van art. 1019h Rv, zoals wel is gebleken uit het onderzoek naar de werking van art. 1019h Rv in de praktijk in de hoofdstukken 5 en 6. Als gevolg van het ontbreken van concrete richtsnoeren van bovenaf zijn inconsistenties in de rechtspraak over art. 1019h Rv onvermijdelijk gebleken. Anderzijds kunnen juist die inconsistenties en het gebrek aan scherpe keuzes in de rechtspraak zelf gevolgen hebben voor de rechtmatigheid van de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv. Hoe zich dit bijvoorbeeld verhoudt tot het hierna te bespreken legaliteitsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel zal in het navolgende geanalyseerd worden.

Een derde beperking van een rechtmatigheidstoets van de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv is gelegen in de rechtspraak van de instanties die daarover het laatste woord hebben: het EHRM en het HvJ EU. Zoals in par. 3.4. aan de orde is gekomen, volgt uit de rechtspraak niet altijd welke toets in vergelijkbare gevallen is aangelegd, terwijl de toets vaak ook op ondoorzichtige wijze is uitgevoerd.[2] Aan de orde is gekomen dat de rechtspraak over het Handvest nog volop in ontwikkeling is, hetgeen met name ook geldt voor art. 52 lid 1, waarin de voorwaarden zijn neergelegd voor een toelaatbare beperking van de uitoefening van grondrechten van het Handvest. Soms gaat aan de toets een beroep op een grondrecht vooraf, maar er zijn ook gevallen bekend waarin het HvJ EU een bepaalde vraag op eigen initiatief interpreteert in het licht van de grondrechten.[3] Het komt bovendien voor dat bij de uitleg een verwijzing naar het Handvest zeer voor de hand ligt, maar achterwege blijft. Een sprekend voorbeeld vormt het arrest *United Video Properties/Telenet*, waarin het HvJ EU zich bij de vraag naar de verenigbaarheid van het Belgische forfaitaire kostenstelsel met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn heeft beperkt tot het doeltreffendheidsvereiste en de daaruit voortvloeiende voorwaarden waaraan nationale proceskostenregelingen in IE-zaken moeten voldoen.[4] Het arrest illustreert dat geenszins zeker is dat de hierna te bespreken rechtmatigheidstoets – als het HvJ EU al daaraan zou toekomen – ook werkelijk langs deze lijnen zal worden uitgevoerd. Niettemin geldt dat de nationale omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn aan alle vereisten van het normatief beoordelingskader moeten voldoen, terwijl er zeker mogelijkheden zijn voor een uitleg die daaraan beantwoordt (par. 9.3).

---

1 Lees: een toets van het positieve recht aan voor een rechtsorde fundamentele waarden; Sieburgh 2015, p. 6.

2 Zie hiervoor nr. 44.

3 Een voorbeeld hiervan is HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*). Zie hiervoor paragraaf 3.3.

4 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*).

Ten vierde is van belang dat de eventuele onrechtmatigheid van een bepaalde regel in beginsel *in concreto* beoordeeld moet worden. Gesteld kan worden dat de evenredigheid van de beperking van het grondrecht en de vraag in hoeverre het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast voornamelijk zullen afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. De verdragsluitende staten zijn echter niet alleen verplicht zich van inbreuk op fundamentele rechten te onthouden, maar ook om door wetgeving of andere maatregelen te waarborgen dat die rechten kunnen worden uitgeoefend, tegenover zowel de Staat als medeburgers.[5] Dat impliceert dat de Staat signalen, dat een bepaalde (toepassing van een) wettelijke of rechterlijke regeling een grondrecht onevenredig kan inperken of zelfs in de kern kan aantasten, serieus moet nemen en zo nodig maatregelen moet treffen om de strijdigheid op te heffen.[6] Om te kunnen beoordelen of aan die positieve verplichting wordt voldaan is een toets *in abstracto* nodig, waarbij de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU – althans voor zover daaruit duidelijke voorwaarden volgen waaraan een gerechtvaardigde beperking van het betreffende grondrecht moet voldoen – als leidraad kan dienen.

Bovendien is het belang van een abstracte rechtmatigheidstoets gelegen in de aard van het grondrecht op toegang tot de rechter. Een schending daarvan kan de mogelijkheid deze in rechte aan de kaak te stellen immers beperken of zelfs ontnemen. De rechterlijke beoordeling van de eventuele strijdigheid met het recht op toegang tot de rechter kan evenwel pas aan de orde komen indien daarop een beroep is gedaan door (één der) partijen.[7] Maar zoals in hoofdstukken 5 en 6 aan de orde is gekomen, kon tot de op 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven niet snel een beroep op dit grondrecht worden verwacht om de rechter te bewegen tot een afwijzing (of matiging) van de ex art. 1019h Rv gevorderde proceskosten. De partijen die in verband met het risico van een hoge, onvoorspelbare proceskostenveroordeling geen effectieve toegang hebben tot de rechter, zijn reeds om deze praktische reden niet in staat een beroep op het grondrecht te doen. Partijen die wel toegang hebben zouden een schending van de grondrechten (en beginselen) van de EU niet snel inroepen, in verband met de vrees voor de consequenties daarvan voor de eigen vordering.[8] Het grondrechtelijk vacuüm dat is ontstaan in de rechtspraak over art. 1019h Rv kan niet in stand worden gelaten, zoals ook in par. 9.3. hierna zal worden betoogd.

Met inachtneming van deze reserves, zal de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv worden onderworpen aan een analyse in het licht van de eisen en beginselen van het normatief beoordelingskader. Deze analyse zal vervolgens als aanzet dienen voor de aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in par. 9.3.

---

5 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19.

6 Asser Hartkamp *3-I* 2015/19; vgl. Corstens 2014, p. 18.

7 Tot op heden worden art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest althans in Nederland niet ambtshalve toegepast; zie hiervoor hoofdstuk 6.

8 Vgl. Visser 2016.

177 De doeltreffendheid van art. 1019h Rv

De doelstellingen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zijn in hoofdstuk 2 geïdentificeerd. Deze bepaling beoogt (i) de toegang tot de rechter te verruimen voor rechthebbenden en (zodoende) inbreukmakers af te schrikken; en (ii) nationale proceskostenregelingen op het terrein van IE-handhaving te harmoniseren. Zoals uit verschillende Commissiestukken blijkt, is het uitdrukkelijk de bedoeling van de Europese wetgever om de toegang tot de rechter in IE-zaken voor met name het MKB te verruimen.[9]

Ad (i) Doeltreffend?
In hoeverre de doelstelling sub (i) wordt bereikt, is een vraag naar de effecten van proceskostenveroordeling op het gedrag van partijen verwikkeld in een IE-geschil. Het beoogde effect is immers dat *rechthebbenden* wegens het vooruitzicht op een proceskosten*vergoeding* worden aangemoedigd in rechte op te treden tegen inbreukmakers (A), terwijl (potentiële) *inbreukmakers* vanwege de dreiging van een proceskosten*veroordeling* een halt worden toegeroepen (B). Om uitspraken te kunnen doen over de effectiviteit van een bepaalde remedie die het gedrag van actoren in de praktijk beoogt te sturen of te normeren, is dus nodig dat de gedragseffecten van de remedie in kaart worden gebracht.

In hoofdstuk 8 zijn verschillende (theoretische en empirische) studies naar de effecten van de *English rule* bestudeerd, en gekoppeld aan anekdotisch bewijs uit de Nederlandse IE-praktijk. Dat anekdotisch bewijs is vergaard door middel van een enquête onder 170 advocaten werkzaam in de IE-procespraktijk. Hoewel het onderzoek zeker geen sluitend bewijs oplevert van de effecten van art. 1019h Rv, heeft de koppeling van theorie en anekdotisch bewijs een aantal plausibele effecten aan het licht gebracht. De voornaamste indicatie in het licht van de beoordeling van de effectiviteit van art. 1019h Rv is dat de regel, die uitgaat van *loser pays* – en niet de *inbreukmaker* betaalt –, hooguit 'raak' kan zijn indien sprake is van een klip-en-klare inbreuk, en de rechthebbende niet risicoavers is. De mogelijkheid om ex art. 1019h Rv een aanzienlijk deel van de kosten te kunnen verhalen op de inbreukmaker beantwoordt onder deze omstandigheden daadwerkelijk aan de doelstelling.[10] Onder alle andere omstandigheden sorteert de regel in het beste geval een ambigu effect. Dat kan worden verklaard door het feit dat de doelstelling geen rekening houdt met de talloze nuances die kenmerkend zijn voor het (IE-)procesrecht.[11] Het hebben van gelijk en het krijgen van gelijk zijn niet hetzelfde. Zelfs de rechthebbende die overtuigd is van zijn zaak moet er rekening mee houden dat hij op formele gronden 'ongelijk' krijgt, of dat de geldigheid of beschermingsomvang van zijn recht met succes wordt bestreden. Het risico zelf veroordeeld te worden in de (volledige?) kosten van de wederpartij ligt dus onder vrijwel alle omstandigheden op de loer. De

9 Zie hiervoor hoofdstuk 1.
10 Zie hiervoor hoofdstuk 8.
11 Vrendenbarg 2014, p. 226 e.v.; conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2014:224) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5.

wederkerigheid van de regel brengt met andere woorden mee dat ook het afschrikkend effect twee kanten opwerkt, hetgeen de doelstelling van de proceskostenbepaling zelfs kan ondermijnen.

Zoals aan de orde is gekomen, leveren de hoogte en de onvoorspelbaarheid van een eventuele proceskostenveroordeling niet voor alle partijen problemen op. Partijen die vermogend zijn of de risico's hebben afgewenteld op een verzekeraar of procesfinancier zullen hun gedrag vermoedelijk minder laten beïnvloeden door de van toepassing zijnde proceskostenregel. Partijen voor wie een substantiële proceskostenveroordeling grote financiële gevolgen kan hebben zullen meer risicoavers zijn en dus eerder geneigd om af te zien van een procedure of het voeren van verweer in rechte. Zij geven de voorkeur aan de zekerheid van een schikking of besluiten in het meest verontrustende scenario niet op te treden tegen inbreuk. Tot deze categorie moeten het (klein) MKB, *startups* en particulieren worden gerekend.[12] Het zijn evenwel die partijen waarvoor de Europese Commissie de toegang tot de rechter wil verruimen. Een uitleg van art. 1019h Rv die ertoe strekt dat proceskosten volledig voor vergoeding in aanmerking komen is derhalve niet geschikt om de doelstelling te realiseren.

Ad (ii) Harmonisatie?
In hoofdstuk 2 is aan de orde gekomen dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in de meeste landen niet tot omzetting heeft geleid, ondanks de grote verschillen tussen de nationale proceskostenregelingen. De Europese Commissie heeft in dat verband reeds zelf geconstateerd dat het harmonisatiedoel niet is behaald.[13] Ook uit het rechtsvergelijkend onderzoek in hoofdstuk 7 volgt dat ondanks de grote verschillen tussen de Engelse, Duitse en Belgische proceskostenregelingen art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn (vooralsnog) niet heeft geleid tot aangepaste wetgeving in die landen. De nationale wetgevers hebben aldaar verondersteld dat de geldende proceskostenregimes reeds voldeden aan de richtlijnbepaling. In België stond het Grondwettelijk non-discriminatiebeginsel bovendien in de weg aan de invoering van een apart kostenregime in IE-handhavingszaken. De ruime beoordelingsmarge die art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn aan de lidstaten gunt is de voornaamste reden waarom harmonisatie tot op heden is uitgebleven. Hierin liggen dus ook mogelijkheden voor de Europese wetgever en het HvJ EU om een meer uniforme uitleg en toepassing van de richtlijnbepaling te bewerkstelligen; zie hierna par. 9.3.

178 Art. 1019h Rv en het recht op toegang tot de rechter: de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest

Voorgaande constateringen zijn tevens van belang in het kader van de 'rechtmatigheidstoetsing' van art. 1019h Rv aan het fundamentele recht op toegang tot de

12 Zie hiervoor hoofdstuk 8; zie ook par. 7.3 over het stelsel van Engeland & Wales.
13 SEC(2010)1589 final, p. 24. Ook in de literatuur is geconstateerd dat het harmonisatiedoel van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn niet is behaald. Zie bijv. Van Vlooten 2011, p. 231-255; Wilman 2014, p. 145 e.v.

rechter. Zoals in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde is gekomen, zijn beperkingen van de uitoefening van dit grondrecht toelaatbaar voor zover deze de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest kunnen doorstaan. De toets komt er kort gezegd op neer dat de beperking (i) voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar moet zijn (het legaliteitsbeginsel); deze (ii) de 'wezenlijke inhoud' van het grondrecht moet eerbiedigen; en tot slot (iii) geschikt, noodzakelijk en evenredig moet zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (het evenredigheidsbeginsel).

Ad (i) Het legaliteitsbeginsel
Het legaliteitsvereiste houdt in dat een beperking slechts toelaatbaar is indien deze berust op een wettelijke basis in het nationale recht.[14] De veroordeling in de redelijke en evenredige proceskosten van de winnende partij, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet, heeft een wettelijke basis, om precies te zijn in art. 1019h Rv. Aan het legaliteitsbeginsel lijkt *prima facie* te zijn voldaan. Maar of de wettelijke regel en de uitwerking daarvan in de rechtspraak ook de kwaliteitstest kan doorstaan – inhoudende dat deze voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar moet zijn teneinde de praktische en effectieve uitoefening van dit fundamentele recht niet aan te tasten –, is zeer de vraag.

Art. 1019h Rv maakt niet aanstonds duidelijk en voorzienbaar hoe de proceskostenbeslissing zal uitvallen. De redelijkheid en evenredigheid worden in beginsel ingevuld door de Indicatietarieven, die sinds 1 augustus 2008 gelden voor procedures in eerste aanleg en eerst sinds 1 januari 2015 voor procedures in hoger beroep en cassatie. In hoofdstuk 5 kwam uitgebreid aan de orde dat de Indicatietarieven sinds 1 januari 2015 weliswaar steeds meer richting gaven bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid, maar dat in verband met de ruime en vaag geformuleerde afwijkingsmogelijkheden, de verschillende factoren aan de hand waarvan de rechter de complexiteit van de zaak kan bepalen en de onduidelijkheden rond de toepassing daarvan niet gesproken kon worden van een voldoende mate van voorzienbaarheid van de uitkomst van de proceskostenbeslissing van art. 1019h Rv. Of de Indicatietarieven van toepassing zijn en zo ja, welk tarief, kon niet redelijkerwijs worden voorspeld.[15] Daar komt bij dat de verschillende sets tarieven tot 1 april 2017 er niet aan in de weg stonden dat de werkelijke (volledige) proceskosten werden toegewezen.[16] De werkelijke kosten van de wederpartij zijn echter per definitie niet te voorspellen. Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, rust de verantwoordelijkheid om conformiteit van wet en rechtspraak met het legaliteitsbeginsel te waarborgen evenwel bij de lidstaten.[17] Een vergelijkbare verantwoordelijkheid rust bij de lidstaten op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, dat

14 Zie hiervoor hoofdstuk 3, waarin is uitgelegd dat volgens vaste rechtspraak van het EHRM de term 'wet' in zijn materiële zin moet worden opgevat: zowel de 'geschreven rechtsregel' als de 'ongeschreven rechtsregel' moeten daaronder worden begrepen. De term 'wet' kan zelfs de in de rechtspraak 'uitgewerkte rechtsregel' omvatten.
15 Zie ook Vrendenbarg 2015, p. 259 e.v.
16 Zie hiervoor met name par. 5.6.
17 Peers & Prechal 2014, p. 1473.

meebrengt dat lidstaten moeten zorgen voor duidelijke en kenbare omzettingswetgeving; zie hierover nader nr. 179.

Ad (ii) De eerbied voor de 'wezenlijke inhoud' van het recht op toegang tot de rechter
Art. 52 lid 1 Handvest bepaalt verder dat de beperking in elk geval de 'wezenlijke inhoud' van het betrokken grondrecht of de betrokken grondrechten moet eerbiedigen. Aan dit vereiste is nader invulling gegeven in de rechtspraak van het HvJ EU, waaruit volgt dat de wezenlijke inhoud van het recht op effectieve rechtsbescherming en het daaruit voortvloeiende recht op toegang tot de rechter in ieder geval niet worden geëerbiedigd, indien de bestreden nationale regeling tot gevolg heeft dat het recht van eventuele houders van IE-rechten op rechterlijke bescherming wordt geblokkeerd.[18] Specifiek met betrekking tot regelingen die financiële verplichtingen voor partijen in het leven roepen volgt uit de rechtspraak van het EHRM – en het HvJ EU in zijn kielzog – dat het *geheel* aan kosten in de toegang tot de rechter[19] geen te hoge drempel mag opwerpen om te procederen, en dat rechtsbijstand moet worden verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.[20]

Het vooruitzicht van een onvoorspelbare proceskostenveroordeling, zo is gebleken, kan de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken beperken. In bepaalde gevallen kan art. 1019h Rv – zoals tot zeker 1 april 2017 toegepast – het grondrecht zelfs in de kern aantasten, in die zin dat de regeling tot gevolg kan hebben dat het recht van bepaalde houders van IE-rechten op rechterlijke bescherming wordt geblokkeerd.[21] Gedoeld wordt op de rechthebbenden die risicoavers zijn en zich vanwege de financiële risico's, ongeacht de kans van slagen van de vordering, genoodzaakt zien om af te zien van het instellen van een procedure. Onder die omstandigheden kunnen IE-rechten niet effectief in rechte worden gehandhaafd. Zoals uit het onderzoek van hoofdstuk 8 (maar overigens ook hoofdstuk 7, waarin het Engelse kostenstelsel is besproken) is het niet alleen de hoogte van de mogelijke proceskostenveroordeling, maar met name ook de onvoorspelbaarheid en de onbepaaldheid daarvan waardoor voor deze categorie rechthebbenden de toegang niet langer *practical and effective* is.[22] Dat heeft ook gevolgen voor het recht op bescherming van intellectuele eigendom van art. 17 lid 2 Handvest.[23] Gesteld kan worden dat ook dit grondrecht in de kern wordt aangetast, indien IE-rechten niet effectief in rechte

18 Zie hiervoor hoofdstuk 3; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 35-43; Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), sub 39.

19 Waaronder griffierechten, de kosten voor rechtsbijstand en de eventuele proceskostenveroordeling.

20 Zie ook art. 47 lid 3 Handvest. Zie hoofdstuk 3 voor de verwijzingen naar de rechtspraak.

21 Zie hoofdstuk 3; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 35-43; Vgl. conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), sub 39.

22 Zie hiervoor hoofdstuk 3. Zie ook Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/161.

23 Vgl. HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*).

gehandhaafd kunnen worden vanwege de hoge drempel in de toegang tot de rechter. Te denken valt aan het in de inleiding van dit boek genoemde voorbeeld van Wilcox, die beweerde dat zijn octrooien waardeloos zouden zijn geworden omdat hij deze vanwege de hoge kosten niet in rechte kan handhaven. Art. 1019h Rv sorteert in het meest onwenselijke scenario dus een aan de doelstellingen tegengesteld effect.

De wederkerigheid van de bepaling brengt voorts mee dat als de toegang al zou worden verruimd door art. 1019h Rv – een scenario dat zich kan voordoen in geval van een vermogende, althans niet risicoaverse eiser met een sterke zaak – de toegang voor de *wederpartij* te zeer kan worden beperkt.[24] Het risico dat deze wederpartij in de mogelijk hoge, maar in ieder geval onvoorspelbare proceskosten wordt veroordeeld is in dat geval immers groot. Onder deze omstandigheden, zo kan worden afgeleid uit het onderzoek in hoofdstuk 8, is het waarschijnlijk dat deze partij eerder akkoord zal gaan met een schikking of zal besluiten zich niet in rechte teweer te stellen tegen de vordering. Het 'wezenlijke inhoud'-vereiste geldt evenwel ook voor de wederpartij, voor wie de uitoefening van haar recht op toegang tot de rechter niet in de kern aangetast mag worden.

Problematisch in het licht van de rechtmatigheidstoets lijkt vooral het feit dat effectieve waarborgen voor een voorspelbare proceskostenbeslissing die niet prohibitief hoog uitvalt ontbreken. In *niet*-IE-zaken wordt aan dat vereiste invulling gegeven door de strikte toepassing van het liquidatietarief, de wettelijk verankerde bevoegdheid van de rechter om bedongen, hoge kosten ambtshalve te matigen[25] en de mogelijkheid van gesubsidieerde rechtsbijstand.[26] In IE-zaken golden tot zeker 1 april 2017 los-vaste Indicatietarieven en werden niet- (voldoende gemotiveerd) betwiste proceskosten meestal toegewezen. Tot op heden kunnen partijen in IE-geschillen geen aanspraak maken op gefinancierde rechtsbijstand, omdat rechtsbijstandsverzekeraars IE-procedures plegen uit te sluiten in hun voorwaarden – om de voornaamste reden dat deze procedures te duur zijn.[27] Deze omstandigheden rechtvaardigen de conclusie, dat de wezenlijke inhoud van het grondrecht op toegang tot de rechter althans tot zeker 1 april 2017 niet werd geëerbiedigd.

Ad (iii) Het evenredigheidsbeginsel
Geschikt en noodzakelijk?
Zoals hiervoor beargumenteerd, is een regel die uitgaat van *loser pays* – en niet de *inbreukmaker* betaalt – naar zijn aard ongeschikt om de doelstelling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn te verwezenlijken. Hierna zal in par. 9.3. worden uiteengezet dat bovendien alternatieven voorhanden zijn die minder belastend zijn, zoals het evenredigheidsbeginsel vereist.[28] Deze constateringen hebben direct gevolgen voor

24 Zie hiervoor hoofdstuk 8.
25 Zie art. 242 Rv. Zie hiervoor par. 4.7.
26 Zie hiervoor par. 4.2.
27 Zie hiervoor par. 5.2. Zie in deze context Asser/Giesen *1* 2015/180: 'Maar duidelijk is wel dat categorische uitsluitingen van rechtsbijstand niet passend zijn doch dat in plaats daarvan steeds getoetst zal moeten worden aan de omstandigheden van het geval.'
28 Zie hiervoor par. 2.3. en 3.4.

de toets aan het noodzakelijkheidsvereiste, in die zin dat een beperking die niet geschikt is om de doelstellingen te verwezenlijken per definitie niet noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling.

Evenredig?
Het evenredigheidsbeginsel vereist dat een *fair balance* bestaat tussen het algemene belang dat gediend wordt met de beperkende maatregel en de inbreuk op het individuele grondrecht, dan wel dat een rechtvaardig evenwicht *(fair balance)* tussen de toepasselijke (grond)rechten worden gevonden.[29] Op verschillende plaatsen in de Handhavingsrichtlijn komt tot uitdrukking dat de evenredigheid in acht moet worden genomen bij de beoordeling van de gevraagde maatregel.[30] Een voorbeeld daarvan is ov. 17 considerans bij de Handhavingsrichtlijn, waarin staat dat bij de beoordeling van een vordering op grond van de richtlijn rekening kan worden gehouden met de *opzettelijke of onopzettelijke* aard van de inbreuk. Ook op andere plaatsen in de richtlijn wordt erop gewezen dat de mogelijke goede trouw van inbreukmakers een verzachtende omstandigheid kan zijn. In gelijke zin staat in de parlementaire geschiedenis van art. 1019h Rv geschreven dat in geval van goede trouw '[b]eperking van de proceskostenveroordeling tot hetgeen onder het huidige recht gebruikelijk is, […] meer voor de hand [ligt] dan een volledige kostenveroordeling. Deze laatste ligt vooral in de rede wanneer het gaat om grootschalige namaak of piraterij. Voor de inbreuken die daartussen liggen, zal de rechter naar verwachting naar bevind van zaken handelen en beoordelen wat redelijke en evenredige kosten zijn die door de verliezende partij dienen te worden gedragen'.[31]

Uit de rechtspraak over art. 1019h Rv volgt dat de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk in beginsel geen rol spelen bij de proceskostenbeslissing. De Indicatietarieven (versie 1 januari 2015) sluiten uit dat de mate van verwijtbaarheid van de inbreuk een rol speelt. Proceskostenveroordeling leent zich dan ook niet goed voor differentiatie naar te goeder of te kwader trouw verrichte handelingen. In de eerste plaats is het de vraag wanneer iemand te goeder of te kwader trouw is. Van iemand die moedwillig inbreuk heeft gemaakt, hetgeen veronderstelt dat diegene bewust is van het inbreukmakend karakter, kan nog met enige zekerheid worden gezegd dat deze te kwader trouw is. Maar is de partij die daarvan niet bewust was, maar na ontvangst van een sommatiebrief of dagvaarding doorgaat met de inbreukmakende handelingen, nog te goeder trouw? De eiser zal menen van niet. Maar wat als de aangesproken partij op goede gronden meent dat helemaal geen sprake is van inbreuk? Is een 'volledige' proceskostenveroordeling nog als evenredig aan te merken indien deze partij een verweer voert dat weliswaar niet slaagt, maar in redelijkheid niet als bij voorbaat kansloos kan worden aangemerkt? Of overwegend in het ongelijk is gesteld, maar ook op onderdelen heeft 'gewonnen'? Ingewikkelder nog is de vraag, naar welke maatstaven de redelijkheid en evenredigheid zou

29 Zie hiervoor par. 3.4. Zie ook Gerards 2011, p. 140; Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 180; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 63.

30 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

31 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 28 (MvT).

moeten worden beoordeeld indien in een procedure naar aanleiding van grootschalige, commerciële inbreuk de rechthebbende – om wat voor reden dan ook – in het ongelijk wordt gesteld. Dient de *rechthebbende* dan ook de proceskosten te vergoeden die evenredig zijn aan de ernst en omvang van de gestelde inbreuk?

Tegen een onderscheid naar goede trouw (geliquideerde proceskostenveroordeling) of kwade trouw (volledige proceskostenveroordeling) – en alles daar tussenin – pleit voorts, dat ook goede trouw gepleegde inbreuken complex kunnen zijn en tot hoge proceskosten kunnen leiden. *Clear-cut* inbreuken die vanuit feitelijk en juridisch oogpunt minder gecompliceerd zijn, zouden andersom onder de definitie van grootschalige, commerciële namaak en piraterijpraktijken worden geschaard en wél tot een volledige proceskostenveroordeling leiden. Of, indien tarieven zouden gelden die gerelateerd zijn aan de mate van toerekenbaarheid, in de hoogste tariefschaal vallen. In dat laatste geval zouden zelfs kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen die niet zijn gemaakt. Proceskostenveroordeling zou dan met andere woorden het karakter krijgen van een punitieve schadevergoeding, hetgeen naar Nederlands recht niet is toegestaan en mogelijk in strijd is met het evenredigheidsvereiste.

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, volgt uit de rechtspraak van het HvJ EU dat een beperking van de uitoefening van een grondrecht over het algemeen in strijd wordt geacht met het evenredigheidsvereiste wanneer de beperking ongelimiteerd is, of wanneer deze de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter geheel onmogelijk maakt.[32] Tot 1 april 2017 waren proceskostenveroordelingen ex art. 1019h Rv in feite ongelimiteerd, omdat de Indicatietarieven niet als absolute maxima hadden te gelden. Het gevolg daarvan leek te zijn, dat de gang naar de rechter voor bepaalde rechtzoekenden daadwerkelijk werd afgesneden. Het gevolg van ongelimiteerde proceskostenveroordelingen op de langere termijn kan zijn, dat de uitgaven in IE-procedures blijven stijgen (als gevolg van het zogenaamd 'verhoogde uitgave-effect'[33]), waardoor procedures onbetaalbaar worden voor een nog grotere groep rechtzoekenden. Een dergelijke uitleg en toepassing van art. 1019h Rv is daarom in strijd met het evenredigheidsvereiste. In par. 9.3. hierna zal aan de orde komen op welke wijze invulling gegeven kan worden aan dit vereiste.

179 Art. 1019h Rv en het rechtszekerheidsbeginsel

Zoals in par. 3.5. is aan de orde gekomen, worden hoge eisen gesteld aan de duidelijkheid en kenbaarheid van nationale bepalingen die dienen ter omzetting van een richtlijn, indien deze richtlijn rechten toekent of plichten oplegt aan ondernemingen of burgers. Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de rechtszekerheid in het bijzonder een dwingend vereiste is in het geval van een regeling die financiële consequenties kan hebben, teneinde de belanghebbenden in staat te stellen de omvang van hun verplichtingen nauwkeurig te kennen. In deze context

32 Zie ook Peers & Prechal 2014, p. 1485-1486.

33 Zie hiervoor hoofdstuk 7 en 8.

heeft het HvJ EU gewezen op de noodzaak om een redelijke voorspelbaarheid te waarborgen, zowel wat betreft de verplichting tot betaling van de kosten van de gerechtelijke procedure als de omvang ervan.[34] Reeds in het kader van de toets aan het legaliteitsbeginsel (nr. 178) is geconstateerd dat de wijze waarop art. 1019h Rv tot zeker 1 april 2017 werd uitgelegd en toegepast niet de duidelijkheid en voorspelbaarheid bood die is vereist. In par. 9.3. hierna zullen meer rechtszekere en voorspelbare oplossingen worden besproken.

180 Art. 1019h Rv en het beginsel van gelijkheid der procespartijen

Het beginsel van gelijkheid der procespartijen vereist niet dat partijen in een vergelijkbare positie verkeren, wel dat een eventuele processuele of financiële ongelijkheid tussen partijen geen afbreuk doet aan het eerlijke verloop van een dergelijke procedure.[35] In hoofdstuk 5 is aan de orde gekomen dat partijen die in een (financieel) zwakkere positie verkeren zelden op een (ambtshalve) afwijzing of matiging van de proceskosten kunnen rekenen.[36] In de Indicatietarieven die vanaf 1 januari 2015 golden, is uitdrukkelijk bepaald dat de billijkheid zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling verzet enkel en alleen omdat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.[37] In hoofdstuk 6 is duidelijk geworden dat de rechter wel enige ruimte heeft om eventuele ongelijkheden aan de orde te stellen en zo nodig te herstellen, maar dat die ruimte met name beperkt is indien de proceskosten niet zijn betwist. De mate waarin de financiële of processuele ongelijkheid aan de orde kan komen is dus vooral afhankelijk van hetgeen partijen daarover aanvoeren. Indien argumenten worden aangevoerd die duiden op strijdigheid met het beginsel, kan het beginsel van effectieve rechtsbescherming meebrengen dat de rechter het debat op dit punt heropent met toepassing van art. 25 Rv. De Indicatietarieven die per 1 april 2017 gelden sluiten de kapitaalkracht niet langer uit als een factor die mee kan wegen bij de proceskostenbeslissing. In hoeverre de toepassing van art. 1019h Rv strookt met het beginsel van gelijkheid der procespartijen zal afhangen van de wijze waarop in de praktijk zal worden omgegaan met argumenten die duiden op een mogelijke schending van het beginsel.

181 De toets aan het normatief beoordelingskader: conclusie

Op basis van het voorgaande lijkt de conclusie gerechtvaardigd, dat de wijze waarop art. 1019h Rv – tot zeker 1 april 2017 – is uitgelegd en toegepast niet *Europa proof* is. De regeling en de beschreven uitwerking in de praktijk beantwoorden niet aan de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn, terwijl deze slecht scoren op alle onderdelen van de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest.

---

34 Zie hiervoor par. 3.5 met verwijzingen naar de rechtspraak.

35 Zie hiervoor par. 3.5.

36 Zie hiervoor par. 5.6.

37 Vgl. Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven (versie 2015), punt 10.

Daarmee is niet gezegd dat hier zonder meer sprake is van onrechtmatigheid. In het algemeen geldt dat een rechtmatigheidstoets van wet en rechtspraak niet snel resulteert in de vaststelling van onrechtmatigheid.[38] Zoals in met name nr. 176 aan de orde is gekomen, is het grondrecht op toegang tot de rechter niet absoluut en hangt het veelal van de concrete omstandigheden van het geval af of het recht in de kern is aangetast. De besproken beginselen (van gelijkheid van procespartijen, evenredigheid en rechtszekerheid) zijn evenmin absoluut. Welk beginsel zwaarder moet wegen hangt af van het gewicht dat daaraan in het concrete geval wordt toegekend.[39] Anderzijds rust op de Staat, zoals reeds vermeld, de *positieve verplichting* om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen.[40] De conclusies en indicaties die uit dit onderzoek volgen zouden reeds aanleiding moeten geven het proceskostenregime in IE-zaken te *upgraden* tot een regime dat meer richtlijn- en EU-conform is. Aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg zullen in de volgende paragraaf worden gedaan.

In het licht van het voorgaande is het zeer positief te noemen dat de Indicatietarieven sinds 1 april 2017 gelden als maximumtarieven, waarvan in beginsel niet kan worden afgeweken. In hoeverre deze aanpassing bijdraagt aan een meer EU-conforme situatie zal echter onder meer afhangen van de vraag hoe strikt de maximumtarieven zullen worden gehanteerd. Bovendien zal nog moeten worden afgewacht, of vergelijkbare tarieven zullen worden vastgesteld voor octrooizaken. In nr. 187 zal hierop nader worden ingegaan.

9.3 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn

182 Open normen

In dit boek is gebleken dat de keuze van de Europese wetgever voor open normen belangrijke implicaties heeft voor de omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. De keuze voor de open normen werd indertijd ingegeven door de behoefte van de lidstaten om de bepaling in te kunnen vullen binnen de nationale context. Het doel was om zowel de compromisvorming rond de Handhavingsrichtlijn als de omzetting (die in de meeste lidstaten achterwege is gebleven) te vereenvoudigen.[41] De keuze voor open normen heeft evident ook nadelen. Omdat de uitleg en toepassing van de open normen in de hoofdzakelijk niet-geharmoniseerde nationale (procesrechtelijke) context plaatsvindt, door rechters die over overwegend nationaalrechtelijke aangelegenheden oordelen, blijven interpretatieverschillen bestaan en is de harmonisatie op het terrein van proceskosten in IE-zaken ver te zoeken.[42] In Nederland, waar de bepaling letterlijk is omgezet, is het

38 Asser/Hartkamp *3-I* 2015, p. 130-133.
39 Zie Teuben 2004, p. 91.
40 Art. 52 lid 5 Handvest; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19-20 en 200; Sieburgh 2015, p. 3 e.v.
41 Zie hiervoor hoofdstuk 2.
42 Vgl. Cook 2015, p. 264-269.

gebrek aan richtsnoeren een belangrijke oorzaak gebleken van de grillige rechtsontwikkeling en vele inconsistenties rond de toepassing van art. 1019h Rv.

Tegelijkertijd kan niet worden getwijfeld aan het belang van een meer coherente en consistente uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, zowel vanuit het oogpunt van harmonisatie (Europees niveau) als vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (nationaal niveau). In dit verband is niet alleen een belangrijke rol weggelegd voor de Europese wetgever, maar voor alle actoren op verschillende wetgevende en rechtssprekende niveaus.

183 De rol van de Europese wetgever[43]

Waarborgen voor een meer coherent Europees procesrecht
Om een eenduidige uitleg van procedurele voorschriften als die van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn te bevorderen, moet in de eerste plaats zoveel mogelijk worden voorkomen dat dergelijke voorschriften uitsluitend van toepassing worden verklaard op deelterreinen van nationaal (proces)recht.

Zoals bekend hebben Europese richtlijnen doorgaans betrekking op een bepaalde sector, waarin problemen zijn gerezen die om een specifieke aanpak vragen. Zo volgt uit de Handhavingsrichtlijn en de bestudeerde totstandkomingsdocumentatie dat de Europese wetgever vooral oog heeft gehad voor het 'oplossen' van het probleem van namaak en piraterij (ruimer: IE-inbreuken) in de interne markt. De Handhavingsrichtlijn moest voorzien in een veronderstelde behoefte aan ruimere handhavingsmiddelen die in alle lidstaten even effectief zijn. Aan waarborgen voor een consistente en rechtszekere aanpak binnen de EU is geen aandacht besteed.[44] Hetzelfde geldt ten aanzien van andere richtlijnen die primair materieelrechtelijk van aard zijn, maar ook procedurele voorschriften bevatten, zoals de consumentenbeschermende richtlijnen en de Bedrijfsgeheimenrichtlijn.[45] In deze context is de Europese bemoeienis met nationaal (proces)recht bekritiseerd om het incidentele karakter, hetgeen versnippering van het nationale procesrecht tot gevolg kan hebben.[46] Tevens kan Europees ingrijpen leiden tot inconsistenties binnen het nationale procesrecht. Ten aanzien van de Handhavingsrichtlijn kan men zich afvragen (en heeft men zich afgevraagd[47]) waarom de toepassing van de richtlijnbepalingen beperkt is tot IE-zaken. Hier had het op de weg van de Europese wetgever gelegen om te onderzoeken of ook buiten het terrein van IE behoefte bestaat aan een uitbreiding of versteviging van het handhavingsinstrumentarium, en zo nodig de reikwijdte daarvan te verruimen. Indien op basis van een dergelijk onderzoek geen aanleiding zou bestaan voor een bredere toepassing, dan zou daarin

43 De Europese Commissie, de lidstaten en het Europees Parlement.
44 Zie ook Wilman 2014, p. 450 e.v.
45 Zie hiervoor hoofdstuk 3.
46 Zie hiervoor hoofdstuk 3; zie ook Wilman 2014, p. 451; Krans 2010, p. 6-7.
47 Bijv. Krans 2010, p. 103 e.v.; Hugenholtz 2004, p. 246-247; Huydecoper 2004, p. 117-123. Zie ook hoofdstuk 2.

in ieder geval een rechtvaardiging kunnen worden gevonden voor de beperking van het toepassingsbereik van het handhavingsinstrumentarium tot het betreffende deelterrein.[48]

Daar waar Europees 'ingrijpen' in nationale proceskostenregels op specifieke deelterreinen toch aan de orde is, zal de Europese wetgever zich moeten vergewissen van de gevoeligheid en complexiteit van dit onderwerp. De Europese wetgever heeft – *buiten* de context van de Handhavingsrichtlijn – uitgebreid aandacht besteed aan de negatieve effecten en mogelijke neveneffecten van de *loser pays*-regel.[49] Steeds is benadrukt dat de kosten waarin de verliezende partij wordt veroordeeld niet te hoog mogen zijn, omdat dat voor sommige rechtzoekenden negatieve gevolgen voor de toegankelijkheid van de rechter kan hebben. Ook is gewezen op de noodzaak tot het objectiveren van de redelijkheid van de toe te delen proceskosten omwille van de toegankelijkheid van de rechter. Aandacht is er voorts voor de grote verschillen in proceskostenregels die het gevolg zijn van de nauwe samenhang van die regels met de nationale procesrechtelijke architecturen.[50] Al deze verstandige overwegingen hebben geen rol van betekenis gespeeld bij het ontwerp en de uitleg van de Handhavingsrichtlijn. Verondersteld werd dat de doelstelling (kort gezegd, rechthebbenden stimuleren en inbreukmakers afschrikken) kon worden bereikt door de rechthebbende een substantiële, zo niet volledige vergoeding van de gemaakte kosten in het vooruitzicht te stellen. Voor dit ongefundeerde uitgangspunt kan geen steun worden gevonden in de rechtseconomische theorie over de *English rule*[51] en de ervaringen met een volledige proceskostenveroordeling in de praktijk (in Engeland, maar ook de Nederlandse IE-praktijk).[52] De regel geeft ook blijk van een gebrek aan kennis van de bijzondere aspecten van IE-procesrecht, waarin het niet altijd de rechthebbende is die wint (en de inbreukmaker die verliest), niet zelden blijkt dat het ingeroepen recht ongeldig of de beschermingsomvang beperkt is en waarin de beoordeling of sprake is van inbreuk van vele factoren afhangt. De in Nederland geopenbaarde gevolgen van de ruimhartige implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn tonen het klemmend belang aan van gedegen onderzoek op al deze terreinen alvorens ingrijpen door de EU aan de orde kan zijn.

Waarborgen voor een EU-conforme proceskostenregeling

Daar waar (minimum)harmonisatie gewenst is van procesregels die gevolgen kunnen hebben voor de toegankelijkheid van de rechter, ligt het vanuit het oogpunt van coherentie en consistentie voor de hand dat de Europese wetgever aansluiting zoekt bij de vereisten van art. 6 EVRM en 47 Handvest. Hoewel men er gezien de gebondenheid van de Europese wetgever aan het Handvest van uit zou mogen gaan dat (procedurele) voorschriften in richtlijnen in overeenstemming zijn met het

48 Vgl. Krans 2014.
49 Zie hiervoor par. 3.6.
50 Zie hiervoor hoofdstuk 3.
51 Zie hiervoor hoofdstuk 8.
52 Zie hiervoor hoofdstuk 7 en 8.

EVRM en het Handvest,[53] toont de hier besproken uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn dat inconsistenties niet kunnen worden uitgesloten.

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, stellen art. 6 EVRM en 47 Handvest voorwaarden aan financiële drempels in de toegang tot de rechter. Een (mogelijke) proceskostenveroordeling die wegens de hoogte of de onvoorspelbaarheid het recht op toegang tot de rechter in de kern aantast, kan het grondrecht schenden. De bepalingen vereisen voorts dat procespartijen gelijk worden behandeld, in die zin dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak voor te dragen, zonder ten opzichte van de wederpartij wezenlijk te worden benadeeld.[54] Het preventiedoel van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn staat op gespannen voet met deze vereisten. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, is een volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken onder alle omstandigheden – conform de oorspronkelijke intentie van de Europese Commissie – hiermee zelfs in strijd. Dat uitgangspunt lijkt dan ook terecht te zijn verlaten, maar hoe de bepaling dan wel moet worden toegepast laat de Europese wetgever in het midden. De rechtsonzekerheid die daarvan het gevolg kan zijn, kan echter evenzeer een ontoelaatbare drempel in de toegang tot de rechter opwerpen. Niet voor niets stelt het EU-recht zwaardere eisen aan de rechtszekerheid indien een bepaling financiële consequenties voor partijen kan hebben.[55] Voor de partij voor wie het kostenaspect zwaar weegt kan het gevolg van een onvoorspelbare proceskostenveroordeling zijn dat zij afziet van (het voeren van verweer in) een procedure. Onder dergelijke omstandigheden wordt het recht op toegang tot de rechter – evenals het daaruit voortvloeiende beginsel van gelijkheid van procespartijen – ontoelaatbaar beperkt. De Europese wetgever dient kortom de uitleg van eventuele procedurele voorschriften te stroomlijnen met de grondrechten en beginselen van EU-recht, teneinde dit soort wezenlijke inconsistenties te voorkomen.[56]

Specifiek met betrekking tot art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn betekent dit dat de Europese wetgever bij de invulling van de open normen uitdrukkelijk refereert aan de grenzen die het Handvest (en het EVRM) daaraan stellen. Dat geeft de nationale wetgever – en de nationale rechter – houvast en voorkomt inconsistenties met het Handvest en het EVRM. Gelet op de gebondenheid van de lidstaten aan deze verdragen zal het interpreteren en concretiseren van de open normen in lijn met de verdragsbepalingen niet op bezwaren vanuit de lidstaten (kunnen) stuiten. De Europese en nationale rechtsordes zouden overigens wel gebaat zijn bij duidelijke(re) instructies uit 'Europa' over de kaders van art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest, evenals de vereisten waaraan toelaatbare beperkingen van dat grondrecht moeten voldoen (art. 52 lid 1 Handvest). Te denken valt aan *guidelines* gebaseerd op de rechtspraak

53 Art. 51 Handvest; zie ook hoofdstuk 3.

54 Zie hoofdstuk 3 voor verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU.

55 Zie hiervoor par. 3.5.

56 De eerbied voor deze grondrechten en beginselen van de EU dient ook 'verzekerd' te zijn volgens ov. 32 considerans bij de Handhavingsrichtlijn. In verschillende arresten van het HvJ EU wordt de Handhavingsrichtlijn uitgelegd in het licht van de grondrechten en beginselen, zoals het *Promusicae-arrest*. Zie ook hoofdstuk 2 en 3.

van het EHRM en het HvJ EU over de grenzen die worden gesteld aan procesregels die de toegankelijkheid van de rechter kunnen inperken.[57]

184 De rol van het Hof van Justitie EU

Het is niet alleen de Europese wetgever die waarborgen dient te stellen voor een meer uniforme en Handvestconforme uitleg van EU-recht. Ook het Europese Hof van Justitie – als hoogste rechtsprekende orgaan dat belast is met de uitleg van EU-recht – moet dit tot zijn takenpakket rekenen.[58] Zoals in hoofdstuk 3 en par. 9.2. aan de orde is gesteld, volgt uit de rechtspraak dat het HvJ EU bij de uitleg van de Handhavingsrichtlijn weliswaar steeds vaker acht slaat op het Handvest, maar dat nog niet kan worden gesproken van een consistente lijn. In dit verband is gewezen op het arrest *United Video Properties/Telenet* waarin de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn centraal stond. Hoewel verwijzingen naar art. 47 Handvest en het rechtszekerheidsbeginsel voor de hand lagen (en ook uitgebreid waren behandeld door A-G Campos), liet het HvJ EU deze wezenlijke en relevante aspecten van EU-recht onbesproken. Een verklaring hiervoor is gevonden in de formulering van de prejudiciële vragen en het onderwerp daarvan.[59] Niettemin zou het vanuit het oogpunt van consistentie en coherentie aanbeveling verdienen dat het HvJ EU – conform zijn eerdere rechtspraak en conform ov. 32 considerans – in de gevallen waarin de uitleg van de Handhavingsrichtlijn centraal staat zoveel mogelijk de grondrechten en de beginselen die de grondslag van de samenwerking binnen de EU vormen in acht neemt.

Vanzelfsprekend dient daartoe wel een beroep te worden gedaan op de interpretatieve taak van het HvJ EU. De bereidheid van de nationale rechter om vragen te stellen aan het HvJ EU is derhalve bepalend voor de mate waarin het HvJ EU kan bijdragen aan een uniforme en Handvestconforme uitleg van de Handhavingsrichtlijn.

185 De rol van de Nederlandse wetgever

Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor letterlijke omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in art. 1019h Rv, dat deel uitmaakt van een afzonderlijke titel over rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom in het Wetboek van Burgerlijke

---

57 In dit verband kan als een belangrijke ontwikkeling worden beschouwd het Draft Report with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the EU (2015/2084(INL)), 10 February 2017, PE593.974v01-00. Tevens valt te wijzen op het in 2016 verschenen *Handbook on European law relating to access to justice* van de European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

58 Dat volgt ook expliciet uit art. 19 lid 1 VEU: 'Het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde rechtbanken. Het verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen.'

59 Hoofdstuk 2; zie C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54 (*United Video Properties/Telenet*).

Rechtsvordering. Letterlijke omzetting van richtlijnbepalingen biedt veel ruimte voor een richtlijnconforme uitleg van de daarin neergelegde open normen, terwijl die uitleg steeds – zo nodig – 'aangepast' kan worden aan (eventuele) rechtspraak van het HvJ EU over de uitleg van een richtlijnbepaling.[60] Letterlijke omzetting stelt de wetgever echter niet vrij van zijn taak, de rechter zoveel mogelijk te ondersteunen in zijn plicht het nationale recht zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren. Ook wanneer de keuze voor letterlijke omzetting is gemaakt, ligt het dus op de weg van de wetgever om in de toelichting bij de omzettingswetgeving zoveel mogelijk informatie te geven over de achtergrond en oorsprong van de open normen en richting te geven bij de uitleg.[61] Daarnaast rust ook de verantwoordelijkheid voor een rechtszekere en voorspelbare uitleg van richtlijnbepalingen op de Nederlandse wetgever, met name indien deze financiële consequenties voor procespartijen kunnen hebben. De Nederlandse wetgever heeft deze taken en verantwoordelijkheden in belangrijke mate doorgeschoven naar de praktijk.[62] Dat is om twee redenen problematisch gebleken.

In de eerste plaats heeft de wetgever een richtlijnconforme uitleg door de rechter eerder bemoeilijkt dan ondersteund, door niet de benodigde sturing bij de uitleg van art. 1019h Rv te geven. Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, heeft de rechter in de periode van richtlijnconforme interpretatie, bij gebrek aan enig houvast, vooral vertrouwd op de voorlichting door de partijen over de uitleg van de richtlijnbepaling. Van de rechter kan dan ook niet worden verlangd dat hij zelf in de totstandkomings- en beleidsdocumenten met betrekking tot een nieuwe – nog niet geïmplementeerde – richtlijn duikt, terwijl in die fase nog geen rechtspraak van het HvJ EU voorhanden was. Onder verwijzing door partijen naar het richtlijnvoorstel, waarin de *oorspronkelijke* doelstelling van de proceskostenbepaling staat vermeld, achtten rechters zich wegens de plicht tot richtlijnconforme interpretatie er kennelijk toe gehouden de verliezende partij in de volledige kosten van de winnaar te veroordelen. Al spoedig werd het onderscheid tussen verschillende typen inbreukzaken niet meer gemaakt en werd volledige proceskostenveroordeling eerder de regel dan de uitzondering; een uitleg die in reactie op de ontwikkelingen in de praktijk weer werd bevestigd door de wetgever.[63] Deze dynamiek had in belangrijke mate voorkomen kunnen worden indien de wetgever in de toelichting bij de omzettingswetgeving zoveel mogelijk informatie had verstrekt over het totstandkomingsproces en de wijzigingen die de proceskostenbepaling had ondergaan, waardoor de oorspronkelijke doelstelling – volledige compensatie van de rechthebbende als regel – duidelijk was verlaten.

---

60 Zie hiervoor hoofdstuk 1.

61 Vgl. Pavillon 2011, p. 526.

62 Zie hiervoor hoofdstuk 5. Specifiek met betrekking tot de omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn heeft de wetgever erop gewezen 'dat de proceskostenveroordeling zich onder het nieuwe regime in intellectuele eigendomsinbreukzaken zal moeten uitkristalliseren'; *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT).

63 Zie hiervoor hoofdstuk 5. Zie ook Vrendenbarg 2013, p. 160 e.v; Visser 2016.

Ten tweede kan het feit dat de wetgever de verantwoordelijkheid voor een coherente en consistente uitleg van art. 1019h Rv heeft afgeschoven op rechterlijke macht ook als een gemiste kans worden gezien. Zoals aan de orde is gekomen in par. 5.2, houdt de ruimhartige omzetting van de richtlijnbepaling tevens verband met de kritiek die sinds jaar en dag werd (en wordt) geuit op de lage tarieven van het liquidatietarief. In de aanloop naar de implementatie van de Handhavingsrichtlijn is langs verschillende wegen druk uitgeoefend op de wetgever door het kamp dat betoogde dat het liquidatietarief met name in IE-zaken, waarin de kosten hoog kunnen oplopen, niet langer door de Europese beugel kon.[64] De spoedige, haast onbezonnen volle omzetting in art. 1019h Rv is hiervan het gevolg geweest, met alle consequenties van dien. In hoofdstuk 5 is een aantal alternatieve mogelijkheden aangestipt die minder ingrijpend waren geweest, zoals het toestaan van afwijkingen van het liquidatietarief in bepaalde IE-zaken. De nadelen van dergelijke ad-hoc-oplossingen zijn dat ze de aanleiding tot de afbakeningsproblemen en vragen ten aanzien van de rechtvaardiging voor *Sonderreglungen* in IE-zaken niet kunnen wegnemen.

De vraag rijst, hoe de Nederlandse wetgever kan bijdragen aan een meer coherente en EU-conforme oplossing voor de mogelijke problemen die kunnen rijzen rond de implementatie van sectorspecifieke procedurele voorschriften. Om te beginnen zou de wetgever kunnen overwegen procedurele voorschriften als die van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn niet zozeer met argwaan te ontvangen, maar daarin aanleiding te zien de eigen regels van procesrecht tegen het licht te houden. Zijn de regels nog actueel en beantwoorden ze nog aan de doelstelling, een ruime toegang tot de rechter te waarborgen? Of de tarieven van het liquidatietarief nog van deze tijd zijn is een veel gestelde vraag.[65] De roep om hogere, meer reële tarieven in procedures waarbij doorgaans geen particulieren zijn betrokken klinkt steeds luider, terwijl ook stevige kritiek is geuit op de zeer beperkte afwijkingsmogelijkheden van het liquidatietarief. Bezwaren zijn voorts gericht tegen de versnipperde kostenwetgeving op de verschillende deelterreinen van het nationaal recht.[66] Tegen deze achtergrond had de wetgever ervoor kunnen kiezen de handschoen zelf op te pakken en onderzoek te (laten) doen naar de mogelijkheid en wenselijkheid van aanpassing van het kostenregime over de gehele linie van het burgerlijk procesrecht. 'Doorharmoniseren'[67] in de zin dat een ruimere reikwijdte aan de richtlijnbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn wordt toegekend is een reële optie en zou veel van de in dit boek geïdentificeerde knelpunten – met name rond de afbakening – kunnen wegnemen. Daarbij is van belang dat de regeling van art. 237 e.v. Rv niet in

64 Zie o.a. Gielen 2005, p. 6 e.v.; Huydecoper 2004, p. 117-123. Ook in het Preadvies van de Adviescommissie IE van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 31 mei 2005 is betoogd dat de bedoeling van de Richtlijn duidelijk is dat 'anders dan het in Nederland gebruikelijke systeem, de in het ongelijk gestelde partij de daadwerkelijke kosten die de andere partij heeft gemaakt moet vergoeden'. (onderstreping toegevoegd)

65 Zie hiervoor hoofdstuk 4.

66 Sluijter 2014, p. 3 e.v.

67 Krans 2014.

de weg lijkt te staan aan een stelsel van proceskostenvergoedingen dat meer in lijn is met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. In par. 9.4. zal hierop nader worden ingegaan.

Tot slot behoort het tot de taak van de nationale wetgever om onder alle omstandigheden te garanderen dat de rechtspleging effectief toegankelijk is. Hiermee wordt bedoeld dat de wetgever, indien geconfronteerd met een Europees procedurevoorschrift dat direct gevolgen kan hebben voor de toegankelijkheid van de rechter (zoals de proceskostenbepaling in IE-zaken), zich ervan moet vergewissen of de rechtsbescherming ook voor minder draagkrachtige partijen gewaarborgd blijft. In de context van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn betekent dit dat de taak van de wetgever niet beperkt is tot het zorgen van EU-conforme omzettingswetgeving; het ligt ook op zijn weg om te waarborgen dat rechtzoekenden in IE-zaken bijvoorbeeld aanspraak kunnen maken op gefinancierde rechtsbijstand en/of (rechterlijke) bescherming kunnen verkrijgen tegen hoge proceskosten.[68]

186 De rol van de rechterlijke macht

186a Inleiding

Ten slotte kunnen op verschillende niveaus binnen de rechterlijke macht waarborgen worden gesteld voor een uniforme en coherente uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, binnen de grenzen van het normatief beoordelingskader. Gestreefd moet worden naar een uitleg die richtlijnconform is en tegelijkertijd een praktische en effectieve toegang tot de rechter waarborgt.

Dit impliceert vooraleerst dat de Hoge Raad een consistente koers vaart, en de hoogste Europese rechter aanzoekt als sprake blijkt te zijn van een kwestie waarover geen rechtspraak voorhanden is (*acte éclairé*) en wanneer de juiste uitleg van EU-recht niet evident is (*acte clair*). In deze context is betoogd dat de Hoge Raad in verschillende procedures over art. 1019h Rv een prejudicieel verzoek had kunnen indienen (conform art. 267 VWEU), maar dit om onduidelijke redenen niet heeft gedaan.[69] Maar ook de lagere rechters kunnen bijdragen aan de realisering van meer consistente, EU-conforme rechtspraak over art. 1019h Rv.

186b EU-conforme rechtspraak?

Vooropgesteld zij dat de bereidheid in Nederland om art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen bijzonder groot is gebleken.[70] De in de literatuur geconstateerde 'onwennigheid' van rechters met de vreemde proceskosten-

68 Zie ook art. 47 lid 3 Handvest. Zie par. 3.3 en 3.4 met verwijzingen naar de rechtspraak.

69 Zie hiervoor hoofdstuk 5.

70 Dat wil niet zeggen dat de nieuwe proceskostenregel de goedkeuring van alle rechters in Nederland kon wegdragen. Uit (informele) gesprekken met rechters kon ik opmaken dat sommige rechters fel gekant zijn tegen een systeem dat volledige proceskostenveroordeling als uitgangspunt hanteert.

regel in den beginne duurde niet lang; volledige proceskostenveroordelingen waren spoedig aan de orde van de dag.[71] De nadien voor alle instanties ontwikkelde Indicatietarieven bevatten de nodige afwijkingsmogelijkheden teneinde rekening te kunnen houden met de specifieke kenmerken van het geval (conform ov. 17 considerans) en stonden niet in de weg aan een volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken, conform de *oorspronkelijke* doelstelling. De conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona in de zaak *United Video Properties/Telenet* van april 2016 gaf zelfs aanleiding voor de Landelijke Expertgroep IE om het advies uit te brengen de proceskostenbeslissing in lopende zaken aan te houden, in afwachting van het arrest.[72]

Minder lijkt de rechterlijke macht zich te bekommeren om de conformiteit met het EVRM en het Handvest. Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit dat een eventuele schending van het recht op toegang tot de rechter als gevolg van de toepassing van art. 1019h Rv pas aan de orde kan komen, indien daarop een beroep wordt gedaan door (één der) partijen.[73] Hoe wezenlijk ook in een democratische rechtsstaat: het recht op een effectieve toegang tot de rechter is in beginsel niet van openbare orde. Daar komt bij, dat het EU-recht de rechter vooralsnog niet uitdrukkelijk verplicht om zo nodig buiten de grenzen van het partijdebat te toetsen aan art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest.[74] Om dezelfde redenen achtte de rechter zich – tot zeker 1 april 2017 – niet bevoegd ambtshalve (dus zonder daaraan voorafgaande betwisting door de wederpartij) de vordering aan de redelijkheid en evenredigheid van art. 1019h Rv te toetsen.[75]

---

71 Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.; Visser & Tsoutsanis 2006, p. 1940 e.v.

72 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 29 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4395 (*Slipperzool*), r.o. 4.10: '(…) De proceskosten die zien op de IE-grondslagen (Beneluxmodelrecht en auteursrecht), te weten 90% van de totale proceskosten, zullen – op advies van de Landelijke Expertgroep IE-zaken – pas worden begroot nadat het Hof van Justitie EU op 28 juli 2016 arrest heeft gewezen in de Belgische prejudiciële zaak over proceskosten in IE-zaken (*United Video/Telenet*, C-57/15). De voorzieningenrechter houdt de proceskostenveroordeling daarom aan tot uiterlijk 7 september 2016.'

73 De indirecte horizontale werking lijkt immers wel te worden aangenomen; HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, *NJ* 2012/479 (*Scarlet/Sabam*); HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*) en EHRM 10 januari 2013, zaak 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*).

74 Zie hiervoor hoofdstuk 6, waarin aan de orde is gekomen dat de EU-rechtspraak daartoe ook niet verplicht (anders dan de EU-rechtspraak die de nationale rechter verplicht om ambtshalve te onderzoeken of een contractueel beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, 'zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt'; HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*)). Art. 25 Rv dwingt daartoe evenmin in geschillen tussen particulieren, aangezien de bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking hebben; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/202. Ten aanzien van de grondrechten van Handvest is aangenomen dat deze wel indirecte horizontale werking kunnen hebben, maar de Hoge Raad stelt de toepassing daarvan afhankelijk van een beroep daarop door partijen. Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*), r.o. 5.2.5; zie conclusie A-G Van Peursem 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:729 (*Brein/XS4ALL*), sub 2.2.6.

75 In hoofdstuk 6 is aan de orde gekomen waarom de rechter de ruimte voor een ambtshalve toets aan de grondrechten c.q. aan de redelijkheid en evenredigheid beperkt acht.

Voorts is de strijdigheid met art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest vooralsnog niet – althans niet met succes – in rechte aan de orde gesteld.[76] Een beroep op het betreffende grondrecht zou een rechterlijke toets van de regel aan het grondrecht tot gevolg kunnen hebben. Aan grondrechten kan indirecte horizontale werking toekomen, in die zin dat de op de privaatrechtelijke rechtsverhouding van toepassing zijnde regel – dan wel de uitleg die de rechter daaraan geeft – aan de grondrechten van het EVRM en het Handvest kunnen worden getoetst.[77] Indien de rechter strijd aanwezig zou achten tussen (de concrete toepassing van) art. 1019h Rv en het recht op effectieve toegang tot de rechter, dan zou de rechter daaraan verschillende gevolgen kunnen verbinden. Ofwel hij zou de regel op verdragsconforme wijze kunnen interpreteren, ofwel hij zou de regel buiten toepassing kunnen laten.[78] Onder de huidige omstandigheden valt echter als gezegd geen beroep op het recht op effectieve toegang tot de rechter te verwachten om de rechter te bewegen tot een afwijzing (of matiging) van de ex art. 1019h Rv gevorderde proceskosten. De partijen die in verband met het risico van een hoge, onvoorspelbare proceskostenveroordeling geen effectieve toegang hebben tot de rechter, zijn reeds om deze praktische reden niet in staat een beroep op het grondrecht te doen. Partijen die wel toegang hebben zullen de grondrechten (en beginselen) van de EU niet snel inroepen, omdat dat gevolgen kan hebben voor de eigen vordering.[79]

In deze context is in par. 9.2. reeds gesproken van een 'grondrechtelijk vacuüm' dat niet langer in stand kan blijven gezien de positieve verplichting die op de Staat rust om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen.[80] Deze verplichting volgt overigens ook uit de Handhavingsrichtlijn, daar waar wordt gewezen op de eerbied voor de grondrechten en beginselen van de EU.[81] Ook volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU zijn de lidstaten én de nationale rechter verplicht nationaal recht te interpreteren 'op zodanige wijze dat dit niet alleen consistent is met de richtlijn, maar ook dat dit niet in conflict komt met fundamentele rechten of andere algemene beginselen van EU-recht, zoals het evenredigheidsbeginsel'.[82]

---

76 In de zaak *Sanoma/GS Media* is het verweer van Geen Stijl dat 'chilling effect' van een proceskostenveroordeling op een persorgaan kan uitgaan en dat sprake is van 'inequality of arms' zonder nadere motivering afgewezen; Rb. Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043 (*Sanoma/GS Media*).

77 Zie hiervoor par. 3.3. Zie ook Sieburgh 2015, p. 6; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/222.

78 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/21 en 222; Sieburgh 2015, p. 6-7.

79 Zie hiervoor par. 6.2. Zie ook Visser 2016.

80 Art. 52 lid 5 Handvest; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19-20 en 200; Sieburgh 2015

81 Zie ov. 32 considerans.

82 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 *(Promusicae)*, r.o. 70; HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 *(Scarlet/SABAM)*, r.o. 33 en 36; HvJ EU 19 februari 2009, C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 *(LSG/Tele2)*, r.o. 28-29; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 *(Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg)*, r.o. 34; HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 *(L'Oréal/eBay)*, r.o. 139; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 *(UPC Telekabel Wien)*, r.o. 46.

186c Naar een tariefstelsel met absolute maxima

De vraag is nu *hoe* aan de verplichtingen, art. 1019h Rv enerzijds richtlijnconform te interpreteren, en anderzijds de uitoefening van grondrechten van de EU te waarborgen, invulling kan worden gegeven. Dat kan door middel van een tariefstelsel met absolute maximumtarieven, waarvan niet naar boven kan worden afgeweken.

Op basis van de studies naar het recht van de omringende landen, de rechtseconomische theorie en empirie over de *English rule* en de werking van art. 1019h Rv in de praktijk kan ten minste één belangrijke conclusie worden getrokken: volledige proceskostenveroordeling en een effectieve toegang tot de rechter voor eenieder gaan niet hand in hand.[83] De wederkerigheid van de regel brengt mee dat de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter in verband met het risico op een substantiële en onvoorspelbare proceskostenveroordeling voor beide partijen illusoir kan worden. Volledige proceskostenveroordeling kan, zo is gebleken, tevens in strijd zijn met de vereiste gelijkheid van procespartijen, de procesuitgaven verhogen en zelfs negatieve gevolgen hebben voor de rechtsontwikkeling.[84]

Uit de studies komt duidelijk naar voren dat tarieven veel van de negatieve effecten van volledige proceskostenveroordeling kunnen wegnemen – op voorwaarde dat deze duidelijk zijn en strikt worden toegepast. Alleen dan kunnen partijen voorafgaand aan de procedure een nauwkeurige schatting maken van de totale kosten, hetgeen een gunstige invloed heeft op de eventuele verzekerbaarheid of procesfinanciering. Voorts nemen tarieven in belangrijke mate de prikkels om hoge(re) procesuitgaven te doen weg en kunnen zij daarop zelfs een dempend effect hebben. Een ander belangrijk kenmerk van tarieven is dat zij zowel de discussieruimte van partijen als de beoordelingsruimte van de rechter beperken tot hooguit de vaststelling van het toe te passen tarief, hetgeen tijd en kosten kan besparen.

De hoogte van de tarieven

De vraag is hoe zo'n tariefstelsel eruit moet zien. De eerste horde die genomen moet worden, is de vaststelling van de hoogte van de tarieven. Grofweg kan onderscheid worden gemaakt tussen (i) tarieven die de werkelijke, redelijke kosten beogen te benaderen (zoals de tarieven van de IPEC, en de Duitse *Gebühren*) en (ii) tarieven die bewust lager zijn afgesteld (te denken valt aan het liquidatietarief en het Belgische tariefstelsel).[85] Voor beide alternatieven kunnen argumenten worden gevonden in het recht op toegang tot de rechter. Voor proceskostenregelingen in IE-zaken geldt echter gezien de Europese achtergrond een aanvullend vereiste: deze moeten beantwoorden aan de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn. Uit het arrest *United Video Properties/Telenet* volgt dat een regeling op basis van maximumtarieven voor de advocaatkosten daaraan in beginsel kan beantwoorden, mits deze regeling

---

83 Tot deze conclusie komen ook Jackson (Preliminary Report 2009 en Final Report 2010); Zuckerman 2009, p. 269 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 36.

84 Zie hiervoor hoofdstuk 8.

85 Hodges p. 81-85; Jackson 2009, p. 12-13. Zie ook Jackson 2016.

waarborgt 'dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de verliezer wordt gedragen'.[86] Daarmee lijkt vast te staan dat de reële, redelijke kosten als vertrekpunt voor tarieven (het eerste alternatief) het meest richtlijnconform is.

Het HvJ EU geeft voorts enige richting bij de invulling van deze criteria. De redelijkheid van de kosten dient in het concrete geval te worden beoordeeld in het licht van factoren als het voorwerp van het geding, de waarde ervan of het werk dat ervoor nodig is. Buitensporige kosten 'wegens ongewoon hoge erelonen' en kosten die niet noodzakelijk zijn vallen niet onder redelijke kosten. Bij de beoordeling van de redelijkheid dient voorts uit te worden gegaan van de gemiddelde tarieven die in de praktijk gelden voor de diensten van de advocaat in de betreffende lidstaat.[87] Van de kosten die deze redelijkheidstoets doorstaan, dient een significant en passend deel aan de winnende partij te worden vergoed.

De vaststelling van de gemiddelde tarieven in IE-procedures is derhalve de volgende horde die genomen moet worden. Van belang is dat de bedragen aan (advocaat) kosten die thans gevorderd worden vermoedelijk niet representatief zijn. Deze staan immers onder invloed van het 'verhoogde uitgaven-effect', waardoor partijen geneigd kunnen zijn extra uitgaven te doen in de veronderstelling dat de wederpartij die zal vergoeden.[88] Tegelijkertijd zijn partijen die minder uitgaven (kunnen) doen – maar waarschijnlijk wel de middenmoot vormen – mogelijk ondervertegenwoordigd in de rechtspraak over art. 1019h Rv, omdat zij simpelweg de rechter niet kunnen bereiken. De in de rechtspraak over art. 1019h Rv vermelde bedragen kunnen kortom niet als basis dienen voor een tariefstelsel op basis van werkelijke (redelijke) proceskosten. Tot een vergelijkbare constatering kwam overigens ook Zuckerman in het kader van de hervormingen van de Engelse kostenregels:

> *'The real problem lies in the position […] that fixed costs must be the product of a genuine attempt to estimate the actual (reasonable) costs of the winning party. As already observed, any such estimation will inevitably be made by reference to current practice and current levels of costs, which have been the product of a system that allows unpredictable and disproportionate costs to be incurred. Consequently, a fixed costs system which is founded on the present costs level and which, in addition, permits the level to be exceeded in 'exceptional' circumstances, will be in the end self-defeating. For a system of fixed costs to succeed, it must be robust, free standing and cap the expenses at a level which is proportionate to the amount in dispute and possibly to its importance, leaving litigants free to spend disproportionate costs at their own expense, if they so wish.'*[89]

Deze gedachten hebben er in Engeland toe geleid dat de tarieven die gelden in procedures bij de IPEC in nauw overleg met *court users* en *IP practitioners* zijn opgesteld. In Nederland zou een vergelijkbaar overleg tot stand kunnen komen,

---

86 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *BIE* 2016/34, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 32.

87 HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54, m.nt. C.J.S. Vrendenbarg (*United Video Properties/Telenet*), r.o. 25-26.

88 Zie hoofdstuk 8.

89 Citaat van A.S. Zuckerman in Jackson 2009, p. 152.

teneinde de gemiddelde tarieven en kosten in verschillende typen IE-zaken te inventariseren die vervolgens als vertrekpunt kunnen gelden bij de vaststelling van redelijke en evenredige tarieven die aan de criteria van het arrest *United Video Properties/Telenet* voldoen. Dit zal geen eenvoudig proces zijn, en bovendien zullen evaluaties op regelmatige basis nodig zijn. Anderzijds bewijst de ervaring met het *fixed costs regime* bij de IPEC hoe verdienstelijk een grondige en praktijkgerichte aanpak van de kostenproblematiek kan zijn. Het resultaat is een breed gesteund regime, dat procespartijen – voor wie het recht op effectieve toegang tot de rechter immers in het leven is geroepen – in staat stelt de rechter aan te zoeken zonder onoverkomelijke drempels op hun weg te vinden, terwijl de aandacht gericht kan worden op het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt (en niet op accessoir bedoelde zaken als de proceskosten).[90]

De koppeling van tarieven aan kenmerken van procedures
Een laatste horde die genomen moet worden is de keuze voor de kenmerken waaraan de tarieven gekoppeld worden: de waarde van de vordering, de toerekenbaarheid, de complexiteit – en zo zijn er nog meer opties denkbaar. Verschillende stelsels nemen de waarde van de vordering als vertrekpunt.[91] Tarieven gerelateerd aan het 'gewicht' en belang van de vordering kunnen rechtvaardig worden bevonden, terwijl de kosten vaak ook gelijke tred zullen houden met de waarde die de vordering vertegenwoordigd (immers hoe groter het belang, hoe meer uit de kast wordt getrokken om de zaak tot een goed einde te brengen). De Duitse situatie laat echter zien dat dat niet altijd het geval is. Aan octrooizaken wordt in de regel een hoog *Streitwert* toegekend gezien de waarde die octrooien kunnen vertegenwoordigen, hetgeen advocaten uitzonderlijk veel ruimte biedt om tijd en kosten te spenderen aan de zaak – mogelijk zelfs meer dan nodig is. Andersom worden merkenrechtelijke geschillen doorgaans lager ingeschaald, terwijl juist ook die zaken zeer bewerkelijk kunnen zijn. Onder die omstandigheden kan sprake zijn van een (aanzienlijk) *recoverability gap*.[92] Een ander nadeel van *value based* tarieven is dat de waarde van de vordering met name in IE-zaken moeilijk is vast te stellen.[93] Vergelijkbare nadelen zijn verbonden aan de koppeling van tarieven aan de mate van toerekenbaarheid van de inbreuk, zoals aan de orde is gekomen in par. 9.2.

De keuze voor een koppeling van tarieven aan de complexiteit lijkt al met al zo gek nog niet. Het verband tussen complexiteit en kosten is immers sterk. Een vanuit feitelijk en/of juridisch oogpunt bewerkelijke zaak zal meer tijd en kosten voor de voorbereiding vergen dan een rechttoe rechtaan inbreukzaak. Tegelijkertijd kan het onderzoek naar bijvoorbeeld *prior art* of het *Umfeld* evenals het opstellen van de dagvaarding zeer veel tijd kosten, terwijl het verweer zich eenvoudig laat concipiëren. Om ook aan die situaties recht te kunnen doen, zouden maximumtarieven

90 Zie hiervoor par. 7.3.
91 Zie bijv. het liquidatietarief, maar ook de tariefstelsels in België en Duitsland.
92 Zie hiervoor hoofdstuk 7.
93 Zie ook hoofdstuk 8; zie ook par. 2.7 waarin de regels die gaan gelden in procedures bij de Unified Patent Court zijn besproken.

per proceshandeling kunnen worden vastgesteld, met absolute maxima per 'type' procedure. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen inbreukprocedures enerzijds, en 'spin-off' procedures (zoals executiegeschillen, schadestaatprocedures) anderzijds. Een afzonderlijke set zou kunnen worden ontwikkeld voor octrooizaken, in verband met de complexiteit en de hoge kosten die daarmee gemoeid zijn. Zoals in procedures bij de IPEC zou in de kostenstaat een uitsplitsing naar proceshandelingen kunnen worden vermeld, waarna een beoordeling van de respectieve kosten aan de hand van de criteria van het *United Video Properties-arrest* volgt. Nodeloos gemaakte kosten dienen te worden 'weggestreept'. Op basis van een vergelijking van het resterende bedrag aan kosten met het toepasselijk tarief volgt een toewijzing van het laagste bedrag van de twee. Het totaalbedrag aan kosten (het resultaat van een optelsom van de toe te wijzen kosten per proceshandeling) zal voorts worden vergeleken met het toepasselijke absolute maximumtarief, waarna wederom het laagste van de twee wordt toegewezen. Op die manier wordt gewaarborgd dat 'buitensporige kosten wegens ongewone erelonen' niet voor rekening van de wederpartij worden gebracht.

De keuze zou ook kunnen vallen op een minder bewerkelijke variant van vaste tarieven (of punten) per proceshandeling met onderscheid naar complexiteit. Gedacht kan worden aan minimum-, basis- en maximumtarieven, zoals in het Belgisch kostenstelsel, of aan wegingsfactoren.[94] De eiser zou dan bij aanvang van de procedure (en per fase) kunnen beargumenteren welk tarief naar zijn oordeel toegepast moet worden, waarop de verwerende partij kan reageren. Het opstellen en overleggen van kostenstaten is dan niet aan de orde, hetgeen veel tijd en discussie kan besparen. Het laatste woord over het toepasselijk tarief is aan de rechter, die zich op basis van de stukken en de argumenten van partijen eenvoudig een oordeel moeten kunnen vormen over de complexiteit van het geschil in de fase waarin het zich bevindt. Binnen de gegeven bandbreedte kan de rechter rekening houden met de omstandigheden van het geval zoals de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk, en zodoende invulling geven aan het evenredigheidsvereiste. Tevens kan rekening worden gehouden met de solvabiliteit van partijen, en zodoende recht worden gedaan aan het *equality of arms*-beginsel.[95]

Rechtszekerheid vs. maatwerk

Waar de keuze ook op valt, de rechtszekerheid verlangt (sterker nog: vereist) dat de uitkomst redelijkerwijs voorspelbaar is. Dat betekent dat de criteria op basis waarvan het toepasselijk tarief wordt bepaald scherp geformuleerd moeten zijn en dat een absoluut maximumtarief geldt waar de proceskostenveroordeling onder blijft. De rechtszekerheid brengt ook mee, dat afscheid moet worden genomen van het rechterlijk uitgangspunt dat niet (voldoende gemotiveerd) betwiste proceskosten moeten worden toegewezen. De doelstelling van een tariefstelsel langs de hierboven uitgezette lijnen, namelijk het bevorderen van rechtsgelijkheid en rechts-

94 Zie hiervoor hoofdstuk 7.

95 Zie hiervoor par. 3.5.

zekerheid, zou worden ondermijnd indien een afwijking wordt toegestaan alleen omdat de wederpartij daartegen geen bezwaar heeft.[96]

Overeengekomen (al dan niet afwijkende) vergoedingen moeten geëerbiedigd worden. In geval van een overeenkomst over de proceskosten is de rechtszekerheid immers gegarandeerd, terwijl partijen op die manier kunnen waarborgen dat de *recoverability gap* beperkt of zelfs afwezig is.

Een tariefstelsel zoals hierboven voorgesteld hoeft niet af te doen aan de taak van de rechter, rekening te houden met de omstandigheden van het geval.[97] Enerzijds bieden de bandbreedtes (waarvan de bovengrens gevormd wordt door absolute maxima) daartoe de ruimte, anderzijds kunnen zeer exceptionele omstandigheden aanleiding geven van de regeling af te wijken. Met het toestaan van afwijkingen dient evenwel terughoudendheid te worden betracht. Bij een weging van de argumenten vóór afwijking en de argumenten die daartegen pleiten, zal het zwaarste gewicht moeten worden toegekend aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het gaat immers niet uitsluitend om het individuele belang van de winnende partij om een zo groot mogelijk deel van de kosten vergoed te krijgen, maar om het belang van de samenleving als geheel bij een betaalbare, toegankelijke rechtsgang.

187 De per 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven

Zoals in het inleidend hoofdstuk en met name ook in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, zijn de Indicatietarieven op 1 april 2017 ingrijpend gewijzigd. De directe aanleiding tot deze wijzigingen is het op 28 juni 2016 gewezen arrest in de zaak *United Video Properties/Telenet*, maar indirect zal ook de veelvuldig op het onvoorspelbare kostenstelsel in IE-zaken geuite kritiek een belangrijke rol hebben gespeeld.[98]

Een belangrijke wijziging is de toevoeging van de extra categorieën 'zeer eenvoudig' en 'normaal' aan de bestaande categorieën 'eenvoudig' en 'complex'. De bedoeling daarvan is dat meer rekening kan worden gehouden met de verschillen in complexiteit van IE-procedures. De tarieven zijn voorts verhoogd van € 25.000 naar € 40.000 voor complexe bodemzaken. Met deze verhoging is beoogd invulling te geven aan de criteria uit het arrest *United Video Properties/Telenet*, meer specifiek het criterium van 'een significant en passend deel van de redelijke kosten'. Met name van belang is dat de tarieven worden aangemerkt als *maximumtarieven*. De tarieven hebben evenwel niet te gelden als *absolute* maximumtarieven. Dat blijkt uit punt 7 van de Indicatietarieven, waaruit volgt dat in 'bijzondere gevallen' hogere bedragen worden toegewezen 'op basis van de specifieke kenmerken van het geval'.[99] Hogere

96 Teuben 2004, p. 184 en 328.

97 Teuben 2004, p. 100.

98 Verwezen mag worden naar de in par. 1.3 genoemde publicaties en bijv. naar Visser 2016.

99 Zie punt 7 *in fine*: 'Hogere bedragen – dus boven het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie – worden alleen in bijzondere gevallen toegewezen op basis van de specifieke kenmerken van het geval.'

bedragen kunnen ook worden toegewezen indien partijen daarover overeenstemming hebben bereikt. Deze overeenstemming moet overigens wel uitdrukkelijk zijn; de enkele afwezigheid van een betwisting van de hoogte wordt niet langer voldoende geacht.[100]

De op 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven kunnen in potentie bijdragen tot een meer EU-conform stelsel van proceskostenveroordeling in IE-zaken. Met de wijzigingen wordt dan ook uitdrukkelijk beoogd de voorspelbaarheid van het kostenrisico te vergroten en daarmee de toegang tot de rechter te waarborgen. Of deze beoogde effecten verwezenlijkt zullen worden, zal echter moeten worden afgewacht. De toevoeging van twee extra categorieën kan in verband met de vele factoren die van invloed zijn op de indeling de onzekerheid over het toepasselijk tarief vergroten. Anderzijds geven de bandbreedtes meer zekerheid ten aanzien van het maximale bedrag aan advocaatkosten dat vergoed wordt c.q. moet worden. In hoeverre deze bandbreedtes daadwerkelijk zullen bijdragen aan de beoogde voorspelbaarheid van de kosten en toegankelijkheid van de rechter is vooral afhankelijk van de mate waarin van de tarieven afwijkende vergoedingen (toch) zullen worden toegewezen.

Het voorstel een bepaling op te nemen die ertoe strekt dat financieel minder draagkrachtigen de rechter kunnen verzoeken de billijkheidscorrectie toe te passen, heeft de definitieve versies van de Indicatietarieven niet gehaald.[101] De eventuele financiële ongelijkheid van partijen wordt anderzijds ook niet langer genoemd als een omstandigheid die geen afwijkende (lagere) proceskostenveroordeling zou rechtvaardigen.[102] Zoals met name uit nr. 49 volgt, waarin het beginsel van gelijkheid der procespartijen is besproken, zou de rechter in geval van financiële ongelijkheid de bevoegdheid of zelfs de verantwoordelijkheid hebben de gevorderde proceskosten te matigen indien deze ongelijkheid naar het oordeel van de rechter 'afbreuk doet aan het eerlijke verloop van de procedure'.[103] Er zijn enkele voorbeelden van beslissingen waarbij de toepassing van de billijkheidscorrectie heeft geleid

100 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad, punt 4-5 onderaan.

101 In het Advies Indicatietarieven in IE-zaken van de adviescommissie intellectuele eigendom en adviescommissie burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten van 30 januari 2017, p. 9 wordt hierover opgemerkt: 'Dit voorstel roept veel vragen op. Het staat de Rechtbank sowieso vrij om op grond van de billijkheidscorrectie lagere bedragen toe te kennen. De indicatietarieven zijn immers slechts maximumtarieven. Het lijkt echter onwenselijk om het signaal af te geven dat een financieel weinig draagkrachtige partij die bijvoorbeeld grootschalig of te kwader trouw inbreuk maakt, danwel als beweerdelijk rechthebbende met een zwakke zaak roekeloos procedeert, bij (voorzienbaar) verlies steeds slechts het indicatietarief verschuldigd zou zijn.'

102 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken (versie 2014), punt 10: 'De mate van verwijtbaarheid van de inbreuk is als regel niet relevant voor de toepassing van artikel 1019h Rv. Op grond van de billijkheid bestaat ruimte voor een afwijkende proceskostenveroordeling, maar de billijkheid verzet zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling enkel en alleen omdat geen sprake is van bewuste inbreuk. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.'

103 Zie hiervoor par. 3.6.

tot matiging of afwijzing van de gevorderde kosten.[104] De vraag blijft evenwel of dit de rechtzoekende voldoende zekerheid *voorafgaand* aan de procedure biedt. Ook in deze context moet daarom worden gewezen op het belang van (zeer) strikte toepassing van de tarieven in de zin dat afwijkingen naar boven niet worden toegestaan, behoudens de aanwezigheid van een overeenkomst. Dat vergroot de voorspelbaarheid en draagt – uiteindelijk – ook bij aan de mogelijkheid zich tegen de financiële risico's te laten verzekeren of deze af te wentelen op een procesfinancier. Denkbaar is voorts dat (toch) een bepaling wordt toegevoegd dat het toepasselijk tarief desverzocht in geval van particulieren, *startups* of het klein MKB, met aantoonbaar geringe financiële draagkracht, verlaagd wordt.[105] In dat geval blijft een financiële – zij het minder hoge – drempel in de toegang tot de rechter gehandhaafd ter voorkoming van nodeloos of roekeloos procederen.

Afrondend kan in dit boek de legitimatie voor een strikte toepassing van de tarieven als *absolute maximumtarieven* worden gevonden. Tevens biedt het de rechtvaardiging voor de invoering van een vergelijkbaar stelsel in octrooizaken, waarvoor de Indicatietarieven nog altijd niet gelden. De verwachting is dat een stelsel van absolute maximumtarieven reacties zal oproepen. Partijen voor wie voorspelbaarheid gewenst of zelfs essentieel is zullen het positief ontvangen. Anderen zullen wijzen op de onrechtvaardigheid van het onvermijdelijke *recoverability gap* dat ervoor zorgt dat de winnende partij zelf voor een deel van de kosten zal opdraaien. Kenmerkend voor tarieven is dat ze de ruimte om de proceskostenbeslissing aan te passen aan de concrete omstandigheden van het geval inperken. In procedures waarin de kosten hoger uitvallen dan het toepasselijk maximumtarief betekent dit dat de winnende partij een deel van de kosten zelf zal moeten dragen. Dat kan onrechtvaardig worden bevonden. Maar is het anderzijds wel rechtvaardig, deze kosten in volle omvang voor rekening van de wederpartij te brengen? In geschillen waarin veel valt te zeggen voor de argumenten van de wederpartij ligt het antwoord op deze vraag voor de hand. Maar zelfs wanneer de wederpartij een notoire piraat is, moet deze zich in rechte kunnen verweren. De vergelijking met het strafrecht doemt op, voor zover in strafzaken geldt dat de verdachte het recht op een *fair trial* niet ontnomen mag worden. Hoe ernstig het misdrijf waarvan hij wordt verdacht ook is, het is zijn grondrecht om zich in rechte te verdedigen en argumenten aan te voeren die tot strafvermindering of zelfs vrijspraak kunnen leiden. Dat uitgangspunt zou onverminderd moeten gelden in het IE-recht. Andere remedies en sancties kunnen (en zullen) worden opgelegd om het door de inbreukmaker genoten voordeel te

104 Zie hiervoor par. 5.6.; zie ook hoofdstuk 6.

105 Vgl. De Rules of Procedure bij de Unified Patent Court: *'(3) Upon request by one of the parties, the Court may lower the ceiling applicable in the Annex with regard to that party if, in the event that the requesting party is unsuccessful, the recoverable costs of representation to be awarded to the successful party would threaten the economic existence of the requesting party, especially if the latter is an SME, non-profit organisation, university, public research organisation or natural person. For this purpose the Court shall take into consideration all available information on the parties, including, where possible, the procedural behaviour of the parties, the applicable level of the ceiling for recoverable costs in comparison with the annual turnover of both parties, the type of economic activity of both parties, as well as the impact the lowering of the ceiling would have on the other party.'*

ontnemen en de schade voor de rechthebbende zoveel mogelijk te herstellen. Regelingen die bepalend zijn voor de toegankelijkheid van de rechter – en daarmee voor de rechtsontwikkeling als geheel – moeten niet voor die doeleinden worden ingezet.[106]

9.4 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures in het algemeen

188 Verenigbaarheid van de Nederlandse forfaitaire kostenvergoeding met het EU-recht

In hoofdstuk 4 is het stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen in algemene civiele procedures besproken. Het Unierechtelijk beoordelingskader ten aanzien van de regels in dergelijke procedures wijkt iets af van het kader waaraan de omzetting en uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moeten voldoen. De voornaamste vereisten zijn het doeltreffendheidsvereiste, dat in deze context inhoudt dat de verwezenlijking van EU-recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden door de betreffende procesregel, en daarnaast de uit art. 6 en 13 EVRM en 47 Handvest voortvloeiende beginselen van effectieve toegang tot de rechter, rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen.[107] Voor zover nationale civiele procedures een grondslag hebben in het EU-recht, geldt dat de van toepassing zijnde regels over de proceskosten hieraan moeten voldoen.

Zoals eveneens aan de orde is gekomen in par. 4.8. hangt de beoordeling van de verenigbaarheid van het forfaitaire kostenstelsel met het EU-recht mede af van de belangenafweging die in het kader van de doeltreffendheidstoets moet worden uitgevoerd.[108] Op basis van de zogenaamde procedurele *rule of reason* zal het belang van een doeltreffende bescherming van EU-recht moeten worden afgewogen tegen de beginselen die ten grondslag liggen aan de nationale proceskostenregeling.[109] In deze context is geconstateerd dat de aan de forfaitaire kostenvergoeding ten grondslag liggende beginselen van rechtszekerheid en de bescherming van de procespartijen tegen onvoorspelbare, excessieve kosten zwaar wegen. Dergelijke beginselen kunnen immers ook worden aangemerkt als 'Uniebreed' gedragen beginselen.[110] De onderbouwing is voorts te vinden in het onderzoek van hoofdstuk 8 en daarnaast het rechtsvergelijkend onderzoek van hoofdstuk 7, waar staat beschreven hoe in alle besproken kostenstelsels de keuze uiteindelijk valt op een

106 Zie ook Jackson 2010 p. 169: *'Whilst it is true that from a purist perspective it is unjust that a vindicated party should bear part of its own costs, in practice we believe this is a pragmatic way in which to control the costs of litigation and increase certainty.'* En zie ook Zuckerman 2009, p. 296: *'(…) the new CCO (Costs Capping Orders, toevoeging ChV) rules may improve access to justice by enabling parties of limited means to seek an order that would at least set a limit to their financial exposure, without which they would have no meaningful access to justice.'*

107 Zie hiervoor par. 3.2.

108 Zie hiervoor par. 3.2 en 4.8.

109 Zie hiervoor par. 4.8.

110 Zie voor de onderbouwing met name hoofdstuk 3. Zie ook par. 4.8.

systeem van normering van de kosten omwille van de eenvoud, voorspelbaarheid en daarmee de toegankelijkheid van de rechter. Om deze redenen is geconcludeerd dat een forfaitair tariefstelsel althans *in abstracto* verenigbaar kan zijn met het EU-recht.

Hetzelfde lijkt niet te kunnen worden gezegd van het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever, dat met (zeer) lage kostenveroordelingen op basis van het liquidatietarief de toegang tot het recht zou worden gewaarborgd. Dat uitgangspunt is omstreden vanwege de gebrekkige onderbouwing en grondslag.[111] Als gevolg staat het (gedateerde) liquidatietarief steeds meer onder druk. Daarbij spelen de toegenomen kosten van civiele procedures een rol, evenals de ontwikkelingen op Europees niveau. In deze context valt te wijzen op de substantiële proceskostenvergoeding van de Handhavingsrichtlijn en de *Rules of Procedure* van de *Unified Patent Court*. Met name ook de 'evenredige' proceskostenbepaling in de op 10 februari 2017 uitgebrachte conceptrichtlijn 'minimumnormen in civiele procedures in de EU', zal discussies over de houdbaarheid van het liquidatietarief vermoedelijk aanwakkeren.

189 Naar een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures

Op meerdere plaatsen in dit proefschrift is aan de orde gekomen dat op de Nederlandse wetgever de positieve verplichting rust om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen. Verondersteld mag worden dat deze verplichting niet beperkt is tot regelgeving voor zover deze gevolgen heeft voor de toegankelijkheid van de rechter in procedures *over het EU-recht*. In dit verband moet worden gewezen op de ruime werkingssfeer van (art. 47 van) het Handvest en bovendien het EVRM, waarvan het beschermingsbereik niet beperkt is tot procedures met een grondslag in het EU-recht.[112] Daarnaast geldt dat 'zuiver' nationale procedures in verband met de toenemende stroom EU-wetgeving steeds vaker een Europeesrechtelijke dimensie zullen hebben, zodat de werkingssfeer van art. 47 Handvest zich ook langs die weg verder zal gaan uitbreiden. Ten slotte is van belang dat indien uitvoering zal worden gegeven aan het voornemen van de Europese wetgever om nationaal procesrecht binnen de EU te harmoniseren, deze ontwikkeling evenzeer aanleiding zal moeten geven de toegankelijkheid van de rechter in civiele procedures te (her)beoordelen en zo nodig maatregelen te treffen.

Met KEI is beoogd invulling te geven aan deze positieve verplichting, ook wat betreft de kosten van de civiele procedure, in die zin dat de voorgestelde hervormingen van de civiele procedure uiteindelijk tevens moeten waarborgen dat de kosten binnen de perken blijven.[113] Het is evenwel spijtig dat de kostenproblematiek daarbij niet nadrukkelijk aan de orde is gesteld.[114] In het licht van het voorgaande is het

111 Zie hiervoor hoofdstuk 4.
112 Zie hiervoor par. 3.2.
113 Zie hiervoor par. 4.2.
114 Zie Sluijter 2014, p. 3 e.v.

aangewezen om alsnog voorrang te geven aan een onderzoek naar de conformiteit van art. 237 e.v. Rv en het liquidatietarief met het EU-recht. Een volledige proceskostenveroordeling onder alle omstandigheden is niet EU-conform, maar een (zeer) beperkte tegemoetkoming in de proceskosten in alle algemene civiele procedures is dat vermoedelijk ook niet. Het vooruitzicht van een geliquideerde proceskostenvergoeding zal er in concrete gevallen toe kunnen leiden dat wordt afgezien van een procedure. De kans dat een van het liquidatietarief afwijkende, hogere vergoeding wordt toegekend is zeer beperkt, zo volgt uit rechtspraak en uit onderzoek.[115] Voor de gevallen waarin een hogere vergoeding gewenst of zelfs noodzakelijk is laat het niet-dwingende stelsel van art. 237 e.v. Rv de ruimte voor partijen om voorafgaand aan de procedure afspraken te maken over de vergoedbare kosten. Het belang van deze mogelijkheid wordt echter sterk gerelativeerd door de wettelijk verankerde bevoegdheid van de rechter de bedongen kosten ambtshalve te matigen (art. 242 Rv). Deze bevoegdheid is niet beperkt tot bedingen in *business-to-consumer* verhoudingen, maar geldt ook in *business-to-business* relaties.[116] Ook in procedures waarbij – in financieel opzicht – gelijkwaardige partijen zijn betrokken zijn de mogelijkheden van een reële kostenvergoeding dus beperkt, hetgeen nadelige gevolgen kan hebben voor de effectieve rechtsbescherming van procespartijen.

In voorgaande analyse liggen verschillende, ogenschijnlijk voor de hand liggende oplossingen besloten. Zo zou kunnen worden gepleit voor een verruiming van de mogelijkheden voor de rechter om van het liquidatietarief af te wijken.[117] Ruimere afwijkingsmogelijkheden hebben echter negatieve gevolgen voor de voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing, zoals reeds werd vastgesteld in hoofdstuk 8. Bovendien kunnen ruime afwijkingsmogelijkheden de kans op *satellite litigation* over de kosten vergroten. Een alternatieve oplossing is aanpassing van de wetgeving, in de zin dat kostenbedingen (in met name *b2b*-verhoudingen) niet langer ambtshalve gematigd kunnen worden door de rechter.[118] Maar men kan zich afvragen of de wetgever daarmee zou kunnen volstaan; de toegankelijkheid van de rechter lijkt in dat geval afhankelijk te worden gesteld van de bereidwilligheid van de wederpartij om een beding overeen te komen.

Meer EU-conform lijkt het daarom om de bedragen van het liquidatietarief tegen het licht te houden en waar nodig aan te passen aan de werkelijke, gemiddelde kosten van rechtsbijstand. De aan te passen tarieven kunnen gerelateerd zijn aan het zaaksbelang – zoals nu het geval is – of, zoals in IE-zaken, de complexiteit. Aan elke proceshandeling wordt een punt toegekend, waarna het totale aantal punten wordt vermenigvuldigd met het tarief dat behoort bij het zaaksbelang c.q. de complexiteit. De tarieven zouden kunnen worden onderscheiden in basis-, minimum- en maximumtarieven. De functie van de maximumtarieven zou zijn, het beschermen van de verliezende partij tegen excessieve, onvoorspelbare proces-

115 Zie hiervoor par. 4.5.; Sluijter 2011.
116 Zie hiervoor par. 4.7.
117 Zie bijv. Boot & Quist 2011, p. 27-29; Buyserd 2015, p. 160-168.
118 Zie ook Huydecoper 2006, p. 130-132.

kosten.[119] Minimumtarieven zouden moeten gelden voor die gevallen waarin de verliezende partij kan aantonen ernstig financieel nadeel te zullen ondervinden indien de 'basistarieven' worden toegepast. Denkbaar is ook dat partijen in *b2b*-procedures bij aanvang van de procedure kunnen verzoeken dat de maximumtarieven worden toegepast, en dat de minimumtarieven desverzocht worden toegepast in procedures waarbij consumenten c.q. particulieren betrokken zijn. Een stelsel als hier beschreven komt al dichter in de buurt van het stelsel dat per 1 april 2017 geldt in IE-zaken. Een volgende, logische stap zou dan ook zijn, dat de stelsels geïntegreerd worden in één stelsel. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, coherentie en eenvoud valt daar veel voor te zeggen.[120]

9.5 Conclusie

190 Naar een (maximum)tariefstelsel in alle civiele procedures

De ontwikkelingen in Nederland op het terrein van proceskostenveroordeling in IE-zaken zijn vooral ingegeven door het voornemen een zo richtlijnconforme uitleg aan art. 1019h Rv te geven. Een regeling die gevolgen heeft voor de uitoefening van het fundamentele recht op toegang tot de rechter, kan evenwel niet uitsluitend worden uitgelegd in het licht van de richtlijn waarvan deze deel uitmaakt. Het grondrecht en de (Europeesrechtelijke) vereisten voor een toelaatbare beperking daarvan dienen minstens zo zwaar – zo niet zwaarder – te wegen. De keuzes zijn vooral ingegeven door de vrees voor strijdigheid met de Handhavingsrichtlijn, terwijl het EVRM en met name ook het Handvest – dat een steeds belangrijker wordende rol vervult bij de uitleg en toepassing van regels van (al dan niet Europees) procesrecht – daarbij niet veronachtzaamd zouden mogen worden. In dit boek is aangetoond dat de wijze waarop art. 1019h Rv tot zeker 1 april 2017 is uitgelegd en toegepast niet EU-conform is, en dat op de Nederlandse Staat de plicht rust maatregelen te treffen teneinde te waarborgen dat deze de Europese toets wel kan doorstaan.

Het onderzoek naar de verenigbaarheid van de Nederlandse 'volledige' proceskostenveroordeling in IE-zaken met het EU-recht heeft tevens de kaders blootgelegd waaraan proceskostenregelingen in civiele procedures in het algemeen aan moeten voldoen. Gebleken is dat ruime, zo niet volledige proceskostenveroordeling op basis van het gelijk niet verenigbaar is met het beginsel van effectieve toegang tot de rechter van art. 47 Handvest. Voor zover het vooruitzicht van een volledige kosten*vergoeding* al een wenkend perspectief biedt voor de partij met een sterke zaak, wordt de toegang voor haar wederpartij wegens het risico van een volledige kosten*veroordeling* mogelijk te zeer beperkt. Anderzijds kan het vooruitzicht van een zeer lage vergoeding een partij evenzeer ontmoedigen naar de rechter te stappen. Art. 47 Handvest en het equivalent in het EVRM vereisen nu juist dat een evenwicht, een *fair balance* wordt gevonden tussen de grondrechten van de betrok-

119 Zie ook Sluijter 2011, p. 289 en 291, die tot een vergelijkbare aanbeveling komt op basis van een analyse van de effecten van proceskostenveroordeling op de kwaliteit van het burgerlijk proces.

120 Vgl. Sluijter 2014, p. 8.

ken partijen. In de context van proceskosten(veroordeling) lijkt dat te impliceren dat van geval tot geval beoordeeld moet worden welk bedrag aan verhaalbare kosten redelijk en aanvaardbaar is. De rechtszekerheid verlangt evenwel dat partijen *voorafgaand* aan de procedure een redelijke inschatting kunnen maken van het proceskostenrisico. Daartoe dient zowel de discussieruimte van partijen als de beslissingsruimte van de rechter beperkt te zijn.

Voorspelbaarheid en daarmee rechtszekerheid worden gerealiseerd door de vaststelling van objectieve standaarden, op basis waarvan beoordeeld kan worden welk bedrag in redelijkheid voor rekening van de verliezende partij kan worden gebracht. Een stelsel van (maximum)tarieven is daarmee zelfs essentieel in het licht van de Europese beginselen van effectieve rechtsbescherming, rechtszekerheid en gelijkheid van procespartijen. Gebleken is dat een ruime keuzevrijheid bestaat ten aanzien van de vormgeving van een dergelijk stelsel en de vaststelling van de hoogte van de tarieven, zolang deze op duidelijke en strikte wijze worden toegepast en afwijkingen niet worden toegestaan – behoudens het bestaan van een overeenkomst tussen partijen over de te vergoeden kosten. In termen van praktische (neven)effecten is een dergelijk tariefstelsel gewenst omdat het enerzijds een financiële drempel opwerpt zodat kansloze zaken worden geweerd, terwijl er anderzijds een dempende werking van uitgaat op de procesuitgaven. Tevens kan een stelsel van voorspelbare kostenveroordeling en -vergoeding bijdragen aan een betere verzekerbaarheid en financiering van procedures. Ten slotte verlagen tarieven in vergelijking met een stelsel van volledige, onvoorspelbare proceskostenvergoedingen de drempel om 'innovatieve' en vernieuwende argumenten aan te dragen, waarmee kan worden gebroken met traditionele precedenten. Als zodanig kan een stelsel van maximumtarieven voorkomen dat onaanvaardbare proceskostenrisico's in de weg staan aan de rechtsontwikkeling. Mede in het licht van de ontwikkelingen op het terrein van het Europees privaatrecht is dit wenselijk te achten.

SUMMARY

Legal Costs Shifting and Access to Justice in IP Disputes.
Rules on legal costs shifting tested in accordance with EU law.

The costs of intellectual property (IP) litigation are often said to be high, if not excessive. In particular, the costs of legal representation can be high. In the Netherlands, as a general rule, the successful party is able to recover these and also the extra-judicial costs from the losing party only up to a limited (liquidated) amount. The reasoning behind the system of awarding liquidated costs is that higher judicial and extra-judicial costs would not be compatible with the fundamental right of access to justice. However since 1st May 2007, the alternative costs shifting rule laid down in art. 1019h of the Dutch Code of Civil Procedure (DCCP) has been applicable to cases concerning the enforcement of intellectual property rights. On the basis of article 1019h DCCP, legal costs including the costs of legal representation may be shifted in full to the losing party. This article reflects the broad implementation of art. 14 of the Intellectual Property Rights Enforcement Directive (IPRED), which requires Member States to ensure that "reasonable and proportionate legal costs and other expenses incurred by the successful party shall, as a general rule, be borne by the unsuccessful party, unless equity does not allow this". The notion underlying this rule is that the prospect of a substantial recovery of costs ought in fact to broaden access to justice, especially for IP rights holders. Additionally, the risk of having to pay substantial legal costs ought to have a deterrent effect on potential infringers. The extensive, if not full costs shifting and the choices that have been made in respect of the implementation and interpretation of the rule in the Dutch context, have important consequences for parties involved in intellectual property disputes. This thesis addresses the various issues that have arisen in the context of the implementation, the interpretation and the application of art. 14 IPRED in the Dutch IP practice. Additionally, this thesis addresses the broader and current issues of increasing European influence on national procedural law, the practical consequences of the use of open norms in procedural rules and the link between costs shifting rules and the accessibility of the courts in civil proceedings more generally.

At the heart of the thesis is the question whether the Dutch implementation, interpretation and application of art. 14 of the IPRED are compatible with the fundamental rights and principles of EU law. In order to be able to assess the

compliance with EU law, a normative assessment framework has been created to enable testing of the transposition and application of art. 14 IPRED in the Netherlands.

Chapter two addresses, primarily, that the requirement of *effectiveness* has to be met. This requirement means that the national (transposition) legislation must ensure that both the objective and the content of the Enforcement Directive are realised. In order to be in a position to assess the adherence to the requirement of effectiveness, the general objective of the Enforcement Directive is determined first of all. The general objective of the Enforcement Directive is to ensure the protection of IP rights by improving and harmonising national legislation in the context of civil enforcement of IP rights in the Member States. With regard to the costs incurred for the enforcement of IP rights, the Enforcement Directive stipulates that the measures, procedures and remedies to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by the directive shall not be *"unnecessarily complicated or costly"* (art. 3(1) IPRED). In the context of the application of the costs shifting rule detailed in art. 14 IPRED, account also has to be taken of the specific characteristics of the individual case, including the specific features of each intellectual property right and, where appropriate, the intentional or unintentional character of the infringement (17th recital). Besides proportionality, costs shifting in IP enforcement cases also requires to be both dissuasive and effective (art. 3(2) of the IPRED). According to the European Court of Justice, the aim, as well as the intended effect of the costs shifting rule of art. 14 IPRED, is that parties who would initially have refrained from initiating legal proceedings due to the irrecoverable legal costs, are now encouraged to go to court, enhancing the overall level of protection of IP rights within the EU. Furthermore, the risk of substantial costs shifting should have a deterrent effect on potential infringers. In the United Video Properties v. Telenet judgment of 28 July 2016, the European Court of Justice ruled that the definitive meaning of the foregoing is that the successful party should have the right to reimbursement of, at the very least, a significant and appropriate part of the reasonable costs actually incurred by the unsuccessful party.

The transposition and application of art.14 IPRED not only need to comply with the requirement of effectiveness. The Enforcement Directive expressly aims to respect the fundamental rights and principles of the European Union (32nd recital). The obligation of an EU-compliant transposition and interpretation of the Enforcement Directive flows in primarily from the principle of loyal cooperation stipulated in art. 4(3) of the Treaty on European Union (TEU). The framework in which art. 14 IPRED requires to be transposed and applied is therefore also shaped by the relevant fundamental rights and principles of the EU. In chapter three, the fundamental rights and principles which require to be met in the transposition and application of art. 14 IPRED into national law, are identified. First of all, clearly important are the fundamental right of access to justice laid down in art. 6 of the European Convention of Human Rights (ECHR) and the corresponding right to effective judicial protection of art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter). Limitations in the exercise of the right of access to justice in the form of procedural

rules, such as costs shifting rules, are permitted in so far as they (i) are sufficiently accessible, clear and foreseeable (the principle of legality), (ii) respect the "essence" of the fundamental right of access to justice and finally, (iii) are appropriate, necessary and proportionate to satisfy the legitimate objective pursued (the principle of proportionality). In the case of conflicting (fundamental) rights, a *fair balance* between these rights needs to be found. Further, the transposition and application of art. 14 IPRED require to be consistent with the principle of legal certainty and the principle of equality of arms. The Member States are subject to a positive obligation to ensure that these fundamental rights and principles are complied with, also in horizontal (private) relations. With respect to the legal cost issue, the abovementioned means that national legislation, in short, ought to provide safeguards to prevent exposure of parties to high, prohibitive (legal) costs as well as to provide legal aid to those who do not have sufficient financial resources to meet the costs of legal representation.

Prior to the assessment of the conformity of art. 1019h DCCP with EU law, an outline is provided of the national context within which the costs shifting rule of art. 14 IPRED required to be transposed and interpreted. Discussed in chapter 4 is that, for years in the Netherlands, a costs shifting mechanism has been deployed that puts the public interest in an affordable and accessible judicial process above individual interests in attaining more realistic costs awards. In general civil procedures, the successful party commonly receives reimbursement of no more than a fraction of the expenses incurred. Conversely, in the case of loss, an amount of no more than the applicable liquidated tariff is due. Underpinning the Dutch costs shifting rules limiting both the judicial costs as well as the extra-judicial costs (art. 237 *et seq.* DCCP and art. 6:96 of the Civil Code, CD), is the fear that full costs shifting would jeopardise the freedom to bring proceedings against another party. This fear is so strongly anchored that departure from current liquidated tariffs rarely occurs and the court even has the authority to mitigate costs awards, which have been agreed upon by the parties. The system of mitigated costs shifting has been criticised due to both the lack of foundation and the lack of any evidence whatsoever to substantiate that more generous costs awards would indeed impede the access to justice. At the end of chapter 4, the compatibility of the system of mitigated costs shifting is tested on the basis of the European principles of effectiveness and effective legal protection – principles that apply equally to costs shifting rules in general civil proceedings. The conclusion is that the prospect of compensation for costs based on liquidated tariffs is just as likely to discourage the initiation of proceedings. In light of the system's lack of foundation it cannot be excluded that the *rule of reason* that is to be applied in the context of the test of effectiveness may tip the balance in favour of the importance of effective protection of EU law, setting the mitigated costs shifting rules aside.

The research needed to assess this question on the extent to which the interpretation and application of art. 1019h DCCP comply with the principles of legality, proportionality, legal certainty and equality of arms, is conducted in chapters 5 and 6. Chapter 5 focuses on the choices that the Dutch legislator made for the

implementation and interpretation of art. 14 IPRED. It appears to be the case that the combination of the obligation to expedite the transposition of the directive on the one hand and the pressure on the Dutch mitigated costs shifting rules, on the other hand, has led to choices, the practical consequences of which were not calculated. On the basis of an analysis of the bottlenecks in the case law on art. 1019h DCCP, it can be concluded that it cannot be said that its application meets the requirements of quality in respect of clarity and predictability and the principles of proportionality, legal certainty and equality of arms. An important cause is to be found in the fact that that there is not sufficient clarity regarding the content and the definition of the open standards "reasonable and proportionate" of art. 14 IPRED c.q. art. 1019h DCCP. In order to be better able to assess the reasonableness and proportionality of the costs claimed, so-called Indicative tariffs (*Indicatietarieven)* have been set up. It has been argued that, having regard to the way in which the Indicative tariffs were applied at least until 1st April 2017, it could not be said that there was a sufficient degree of predictability of the outcome of the decision to award costs according to art. 1019h DCCP. This is particularly due to the fact that before 1st April 2017 the Indicative tariffs allowed to deviate towards the *actual* (and thus indefinite, unmanageable) litigation costs. At the same time this provided scope for taking the specific characteristics of the case into account – the nature and attributability of the infringement or any procedural or financial inequality such as required by the principle of proportionality and the principle of equality of arms. It appears however that such circumstances were rarely taken into consideration in reaching a decision on litigation costs. The question as to whether the system is compatible with these principles cannot be answered in the affirmative either.

Chapter six explores the question concerning the extent to which the court is required *ex officio,* to examine the claim for litigation costs in terms of the open standards of art. 1019h DCCP and to test the application of this provision in light of the Charter. Based on the civil decision model set down in art. 23-25 DCCP, the court is, in principle, bound by the scope of the arguments put forward by the parties. Also addressed is the fact that, as yet, no obligation exists for the court, in the event that the debate between the parties does not cover this, to officially examine the question of the claim for costs in terms of the open standards of art. 1019h DCCP and the application of this in light of the requirements of art. 47 of the Charter. Relying on an analysis of the relationship between the civil decision-making model of the judge in art. 23-25 DCCP and EU law, it can also be concluded that the principle of effective judicial protection does not require that the court adopts a more active approach where art. 1019h DCCP is applicable. It does however require that the court makes use of the discretion it has within the scope of the arguments, for instance, to take into account the financial (in)equality between the parties. The conclusion is that a (even) more proactive approach in respect of the costs decision ex art.1019h DCCP however, is not desirable in the interests of legal certainty and predictability of the outcome of decisions on costs awards.

The research necessary to assess the *effectiveness* of art. 1019h DCCP features primarily in chapters 7 and 8. In chapter 7, which focuses on comparative law, the

cost systems in England and Wales, Germany and Belgium are explored. Traditionally, the English system has, as its starting point, a broad approach to costs shifting and is, in many ways, similar to the costs shifting rule of art. 1019h DCCP. In 2013, however, rigorous measures were taken in England to limit the extent of both the debate between the parties and the court's discretion regarding costs shifting. The direct reason for these changes were the negative effects, which manifested there, resulting from generous and unpredictable costs awards on *access to justice* for a large group of party litigants. Since then, the *Intellectual Property Enterprise Court* (IPEC) has been working with *cost caps* and there have been calls for a comparable system to be introduced to apply in all civil procedures. In addition, initiatives have been developed that are designed to contribute to better insurability in procedures (including in IP cases). In Belgium and Germany, costs awards are calculated on a standard basis using minimum, basis and maximum tariffs. In Belgium, the tariff system even applies as public policy right: agreements regarding costs awards that deviate from the fixed tariffs are null and void. In Germany, both the cost of legal representation and the costs awards are bound by fixed rates. At the end of chapter 7, the systems are, in so far as is possible, tested in accordance with the normative assessment framework in chapters 2 and 3. In conclusion, it cannot be said that the relatively rigid regulation of costs shifting in Belgium and Germany is incompatible with EU law and that the flexible English costs shifting rules are compatible. Besides proportionality, it is required that the system complies with the principles of legal certainty and equality of arms. Here, it appears that the Belgian and German costs shifting rules do indeed score high. As far as the principle of proportionality is concerned, it can be argued that in the Belgian system, contrary to the German system, account can be taken of the gravity, extent and impact of the infringements. This is however limited by the absolute minimum and absolute maximum rates and, furthermore, seems to be little used. In England, the system of cost caps in IPEC proceedings aims, primarily, to offer legal certainty. The principle of proportionality seems to be recognised to the extent that minor infringements can proceed by way of a *small claims track* and the more complex and comprehensive procedures are adjudicated upon by the (Patent) High Court. The latter are however, again subject to the general costs shifting rules of the Civil Procedure Rules, within which there is a lot of scope for a tailor-made approach but little legal certainty. From this perspective, there does not appear to be a system that meets all the requirements and conversely, it seems difficult to unite the requirements of proportionality, equality of arms and legal certainty all in one system.

Crucial to the question of the compatibility of the cost systems investigated in this book with EU law are the respective "scores" in respect of the requirements of effectiveness and effective legal protection. In chapter 8, the limitations of (empirical) research into the effects of costs shifting rules on the behaviour of the parties are highlighted. In order to be able to conduct a well-reasoned investigation into what the effects of art. 1019h DCCP are, a number of studies have been discussed regarding the influence that costs shifting rules have on the decision to litigate or to settle, according to *law and economics.* Here, particular attention has been paid to the *English rule,* given the similarities with art. 1019h DCCP. The (theoretical and

empirical) studies into the effects of the English rule have been connected with the anecdotal evidence from the Dutch intellectual property practice. The anecdotal evidence was collected by means of a survey of 170 intellectual property lawyers. An important conclusion of the research is that, based on the theoretical and empirical studies, no findings can be made with regard to the *overall effect* on the number of procedures and settlements. The relative significance of many different factors ultimately determines the influence of the *English rule* on the decision to litigate or to settle. Certain theoretical effects however, appear to be plausible where the anecdotal evidence supports the theory. The link between theory and practice has brought the following plausible effects of art. 1019h DCCP to light. In the first place, it is feasible that art. 1019h DCCP discourages cases which are weak (i). Also, there are indications that art. 1019h DCCP reinforces the tendency of risk-averse parties to settle rather than to litigate, irrespective of the prospects of success of their claim (ii); an effect that is strengthened if the opposing party is expected to have greater legal expenditures (iii).

A confrontation with the *intended* effects of art. 14 of the Enforcement Directive and 1019h DCCP reveals a number of significant discrepancies. While the provision aims to extend access to justice for intellectual property rights holders (especially SME's), the research indicates that it is indeed also IP rights holders, if they are risk-averse, who may be deterred from bringing a case or from defending their rights in court. This effect would be further exacerbated in the event that the other party is expected to have greater legal expenditures. Research shows that under such circumstances, it is unlikely that IP rights holders will take action against the infringement, which undermines the other objective of art. 1019h DCCP – that of dissuasion. If access to justice has already been extended by art. 1019h DCCP – a scenario which could occur in the case of a wealthy and at any rate, not risk-averse claimant with a strong case – the reciprocity of art. 1019h DCCP brings about that the access is unduly impeded for the other party. In this case, there is a considerable risk that this other party may be ordered to pay potentially high, but in any event unpredictable litigation costs. Under these circumstances, as is evidenced by the research in chapter 8, it is possible that this party will agree to a settlement at an earlier stage or will decide not to defend the claim raised against him. Notably, the principles of EU law apply equally to the other party, for whom the exercise of their right of access to justice cannot be detrimentally affected.

In chapter 9, the last chapter, the transposition, interpretation and application of art. 14 of the Enforcement Directive in the Netherlands are analysed in light of the requirements and principles of the normative assessment framework. An abstract legality test is considered particularly appropriate given the *positive obligation* imposed on the Dutch state to guarantee a costs shifting system in IP cases that complies with EU law. With due consideration of the reservations, discussed in para. 9.2, in respect of such a test of legality, the conclusion is that the manner in which art. 1019h DCCP was interpreted and applied at least until 1st April 2017, does not satisfy the terms of the normative assessment framework. Therefore, in para. 9.3, concrete recommendations have been made to achieve a more EU-compliant

interpretation of art. 1019h DCCP. These result in important tasks to be fulfilled by the (i) the European legislator, (ii) the European Court of Justice, (iii) the Dutch legislator and (iv) the judiciary. At the level of the European legislator (i) it has been argued that, from the perspective of coherence, there should be more reluctance regarding the imposition of procedural rules applicable exclusively to subsectors of national law. Where (minimum) harmonisation of procedural rules ought to be necessary and the rules in question have consequences for the access to justice, as much concurrence as possible with the requirements and limitations that are set down by art. 47 of the Charter and art. 6 ECHR should be sought. Furthermore, the European Court of Justice (ii) requires to fulfil its most important task of bringing the interpretation of such procedural rules into line with relevant fundamental rights and principles of EU law. The role of the Dutch legislator (iii), if faced with a European procedural rule, should be threefold. First of all, the legislator should take responsibility for ensuring coherence within national procedural law rather than offloading this responsibility to practice. The legislator can achieve this by providing as much information as possible in respect of the background and origin of such procedural rules and by providing guidance on the interpretation and application. In addition, the legislator should investigate the extent to which broader harmonisation is possible, in the sense that the specific procedural rules are granted a wider application scope. Adjustment of, for example, the cost shifting rules across the whole of civil procedural law could have prevented unwanted fragmentation of national procedural law, to a significant extent. Finally, if necessary, the legislator should take measures to ensure justice remains accessible to all litigants, for example, by guaranteeing that legal aid can be claimed and/or that costs protection is offered. The judiciary (iv) should ultimately apply a tariff system based on absolute maximum rates, which cannot be waived.

Various possible tariffs systems are explored at the end of para. 9.3. The research conducted in chapter 8 clearly illustrates that tariffs can eliminate many of the negative effects of costs shifting, provided they are clear and are applied strictly. Only then can the parties make an accurate assessment, of the total cost of litigation before the commencement of these proceedings. This has a beneficial effect on the possible insurability or financing of litigation. Furthermore, fixed tariffs remove, to a significant extent, the incentives for incurring high(er) legal expenditure and may even have a moderating effect on this. Another important feature of fixed tariffs is that they limit both the scope for discussion of the parties and the court's discretion to, at most, the determination of the tariff to be applied, which can save time and costs. The extent to which the Indicative rates, amended on 1st April 2017, will actually contribute to the intended predictability of the costs and access to justice in IP disputes depends on the extent to which awards that depart from the tariffs will nevertheless be made. In this thesis, the legitimacy can be found for strict application of the tariffs as *absolute maximum rates*. In addition, the results of the research provide justification for the introduction of a similar system in patent cases, for which the Indicative rates, do not yet apply.

Finally, it is argued that this research should provide an impetus for an evaluation of the (highly out-dated) liquidated tariffs that apply in general civil procedures and, if necessary, to adjust to the actual, average costs of legal representation. By the introduction of minimum, basic, and maximum rates, account can be taken, where necessary, of the financial position of the parties and their mutual relationship (*b2b, b2c or c2c*).

BIJLAGE

Enquête *"De effecten van art. 1019h Rv in de praktijk"* – vragen

Gegevens
Naam:
Beroep:
Organisatie:
Aantal jaren ervaring in de IE-praktijk:

1. Wat voor praktijk voert u?
   Antwoordkeuzen:
   Hoofzakelijk octrooi/pharma
   Hoofdzakelijk 'soft IP'
   Combinatie
   Algemene praktijk, waaronder IE
   Anders, namelijk…

2. Zijn er volgens u onder invloed van art. 1019h Rv veranderingen opgetreden in uw praktijk (meerdere antwoorden mogelijk)? Graag toelichten.
   Antwoordkeuzen:
   Ja, er wordt meer gedagvaard
   Ja, er wordt minder gedagvaard
   Ja, er wordt meer geschikt in de preprocessuele fase
   Ja, er wordt minder geschikt in de preprocessuele fase
   Ja, er wordt meer geschikt hangende een procedure
   Ja, er wordt minder geschikt hangende een procedure
   Nee, geen veranderingen
   Anders, namelijk….

3. Indien u veranderingen heeft waargenomen in uw praktijk, kunt u dan uitleggen wat het verband is tussen art. 1019h Rv en deze veranderingen?

4. Indien u denkt dat er een ontmoedigend ("chilling") effect kan uitgaan van art. 1019h Rv, onder welke omstandigheden zal daarvan sprake zijn volgens u?

5. Indien u denkt dat er een aanmoedigend effect kan uitgaan van art. 1019h Rv, onder welke omstandigheden zal daarvan sprake zijn volgens u?

6. Heeft u de indruk dat art. 1019h Rv invloed heeft op de kosten die gemoeid zijn met het procederen in IE-zaken? Graag toelichten.
   Antwoordkeuzen:
   Ja, procederen in IE-zaken is kostbaarder geworden onder invloed van art. 1019h Rv
   Ja, procederen in IE-zaken is minder kostbaar geworden onder invloed van art. 1019h Rv
   Nee, geen invloed
   Weet niet
   Anders, namelijk

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

Alberdingk Thijm & Vries, de 2015
C. Alberdingk Thijm & C. de Vries, 'De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom', *BIE* 2015/6, p. 174-183.

Amschewitz 2008
D. Amschewitz, *Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

Ancery 2012
A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Ancery & Krans 2010
A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Richtlijnen en burgerlijk (proces)recht', *TvP* 2010/5 p. 141 e.v.

Ancery & Krans 2016
A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *AA* 20160825.

Ancery & Pavillon 2015
A.G.F. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, 'De rechterlijke lijdelijkheid in rook opgegaan? De ambtshalve toepassing van de consumentenkoopregels nader toegelicht', *MvV* 2015/9, p. 243-253.

Andrews 2014
N. Andrews, 'On 'Proportionate' Costs', *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper* 2014/22, p. 3.

Ariyanuntaka 1999
V. Ariyanuntaka, 'TRIPS and the Specialised Intellectual Property Court in Thailand', *IIC* 30 (1999) 4, 360-376.

Arnold, Lord Justice 2009
Lord Justice Arnold, 'The Cost of Patent Litigation: A Historical Perspective'. A Paper Presented to the Midlands Intellectual Property Society on 26 February 2009.

Arnold, Lord Justice 2013
Lord Justice Arnold, 'Intellectual Property Litigation: Implementation of the Jackson Report's Recommendations, 17th Lecture in the Implementation Programme', *AIPPI UK* 12 February 2013 (justice.gov.uk).

Aronstein 2014
I.V. Aronstein, 'The principle of proportionality in legal relationships between private parties: its versatility and its bottlenecks', in: A.S. Hartkamp e.a., *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014, p. 251-269.

Asser, Groen & Vranken 2003
W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Asser, Groen & Vranken 2006
W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken & I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser 2015
W.D.H. Asser, 'Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter', in: *Preadviezen 2015 voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 347-356.

Asser/Hartkamp 3-I 2015
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel 1. Europees Recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Asser 3 2013
W.D.H. Asser, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Procesrecht 3, Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012
F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, Mr. C. *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Procesrecht 4, Hoger beroep,* Deventer: Kluwer 2012.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015
I. Giesen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Beginselen van burgerlijk procesrecht 1*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016
A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Procesrecht 2, Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2016.

Barendrecht 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid/Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 1992.

Barkhuysen 2004
T. Barkhuysen, 'Het EVRM als onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het bestuursrecht* (Preadvies VAR nr. 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Barkhuysen & Bos 2014
T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JB-plus* 2014, p. 90-116.

Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011
T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. Ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese EU voor het privaatrecht', Deel 1: *NTBR* 2011/68, p. 479 e.v.

Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011
T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. Ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese EU voor het privaatrecht', Deel 2: *NTBR* 2011/76, p. 547 e.v.

Barkhuysen, Emmerik, van & Gerards 2009
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, 2009; *MvT*, p. 2-3 van het voorstel, via internetconsultatie.nl/eerlijkproces.

Barkhuysen & Stip 2012
T. Barkhuysen & M.J.C. Stip, 'Verhoging van griffierechten en het Europese grondrecht op toegang tot de rechter', in: W.J. van den Bergh & R.J.Q. Klomp (red.), *Verhoging Griffierechten. Effecten op de rechtspraak, andere mogelijkheden van kostenbeheersing en procesinnovatie,* Nijmegen: *AA* 2012, p. 27-39.

Bauw, Dijk, van & Tulder, van 2010
E. Bauw, F. van Dijk & F. van Tulder, 'Een stille revolutie? De gevolgen van de invoering van kostendekkende griffierechten', *NJB* 2010/39, p. 2528-2536.

Bock, de, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* 2017
R.H. De Bock, commentaar op art. 237 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Bock, de, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* 2017
R.H. de Bock, commentaar op art. 241 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Bock, de, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering* 2017
R.H. de Bock, commentaar op art. 242 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering,* Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Boneval Faure, van 1900
R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht*, II, Leiden: E.J. Brill 1900.

Boom, van 2013
W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *TPR* 2013/1, p. 7-84.

Boom, van 2017
W.H. van Boom, 'Litigation costs and third party funding', in: Van Boom (red.), *Litigation, Costs, Funding and Behaviour: Implications for the Law*, Abingdon: Routledge 2017.

Boom, van & Jong, de 2014
W.H. van Boom & M. de Jong, 'Het Experiment resultaatgerelateerde beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking', *TVP* 2014, p. 69 e.v.

Boom, van & Luiten 2015
W.H. van Boom & J.L. Luiten, 'Procesfinanciering door derden', *RMThemis* 2015/5, p. 188-199.

Boom, van, Dam-Lely, van & Lindenbergh 2011
W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenbergh (red.), *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Boot & Quist 2011
B.J.J.C. Boot & J.P. Quist, 'Proceskostenveroordeling: niet alles of niets', *Adv.bl.* 2011, afl. 8, p. 27-29.

Briggs, Lord Justice 2015
Lord Justice Briggs, Civil Courts Structure Review, December 2015 (www.justice.gov.uk) p. 30-31.

Bronckers, Verkade & McNelis 2000
M.C.E.J. Bronckers, D.W.F. Verkade & N. McNelis, *TRIPs agreement: agreement on trade-related aspects of intellectual property rights. Enforcement of intellectual property rights*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2000.

Burdon 2010
M. Burdon, 'The UK: Can a High-Cost Country Change its Ways?', *WIPO Mag.* 2010/1, p. 6.

Burrow 2015
S. Burrow, *Assessing the Small Claims IP Track*, Presentatie tijdens de 10th Annual Conference van het EPIP (European Policy for Intellectual Property) van 2-3 september 2015, via epip2015.org/wp-content/uploads/2014/07/EPIP_BURROW_ParallelSession1C.pdf.

Buskens & Tuil 2012
V. Buskens & M.L. Tuil, 'De waardering van litigieuze vorderingen en de proceskostenveroordeling – Een opzet van een experiment', in: W.H. van Boom, *Civilologie, opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 127-150.

Buyserd 2015
A.N.A. Buyserd, 'De volledige proceskostenveroordeling: voor- en nadelen in beleidsmatig perspectief', *TvPp* 2015/6, p. 160-168.

Chébti 2015
M. Chébti, 'Bezuinigingen op de rechtspraak in strijd met Europese rechtsstatelijke beginselen? Toegang tot de rechter', *TREMA* 2015/2, p. 66-72.

Chébti 2015
M. Chébti, 'Misbruik van procesrecht door advocaten, rechterlijke terughoudendheid en het recht op toegang tot de rechter gewaarborgd in art. 6 EVRM', *WPNR* 2015/7087.

Cleveringa & Van Rossem 1972
R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.

Cohen Jehoram & Rörsch 2008
T. Cohen Jehoram & V. Rörsch, *Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-verdrag)*, Deventer: Kluwer 2008.

Cook 2015
T. Cook, 'Enforcement Directive and Harmonisation of Remedies for Intellectual Property Infringement in the EU', *Journal of Intellectual Property Rights* (20) July 2015, p. 264-269.

Cook 2016
M.J. Cook (S. Middleton & J. Rowley), *Cook on costs*, Croydon: LexisNexis 2016.

Cornish e.a. 2003
W. Cornish, J. Drexl, R. Hilty & A. Kur e.a., 'Procedures and remedies for enforcing IPRs: the European Commission's proposed directive', *EIPR* 25 2003, p. 447-448.

Correa 2007
C.M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Commentary on the TRIPs Agreement*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Corstens & Kuiper 2014
G. Corstens & F. Kuiper, 'De toegang tot de rechter in een moderne rechtstaat. IJkpunten voor een concrete vormgeving in: Justitiële verkenningen', *Toegankelijkheid van het recht* 2014/1, p. 18.

Coursey & Stanley 1988
D. Coursey & L.R. Stanley, 'Pre-Trial Bargaining Behaviour within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence', *International Review of Law and Economics* (8) 1988.

Couter, van & Dhondt 2005
Y. van Couter & H. Dhondt, 'De Richtlijn Handhaving Intellectuele Eigendomsrechten. Een Europese storm in een Belgisch glas water?', *TBH* 2005/7, p. 699-733.

Cumming, Freudenthal & Janas 2008
G. Cumming, M. Freudenthal & R. Janas, *Enforcement of intellectual property rights in Dutch, English and German civil courts*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008.

Daalder & Graaff, de 2015
E. Daalder & R. de Graaff, 'Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument', *AA* april 2015, p. 324 e.v.

Dack 2016
S. Dack, 'Proceskostenveroordelingen naar Engels recht', *BIE* 2016/9, p. 250-252.

Dam-Lely, van, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* 2016
J.H. van Dam-Lely, commentaar op art. 241 Rv, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Deene 2009
J. Deene, 'Intellectuele rechten kroniek 2008', *NJW* 2009 (205), p. 518-547.

Deene 2010
J. Deene, 'De rechtsplegingsvergoeding in procedures inzake intellectuele rechten: een sui generis-regime?', *RW* 2010/11 (23), p. 946 e.v.

Deinse, van 1941
Van Deinse, 'De kostbaarheid der civiele procedure', *NJB* 1941, p. 599-604.

Deurvorst 2012
T.E. Deurvorst, 'Schadevergoeding en proceskosten bij inbreuk op auteursrecht', *AMI* 2012/3, p. 85-89.

Drexl, Hilty & Kur 2003
J. Drexl, R. Hilty & A. Kur, 'Proposal for a Directive on measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual property rights - a first statement', *IIC* 2003, p. 530-535.

Driessen 2007
M. Driessen, 'De willekeur van de proceskostenveroordeling', *BIE* 2007, p. 343-348.

Hugenholtz 2004
P.B. Hugenholtz, 'Een overbodige richtlijn', *IER* 2004/4, p. 247.

Eek, van 2014
D. van Eek, 'Het procesreglement is leidend. Na het intrekken van een kort geding mag geen proceskostenveroordeling worden uitgesproken, ook niet in een IE-geschil', *BIE* juni 2014, p. 128-135.

Eijsvogels 2016
F.W.E. Eijsvogels, 'Nevenvordering', in: F.W. Grosheide (red.) *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Ekelmans 2004
J. Ekelmans, 'Naar een nieuwe balans bij de toedeling van kosten van een procedure?', in: M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed, *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-166.

Ekelmans 2015
J. Ekelmans, *De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2015.

Emmering 1928
Emmering, 'Kostenliquidatie en declaratie', *NJB* 1928, p. 942-944.

Emaus 2015
J.M. Emaus, 'Rechten, beginselen en horizontale directe werking van de grondrechten uit het EU-Handvest', *NTBR* 2015/10, p. 67-76.

Enderink & Al Mansouri 2014
M.K.M. Enderink & A. Al Mansouri, 'Nieuwe regeling buitengerechtelijke kosten', *TvPp* 2014/5, p. 134-138.

Engberts 2012
B.J. Engberts, 'Wettelijke normering van buitengerechtelijke incassokosten', *TREMA* 2012/6, p. 196-201.

Ernste 2017
P.E. Ernste, voorheen bewerkt door W. Heemskerk, commentaar op art. 130 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Eshuis & Tulder, van 2014
R.J.J. Eshuis & F.P. van Tulder (red.), *Rapport 'Daling instroom civiele handelszaken onderzocht' WODC*, Den Haag 2014.

Faure, Fernhout & Philipsen 2009
M.G. Faure, F.J. Fernhout & N.J. Philipsen, *Resultaatgerelateerde beloningssystemen voor advocaten. Een vergelijkende beschrijving van beloningssystemen voor advocaten in een aantal landen van de Europese Unie en Hong Kong*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Faure & Moerland 2006
M.G. Faure & C.A.R. Moerland, *Griffierechten. Een vergelijkende beschrijving van griffierechten- en vergelijkbare stelsels in een aantal landen van de Europese Unie (WODC-rapport)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Faure & Philipsen 2008
M.G. Faure & N.J. Philipsen, 'Honoraria van belangenbehartigers in letselschadezaken: een dossieranalyse (2001-2006)', *AV&S* 2008/44.

Fenn, Grembi & Rickmann 2014
P. Fenn, V. Grembi & N. Rickman, 'No win, no fee', cost-shifting and the costs of civil litigation: A natural experiment', Università Commerciale Luigi Bocconi 2014, *BAFFI Center Research Paper Series* 2014/152.

Fierstra 2013
A. Fierstra, 'Akerberg/Fransson: ruim toepassingsgebied van het Handvest op handelingen van lidstaten', *NTER* 2013/6, p. 197-205.

Fischmann 2014
F. Fischmann, 'Patent litigation and costs shifting in Europe: critical appraisal and proposal of alternative solutions', *JIPLP* 2014/10, p. 98-108.

Fischmann Afori 2015
F. Fischmann Afori, 'Proportionality – A New Mega Standard in European Copyright Law', *IIC* 2015/45, p. 889-914.

Freudenthal 2007
M. Freudenthal, *Schets van het Europees Civiel Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Freudenthal 2013
M. Freudenthal, *Schets van het Europees Civiel Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Freudenthal 2016
M. Freudenthal, 'Achtergrond en implementatie Handhavingsrichtlijn', in: F.W. Grosheide (red.), *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Freudenthal & Ooik, van 2007
Freudenthal & van Ooik, 'Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing', in: A.S. Hartkamp e.a., *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 81-II), Deventer: Kluwer 2014.

Frinkel 1929
Frinkel, 'Het vraagstuk der gerechtskosten', *NJB* 1929, p. 597 e.v.

Geiger 2015
C. Geiger (red.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015.

Geiger, Raynard & Rodà 2011
C. Geiger, J. Raynard & C. Rodà, 'What developments for the European framework on enforcements of intellectual property rights? A comment on the evaluation report dated December 22, 2010', *EIPR* 2011/33, p. 543-549.

Gerards 2011
J. Gerards, 'Plurism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine', *EPL* 2011/17, p. 8-120.

Gerards 2011
J. Gerards, *EVRM-Algemene leerstukken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerresten & Kalsbeek 2008
R.B. Gerresten & G.J.R. Kalsbeek, 'De weg naar een reële proceskostenveroordeling', in: M. Holzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008.

Gervais 2003
D. Gervais, *The TRIPs Agreement – Drafting History and Analyses*, London: Sweet & Maxwell 2003.

Gielen 2005
Ch. Gielen, 'De richtlijn handhaving IE-rechten', *NTER* 2005/1, p. 6 e.v.

Grinten, van der 2010
P.M.M. van der Grinten, 'The Netherlands: Policy Observations', in: C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka (eds), *Funding and Costs of Civil Litigation: A Comparative Perspective,* Oxford: Hart Publishing 2010, p. 421.

Groot, de & Hendrikse 2005
A.M.F. de Groot & M.L. Hendrikse, *De buitengerechtelijke kosten. Preadvies voor de Vereniging van Incassoadvocaten 2005*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.

Grosheide 2016
F.W. Grosheide (red.), *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Haardt 1945
W.L. Haardt, *De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Den Haag: Martinus Nijhoff 1945.

Harbottle 2004
G. Harbottle, 'The implementation in England and Wales of the European Enforcement Directive', *JIPLP* (11) 2004/1, p. 719-727.

Hartkamp 2008
A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden' – Reactie op 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herrijkt' van prof. mr. H.J. Snijders in *WPNR* 2008/6761, *WPNR* 2008/6779.

Hartkamp 2014
A.S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law* (Serie Onderneming en Recht deel 81-I), Kluwer: Deventer 2014.

Hartkamp 2014
A.S. Hartkamp, 'De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht', *WPNR* 2014/7035, p. 961-966.

Hartogh 1875
A.F.K. Hartogh, *Is het wenselijk de bepalingen onzer burgerlijke wetgeving omtrent de veroordeling in de proceskosten te wijzigen, en zoo ja in welken zin?,* Handeling der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 's-Gravenhage 1875.

Hau 2011
W. Hau, 'The winner takes it all? Die anwaltliche Vergütungsvereinbarung im deutschen System der Prozesskostenerstattung', *JZ* 2011/21, p. 1047-1053.

Helmers, Lefouili & McDonagh 2015
C. Helmers, Y. Lefouili, & L. McDonagh, *Evaluation of the Reforms of the Intellectual Property Enterprise Court 2010-2013* (openaccess.city.ac.uk/12600/1/Evaluation_-of_the_Reforms_of_the_Intellectual_Property_Enterprise_Court_2010-2013.pdf), 2015.

Helmers & McDonagh 2013
C. Helmers & L. McDonagh, 'Patent litigation in England and Wales and the issue-based approach to costs', *Civil Justice Quarterly* (32) 2013/3, p. 369-384.

Hess & Hübner 2010
B. Hess & R. Hübner, 'General Overview and Trends in the German Civil Litigation Costs System' in: C.J.S. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka (red.), *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 352-353.

Heemskerk, Teuben & Wieringa 2016
W. Heemskerk, K. Teuben & R. Wieringa, *Kort begrip van KEI: inclusief wettekst toekomstig Boek 1 Rv*, Dordrecht: Convoy 2016.

Hildebrandt 2016
U. Hildebrandt, 'United Video Properties – need for adaption in the German fee system', *BIE* 2016/9, p. 249.

Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010
C. Hodges, S. Vogenauer, & M. Tulibacka, *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective,* Oxford & Portland: Hart Publishing 2010.

Honert, van den 1839
J. van den Honert, *Handboek voor de Burgerlijke Regstvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam, 1839.

Hughes & Snyder 1995
J.W. Hughes & E.A. Snyder, 'Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence' *Journal of Law and Economics* 1995/38, p. 225-250.

Huydecoper 2004
J.L.R.A. Huydecoper, 'Nous maintiendrons – de nieuwe Richtlijn Handhaving', *AMI* 2004/4, p. 117-123.

Huydecoper 2005
J.L.R.A. Huydecoper, 'Verhaal van (buitengerechtelijke) kosten - wat doen we ermee?', *VrA* 2005/3.

Huydecoper 2006
J.L.R.A. Huydecoper, 'De kosten van ongelijk en de kosten van verhaal', *PP* 2006/4, p. 130-132.

Huydecoper, Veen, van der & Falkena 2007
J.L.R.A. Huydecoper, G.A. van der Veen & F.B. Falkena, *De prijs van het gelijk, een kritische bespreking van het system van vergoeding van gerechtelijke en buiten-gerechtelijke kosten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Ingelse & Mölenberg 1998
C. Ingelse & L.J.H. Mölenberg, 'Het tarief voor te liquideren kosten: richtlijn of standaard?', *Adv.bl.* 1998, p. 1112-1116.

Jackson, Lord Justice 2009
Lord Justice R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report*, Londen: Judiciary of England and Wales 2009, via judiciary.gov.uk.

Jackson, Lord Justice 2010
Lord Justice R. Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Londen: Judiciary of England and Wales 2010, via judiciary.gov.uk.

Jackson, Lord Justice 2015
Lord Justice R. Jackson, *Confronting Costs Management, Harbour lecture*, 13 mei 2015, via judiciary.gov.uk.

Jackson, Lord Justice 2016
Lord Justice R. Jackson, *Fixed Costs – The Time Has Come, IPA Annual Lecture*, 28 januari 2016, via judiciary.gov.uk.

Jaeger, de & Claeyé 2016
T. de Jaeger & K. Claeyé, 'Maximale rechtsplegingsvergoeding op de schop in IE-zaken?', *Juristenkrant* 2016, afl. 133, 1-3.

Jans, Prechal & Widdershoven 2015
K.J.O. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of public law*, Europa Law Publishing 2015.

Jongbloed 1993
A.W. Jongbloed, 'Proceskosten tijdens de procedure', *Rechtsstrijd* 1993/1 p. 3-8.

Jongbloed 2016
A.W. Jongbloed, 'Sommatie, verweer en tegenvordering', in: F.W. Grosheide (red.) *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Jonge-Wiemans, de 2007
E. de Jonge-Wiemans, Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union. Country report The Netherlands, 2007.

Katz 2000
A.W. Katz, 'Indemnity of Legal Fees' in B. Bouckaert and G. De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, UK and Northampton MA, US: Edward Elgar 2000, p. 63-94.

Katz & Sanchirico 2010
A.W. Katz & C.W. Sanchirico, 'Fee Shifting in Litigation: Survey and Assessment', *SSRN* 2010, ssrn.com/abstract=1714089.

Keus 2014
L. Keus, 'The principle of legal certainty', in: A.S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law* (Serie Onderneming en Recht deel 81-I), Kluwer: Deventer 2014, p. 297 e.v.

Keustermans 2009
J. Keustermans, 'Verhaalbaarheid van erelonen', *Auteurs & Media* 2009-4.

Kierkegaard 2005
S.M. Kierkegaard, 'Taking a sledgehammer to crack the nut: The EU Enforcement Directive', *computer law & security report* (21) 2005, afl. 6, p. 488-495 (8).

Krans 2010
H.B. Krans, *Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht*, Kluwer: Deventer 2010.

Krans 2013
H.B. Krans, 'EU-recht en het Nederlandse civiele procesrecht', in: *Doorwerking van het Europees recht in het nationaal procesrecht*, Den Haag: NVvP/Boom Juridisch 2013, p. 11 e.v.

Krans 2014
H.B. Krans, 'De druk van de ketel', *NTBR* 2014/4, p. 133-134.

Krans 2016
H.B. Krans, 'The Impact of EU Law on Dutch Civil Procedure Law', in: A. Nylund & H.B. Krans (red.) *The European Union and National Civil Procedure*. Ius commune europaeum nr. 150, Cambridge: Intersentia 2016.

Knutsen 2010
E.S. Knutsen, 'The Costs of Costs: The Unfortunate Deterrence of Everyday Civil Litigation in Canada', *SSRN* 2010, ssrn.com/abstract=1667722.

Kobayashi & Parker 2000
B.H. Kobayashi & J.S. Parker, 'Civil Procedure: General' in: B. Bouckaert and G. De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation* Cheltenham, UK and Northampton MA, US: Edward Elgar 2000, p. 1-26.

Kritzer 1984
H.M. Kritzer, 'Fee Arrangements and Fee Shifting: Lessons from the Experience in Ontario' *Law & Contemporary Problems* (47) 1984, 125, 133.

Kuipers 2014
G.J. Kuipers, 'The competence of European Union in Private Law', in: A.S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law* (Serie Onderneming en Recht deel 81-I), Kluwer: Deventer 2014, p. 169 e.v.

Kuipers 2016
G.J. Kuipers, 'Bewijsvergarende maatregelen', in: F.W. Grosheide (red.) *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Laan, van der 2007
N. van der Laan, 'Het toepassingsbereik van de Handhavingsrichtlijn en de uitvoeringswet', *IER* 2007/96.

Lakits-Josse 2004
A. Lakits-Josse, 'Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights', in: T. Cottier and P. Véron (eds.).

Lange, de 2013
D.F. de Lange, 'Geen zaak? De positie van de gedaagde bij een ingetrokken (IE-) kort geding. Een pleidooi voor vergoeding van de daadwerkelijke proceskosten van de gedaagde', *BIE* 2013/9, p. 266-275.

Lange, de 2014
D.F. de Lange, 'Naschrift op Van Eek', *BIE* 2014, p. 136-139.

Lenselink 2016
B.J. Lenselink, 'Verklaring voor recht' en 'Verbod en bevel', in: F.W. Grosheide (red.) *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Lewin 2011
G.C.C. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *TCR* 2011, p. 12-19.

Lock 2014
F.J.P. Lock, 'Ambtshalve toetsing in hoger beroep. Over de omvang van het hoger beroep en de door de grieven ontsloten gebied', *TCR* 2014/2, p. 45-53.

Lock 2016
F.J.P. Lock, 'Stelplicht en bewijslast (deel 3): stelplicht, bewijslast en ambtshalve toepassing bij bevrijdende verjaring', *TvPp* 2016/5.

Lock 2016
F.J.P Lock, 'KEI en wat er (niet) verandert in het procesrecht in het civiele hoger beroep', *TCR* 2016/3, p. 71-86.

Lindenbergh 2000
S.D. Lindenbergh, *Buitengerechtelijke kosten: vijf visies op de redelijkheid*, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) 2000.

Lindijer 2006
V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Lunze & Rektorschek 2015
A. Lunze & J.P. Rektorschek, *Can you afford to litigate in the Unified Patent Court?* Managing IP.com, September 2015, p. 25-29.

Maas 2013
W.J.G. Maas, 'Zorgelijke ontwikkeling rondom artikel 1019h Rv', *B9* 12308, 16 mei 2013**.**

Maas & Rijks 2010
W.J.G. Maas & M. Rijks, commentaar naar aanleiding van HR 26 februari 2010, *LJN*: BK5756, *B9* 8638 (Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa B.V), via Jaap.nl.

Maas, Shannon & Boer, de 2013
W.J.G. Maas, C. Shannon & C. De Boer, *De handhavingsrichtlijn: handhaving van IE-rechten in Nederland*, Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2013.

Maeyaert 2012
P. Maeyaert, 'Handhaving van intellectuele rechten in België', *BIE* 2012, p. 95 e.v.

Mak 2014
C. Mak, 'Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters', in: H.W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 236-258.

Mánko 2015
R. Mánko, 'Europeanisation of civil procedure. Towards common minimum standards?', *EPRS/European Parliamentary Research Service*, June 2015.

Marijs 2010
M.L. Marijs, *De billijkheid van de proceskostenregel*, Tilburg: Celsus 2010.

Massa & Strowel 2004
C.H. Massa & A. Strowel, 'The Scope of the Proposed IP Enforcement Directive: Torn between the Desire to Harmonise Remedies and the Need to Combat Piracy', *EIPR* vol. 26 2004, afl. 6, pag. 244-253 (10).

McDonagh & Helmers 2013
L. McDonagh & C. Helmers, 'Patent Litigation in England and Wales and the Issue-Based Approach to Costs' (32) 2013 *Civil Justice Quarterly*, p. 384.

Meer, van der 2011
A.J. van der Meer, 'Nieuwe ontwikkelingen op het gebied van de handhavingsmaatregelen: evenwichtig?' *AMI* 2011/4, p. 131-135.

Meijer 2006
R. Meijer, 'Toelaatbaarheid van een forfaitaire proceskostenvergoeding bij geschonden EG-recht', *TMA* 2006/5, p. 170-174.

Meijer 2007
R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (diss. Groningen) 2007.

Meijer 2014
R. Meijer, 'The Rewe/Comet 'doctrine' and its implications for Dutch law', in: A.S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law* (Serie Onderneming en Recht deel 81-I), Kluwer: Deventer 2014, p. 48.

Mielo, van & Dam-Lely, van 2011
A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg,* Deventer: Kluwer 2011.

De Mol 2014
M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oisterwijk: Wolf Publishers 2014.

Mot & De Geest 2004
J.P.B. Mot & G.G.A. de Geest, *Juridische infrastructuur: een internationale vergelijking vanuit economisch perspectief*, Den Haag: WODC 2004.

Morijn e.a. 2015
J. Morijn e.a., 'Vijf jaar bindend Handvest van de Grondrechten: wat heeft het de rechtzoekende opgeleverd?', *NTBR* 2015/4, p. 123-132.

Nispen, van 2016
C.J.J.C. van Nispen, 'Van Containerbox/City Box naar Wieland/GIA; zoek de verschillen', *BIE* 2017/7, p. 164-169.

Nispen, van, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* 2017
C.J.J.C. van Nispen, commentaar op art. 1019h Rv, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Norrgard 2012
M. Norrgard, 'The European Principles of Intellectual Property Enforcement: Harmonisation through Communication?' in: A. Ohly, *Common principles of European intellectual property law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012, p. 203-222.

Numann & Schaafsma 2014
E. Numann & S.J. Schaafsma in: H.M.H. Speyart, 'Van de brug af gezien: kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2013', *IER* 2014/15.

Numann & Schaafsma 2015
E. Numann & S.J. Schaafsma in: H.M.H. Speyart, 'Van de brug af gezien: kroniek van wetgeving, jurisprudentie en literatuur 2014', *IER* 2015/10.

Nylund & Krans 2016
A. Nylund & H.B. Krans (red.), *The European Union and National Civil Procedure,* Ius commune europaeum nr. 150, Cambridge: Intersentia 2016.

Ohly 2009
A. Ohly, 'Three Principles of European IP enforcement law: effectiveness, proportionality and dissuasiveness', in: Drexl (red.), *Technology and Competition – Technologie et Concurrence: Contributions in Honour of Hanns Ulrich* 2009, p. 257-274.

Olieslagers & Gompel, van 2014
W.Y.J.L. Olieslagers & S.J. van Gompel, 'Het proceskostenrisico in IE-zaken; een empirisch onderzoek naar toepassing van de indicatietarieven', *AMI* 2014/5, p. 133 e.v.

Oorschot, van & Blomme 2009
A. van Oorschot & Th. Blomme, 'Een merkwaardig oordeel omtrent de proceskostenverdeling; Annotatie bij: Rechtbank 's-Gravenhage, 23 september 2009, HA ZA 08-3745', *IEF* 8206, (*VanderLande Industries Nederland B.V./Van Riet Handling Systems B.V.), IEF* 8227, 2009.

Pavillon 2011
C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011.

Peers & Prechal 2014
S. Peers & S. Prechal, 'Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014.

Peysner 2010
J. Peysner, 'England and Wales: Woolf for Slow Learners', in: C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka, *The Cost and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*, Oxford & Portland: Hart Publishers 2010, p. 313.

Peysner 2014
J. Peysner, *Access to Justice: A Critical Analysis of Recoverable Conditional Fees and No-Win No-Fee Funding*, London: Palgrave Macmillan, 2014.

Pinckaers 2011
J.C.S. Pinckaers, 'Ontwikkelingen op het gebied van ex parte verbod, bewijsbeslag en proceskostenveroordeling', *AMI* 2011/4, p. 114 e.v.

Pors 2014
W. Pors, 'Het unitair octrooi en het Unified Patent Court – een revolutie in de octrooiwereld', *IER* 2014/57.

Pors 2016
W. Pors, 'United Video Properties – the limits to ceilings for costs orders under the UPC Agreement', *BIE* 2016/9, p. 253-254.

Posner 1973
R.A. Posner, 'An Economical Approach to Legal Procedure and Judicial Administration', *Journal of Legal Studies* (2) 1973, p. 399-458.

Posner 2014
R.A. Posner, *Economic Analyses of Law*, New York: Wolters Kluwer 2014.

Prichard 1988
J.R.S. Prichard, 'A Systematic Approach to Comparative Law: The Effect of Cost, Fee and Financing Rules on the Development of Substantive Law', *Journal of Legal Studies* (17) 1988, p. 451 e.v.

Prins 2016
R.J. Prins, 'Proceskostenveroordelingen naar Frans recht', *BIE* 2016/9, p. 246-248.

Reinbothe 2010
J. Reinbothe, 'The EU Enforcement Directive 2004/48/EC as a tool for copyright enforcement', in: I. Stamatoudi (ed.), *Copyright enforcement and the internet*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2010.

Röell 2007
T. Röell, 'Twintig jaar van kleur verschietende proceskosten', *TREMA* 2007/6, p. 210-211.

Rojahn & Rektorschek 2014
S. Rojahn & J.P. Rektorschek, 'Europäische Harmonisierung der Kostenerstattung im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes – ist RVG noch EU-konform?' *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2014/1, p. 1-15.

Rowe 1982
Th. D. Rowe, 'The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview', *Duke Law Review* 1982, p. 651-656.

Rowe 1984
Th. D. Rowe, 'Predicting the Effects of Attorney Fee Shifting', *Law & Contemporary Problems* (47) 1984, p. 139-171.

Rutsaert
J.M. Rutsaert, *Legal protection insurance – The problems to be solved*, via cordis.europa.eu/pub/patinnova99/docs/3_7_rutsaert.pdf.

Ruygvoorn 2014
M.R. Ruygvoorn, 'Kroniek Contractenrecht 2013-2014', *Bb* 2014-56, p. 179 e.v.

Sagaert & Samoy 2010
V. Sagaert & I. Samoy, 'Belgium' in: C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka, *The Cost and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*, Oxford & Portland: Hart Publishers 2010, p. 217-238.

Samoy & Sagaert 2007
I. Samoy & V. Sagaert, 'De wet van 2 augustus 2007 betreffende de verhaalbaarheid van kosten en erelonen van een advocaat', *Rechtskundig Weekblad* 2007/08-17, p. 673-698.

Sandvliet & Engelfriet 2015
K.A. Sandvliet & A. Engelfriet, 'Vaststellen van schade bij online auteursrechtinbreuk', *AMI* 2015/5, p. 204-209.

Schaafsma & Bronneman 2017
S.J. Schaafsma & M. Bronneman in: H.M.H. Speyart, 'Van de brug af gezien: kroniek 2016', *IER* 2017/11.

Schaik, van 2000
A.C. van Schaick, 'Proceskosten en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000, afl. 7, p. 313-315.

Schmidt auf Altenstadt, von 2005
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Kosten: begroting volgens krachtens de wet vastgestelde tarieven', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2005, p. 14-16.

Shavell 1982
S. Shavell, 'Suit settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocating of Legal Costs', *Journal of Legal Studies* (11) 1982, p. 55-81.

Shavell 2004
S. Shavell, 'Basic Theory of Litigation' in: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachussets: The Belknap Press of Harvard University Press 2004.

Sieburgh 2015
C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 3-13.

Sluijter 2011
P. Sluijter, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de rekening van verstorend procesgedrag?,* Deventer: Kluwer 2011.

Sluijter 2014
P. Sluijter, 'Naar één regeling voor de proceskosten', *TvPp* 2014/1, p. 3-9.

Smits 2008
P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 1995
H.J. Snijders, *Toegang tot het buitenlands burgerlijk procesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Snijders 2003
H.J. Snijders, 'They have a dream…een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, p. 1696-1707.

Snijders 2008
H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herrijkt', *WPNR* 2008/6761, p. 541-552.

Snijders, Klaassen & Meijer 2011
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Snijders, Klaassen & Meijer 2017
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Snijders & Wendels 2009
H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009.

Snyder & Hughes 1990
E.A. Snyder & J.W. Hughes, 'The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory', *Journal of Law, Economics & Organization* (6) 1990, p. 345-380.

Star Busmann 1972
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering* (bewerkt door L.E.H. Rutten; derde druk), Haarlem: Bohn 1972.

Stoll, Busche & Arend 2009
P. Stoll, J. Busche & K. Arend, *WTO – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009.

Storme 2003
M.E. Storme, 'De Wet van 2 augustus 2002 inzake betalingsachterstanden en de discriminatie inzake verhaalbaarheid van advocatenkosten', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2003, p. 1077-1089.

Temmerman, de 2004
B. de Temmerman, 'De verhaalbaarheid van kosten van juridische bijstand op het knooppunt van aansprakelijkheidsrecht en procesrecht', *RW* 2004/5, p. 1401-1416.

Teuben 2004
K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Teuben & Jansen 2015
K. Teuben & K.J.O. Jansen, 'Het Wetsvoorstel vereenvoudiging en digitalisering procesrecht: kanttekeningen vanuit de procespraktijk', *TCR* 2015, afl. 2, p. 3-12.

Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2015
T.F.E. Tjong Tjin Tai, commentaar op art. 1019 Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering* 2016
T.F.E. Tjong Tjin Tai, commentaar op art. 1019h Rv, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Thambisetty 2010
S. Thambisetty, 'SMEs and Patent Litigation: Policy-based Evidence Making?', *EIPR* (32) 2010/4, 143-145.

Trimidas 2006
T. Trimidas, *The general principles of EU law,* Oxford: Oxford University Press 2006, p. 136-137.

Truijens 2016
M. Truijens, '10 jaar volledige proceskostenveroordelingen – how about it?' *BIE* 2016/11, p. 307-311.

Tuil 2010
M. Tuil, 'The Netherlands', in: C. Hodges, S. Vogenauer & M. Tulibacka" '*The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Oxford & Portland: Hart Publishing 2010 (p. 401-419).

Veendrick 2014
L. Veendrick, 'No cure no pay en de dubbele redelijkheidstoets', *PIV Bulletin* 2014/6, p. 1-7.

Velthoven, van, & Van Wijck 2013
B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck (red.), *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer 2013.

Visscher & Schepens 2010
L. Visscher & T. Schepens, 'A law and economics approach to cost shifting, fee arrangements and legal expense insurance' in: M. Tuil & L. Visscher (eds), *New*

Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis, Cheltenham, UK and Northampton MA, US: Edward Elgar 2010, p. 7-32.

Visser 2012
D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB* 2012/787.

Visser 2016
D.J.G. Visser, 'De vis wordt duur betaald', *IEF* 16213.

Visser 2016
D.J.G. Visser, 'Kroniek van de Intellectuele Eigendom', *NJB* 2016/744.

Visser & Tsoutsanis 2006
D.J.G. Visser & A. Tsoutsanis, 'De volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken', *NJB* 2006, 1488/34, p. 1940-1946.

Vlooten, van 2011
R. van Vlooten, 'Implementatie van artikel 14 Handhavingsrichtlijn: lost in translation?', In: W.H. Van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenbergh (red.), *Rake remedies. Opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht,* Den Haag: Boom Juridisch 2011, p. 231-255.

Volgenant 2016
O.M.B.J. Volgenant, 'Rectificatie', in: F.W. Grosheide (red.) *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016.

Vranken 1999
J.B.M. Vranken, 'De radicale vernieuwing van het civiele procesrecht in Engeland en Wales', *NJB* 1999, p. 1879-1885.

Vrendenbarg 2013
C.J.S. Vrendenbarg, 'De "volledige" proceskostenveroordeling in IE-zaken. Een kritische bespreking van de implementatie en interpretatie van artikel 14 Handhavingsrichtlijn in Nederland', *BIE* 2013/6, p. 160-169.

Vrendenbarg 2014
C.J.S. Vrendenbarg, 'Proceskostenveroordeling volgens "de glijdende schaal van Verkade": het ongeldigheidsverweer in IE-zaken en de (niet-)toepasselijkheid van art. 1019h Rv', *BIE* 2014/5, p. 226-230.

Vrendenbarg 2015
C.J.S. Vrendenbarg, 'Toelaatbaarheid van forfaitaire proceskostenvergoeding bij handhaving van IE-rechten. De proceskostenregelingen van België, Nederland en het Unified Patent Court getoetst aan de beginselen van het Unierecht', *IER* 2015/39, p. 259-268.

Vrendenbarg 2017
C.J.S. Vrendenbarg, 'Legal Costs Awards and Access to Justice in Dutch Intellectual Property Cases: How the IPR Enforcement Directive impacts on litigation and settlement behaviour in IP disputes', in: W.H. van Boom (red.), *Litigation, Costs, Funding and Behaviour: Implications for the Law*, Abingdon: Routledge 2017, p. 80-104.

Vrey, de 2015
R. de Vrey, 'Rechtspolitieke aspecten van de volledige proceskostenregeling', *IER* 2015/54, p. 391-392.

Vrey, de 2016
R. de Vrey, 'Veroordeling in de volledige proceskosten', in: F.W. Grosheide (red.), *Handhaving van intellectuele eigendom*, Amsterdam: deLex 2016, p. 273-295.

Wagner 2009
G. Wagner, 'Litigation costs and their recovery: the German experience', *Civil Justice Quarterly* (28) 2009/3, p. 367-388.

Wagner 2012
G. Wagner, 'Harmonisation of Civil Procedure: Policy Perspectives', in: X.E. Kramer & C.H. van Rhee, *Civil litigation in a globalizing world*, Berlin Heidelberg: T.M.C. Asser Press/Springer-Verlag 2012, p. 109 e.v.

Wagner 2014
K. Wagner, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2014.

Weatherall, Webster & Bently 2009
K. Weatherall, E. Webster & L. Bently, 'IP Enforcement in the UK and Beyond: A Literature Review', 2009, via ipria.org.

Wefers Bettink & Hoefnagel 2010
W. Wefers Bettink & J. Hoefnagel, 'Artikel 1019h Rv en de indicatietarieven: toepassing in de praktijk', *IER* 2010/47, p. 336 e.v.

Wesseling-Van Gent, Minkjan & Holzhauer 1993
E.M. Wesseling-Van Gent, E.E. Minkjan & R.W. Holzhauer, *De kosten van een procedure*, Deventer: Kluwer 1993.

Widdershoven 2011
R.J.G.M. Widdershoven, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming', in: A. van den Brink e.a., *Beginselen bouwen Burgerschap*, Den Haag: Boom Juridisch 2011, p. 103-114.

Wiel, van der 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Wiel, van der 2012
B.T.M. van der Wiel, 'De in beginsel strakke regel', *TCR* 2012/3, p. 71 e.v.

Wijnbergen 2007
L. Wijnbergen, 'Is de reële proceskostenvergoeding binnen handbereik?', *Executief* 4-2007.

Wilman 2014
F. Wilman, *The vigilance of individuals: How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2014.

Winters 2016
B. Winters, commentaar op art. 419 Rv, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Wissink 2001
M. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

Wissink 2014
M. Wissink, 'Interpretation of Private law in conformity with EU Directives', in: A. S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law* (Serie Onderneming en Recht deel 81-I), Kluwer: Deventer 2014, p. 119-158.

Lord Woolf 1996
Lord H.K. Woolf, 'Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil Civil Justice System in England and Wales', Londen: *DCA* 1996, via dca.gov.uk/civil/final/.

Ynzonides 2016
M. Ynzonides, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2016/1814.

Zaal, van der 2014
R. van der Zaal, 'De nieuwe Anti-Piraterijverordening: krachtiger geschut tegen namaak en piraterij dan zijn voorganger?', *BIE* 2014/3, p. 62-66.

Zuckerman 1999
A.S. Zuckerman (red.), *Justice in Crisis - Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Zuckerman 1999

A.S. Zuckerman, 'Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure', in: Zuckerman (red.), *Justice in Crisis - Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 3-52.

Zuckerman 2009

A.S. Zuckerman, 'New Rules for Costs Capping Orders: Feeding the Costs Litigation Frenzy?', *Civil Justice Quarterly* (28) 2009/3, p. 289-296.

JURISPRUDENTIEREGISTER

(verwezen wordt naar de nummers)

uitspraakdatum	*vindplaats (en partijnamen)*	*Nummer*
Hof van Justitie EU		
15 juli 1964	C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/Enel*)	40
16 december 1976	C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*)	17b, 35
16 december 1976	C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*)	17b, 35
15 mei 1986	C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*)	35, 38
15 december 1987	C-325/85, ECLI:EU:C:1987:546 (*Ierland/ Commissie*)	45, 48
13 november 1990	C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*)	8
Advies 15 november 1994	ECLI:EU:C:1994:384	19, 36b
14 december 1995	C-430-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (*Van Schijndel*)	35, 76, 132
1 juni 1999	C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, *NJ* 1998/206 (*Eco Swiss/Benetton*)	133
27 juni 2000	C-240-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano Grupo*)	45
14 december 2000	C-300/98 en C-392/98, ECLI:EU:C:2000:688, *NJ* 2001/403 (*Dior/Tuk*)	10
10 april 2003	C-276/01, ECLI:EU:C:2003:228 (*Steffensen*)	47
4 december 2003	C-63/01, ECLI:EU:C:2003:650 (*Evans*)	35
5 juli 2005	C-376/03, ECLI:EU:C:2005:424 (*D/Belastingdienst*)	76
22 november 2005	C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, *NJ* 2006/227 (*Mangold*)	40
13 juli 2006	C-295/04 en C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, *NJ* 2007/34 (*Manfredi*)	133
5 december 2006	C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758 (*Cipolla*)	149

7 juni 2007	C-222-225/05, ECLI:EU:C:2007:318 (*Van der Weerd*)	133, 134
29 januari 2008	C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, *NJ* 2009/551 (*Promusicae*) met conclusie A-G Kokott (ECLI:EU:C:2007:454)	8, 17b, 33, 40, 47, 186b
25 november 2008	C-455/06, ECLI:EU:C:2008:650 (*Heemskerk*)	132
19 februari 2009	C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 (*LSG/Tele2*)	8, 33, 186b
4 juni 2009	C-8/08,ECLI:EU:C:2009:343, *NJ* 2009/432 (*T-Mobile*)	133
4 juni 2009	C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395 (*Pannon*)	33, 186b
16 juli 2009	C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457 (*Commissie/ Ierland*)	48
19 januari 2010	C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, *NJ* 2010/256 (*Kücükdeveci*)	40
18 maart 2010	C-317-320/08, ECLI:NL:XX:2010:BL9245 (*Alassini*)	38, 40, 42, 44
6 november 2010	C-76/10, ECLI:EU:C:2010:685 (*Pohotovost*)	133
22 december 2010	C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, *NJ* 2011/129 (*DEB/Duitsland*)	36b, 38, 39, 40, 42, 44, 45, 51, 176
12 juli 2011	C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*)	8, 16, 17b, 33, 186b
18 oktober 2011	C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668 (*Realchemie/ Bayer*)	16, 24, 26, 29a, 87a, 163
24 november 2011	C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet/ SABAM*) met conclusie A-G Cruz-Villalón (ECLI:EU:C:2011:255)	8, 17b, 33, 40, 43, 44, 45, 46, 186b
6 december 2011	C-472/99, ECLI:EU:C:2001:663 (*Clean Car*)	35, 76
14 juni 2012	C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 (*Banco Espanol de Credito*)	45
6 november 2012	C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 (*Otis*)	49
15 november 2012	C-180/11, ECLI:EU:C:2012:717 (*Bericap/ Plastinnova*)	16, 24, 87a, 87b, 89
26 februari 2013	C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg/ Fransson*)	39
11 april 2013	C-260/11, ECLI:EU:C:2013:221 (*Edwards*) met conclusie A-G Kokott (ECLI:EU:C:2012:645)	8, 36b, 45, 51, 76
13 februari 2014	C-530/11, ECLI:EU:C:2014:67 (*Commissie/VK*) met conclusie A-G Kokott (ECLI:EU:C:2013:554)	36b, 45, 49, 51, 76
6 maart 2014	C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*)	39
27 maart 2014	C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*) met conclusie A-G Bot (ECLI:EU:C:2013:781)	8, 33, 40, 43, 45, 178, 186b
10 april 2014	C-435/12,ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI/Thuiskopie*)	16, 24, 26, 29a, 87a

17 september 2014	C-562/23, ECLI:EU:C:2014:2229 (*Liivimaas*)	44
4 juni 2015	C-497/13, ECLI:EU:C: 2015:357, *NJ* 2016/148 (*Faber/Hazet*)	133
16 juli 2015	C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*) met conclusie A-G Cruz-Villalón (ECLI:EU:C:2015:243)	8, 16, 33, 43, 44, 45, 178, 186b
16 juli 2015	C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471 (*Diageo/ Simiramida*)	16, 24, 26, 29a, 87a
6 oktober 2015	C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 (*Orizzonte Salute*) met conclusie A-G Jääskinen (ECLI:EU:C:2015:307)	36c, 40, 45, 76
9 juni 2016	C-481/14, ECLI:EU:C:2016:419 (*Jorn Hansson/JungpflanzenGrünewald*)	26, 29a, 29b
30 juni 2016	C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*)	40, 42, 44, 49
7 juli 2016	C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 (*Tommy Hilfiger*)	16
28 juli 2016	C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video Properties/Telenet*) met conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona (ECLI:EU:C:2016:201)	2, 8, 17b, 26, 29a-c, 45, 47, 48, 49, 51, 94b, 101, 106, 124, 135b, 139, 156, 163, 176, 184, 186b, 186c

EHRM

21 februari 1975	*NJ* 1975/462 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*)	42
4 december 1975	23805/94 (*Bellet/Frankrijk*)	42
9 oktober 1979	*NJ* 1980, 376 (*Airey/Ireland*)	42
28 mei 1985	*NJ* 1991/623 (*Ashingdane*)	43
13 juli 1995	*NJ* 1996/544 (*Tolstoy/Verenigd Koninkrijk*)	42, 43
19 juni 2001	28249/95 (*Kreuz/Polen*)	42, 45
26 februari 2002	46800/99 (*Del Sol/Frankrijk*)	42
7 mei 2002	46311/99 (*McVicar/Verenigd Koninkrijk*)	42
6 april 2006	ECLI:NL:XX:2006:AX7783 (*Stankiewicz*)	49
14 juni 2006	46917/99, *EHRC* 2006/68 (*Stankiewicz/Polen*)	45
22 maart 2007	8932/05, *EHRC* 2007/5 (*Staroszczyk/Polen*)	42
12 juli 2007	68490/01, *EHRC* 2007/105 (*Stankov/Bulgarije*)	45
26 oktober 2010	*EHRC* 2011/7 (*Marina/Letland*)	42
18 januari 2011	39401/04 (*Mgn/Verenigd Koninkrijk*)	45, 94c
29 mei 2012	16563/08 (*Julin/Estland*)	45
24 september 2013	*EHRC* 2014/11 *(Sardón Alvira/Spanje)*	49
21 oktober 2014	*EHRC* 2013/114 (*Sindicato dos Bancários do Norte e.a.*)	39
6 maart 2014	22840/07 (*McKee/Hongarije*)	42

11 maart 2014	52067/10 en 41072/11 (*Moor c.s./ Zwitserland*)	42

Hoge Raad

27 maart 1979	*NJ* 1980/126 (*Unisco/Jongsma*)	62
15 oktober 1982	*NJ* 1983/328 (*Köhler/Bruijn van Rozenburg*)	62
3 april1987	*NJ* 1988/275, ECLI:NL:HR:1987:AG5568 (*L&L/Drenth*)	69, 70
3 april 1998	*NJ* 1998/571 (*Lindeboom/Beusmans*)	66, 93
22 januari 1993	*NJ* 1993/597, ECLI:NL:HR:1993:ZC0836 (*Winward/Jongsma*) met conclusie A-G Vranken (ECLI:NL:PHR:1993:ZC0836)	75
15 februari 1995	*NJ* 1996/347 (*Gemeente Den Haag/ Vermeulen*)	70
27 juni 1997	*NJ* 1997/651 (*Vaston Nederland/Smith*)	59
17 oktober 1997	*NJ* 1998/508, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461	73
3 april 1998	*NJ* 1998/571, ECLI:NL:HR:1998:ZC2621 (*Lindeboom/Beusmans*)	66
15 februari 2002	*NJ* 2002/197, ECLI:NL:HR:2002:AD4004	66
11 juli 2003	*NJ* 2003/556, ECLI:NL:HR:2003:AF7004 (*Roozen/Blaricum*) met conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2003:AF7004)	73
26 september 2003	*NJ* 2004/460, *NJ* 2004/461 (*Regiopolitie/ Hovax*)	126, 135
24 september 2004	*NJ* 2006/200, ECLI:NL:HR:2006:AP6874 (*Doryade/Staat*)	69, 65
17 december 2004	*NJ* 2005/361, ECLI:NL:HR:2004:AQ3810 (*Staat/De Haan*) met conclusie A-G Wattèl (ECLI:NL:PHR:2004:AQ3810)	35, 76
18 februari 2005	*NJ* 2005/216 (*A/Aegon*)	59
12 augustus 2005	*NJ* 2006/98, ECLI:NL:HR:2005:AT3084	62
30 september 2005	ECLI:NL:HR:2005:AS8376 (*ECC/Cell One*) met conclusie A-G Huydecoper	62, 100
3 februari 2006	*NJ* 2006/120 (*Budé/Geju*)	27
17 november 2006	*NJ* 2006/621, ECLI:NL:HR:2006:AY9712 (*Eiser/Coöperatie voedings tuinbouw Nederland U.A. e.a.)*	70
29 juni 2007	*NJ* 2007/353, ECLI:NL:HR:2007:BA3516 (*Waterschappen/Milieutech*)	66
14 maart 2008	*NJ* 2008/466 (*X/Mr. Aerts q.q.*)	126, 135b
30 mei 2008	ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw Amsterdam*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153)	80, 81, 88, 92, 93, 95, 96, 97, 110, 114, 121, 170
20 maart 2009	ECLI:NL:HR:2009:BG7995	93

19 juni 2009	*NJ* 2010/154 (*Wertenbroek q.q./Erven Van Vlerken*)	110, 127
16 oktober 2009	ECLI:NL:HR:2009:BJ1253 (*Realchemie/Bayer*)	85
20 november 2009	ECLI:NL:HR:2009:BJ9431 (*Euro-Tyre/ Eurotyre*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2009:BJ9431)	93, 114, 121
29 januari 2010	ECLI:NL:HR:2010:BK1599 (*Gavita/Helle & ATS*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2010:BK1599)	96, 115, 121
26 februari 2010	ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Baas in Eigen Huis/Plazacasa*) met conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2010:BK5756)	83, 92, 94b, 124
28 oktober 2011	ECLI:NL:HR:2011:BQ6079 (*Zegveld/ZLTO*)	81, 85
4 november 2011	ECLI:NL:HR:2012:BY2579 (*NGBE/FHB*)	54
27 januari 2012	ECLI:NL:HR:2012:BV2020 (*Atrecht/Rabobank Noord Oost Veluwe*) met conclusie A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2012:BV2020)	54
24 februari 2012	ECLI:NL:HR:2012:BV0472 (*Post/Kleijweg*)	126, 127
6 april 2012	ECLI:NL:HR:2012:BV7828 (*Duka/Achmea*)	66
13 april 2012	ECLI:NL:HR:2012:BV8218 (*A/JB Inflatable*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2012:BV8218)	80, 92, 93
13 april 2012	ECLI:NL:HR:2012:BV2629	59
27 april 2012	ECLI:NL:HR:2012:BV6690, *NJ* 2012/277 (*Groenegeest/Proosdij*)	70, 73
22 juni 2012	ECLI:NL:HR:2012:BW0393 (*Knooble/NNI*)	81, 87b, 89, 94b, 100, 124
22 juni 2012	ECLI:NL:HR:2012:BW4006 (*Pharmachemie/ Glaxo*) met conclusie A-G Huydecoper (ECLI:NL:PHR:2012:BW4006)	96, 115
21 september 2012	ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI c.s./Stichting De Thuiskopie*)	85
23 november 2012	*NJ* 2013/381, ECLI:NL:HR:2012:BX7484 (*Leenrecht/VOB*) met conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:BX7484)	87b, 89, 94b, 96, 115, 124
7 december 2012	ECLI:NL:HR:2012:BX9018 (*H&M/G-Star*)	96
22 februari 2013	ECLI:NL:PHR:2013:BY1529 (*Stokke/H3*)	94b, 96, 105b, 117
29 maart 2013	ECLI:NL:HR:2013:BY8661 (*Broeren/Duijsens*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2013:BY8661)	100, 111
3 april 2015	ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*)	40, 135b, 186b
5 april 2013	ECLI:NL:HR:2013:BY9086 (*Multiquest/ Fricorp*) met conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2013:BY9086)	70, 102
12 april 2013	ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*)	93, 115

26 april 2013	ECLI:NL:HR:2013:BZ4098 (*G-Star/Benetton*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:BZ4098)	88, 120
14 juni 2013	ECLI:NL:HR:2013:BZ4104 (*Centavos B.V./ Verweerster*)	108
31 mei 2013	ECLI:NL:HR:2013:BZ1983 (*Apple/Samsung*)	95, 101, 117
31 mei 2013	ECLI:NL:HR:2013:CA1601 (*Hauck/Stokke*)	105b, 121
13 september 2013	ECLI:NL:HR:2013:690 (*Global Biochem/ Ajinomoto*)	115, 121
13 september 2013	ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 (*Heesakkers/Voets*)	127, 133
27 september 2013	ECLI:NL:HR:2013:CA1733 (*Boston Scientific/ OrbusNeich*) met conclusie A-G Wesseling-Van Gent (ECLI:NL:PHR:2013:CA1733)	95, 97, 105b, 117, 118, 121
20 december 2013	ECLI:NL:HR:2013:2062 (*Diageo/Simiramida*)	16, 24, 29a, 85, 87a
20 december 2013	ECLI:NL:HR:2013:2024 (*Mag/Edco*)	105b
20 december 2013	ECLI:NL:HR:2013:2057 (*Refresco/Red Bull*)	94a, 115, 119, 120
17 januari 2014	ECLI:NL:HR:2014:94 (*Spirits/FKP*)	105b, 117
4 april 2014	ECLI:NL:HR:2014:816 (*Medinol/Abbott*)	105b
13 juni 2014	ECLI:NL:2014:1405 (*FA-MED/Verweerster*) met conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2014:1405)	70
26 september 2014	ECLI:NL:HR:2014:2797 (*De Jonge/Stichting Scheper Ziekenhuis*) met conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2014:1633)	68, 70, 73
3 oktober 2014	ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*) met conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2014:224)	81, 82, 87b, 163
13 februari 2015	ECLI:NL:HR:2015:292 (*Leidseplein/Red Bull*) met conclusie A-G Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2196)	94b, 104, 105b, 124
20 februari 2015	ECLI:NL:HR:2015:397, *NJ* 2015/367(*Ajax/ Promosports*)	86, 95, 100
13 maart 2015	ECLI:NL:HR:2015:586 (*MFE/KF c.s.*)	102
17 april 2015	ECLI:NL:HR:2015:1063 (*Simba/Hasbro*) met conclusie A-G Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2014:2342)	97, 104
1 mei 2015	ECLI:NL:HR:2015:1200 (*Stokke/Hauck*)	83, 94b, 135b, 135c,
12 juni 2015	ECLI:NL:HR:2015:1600, *NJ* 2016/380 (*K/Rabobank*)	66, 67
10 juli 2015	ECLI:NL:HR:2015:1868, *NJ* 2016/126 met conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2015:806)	73, 75
13 november 2015	ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*)	87c, 94c

4 december 2015	ECLI:NL:HR:2015:3477, *NJ* 2016/16 (*LMR Advocaten/LR Advocaten*) met conclusie A-G Wuisman (ECLI:NL:PHR:2015:1971)	62, 66, 100, 111, 121, 124, 135d
19 februari 2016	ECLI:NL:HR:2016:268 (*Basil*)	101
11 maart 2016	ECLI:NL:HR:2016:390 (*Ryanair/PRAviation*)	100
3 juni 2016	ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Wieland/GIA*)	102

Gerechtshoven

Amsterdam

8 februari 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8071 (*Endstra/ Nieuw Amsterdam*)	92
27 oktober 2009	*AMI* 2010/8 (*Masterfile*)	102, 112
27 oktober 2009	ECLI:NL:GHAMS:2009:BK3979 (*Stichting Sociale Databank Nederland/X*)	113
23 februari 2010	ECLI:NL:GHAMS:2010:BL9730 (*Solvay/ Novartis*)	110, 135d
5 februari 2013	*IEF* 12337 (*Eiser/Gillissen*)	113
3 juli 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:2243 (*Super de Boer*)	111, 112
30 juli 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:2385 (*Appellanten/ Spar international B.V.)*	87c
8 oktober 2013	ECLI:NL:GHAMS:2013:3255	87c
30 juni 2014	ECLI:NL:GHAMS:2013:2385 (*American Cola*)	87c
16 februari 2016	ECLI:NL:GHAMS:2016:521	96
28 juni 2016	ECLI:NL:GHAMS:2016:2496 (*Primagaz*)	102

Arnhem

18 oktober 2011	ECLI:NL:GHARN:2011:BT8511 (*De Culinaire Makelaar/Bi-Wear*)	110
11 september 2012	ECLI:NL:GHARN:2012:BX8850 (*Montis/Het Anker*)	110, 135b

Arnhem-Leeuwarden

2 maart 2010	ECLI:NL:GHARN:2010:BL6499	100
27 augustus 2013	ECLI:GHARL:2013:6389 (*Coinpusher*)	100
15 oktober 2013,	*IEPT* 20131015 (*Loendersloot/Prins*)	111
30 oktober 2015	ECLI:NL:GHARL:2015:8314 (*Top Twence*)	87c
17 november 2015	ECLI:NL:GHARL:2015:8702 (*BewonBuri/ Bouwmaatschappij Vuurboom)*	105b
8 maart 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:1807 (*Converse/Scapino*)	94a, 105b, 106
19 juli 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:5859 (*Privider/Previder*)	135b

Den Haag

29 februari 2009	*IEPT* 20090224 (*Carmo/Reich*)	96, 110

28 april 2009	ECLI:NL:GHSGR:2009:BI8233 (*Nefertete/Bogar*)	96
19 mei 2009	ECLI:NL:GHSGR:2009:BP8637 (*VDV/geïntimeerde*)	106
22 december 2009	*BIE* 2010/20 (*Lundbeck/Tiefenbacher*)	91
30 maart 2010	*BIE* 2010/40 (*Four Seasons Hotels*)	91
27 april 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5134 (*1-800-Flowers.com/Zockoll*)	93
30 november 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BP3626 (*Hansgrohe/Tiger*)	87b
29 maart 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443, *IER* 2011/45 (*X/De Thuiskopie*)	87b
19 april 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ3040 (*Rooijakkers/geïntimeerde*)	110
17 januari 2012	ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1072 (*Hoogendonk/Dutch Spiral*)	89, 93, 110
28 februari 2012	ECLI:NL:GHSGR:2012:BW0267(*OrbusNeich/Boston Scientific & Medinol*)	120
19 juni 2012	ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8770 (*MBrands/Kubus*)	110
24 juli 2012	ECLI:NL:GHSGR:2012:BX6075 (*Pfizer/UVIT*)	89
24 juli 2012	ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1515 (*Spirits/FKP*)	93, 110
21 augustus 2012	*IEPT* 20120821 (*Primus/Roche*)	88, 120
2 oktober 2012	ECLI:NL:GHSGR:2012:BX9065 (*X/Multilease*)	66
29 januari 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ0458 (*Wilkinson/Gillette*)	86, 96, 97, 100
26 februari 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902(*Danisco/Novozymes*)	87b, 89, 101
13 maart 2013	ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8723 (*Prae/Artiestenverloning*)	92
17 juli 2013	ECLI:NL:RBDHA:2013:11033 (*Friederichs/Novartis*)	106
13 augustus 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:2967 (*Koninklijke Talens/geïntimeerde*)	101, 105a
13 augustus 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:3356 (*B&O/Loewe*)	101
26 november 2013	*BIE* 2014/15 (*FX Prevent/Wagner*)	105b
26 november 2013	ECLI:NL:GHDHA:2013:4466 (*H&M/G-Star*)	110
18 januari 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo & XS4ALL/Brein)*	96, 105a, 110,
22 april 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:1376 (*Hauck/Stokke*)	105b
22 april 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:1368 (*Ferring/Allergan*)	
6 mei 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:1558 (*Innoweb/Wegener*)	96, 105b, 110
6 mei 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:1583 (*Prae/Artiestenverloning*)	111

26 juni 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:2009 (*DCC/Forax*)	87c
22 juli 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:4187 (*Appellante/Basil*)	101
18 november 2014	ECLI:NL:GHDHA:2014:3611 (*Novartis/Alvogen*)	105b
25 november 2014	ECLI:NL:HR:2014:4556, *NJF* 2015/265 (*Containerbox/City Box*)	102
27 januari 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:90 (*Somebo*)	105b
17 maart 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:1771 (*Doebros/Staat*)	87b
7 april 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:910 (*Tronios/Detronics*)	105b
16 juni 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:1770 (*Edco/MAG*)	89
30 juni 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:2925 (*Masterfile/Falcon*)	102
25 augustus 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:2442 (*Ascom/FMC*)	105b
27 oktober 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:2910 (*Moulinsart/ Hergé*)	110
24 november 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:3923 (*Rhodia/Jiaxing*)	105b
22 december 2015	ECLI:NL:GHDHA:2015:3854	104
26 januari 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:1322 (*Pacogi/Chanel*)	87b
2 februari 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:152	87b
22 maart 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:765 (*Mylan/Merck*)	105b
6 april 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:929 (*TSS/Recom*)	96, 105b, 110
24 mei 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:1640 (*Hermes*)	102, 104
19 juli 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:2137 (*YourHosting/ Bavaria*)	104, 110
8 december 2016	ECLI:NL:GHDHA:2015:3339 (*Ventraco*)	87c, 104
Den Bosch		
25 januari 2011	*IEPT* 20110125 (*Zijlstra/Klotz*)	111
28 februari 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7194 (*Blond/Xenos*)	100
13 maart 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9043 (*Allround/ Dutch Designz*)	100
23 oktober 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:2074 (*TAN/Pontifix*)	87c
29 januari 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1057 (*Melano/Quiges*)	105b
4 juni 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2309 (*X/A&C Media*)	113
9 juli 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:2993 (*Digitus/Bubble*)	87c
27 augustus 2013	ECLI:NL:GHSHE:2013:3911 (*Appellant/ London verzekeringen N.V.)*	72
2 december 2014	ECLI:NL:GHSHE:2014:5069 (*Allposters/ Pictoright)*	87c
12 maart 2015	ECLI:NL:GHSHE:2015:861	102
13 december 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:5526	93

Leeuwarden

15 maart 2012	ECLI:NL:RBLEE:2011:BV7389 (*Januskachels*)	88
22 mei 2012	ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (*Stokke/ Marktplaats*)	100

Rechtbanken

Alkmaar

26 juli 2012	ECLI:NL:RBALK:2012:BX3995	105b
25 oktober 2016	ECLI:NL:RBNHO:2016:9866 (*Bureau aan Zee*)	105b

Amsterdam

21 juni 2007	ECLI:NL:RBAMS:2007:BA7810 (*Stichting Brein/Leaseweb*)	106
1 november 2007	ECLI:NL:RBAMS:2007:BB6926 (*Prins Willem-Alexander/Vereniging Martijn*)	93
5 december 2007	ECLI:NL:RBAMS:2007:BC4567, *AMI* 2008/2 (*Van Basten/Dutch Filmworks*)	86
6 februari 2008	ECLI:NL:RBAMS:2008:BC3781 (*Prins Willem-Alexander c.s./Audax*)	86
17september 2010	KG ZA 10-1433 (*Cassina/R.*)	88
26 oktober 2010	ECLI:NL:RBAMS:2011:BU6269 (*EIG/ABN*)	102, 105b
16 december 2011	ECLI:NL:RBAMS:2011:BV6471	106
13 juni 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8334 (*NPO en Omroepen/Telegraaf*)	105b
12 september 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043 (*Sanoma/GS Media*)	135b, 186
15 november 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BY5183 (*Flos/ Superstoel*)	106
4 september 2013	ECLI:NL:RBAMS:2013:5554 (*VEVAM v Ziggo/ UPC & RODAP*)	93, 135b
10 juni 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:7508 (*IJs van Columbus*)	102
26 november 2014	ECLI:NL:RBAMS:2014:8092 (*Getty Images/ TROS*)	135b
21 september 2016	ECLI:NL:RBAMS:2016:5983	87c

Breda

29 augustus 2012	ECLI:NL:RBBRE:2012:BX5896 (*Cozzmoss/gedaagde*)	106

Den Bosch

5 september 2008	ECLI:NL:RBSHE:2008:BF3693 (*Vossen/Lemetex*)	106

28 juli 2011	ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5000 (*Centramed/St. Jeroen Bosch Ziekenhuis*)	72
Den Haag		
21 juni 2007	*IEPT* 20070621, KG ZA 07-385 (*Prodect/Smulders*)	106
11 februari 2009	ECLI:NL:GHDHA:2014:1558 (*Wegener/Innoweb*)	96, 105b, 110
26 mei 2009	*IEPT* 20100915 (*High Point/KPN en Ericsson*)	96
4 september 2009	ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8039 (*Formula One/ Goldzade*)	108
21 juli 2010	ECLI:NL:RBSGR:2010:BN1963 (*Nintendo/ Webwinkels*)	105b
21 december 2010	B9 9313 (*Reef-One/Aquadistri*)	101
23 februari 2011	*IEPT* 20110223 (*Desso/Interface*)	105b
30 maart 2011	*IEF* 9531 (*Pantofolad'Oro/Rucanor*)	101
27 april 2011	*IEF* 9589 (*Gaastrac.s./X*)	106
11 januari 2012	ECLI:NL:RBSGR:2012:BV0549 (*Stichting BREIN/Ziggo & XS4ALL*)	106
18 januari 2012	HA ZA 10-4464 (*KeyToMetals/Stahlschlussel*)	87c
10 mei 2012	ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5387 (*Stichting Brein/KPN e.a.*)	106
13 juni 2012	HA ZA 11-2202 (*Allergan/Ferring*)	
1 augustus 2012	*IEF* 11667 (*Cisco/Comtek*)	106
28 november 2012	ECLI:NL:RBDHA:2012:BY4482 (*Apple/Samsung*)	
17 juli 2013	ECLI:NL:RBDHA:2013:11033 (*Novartis/Friederichs*)	106
18 september 2013	*BIE* 2014/28 (*Fluoron/DORC*)	105b
2 oktober 2013	HA ZA 12-1115 (*SuperTrash/Blokker*)	94c
23 oktober 2013	*IER* 2014/32 (*Screentime/SBS*)	95
11 december 2013	ECLI:NL:RBDHA:2013:19241 (*Pharmaceuticals/Mylan*)	87b
13 januari 2014	*IEPT* 20140113, C/09/431521 / HA RK 12-690 (*GTG/Hendrix*)	91
4 februari 2014	*IEPT* 20140204, KG ZA 13-1389 (*PJS/ Energxchange*)	108
21 juli 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:9894 (*Argus/Voxbone*)	105b
13 augustus 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:10157 (*GEU/Snappet*)	105b, 135b
27 augustus 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:10773 (*Ajinomoto/ GBT*)	88
17 september 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:16693 (*Veap/Automotive*)	87c, 88, 104
3 oktober 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:12937 (*Mooreast/Vryhof*)	87b

21 november 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:15670 (*e-Benefits/VGB*)	105b
10 december 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:15416 (*Shenzhen/Seatriever*)	94a, 105b
15 december 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:15431 (*AAB/MES*)	87c
16 december 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014 (*BASF/IGM*)	105b
17 december 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:15671 (*Kesa/AS Watson*)	102
17 december 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:16691 (*OpenTV/Netflix*)	105b
31 december 2014	ECLI:NL:RBDHA:2014:15960 (*Ablynx/Unilever*)	105b
21 januari 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:575 (*City Box/Boxaround*)	102, 105b
4 februari 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:2027 (*Tommy Hilfiger/gedaagden*)	102, 105b
12 februari 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:2053 (*A/Daxtrio*)	105b
18 maart 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:2856 (*Afyon*)	87b
15 april 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:4377 (*Fikszo/Stokke*)	87c
31 juli 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:9074 (*Playgro/Playgo*)	135b
27 november 2015	ECLI:NL:RBDHA:2015:13595 (*I4F/Unilin*)	96
11 mei 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:5093 (*Leo Pharma/Sandoz*)	104
19 mei 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:5461 (*Senz/Impliva*)	106
1 juni 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:5999 (*Leathermann*)	104
1 juni 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:5860 (*Chanel c.s./gedaagden*)	105b
17 juni 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:6803 (*Braun/Becton*)	102
29 juni 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:7056 (*Victoria's Secret*)	106
30 juni 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:7320 (*Schoenen V.OF./Schoenmode Krimpen – schoenmakerij e.a.)*	102, 105b
6 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:7502 (*Novartis/Alvogen*)	105b
13 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:8130 (*Unilever/Technopharma*)	87b
15 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:8304 (*Fyffes/Chiquita*)	105b
20 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:8161 (*Flooring/I4F*)	87b
20 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:8293 (*Fleurop/Topbloemen*)	105b
27 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:8596 (*Accord/Medac*)	87b
27 juli 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:8795 (*Boston Scientific/OrbusNeich*)	94a
7 september 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:10697	104
14 september 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:10887 (*Guy Laroche*)	105b
31 augustus 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:10130 (*Fahrer/Trading*)	105b

13 september 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:11062 (*Scoezh/Buma & Sena*)	89
19 september 2016	*IEPT*20160919 (*Tommy Hilfiger/Soob Management*)	108
19 oktober 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:12523 (*I4F/Unilin*)	105b
9 november 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:13329 (*GEU/Snappet*)	87c
16 november 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:13869 (*Holland BolroyMarkt*)	102
23 november 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:14189 (*Brite Strike*)	87b
30 november 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:14383 (*Samsung/Maxperian*)	105b
21 december 2016	ECLI:NL:RBDHA:2016:15834 (*TomTom/MKB Ondernemers*)	104
Dordrecht		
12 augustus 2004	ECLI:NL:RBDOR:2004:AR2345 (*SWAB/Voesenek*)	71
15 september 2011	ECLI:NL:RBDOR:2011:BT1520 (*Artiestenverloning/Prae*)	141
Gelderland		
20 februari 2015	ECLI:NL:RBGEL:2015:1350 (*Kencotrading B.V.)*	105b
2 augustus 2016	ECLI:NL:RBGEL:2016:4299 (*Microbel*)	102
Midden-Nederland		
6 maart 2015	ECLI:NL:RBMNE:2015:1450 (*Gelders/GIB*)	105b
20 juli 2016	ECLI:NL:RBMNE:2016:3986	101
Noord-Holland		
18 september 2013	HA ZA 12-575 (*HLK/Scotch & Soda*)	105b
10 september 2014	ECLI:NL:RBNHO:2014:13117 (*Bijenkorf/Meyer & Meyer*)	102, 105b
14 oktober 2015	ECLI:NL:RBNHO:2015:10330 (*Lichtfabriek*)	87b
24 augustus 2016	ECLI:NL:RBNHO:2016:7002	
1 augustus 2016	ECLI:NL:RBNHO:2016:6384 (*Scentsible/Reckitt Benckiser*)	105b
24 augustus 2016	ECLI:NL:RBNHO:2016:7002	105b
Noord-Nederland		
10 december 2014	ECLI:NL:RBNNE:2014:6839	135b
Oost-Brabant		
9 november 2016	ECLI:NL:RBOBR:2016:6200 (*Klemans/Kythera*)	104

Oost-Nederland

4 februari 2013	ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0473	71
22 maart 2013	ECLI:NL:RBONE:2013:3203 (*Eiser/Alexander Stichting*)	106
20 januari 2015	ECLI:NL:RBOBR:2015:283 (*Piet Hein Eek/ gedaagden*)	101, 105b

Overijssel

5 december 2014	ECLI:RBOVE:2014:7120 (*Vera Hotel*)	105b
31 maart 2015	ECLI:NL:RBOVE:2015:1589 (*Easy2*)	102, 105b
17 februari 2016	ECLI:NL:RBOVE:2016:800 (*Siemens/Holimex*)	102, 105b

Rotterdam

4 september 2013	ECLI:NL:RBROT:2013:7817 (*Savoy Club*)	87b
18 oktober 2013	*IEF* 13604 (*Van Loo/Fortuna*)	106
25 maart 2015	ECLI:NL:RBROT:2015:2044 (*FKP/Spirits*)	88
20 april 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:3143 (*FKP/Spirits*)	96, 102
13 juli 2016	ECLI:NL:RBROT:2016:5406 (*Eagle*)	105b

Utrecht

24 augustus 2011	ECLI:NL:RBUTR:2011:BS1232 (*Cozzmoss/ Alliance Express*)	106
29 februari 2012	*IEF* 10976 (*MiecMarketing/Buurt & CO*)	87c
15 augustus 2012	*IER* 2013/9 (*Boehringer/Teva*)	89

Overige instanties

Gerecht voor Ambtenaren EU

27 september 2011	F-55/08 DEP, ECLI:EU:F:2011:155 (*De Nicola*)	45, 51

GEA

17 maart 2016	F-76/11 DEP, ECLI:EU:F:2016:67 (*Grazyte/ Commissie*)	36c, 45, 49, 135b

Jurisprudentie België

Grondwettelijk hof

19 april 2006	*RW* 2005/06, 1614	154
14 juni 2006	*RW* 2006/07, 38	154
18 december 2008	182/2008, *RW* 2008/09, 29	154
5 februari 2009	nr. 15/2009, Justel 20090205-2	156

Hof van Cassatie

2 september 2004	*Arr. Cass.* 2004/1271, *RW* 2004/05/535	154
22 april 2010	C.09.0270.N. (via cass.be)	155

21 oktober 2011	C.09.0463.F. (via cass.be)	155
19 januari 2012	F.10.0142.N. (via cass.be)	155
Hof van Beroep Antwerpen		
26 januari 2015	*IEF 14605* (*United Video Properties/Telenet*)	29c, 156
8 mei 2017	*I.R.D.I* 2017/1 *(Rovi/Telenet)*	156
Hof van Beroep Brussel		
4 september 2007	T.B.H. 2008-5	156
Hof van Beroep Gent		
19 januari 2009	2006/AR/885	156
2 maart 2009	2006/AR/115	156
Rechtbank van Gent		
8 maart 2012	A/09/03765 (*Novozymes/DSM Food Specialties*)	156

Jurisprudentie Duitsland

18 december 2012	BGH zaak X ZB 11/12, *BGHZ* 196/52, *GRUR* 2013/427	151
27 januari 2014	LG München, 21 O 26665/11, *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2014/292	151

Jurisprudentie Engeland

MMI Research Ltd v Cellxion Ltd [2012] EWCA Civ 139	142
Ratiopharm GmbH v Napp Pharmaceutical Holdings Ltd [2008] EWHC 3070 (Pat)	142
Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Ratiopharm GmbH [2009] EWCA Civ 252	142
Westwood v Knight [2011] EWPCC 11	145
Henderson v All Around the World Recordings Ltd [2013] EWPCC 19	145
Brundle v Perry [2014] EWHC 979 (IPEC)	145
Chaplair Ltd v Kumari [2015] EWCA Civ 798	145
RIM UK Ltd v Visto Corp [2008] EWHC 819 (Pat)	146

TREFWOORDENREGISTER

Verwezen wordt naar de nummers

Ambtshalve toepassing EU-recht 123, 124, 131-134
Ambtshalve toetsing aan EU-recht zie ambtshalve toepassing EU-recht
American rule 164, 166-176
Angriffsfaktor 149
Appelgrens 113

Bedongen kostenvergoeding
(kosten ex art. 237 Rv en art. 6:96 BW) 68, 71, 72, 73, 75, 178, 189 zie ook Overeengekomen proceskostenvergoeding (art. 1019h Rv)
- ambtshalve matiging (art. 242 Rv) 75, 77, 178, 189
Beginsel van effectieve rechtsbescherming 35, 36c, 37, 38, 40, 41, 52, 76, 77, 122, 123, 132, 133, 136, 137, 162, 163, 176, 178, 186b, 186c, 188-190
Beginsel van gelijkheid der procespartijen 47, 49, 50, 52, 78, 82, 87b, 106, 122, 123, 129, 136, 137, 162, 176, 180, 181, 183, 186c, 187-189
Beginsel van nationale procedurele autonomie 35, 37, 52, 76
Beslag (-kosten) 24, 29a, 66, 87a, 87c, 104
Besluit Buitengerechtelijke Incassokosten (BIK) 72, 73, 75
Bewijslast 126, 142
BGK-integraal 70, 72
Bifurcation 151
Billijkheidscorrectie zie Billijkheidstoets
Billijkheidstoets 106, 180, 187
Borgersbrief 96, 105a
Buitengerechtelijke kosten 29b, 49, 68-77, 80, 83, 94b, 101, 102, 104, 105, 113, 123, 124

Case management 31, 141, 143, 145-147, 160
Chilling effect 3, 45, 82, 163-174
Compensatie (kosten-) 62, 101, 102, 111, 120, 135d, 149, 152, 155, 159

Competentiegrens	54
Conditional fee agreement	143
Contingency fee	94c, 143, 150
Costs management	143-147, 160
- *order*	146
Costs protection	45, 141
Cross-subsidiation	149
Damaged based agreement	94c, 143
Desgevorderd	91-98, 110, 114. 122
Detailed assessment	142, 143
Disclosure	140, 143-145
Doeltreffendheidsbeginsel	35, 37, 52, 76, 77, 132, 188
Doeltreffendheidsvereiste (art. 288 VWEU)	17b, 52, 78, 162, 163, 176, 177
Drie-stappentoets (Handvest)	43, 44, 52, 176, 178, 181
Effectieve rechtsbescherming	zie Beginsel van effectieve rechtsbescherming
Einigungsgebühr	149, 152
Eiswijziging	93, 110
English rule	6, 164, 166-174, 176, 177, 183, 186c
Equality of arms	zie Beginsel van gelijkheid der procespartijen
Examination (cross-)	140, 144, 145
Evenredigheidsbeginsel	17b, 45-47, 52, 78, 102, 12, 123, 162, 176, 178, 181, 186b
Ex parte bevel (kosten-)	17a, 24, 79, 87a, 101, 104
Ex parte verbod (kosten-)	Zie ex parte bevel
Fair balance	17b, 43-45, 176, 178, 185
Gefinancierde rechtsbijstand	36a, 36b, 38, 40, 41, 44, 46, 51, 52, 54, 55, 83, 141, 149, 150, 154, 176, 178, 185
Gegenstandswert	149
Gelijkwaardigheidsbeginsel	35, 37, 52, 76, 132, 133
Gemachtigden (-kosten)	1, 27, 29b, 104, 149, 156
Gemengde procedures	86, 95, 99, 100, 111
German rule	173a-d
Grenzen van de rechtsstrijd	124, 126, 127, 129, 130, 132, 133, 135a, 135b, 135d, 136, 137, 186b
Griffierechten	1, 27, 31, 36b, 42, 45, 46, 51, 54, 104, 140, 145, 154, 164
Haags model	105b
Hardheidsclausule	54
In beginsel strakke regel	110, 113, 127
Incident (kosten-)	87c, 86
Indemnisatiebeginsel	57, 59, 94c, 143

Indemnity basis 142, 143
Indicatietarieven 3, 83, 86, 87c, 94a-c, 95-98, 105a-b, 106-108, 122, 124, 135b-d, 173a-d, 176, 178-181, 186b, 187, 189
Intrekken kort geding (kosten-) 102
Inzage ex art. 843a Rv (kosten-) 87c
Issue-based approach 101, 142, 159

Leer van de *positive obligations* 40-42, 137, 176, 181, 186b, 189, 190
Legaliteitsbeginsel 45, 46, 52, 78, 122, 123, 178, 179
Liquidatietarief 3, 6, 56, 57, 64-66, 72, 76, 77, 83, 86, 94c, 97, 100, 111, 123, 173a, 178, 185, 186c, 188, 189
Loser pays beginsel 20, 28, 51, 52, 149, 154, 159, 163, 177, 178, 183

Maximumtarieven (absolute) 29c, 31, 83, 94b, 107, 122, 135b, 137, 145, 154-156, 166, 183b, 186c, 187, 189, 190
Misbruik van procesrecht 66
Multi claims track 144-146

Namaak- en piraterij 13, 16, 17b, 20, 24, 81, 178, 183, 187
Nationale procedurele autonomie zie Beginsel van nationale procedurele autonomie
Nietigheidsprocedure 87b, 145, 151, 156
- verweer 87b
Nietigheidsvordering zie Nietigheidsprocedure
No cure no pay 55, 73, 94c, 140, 141, 143, 155
Nodeloze kosten 58, 60, 61, 63, 101, 105b, 186c
Nuisance suits 163

Openbare orde 75, 77, 126-128, 133, 134, 137, 155, 186b
Open normen 3, 8, 29c, 45, 81, 102, 103, 124, 131, 182, 185
Oppositieprocedure 87b
Opsporingskosten 1, 27, 29b, 104, 167
Optimisme-effect 169, 171, 172
Overeengekomen proceskostenveroordeling (art. 1019h Rv) 86, 89, 93, 94c, 112, 115, 121, 122, 128, 137, 149, 155, 186c, 187, 190

Partijafspraken zie Prijsafspraken
Partijautonomie 124, 126, 129, 132
Part 36 offer 143, 145, 160
Prijsafspraken 94c, 104, 120, 149, 152, 155
Procedurele *rule of reason* 35, 76, 188
Proces binnen een proces zie *Satellite litigation*
Procesfinanciering 36b, 51, 55, 143, 146, 150, 176, 177, 186c, 187, 190
Proportionaliteit 17b, 18, 19, 24, 28, 36b, 36c

Qualified One Way Costs Shifting (QOCS) 143

Rechtsbijstandsverzekering 49, 55, 56, 83, 150, 151, 154, 160, 177, 186c, 187, 190
- *after the event* 83, 141, 143
- *before the event* 83, 141, 143, 145, 173b
Rechtmatigheidstoets 40, 44, 47, 176, 178
Recht op effectieve rechtsbescherming zie Beginsel van effectieve rechtsbescherming
Rechtszekerheidsbeginsel 45, 47, 48, 50, 52, 78, 122, 123, 162, 176, 178, 179, 181, 182, 184, 185, 186c, 187-190
Recoverability gap 164, 173, 186c, 187
Redelijkheidstoets (art. 6:96 BW) 70, 71, 105a
Reflexwerking
- Handvest 39, 52
- art. 1019h Rv 86
Risicoaversiteit 167, 168, 171, 172, 174, 177, 178

Samenwerkingsbeginsel 33, 39, 40, 135b, 184
Satellite litigation 101, 149, 154, 179, 189
Schadestaatprocedure (kosten-) 87c, 86
Slaafse nabootsing 10, 23, 86
Small claims track 144-146, 161, 162
Specificatie (kosten-) 73, 92, 94a-c, 95-98, 105b, 110, 113, 114, 120, 122, 124
Spoedeisend belang 102
Standard basis 142, 143
Stelplicht 73, 125, 126, 135b
Streitwert 149, 186c
Subsidiariteit 19-21, 28, 36b-c
Success fees 45, 94c, 143, 146
Summary assessment 142, 145
Sunk costs auction 168

Terminsgebühr 149
Third Party Funding zie Procesfinanciering
Toepassingsbereik
- materieel 22, 23, 25, 81, 85, 86, 87a, 109, 114, 120
- formeel 22, 24, 25, 81, 85, 87a, 109, 114, 120
- temporeel 88, 109, 114, 120
Twee-conclusie regel zie In beginsel strakke regel

Unified Patent Court 31, 76, 139, 188
Unitair octrooi 12, 31

Verfahrungsgebühr 149
Verhoogde uitgaven-effect 168, 171, 172, 178, 186c

Verstek 70, 75, 108, 128, 135e, 136
Vervolgprocedures (kosten-) 29a, 87a, 87c, 88
Vooruitgeschoven inbreukverweer 87b
Voor-werk II 70

Wapperen 87b
Wet Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI) 54, 129, 189
Willekeur (rechterlijke) 3, 45, 62, 82, 137
Winstpremie zie *Success fees*

CURRICULUM VITAE

Charlotte de Nerée tot Babberich-Vrendenbarg is op 2 juni 1981 geboren in Tilburg. In 1999 behaalde zij haar VWO-diploma aan het Theresialyceum in Tilburg. Daarna is zij Nederlands recht gaan studeren aan de Universiteit Leiden. In 2006 is zij afgestudeerd in de richting Bedrijfsrecht. Van 2006 tot 2011 was Charlotte werkzaam als advocaat intellectueel-eigendomsrecht in Amsterdam. In april 2011 keerde zij terug naar haar alma mater, ditmaal als promovenda bij de afdelingen Ondernemingsrecht en Civiel Recht. Op dit moment is zij werkzaam als universitair docent bij de sectie Intellectueel Eigendomsrecht in Leiden. Charlotte is getrouwd met Frans. Samen hebben zij twee dochters, Cato (2012) en Maggy (2013).

Dit boek gaat over proceskostenveroordeling en de gevolgen daarvan voor de toegang tot de rechter in procedures over intellectuele eigendomsrechten (IE). Tevens wordt ingegaan op de bredere, actuele vraagstukken van de toenemende invloed van EU-recht op nationaal procesrecht, de praktische consequenties van open normen in procedureregels en het verband tussen proceskostenregelingen en de toegankelijkheid van de civiele rechter in het algemeen.

Procedures over IE-rechten kunnen kostbaar zijn. Op grond van de algemene civiele proceskostenregelingen worden de advocaatkosten slechts tot een forfaitair vastgesteld (laag) bedrag vergoed aan de winnende partij. De gedachte is dat het risico van een omvangrijke kostenveroordeling de toegang tot de rechter te zeer zou beperken. In procedures ter handhaving van IE-rechten geldt sinds de implementatie van de IE-Handhavingsrichtlijn de ruime, zo niet volledige proceskostenveroordeling van art. 1019h Rv. Deze regel heeft consequenties voor de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken.

Centraal in dit boek staat de vraag, in hoeverre de implementatie, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in Nederland verenigbaar zijn met het EU-recht. Eerst wordt het beoordelingskader geschetst waaraan nationale proceskostenregelingen moeten voldoen. Op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek wordt onderzocht hoe art. 1019h Rv wordt toegepast in de IE-praktijk. Tevens worden de (mogelijke) effecten op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen belicht. Daartoe worden de op basis van rechtsvergelijkend en rechtseconomisch onderzoek verkregen inzichten gekoppeld aan anekdotisch bewijs van de werking van de regel in de praktijk. Richting het slot wordt onderzocht hoe de Nederlandse invulling zich verhoudt met het EU-recht en worden aanbevelingen gedaan ter bevordering van een meer EU-conforme proceskostenregeling in IE-zaken. De resultaten van het onderzoek worden tevens aangewend om de EU-conformiteit van de forfaitaire kostenvergoeding in civiele procedures in het algemeen te analyseren.

www.wolterskluwer.nl

9 789013 148084

verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books

Wolters Kluwer