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

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.