



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

8. DE EFFECTEN VAN PROCESKOSTENVEROORDELING OP DE TOEGANG TOT DE RECHTER: THEORIE EN PRAKTIJK¹

8.1 Inleiding

163 Art. 1019h Rv in de praktijk: effecten en effectiviteit

Ten grondslag aan de regel 'proceskostenveroordeling op basis van het gelijk' liggen vaak principiële uitgangspunten als rechtvaardigheid, billijkheid en de toegankelijkheid van de rechtsbedeling. De regel kan echter ook een instrument zijn om het gedrag van de actoren in het burgerlijk proces beïnvloeden, en als zodanig worden gebruikt om bepaalde negatieve verschijnselen in het burgerlijk proces tegen te gaan, dan wel positieve verschijnselen te stimuleren. Zo wordt in Europa het uitgangspunt van *loser pays* algemeen gehuldigd omdat het lichtvaardig procederen en *nuisance suits* zou ontmoedigen. Financiële drempels in de toegang tot de rechter voorkomen het ontstaan van een procedeercultuur – en daarmee een overbelast rechtssysteem.² Daarnaast gelden in vele stelsels regels op basis waarvan de rechter kan afwijken van de *loser pays*-regel of kostensancties kan opleggen. Dergelijke regels hebben meestal ten doel kansloze argumenten en onwenselijk (verstorend of vertragend) procedeedrag te ontmoedigen.³ Regels of tarieven aan de hand waarvan kosten gematigd c.q. genormeerd worden dienen te waarborgen dat proceskostenveroordelingen niet prohibitief hoog uitvallen zodat de rechter ook voor minder vermogenden toegankelijk blijft. Specifiek met betrekking tot handhavingsprocedures in IE-zaken bepaalt art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn dat partijen een substantiële (redelijke en evenredige) proceskostenvergoeding in het vooruitzicht moet worden gesteld, hetgeen de toegang tot de rechter zou moeten verruimen voor IE-rechthebbenden. Daarvan moet tevens een afschrikkend effect op inbreukmakers uitgaan.⁴

¹ Zie ook Vrendenburg 2017, p. 80-104.

² Wilman 2014, p. 354-358; Fishmann 2014, p. 105; Posner 2014, p. 810.

³ Het onderwerp van de dissertatie van Sluijter: P. Sluijter, *Sturen met proceskosten. Wie betaalt de rekening van verstarend procesgedrag?*, Deventer: Kluwer 2011.

⁴ HvJ EU 18 oktober 2011, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668 (*Realchemie/Bayer*); HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15 (*United Video Properties/Telenet*). Zie hiervoor par. 2.6.

Waar de keuze voor bepaalde wettelijke regels is ingegeven door een zeker gewenst effect, mag worden verwacht dat die keuze steunt op enig (empirisch) bewijs voor dat effect.⁵ De effectiviteit wordt echter doorgaans verondersteld.⁶ Mogelijke neven-effecten blijven bovendien vaak onderbelicht.⁷ Art. 1019h Rv, de letterlijke implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, is evenmin een *evidence-based* regel. Volgens de Nederlandse interpretatie verplichten de criteria 'redelijkheid en evenredigheid' van de bepaling tot een ruime proceskostenveroordeling van de verliezende partij, terwijl veroordeling in de volledige proceskosten in IE-zaken geruime tijd het uitgangspunt was.⁸ De wezenlijke vraag of deze uitleg van de richtlijn bepaling werkelijk kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen – namelijk het verruimen van de toegang tot de rechter voor benadeelden in een IE-geschil en het afschrikken van inbreukmakers – heeft geen rol gespeeld bij de implementatie.⁹

In het licht van de vereisten van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming waaraan de nationale omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moet voldoen, is echter van belang dat de werkelijke effecten van art. 1019h Rv op de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken worden belicht. Dat geldt met name nu de in de literatuur over art. 1019h Rv beschreven effecten tegengesteld zijn aan de met de regeling beoogde effecten. Van de regeling zou een *chilling effect* uitgaan, met name voor financieel zwakkere partijen – of zij nu eiser of gedaagde zijn, rechthebbende of inbreukmaker.¹⁰ De onvoorspelbaarheid van het financiële risico zou ertoe leiden dat eisers eerder afzien van het entameren van een procedure en dat aangesproken partijen eerder akkoord gaan met een schikking.¹¹ Terwijl sommigen een toename van het aantal aangebrachte zaken met een relatief gering belang maar met een hoge slagingskans (bijvoorbeeld zaken over online auteursrechtinbreuk) hebben geconstateerd,¹² hebben anderen beweerd dat het totale volume van IE-zaken is afgenomen onder invloed van art. 1019h Rv.¹³

In dit hoofdstuk worden de bestaande theoretische (rechtseconomische en rechtsvergelijkende) studies naar de effecten van *costs shifting* in kaart gebracht en gekoppeld aan anekdotisch bewijs over de effecten van art. 1019h Rv in de praktijk. Deze exercitie zal geen sluitend bewijs opleveren ten aanzien van de effecten van

5 Vgl. Peysner 2014.

6 Vgl. Thambisetty 2010, p. 143-145; Weatherall, Webster & Bently 2009, p. 37 e.v. De hervormingen van de kostenregels in Engeland steunen daarentegen wel op empirisch bewijs; zie hiervoor hoofdstuk 7.

7 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 20; Wilman 2014, p. 354-358.

8 *Kamerstukken II* 2006/07, 30392, 6 (MvA): 'De rechter zal dus nagaan wat in de voorliggende zaak redelijke en evenredige kosten zijn en of er op grond van de billijkheid redenen zijn om niet de volledige kosten van de in het gelijk gestelde partij door de andere partij te laten dragen.'

9 Zie hiervoor par. 5.2.

10 Conclusie A-G Verke (ECLI:NL:PHR:2014:224) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*); Van der Grinten 2010, p. 421.

11 Visser 2012, p. 787; Van der Grinten 2010, p. 421.

12 Sandvliet & Engelfriet 2015, p. 204 e.v.

13 Van der Grinten 2010, p. 422-429. Zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/130.

art. 1019h Rv op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen in IE-zaken. Wel zal de bespreking de mogelijke invloed van proceskostenregels op het beslissingsproces inzichtelijker maken en een aantal plausibele effecten aan het licht brengen.¹⁴ Op basis daarvan kan nader worden geanalyseerd in hoeverre de keuze voor een ruime proceskostenveroordeling in IE-zaken – in het licht van de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn en de vereisten van EU-recht – een houdbare keuze is.

8.2 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv op het gedrag van partijen

164 Onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv: beperkingen en mogelijkheden

Voor de stelling, dat het aantal aangebrachte IE-zaken onder invloed van art. 1019h Rv is gedaald, bestaat geen bewijs. Dat kan worden verklaard door het feit dat geen nulmeting heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de invoering van art. 1019h Rv. Zonder nulmeting op kernvariabelen voor de inwerkingtreding van een bepaalde wet is empirische wetsevaluatie niet goed mogelijk.¹⁵ De implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn verliep dermate stormachtig en snel, dat het ook niet mogelijk was om een nulmeting uit te voeren en de data te vergelijken met data van na de implementatie.¹⁶ Voorts bemoeilijken de onduidelijkheden rond de toepassing van de regeling en de Indicatie-tarieven een vergelijking van effecten in de periode voor en na de implementatie, maar ook in relatie tot de effecten in *niet*-IE-zaken in diezelfde periode.¹⁷ Kwantitatieve gegevens over aantallen IE-zaken leveren ook geen bewijs van bepaalde effecten van art. 1019h Rv. Hoewel het aantal IE-zaken in de afgelopen jaren lijkt te zijn afgenomen, kan deze daling moeilijk uitsluitend aan art. 1019h Rv worden toegeschreven. In het algemeen is er een daling geconstateerd van de instroom van civiele handelszaken in eerste aanleg sinds 2009/2010.¹⁸ Andere factoren, zoals wijzigingen in het economisch klimaat en de veranderde regelgeving rond de griffierechten, kunnen de daling mede verklaren. De veelheid aan mogelijke factoren maakt het lastig vast te stellen in welke mate de ‘factor’ art. 1019h Rv een stempel drukt op de ontwikkelingen.¹⁹

Een alternatieve methode om de effecten van art. 1019h Rv te onderzoeken, is aansluiting zoeken bij bestaande theorieën over de effecten van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk. In de *law and economics* is veel aandacht besteed aan de effecten van proceskostenveroordeling op basis van het gelijk. Deze wijze van kostenallocatie komt in de Westerse landen het meest voor.²⁰ In vrijwel alle landen

14 Zie ook Shavell 1982, p. 16.

15 Van Boom e.a. 2013, p. 1188-1189.

16 Zoals Sluijter terecht constateert in Sluijter 2011, p. 255. Zo kunnen geen conclusies worden verbonden aan – bijv. – het aantal na de implementatie ‘gewonnen’ zaken, omdat geen data voorhanden is waarmee dergelijke gegevens kunnen worden vergeleken.

17 Sluijter 2011, p. 348.

18 Eshuis & Van Tulder 2014.

19 Vgl. Eshuis & Van Tulder 2014, p. 6.

20 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 17; Katz 2000, p. 63-94.

is sprake van een *recoverability gap*; een 'gat' tussen de werkelijk gemaakte kosten en het bedrag dat op de wederpartij verhaald kan worden. De grootte van de *recoverability gap* verschilt van land tot land.²¹ Dat brengt mee dat ook de effecten van land tot land verschillend kunnen zijn. Om toch voorspellingen te kunnen doen over de effecten van proceskostenveroordeling worden stelsels in de rechtseconomische literatuur vaak ingedeeld op een schaal, waarvan het ene uiteinde wordt gemarkeerd door de *English rule* en het andere uiteinde door de *American rule*.²² Op grond van de *English rule* dient de verliezer alle kosten van de winnaar te vergoeden, terwijl de *American rule* bepaalt dat ieder zijn eigen kosten draagt.²³ Op deze schaal zal de proceskostenregel van art. 237 e.v. Rv en het liquidatietarief zich ergens in het midden bevinden, doch vermoedelijk meer richting de *American rule* dan richting de *English rule*.²⁴ De regel van art. 1019h Rv zal op de schaal in de buurt van de *English rule* geplaatst moeten worden. Het is dus zinvol om de theorie over de effecten van de *English rule* op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen te bestuderen, omdat de proceskostenveroordeling van art. 1019h Rv effecten in deze richting zal hebben.

165 Exploratief onderzoek naar de effecten van art. 1019h Rv

Inzichten uit de rechtseconomische literatuur kunnen worden gebruikt om bepaalde effecten van art. 1019h Rv te voorspellen dan wel te verklaren.²⁵ Gelet op de verschillen tussen de *English rule* en art. 1019h Rv is aanvullend onderzoek naar de impact van deze specifieke regel in de IE-praktijk nodig voor een meer genuanceerde en nauwkeurige benadering van de werkelijke effecten.

In verband met het ontbreken van bruikbare data, de vele onduidelijkheden rond de toepassing van art. 1019h Rv en de Indicatiekostenregels en de tegengestelde verwachtingen ten aanzien van de effecten, is gekozen voor exploratief onderzoek in de vorm van een online enquête onder advocaten werkzaam in de IE-praktijk. Het doel van de enquête op basis van overwegend open vragen was om zoveel mogelijk informatie te krijgen over de praktische werking van art. 1019h Rv. Met de enquête is tevens beoogd informatie te krijgen over de ervaringen van advocaten en hun cliënten met de 'nieuwe' proceskostenregel en de mogelijke neveneffecten van de regel. Het doel is uitdrukkelijk niet geweest kwantitatieve gegevens te vergaren of de verkregen informatie op enige wijze te kwantificeren. Respondenten is ook niet gevraagd naar een cijfermatige onderbouwing van de antwoorden.

21 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 20, 28 en 72.

22 Buskens & Tuil 2010, p. 130-131; Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Visscher & Schepens 2010, p. 11 e.v.; De Mot & De Geest 2004, p. 49; Jackson 2009, p. 91.

23 Dit onderscheid is gebaseerd op een gesimplificeerde voorstelling van de realiteit. Onder de *English rule* komen namelijk niet alle kosten voor vergoeding in aanmerking, doch de kosten die de redelijkheids- en proportionaliteitstoets doorstaan. Onder de *American rule* worden in werkelijkheid de griffierechten wel gealloceerd, maar de advocaatkosten niet. De theoretische effecten van de onderscheidenlijke (extreem geformuleerde) regels zullen in werkelijkheid dus minder uitgesproken zijn; Sluijter 2011, p. 250 e.v.

24 Vgl. Sluijter 2011, p. 256.

25 Vgl. Shavell 1982, p. 16.

De gekozen methode heeft inherente gevolgen voor de wetenschappelijke waarde van het onderzoek, en daarom zij reeds benadrukt dat het onderzoek geen sluitend bewijs oplevert voor de effecten van art. 1019h Rv. Wel kunnen de uitkomsten van de enquête worden beschouwd als anekdotisch bewijs voor zover zij de theorie ondersteunen. De uitkomsten kunnen daarom relevant zijn voor de praktijk.

De enquête

In het voorjaar van 2015 is een verzoek tot deelname aan een online enquête verstuurd aan 490 advocaten die zich profileren als 'actief' op het gebied van de intellectuele eigendom.²⁶ 171 advocaten hebben de enquête ingevuld. In de eerste plaats is gevraagd naar de naam, het kantoor, de praktijk waarin men werkzaam is²⁷ en het aantal jaren ervaring.²⁸ Vervolgens is gevraagd of onder invloed van art. 1019h Rv veranderingen zijn waargenomen in de praktijk. Respondenten konden kiezen tussen de antwoorden 'ja, er wordt meer gedagvaard'; 'ja, er wordt minder gedagvaard'; 'ja, er wordt meer geschikt in de preprocesuele fase'; 'ja, er wordt minder geschikt in de preprocesuele fase'; 'ja, er wordt meer geschikt hangende de procedure'; 'ja, er wordt minder geschikt hangende de procedure'; 'nee, geen invloed' en tot slot 'anders, namelijk...'. Tevens is gevraagd het antwoord toe te lichten. Vervolgens is de vraag gesteld: indien u veranderingen heeft waargenomen in uw praktijk, kunt u dan uitleggen wat het verband is tussen art. 1019h Rv en deze veranderingen? Daarna is gevraagd onder welke omstandigheden een *ontmoedigend* effect kan uitgaan van art. 1019h Rv, en vervolgens onder welke omstandigheden een *aanmoedigend* effect kan uitgaan van de regel. Ten slotte is gevraagd of procederen in IE-zaken kostbaarder is geworden onder invloed van art. 1019h Rv.²⁹

De meerderheid was van mening dat onder invloed van art. 1019h Rv veranderingen zijn opgetreden in de praktijk. Minder dan 20% van de respondenten koos het antwoord 'nee, geen veranderingen'.³⁰ De respondenten die veranderingen hebben

26 De gegevens zijn verkregen van de VIEPA, de Vereniging voor IE-Procesadvocaten (viepa.nl).

27 55% van de respondenten is werkzaam in de *soft IP* praktijk, 11% in de octrooi/pharma praktijk, 15% voert een gecombineerde praktijk (soft IP en octrooi/pharma), 9,5% is werkzaam in de algemene praktijk en 9,5% in een 'andere' praktijk (o.a. IT/ICT praktijk, mediarecht praktijk).

28 In verband met de gegarandeerde anonimiteit van de respondenten worden in het navolgende steeds enkel de praktijk en het aantal ervaringsjaren vermeld.

29 Het overzicht van de vragen is te vinden in de bijlage. De geanonimiseerde antwoorden op de open vragen kunnen worden geraadpleegd via enquete1019h.nl.

30 Respondenten die geen veranderingen hebben waargenomen in de praktijk onder invloed van art. 1019h Rv hebben dit toegelicht:

'Procespartijen worden bewust gemaakt van de additionele kostenrisico's (daartoe zijn wij als advocaten ook verplicht), maar veelal maakt het de procesbeslissing niet anders. Alleen klein MKB wordt wellicht afgeschrikt.' (Octrooi/pharma, 18 jaar ervaring);

'Mijn ervaring is dat de beslissing om al dan niet te dagvaarden of om te schikken meer wordt bepaald door de kans van slagen in een evt. procedure, en niet zozeer door de kosten van de procedure (die immers grotendeels kunnen worden geclaimd indien men succesvol is).' (Combinatie, 21 jaar ervaring);

waargenomen, hebben vaak meerdere antwoorden aangevinkt. Vooral de combinatie minder dagvaardingen/meer schikkingen kwam vaak voor. Ook is de optie 'anders, namelijk' meerdere keren aangevinkt (ook in combinatie met andere antwoorden) om aan te geven dat ook veranderingen zijn waargenomen buiten de sfeer van art. 1019h Rv, zoals de toename van het aantal schikkingen onder invloed van de comparitie. De antwoorden van de 133 respondenten die veranderingen hebben waargenomen zijn als volgt weer te geven:

N=133	Meer %	Minder %
Dagvaardingen	13	44
Schikkingen in de preprocessuele fase	56	8
Schikkingen hangende de procedure	26	5
Anders 26%		

Zoals ook hierna zal worden verduidelijkt, zeggen deze percentages niets over het *overall effect* van art. 1019h Rv op het aantal aangebrachte zaken en schikkingen. Uit de toelichtingen kan worden afgeleid dat de keuze voor een bepaald antwoord steeds werd ingegeven door hypothetische factoren, zoals sterke of zwakke zaak, vermogende of minder vermogende partij, grote of kleine wederpartij etc. De genoemde factoren komen sterk overeen met de factoren die volgens de theorie de effecten van een bepaalde proceskostenregel kunnen beïnvloeden.

Benadrukt moet worden dat de enquête is afgenomen in de periode vóór de in 2017 gewijzigde Indicatie-tarieven in IE-zaken. In hoeverre de resultaten betekenis hebben ten aanzien van de situatie na genoemde datum zal afhangen van de wijze waarop de Indicatie-tarieven zullen worden gehanteerd (als absolute maxima dan wel als tarieven waarvan alsnog regelmatig wordt afgeweken). Verder is van belang dat de Indicatie-tarieven niet golden – en ten tijde van de afronding van dit proefschrift nog altijd niet gelden – in octrooizaken.

In het navolgende worden theoretische, empirische en rechtsvergelijkende studies naar de effecten van *cost shifting* besproken. De op basis van de enquête verkregen informatie over de praktische werking van art. 1019h Rv wordt in kaders weergegeven, en geïllustreerd aan de hand van citaten van respondenten. Het hoofdstuk kan zodoende ook los van de kaders worden gelezen, en de conclusies zijn ook zonder de uitkomsten van de enquête relevant voor de analyses die volgen in het kader van de vraag naar de EU-conformiteit van het stelsel.

'[Het] belang van de zaken die ik behandel zijn doorgaans zo groot dat een 1019h rv vordering weinig relevant is voor beslissing om te procederen.' (*Soft IP*, 12 jaar ervaring);

'In mijn praktijk (farma octrooien) [speelt] de hoogte van de proceskostenvergoeding een ondergeschikte rol [...]' (Octrooi/pharma, +15 jaar ervaring).

8.3 Het effect van de *English rule* op de beslissing om te procederen of te schikken: theorie en praktijk

166 De effecten van de *English rule* volgens het standaard rechtseconomisch beslismodel

Volgens het standaard rechtseconomische beslismodel voor civiele geschiloplossing hangt de beslissing om te procederen dan wel te schikken af van de uitkomst van een kosten-batenafweging.^{31,32} Indien wordt verwacht dat de baten (de waarde van de vordering maal de kans dat deze wordt toegewezen) hoger zullen zijn dan de kosten (de totale proceskosten maal de kans op verlies), dan zal men tot een rechtszaak overgaan.³³ Hoe hoger de eiser zijn kansen inschat, hoe hoger de verwachte baten van een procedure en hoe groter de bereidheid om te procederen zal zijn.³⁴ Dit effect wordt verondersteld sterker te zijn onder de *English rule* dan onder de *American rule*, omdat de eiser in het eerste geval zijn proceskosten vergoed krijgt van de wederpartij, terwijl hij onder de *American rule* altijd een deel van de kosten moet dragen.³⁵ Volgens het model worden onder de *English rule* zaken met een hoge winstkans (sterke zaken) dus gestimuleerd. Ten opzichte van de *American rule* worden onder de *English rule* daarnaast meer (relatief) kleine zaken gestimuleerd. Omdat de proceskosten kunnen worden verhaald op de wederpartij, kan geloofwaardig worden bedreigd met een procedure over een relatief gering bedrag.³⁶ Tegelijkertijd worden zwakke zaken juist sterker ontmoedigd door de *English rule*. Als de kans op succes gering is, is de kans dat de eiser de eigen proceskosten én die van zijn wederpartij moet dragen immers groot.³⁷

Een voorbeeld van de *American rule*. Stel dat de proceskosten van eiser 1000 zijn. Eiser is voor 75% zeker dat zijn vordering van 10.000 zal worden toegewezen. De verwachte baten zijn dus 7.500 (75% x 10.000) en overstijgen de kosten van 1000, die hij onder de *American rule* zelf moet betalen. Als hij zijn kansen lager inschat, bijvoorbeeld op 5%, dan zal hij afzien van een procedure. De verwachte baten zullen 500 zijn (5% x 10.000) en dus lager zijn dan de proceskosten van 1000.

Een voorbeeld van de *English rule*. Stel dat de kosten van gedaagde 1500 zijn. De eiser, die voor 75% zeker is dat zijn vordering van 10.000 zal worden toegewezen, zal tot een rechtszaak overgaan. De verwachte baten ad 7.500 zullen de verwachte kosten (25% van 1000+1500 = 625) ruim overstijgen. Bij een winstkans van slechts 5% zal eiser afzien van een rechtszaak; de verwachte baten zijn dan 500, terwijl de verwachte kosten 2375 zijn (95% x 2500).

31 Van Velthoven & Van Wijck 2013; Visscher & Schepens 2010, p. 7-32; Shavell 1982, p. 55-81; Shavell, 2004, p. 389.

32 In de literatuur over art. 1019h Rv wordt wel gesuggereerd dat een verhoging van de factor kosten (in de vorm van een verhoogde proceskostenveroordeling) 'dus' zal leiden tot minder procedures; zie Van Vlooten 2011, p. 231 e.v.; De Vrey, 2015, p. 391-392. Dit lijkt echter een te simplistische benadering van het model.

33 Shavell 1982, p. 3; Shavell 2004, p. 389; Sluijter 2011, p. 219; Geschilbeslechtingsdelta 2009, p. 202.

34 Shavell 1982, p. 3.

35 Shavell 1982, p. 5-6; Visscher & Schepens 2010, p. 12.

36 Katz & Sanchirico 2010, p. 9; Sluijter 2011, p. 251.

37 De Mot & De Geest 2004, p. 51; Sluijter 2011, p. 251; Katz & Sanchirico 2010, p. 10-11.

Deze voorbeelden (ontleend aan Shavell) tonen aan dat bij een verwachte winstkans van 75% de verwachte kosten onder de English rule lager zijn dan onder de American rule (625 v 1000). Onder de English rule is procederen aantrekkelijker dan onder de American rule, als de verwachte baten tussen de 625 en 1000 liggen. Bij een verlieskans van 5% zijn de verwachte kosten onder de English rule beduidend hoger dan onder de American rule (2375 v 1000). Hieruit kan worden afgeleid dat procederen in minder sterke zaken aantrekkelijker is onder de American rule, zolang de verwachte baten liggen tussen 1000 en 2375 liggen. Het kritieke 'keerpunt' ligt bij een winstkans van 60%: onder beide Rules zijn de verwachte kosten in dat geval 1000. Boven 60% kans op winst is procederen onder de English rule aantrekkelijker, onder die grens is procederen onder de American rule aantrekkelijker.³⁸

Het model gaat ervan uit dat partijen in een procedure risico neutraal zijn, dat zij rationeel handelen en dat zij de beslissing om te procederen dan wel te schikken uitsluitend baseren op financiële overwegingen.³⁹ In werkelijkheid zal de beslissing ook afhangen van individuele, subjectieve keuzes die worden ingegeven door bijvoorbeeld de risicohouding van partijen, de mate waarin deze rationeel handelen, de belangen die op het spel staan en de mate waarin partijen over dezelfde informatie beschikken.⁴⁰ Ook advocaten en procesfinanciers kunnen een rol spelen bij de beslissing om te procederen of te schikken.⁴¹ In de rechtseconomische literatuur worden verschillende factoren onderscheiden die de invloed van de *English rule* op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen kunnen versterken dan wel verzwakken. Hierna wordt ingegaan op (i) de risicohouding van partijen (nr. 167); (ii) het verhoogde uitgaven-effect (nr. 168); en (iii) het overoptimisme-effect (nr. 169). De theorie wordt steeds gekoppeld aan anekdotisch bewijs uit stelsels waar de *English rule* wordt toegepast.

167 De invloed van de risicohouding van partijen op het effect van de *English rule*

In de rechtseconomie wordt de risicohouding van partijen genoemd als een factor die de invloed van een proceskostenregel op het gedrag van partijen kan bepalen. Procederen brengt onzekerheid met zich, omdat de uitkomst vaak niet valt te voorspellen. Vele factoren bepalen welke partij uiteindelijk aan het langste eind trekt.⁴² Voor risicoaverse partijen zal de onzekerheid over de uitkomst zwaarder

³⁸ Shavell 1982, p. 5-6; Shavell 2004, p. 431-432.

³⁹ Shavell 1982, p. 3; Sluijter 2011, p. 219 e.v. Posner 2011, p. 783. Sluijter 2011 wijst er in dit verband op dat er ook ingewikkelder modellen bestaan waarbij de risicohouding wel een rol speelt; p. 219. De meeste modellen gaan ervan uit dat advocaat en cliënt als één handelen; Katz & Sanchirico 2010, p. 9.

⁴⁰ Shavell 1982, p. 4; Shavell 2004, p. 390; Katz & Sanchirico, p. 11; Visscher & Schepens, p. 13. Andere factoren die van invloed kunnen zijn op de beslissing om te procederen of te schikken zijn de verhouding tussen partijen, de bereidheid om in onderhandeling te gaan, de advocaat-cliënt verhouding en zelfs de verhouding tussen advocaten onderling; zie Sluijter 2011, p. 219-227 en Jackson 2009, p. 92 e.v.

⁴¹ Sluijter 2011, p. 222 e.v.; Jackson 2009, p. 93 e.v.

⁴² Rowe stelt in dat kader dat 'no system can deter weak claims and defenses and encourage strong ones unless it is possible for parties to predict relative strengths and weaknesses'; Rowe 1982, p. 656.

wegen in de kosten-batenanalyse. Zij zullen proberen te voorkomen dat het op een procedure aankomt of eerder willen schikken.⁴³

Volgens de theorie wordt dit effect versterkt indien de *English rule* van toepassing is.⁴⁴ Terwijl de kosten van de eigen advocaat al moeilijk zijn in te schatten, zijn de kosten van de advocaat van de wederpartij volledig onvoorspelbaar en onbeheersbaar.⁴⁵ Ten opzichte van de *American rule* leidt de *English rule* dus tot meer onzekerheid over de achteraf te betalen kosten.⁴⁶ Tegelijk zijn de risico's groter: partijen kunnen meer winnen, maar ook meer verliezen.⁴⁷ De onzekerheid over de financiële consequenties van verlies leidt er volgens de theorie toe dat risicoaverse partijen ontmoedigd worden door de *English rule*.

In lijn met de theorie over de effecten van de *English rule* zijn meerdere respondenten van mening dat van art. 1019h Rv een ontmoedigend effect kan uitgaan in procedures waarvan de uitkomst onzeker is. Een aantal respondenten wijst er in dat verband op dat onzekerheid over de uitkomst vaak inherent is aan IE-zaken:

'Ik denk dat 1019h ontmoedigend kan werken in het geval dat de uitkomst van een procedure onzeker is. Dit is bij uitstek in IE-zaken het geval. Immers is de beoordeling van de inbreuk toch voornamelijk subjectief. Ook al proberen we de vraag of iets te veel lijkt te objectiveren, is dit toch vaak puur de mening van de rechter in kwestie.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'Zeer duidelijke gevallen van inbreuk (counterfeit, 1-op-1 auteursrechtinbreuken e.d.) worden sneller opgelost dankzij 1019h – m.i. in lijn met de oorspronkelijke ratio van de bepaling. 1019h verhoudt zich echter slecht met de vele 'twijfelgevallen' die ons vakgebied rijk is. IE is geen exacte wetenschap – een procespartij neemt in meer of mindere mate een gok, en de inzet is met 1019h een stuk hoger geworden.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'Men is 'processchuw' en durft vooral igv sure-shots te procederen, omdat een vergoeding van de gemaakte kosten ex 1019h Rv in dat geval goed vooraf te voorspellen is. Door de uitleg dat 'redelijke en evenredige kosten' vaak neerkomt op 'alle kosten', wordt de drempel om te procederen hoger.' (Soft IP, 8 jaar ervaring)

Volgens sommige rechtseconomen worden risicoaverse partijen zelfs ontmoedigd door de *English rule* ongeacht de kans van slagen van de vordering of het verweer.⁴⁸ Alleen in zogenaamde '*clear-cut*' zaken zouden risicoaversen het nog aandurven om te procederen.⁴⁹ Met andere woorden, volgens deze theorie kan de *English rule* zelfs

43 Sluijter 2011, p. 219.

44 Shavell 1982, p. 8; Buskens & Tuil 2012, p. 137; Sluijter 2011, p. 253; Jackson 2009, p. 12-13.

45 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81-85.

46 Katz & Sanchirico 2010, p. 11; Sluijter 2011, p. 252-253; De Mot & De Geest 2004, p. 51.

47 De Mot & De Geest 2004, p. 51; Katz & Sanchirico 2010, p. 11.

48 Rowe 1982, p. 651 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 11; Buskens & Tuil 2012, p. 137. Katz & Sanchirico 2010, p. 34; Kritzer 1984, p. 133; Knutsen 2010.

49 Rowe 1982, p. 656: '(...) indemnity may excessively deter the pursuit of meritorious but not clear-cut claims by middle-class litigants.'

in zaken met een hoge winstkans een ontmoedigende uitwerking hebben op een risicoaverse partij. De gedachte is dat het risico – hoe gering ook – in de volledige proceskosten van de wederpartij te worden veroordeeld reeds aanleiding kan zijn voor risicoaverse partijen om niet te procederen.⁵⁰ In dit verband is geconstateerd dat de onvoorspelbaarheid van een eventuele proceskostenveroordeling een zelfstandige, negatieve invloed kan hebben op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen.⁵¹

De theorie, dat de *English rule* zelfs in sterke zaken ontmoedigend kan werken, wordt gesteund door een aantal respondenten.

'Het kostenrisico is zo groot dat veel (kleinere) ondernemers het risico niet wensen te nemen, ondanks het feit dat er vermoedelijk wel inbreuk op hun IE-rechten wordt gemaakt. Vele zien dan ook af van dagvaarden.' (Media praktijk, 19 jaar ervaring)

'Het effect is niet 'chilling'; het effect is dat het ook voor kleinere rechthoudende partijen niet meer te doen is om te procederen. Kosten/baten analyse + enorme vertragingen (een einduitspraak kan lang op zich laten wachten, zeker in bodem), maken dat deze partijen moeten toestaan dat hun intellectueel eigendom klakkeloos wordt gekopieerd en nagemaakt, al dan niet in China. Geldt met name voor gebruiksvoorwerpen.' (Soft IP, 17 jaar ervaring)

'Ze [MKB en privé personen] nemen liever genoeg met de inbreuk dan geconfronteerd te worden met hoge kosten.' (Soft IP, 28 jaar ervaring)

'Voor kleinere partijen is 1019h een reden om tot schikken over te gaan, ook al ziet de eigen rechtspositie er redelijk goed uit. Men durft simpelweg het risico niet te lopen om in de kosten van de wederpartij veroordeeld te worden.' (Soft IP, 20 jaar ervaring)

'Kleinere partijen durven alleen de procedure aan te gaan als ze vrijwel zeker zijn van hun zaak. Met name bij octrooizaken, waar de indicatietarieven niet gelden, kunnen de gevolgen van een negatief vonnis desastreus zijn.' (Algemene praktijk, 12 jaar ervaring)

Een enkeling heeft opgemerkt dat art. 1019h Rv in kansrijke zaken juist stimulerend kan werken.

'Bij diverse inbreukzaken waarbij de inbreuk redelijk evident is, bijvoorbeeld fotoinbreukzaken, wordt er sneller geprocedeerd, omdat de kansen voor winst zo groot zijn en daarmee er een klein kostenrisico is.' (Soft IP, 13 jaar ervaring)

'(...) vooral in 'kleine' zaken waarin 'repeat players' optreden tegen individuele bedrijven en burgers, zoals de handhavingspraktijken van Cozzmoss en Getty Images.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

'Bij kansrijke zaken bij cliënten met een kleiner budget, werkt het stimulerend zowel in de aanvallende als in de verdedigende modus.' (Soft IP en ICT, 28 jaar ervaring)

⁵⁰ De Mot & De Geest 2004, p. 51 e.v.

⁵¹ Zie Knutsen 2010, p. 132: *'Unpredictability in a fee regime distorts the incentive structure in litigation.'*

'Bij voornamelijk kleine bedrijven heeft 1019h een aanmoedigend effect, indien er een grote(re) kans is op succes.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

'Goede slagingskansen maken het de investering [...] waard nu er zicht is op het terug ontvangen van deze kosten.' (Combinatie, 7 jaar ervaring)

De onzekerheid over de omvang van een eventuele proceskostenveroordeling is als gezegd groter onder de *English rule* dan onder de *American rule*. De onzekerheid is vooral groot indien de allocatie van kosten geschiedt op basis van de werkelijk gemaakte kosten (aantal gewerkte uren x uurtarief van de advocaat of advocaten), zoals in met name de *common law* landen – maar ook in de Nederlandse IE-praktijk tot zeker 1 april 2017 – wel het geval is.⁵² Hodges et al. constateren op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat in de landen waar *costs shifting* geschiedt op basis van de verrichte werkzaamheden of gewerkte uren, het kostenrisico inderdaad het grootst en minst voorspelbaar is:

*'The exposure of a party to an opponent's costs can be entirely unpredictable in the absence of a tariff for shiftable costs. Again, the position is worse in those systems that revolve around hours worked and the unpredictable amount of work done. A party to litigation can therefore face the significant double risk of liability for his own costs and the risk of his opponent's costs, with little idea of how much the latter might be, and little means of controlling each figure.'*⁵³

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, heeft men in Engeland in de praktijk ervaren dat de onzekerheid over de omvang van de dreigende proceskostenveroordeling op grond van de CPR een belangrijke *detering factor* kan zijn voor bepaalde partijen. Volgens het Chartered Institute of Patent Attorneys ('CIPA') was vóór de Jackson Reforms sprake van een situatie waarin het MKB vanwege de vrees voor een hoge rekening van de wederpartij zelfs in kansrijke zaken afzag van het instellen van een gerechtelijke procedure:

*'Small and medium size enterprises are deterred from launching meritorious claims by the fear of being obliged to pay a large cost bill for the other side, if the inherently uncertain business of running the dispute means that it does not go as expected. Even the option of withdrawing is not without a costs risk. Such businesses might well prefer a regime where they are not liable for the other side's costs. They have some control over their own costs, and that gives greater certainty, even though the process in which they are engaged does have inherent uncertainties, as they cannot control what the other side may do and so what further action they may be called upon to do.'*⁵⁴

De mogelijke gevolgen van een volledige proceskostenveroordeling voor potentiële, minder welgestelde *court users* hebben de nodige aandacht gekregen in het kader van de hervormingen van de Civil Procedure Rules.⁵⁵ Verschillende wetenschappers

52 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 82. In Engeland & Wales is men daarom overgestapt op gefixeerde tarieven in bepaalde procedures, waaronder procedures voor *The Intellectual Property Enterprise Court*; zie hiervoor hoofdstuk 7.

53 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81.

54 Jackson 2009, p. 257-258.

55 Zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 7.

en belanghebbenden hebben er in die context op gewezen dat de dreiging van een onbepaalde en onvoorspelbare proceskostenveroordeling voor sommige partijen ('small businesses') meer afschrikt dan het vooruitzicht dat de eigen kosten niet verhaald kunnen worden in geval van winst. De reden daarvoor is gelegen in de gewenste (of zelfs nodige) controle, die wél op de eigen kosten maar niet op de adverse costs kan worden uitgeoefend.⁵⁶

Meerdere respondenten wijzen erop dat de onvoorspelbaarheid van een eventuele proceskostenveroordeling invloed kan hebben op de beslissing schikken/procederen.

'[D]e kosten van de wederpartij zijn lastig in te schatten en al helemaal niet in de hand te houden. Zeker kleine bedrijven zien vaker af van procederen omdat het risico van een volledige proceskostenveroordeling voor hen te groot is.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'De proceskosten zijn niet beheersbaar en vormen – met name voor kleine ondernemingen die moeten optreden tegen grote partijen – een (te) groot risico.' (Octrooi/pharma, 20 jaar ervaring)

'Gezien de beroepsregels zouden cliënten vooraf moeten worden ingelicht over de mogelijkheid tot het verkrijgen van of het tegen zich krijgen van een proceskosten toewijzing resp. veroordeling in IE-zaken. Ondanks de indicatietarieven is het onmogelijk vooraf aan te geven wat een procedure in worst-case scenario voor de cliënt gaat kosten (tenzij er een kostenafsprake wordt gemaakt). Rechteren gaan verschillend om met de tarieven. Zelfs in vonnissen zie je verschillende motiveringen voor verschillende bedragen. Bij winst in een procedure is er natuurlijk niets aan de hand, maar je weet vooraf niet zeker of je gaat winnen.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

'Het risico op een veroordeling in de volledige proceskosten van de wederpartij is, met name bij het MKB, een reden om niet te procederen en/of een procedure niet door te zetten. Dat heeft met name te maken met het feit dat de uitkomst van een IE procedure vaak onzeker is en geschillen doorgaans in een kortgedingprocedure worden beslist waardoor na de voorlopige voorziening nog een bodemprocedure aanhangig gemaakt moet worden en bovendien altijd hoger beroep ingesteld kan worden. In die vervolgpcedures geldt dan eveneens het risico op veroordeling van de werkelijke kosten. Het totale financiële risico lijkt voor veel bedrijven te hoog om een procedure door te zetten. Daarbij komt dat indicatietarieven vaak niet gevolgd worden en dat – met name in het geval de eigen kosten ook ver boven de indicatietarieven liggen – bezwaar vaak lastig is. De totale kosten voor een procedure, dus eigen kosten plus het risico voor het betalen van de kosten van de wederpartij in alle instanties, kunnen dan voor het MKB te hoog zijn om te kunnen betalen.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

56 Lord Justice Arnold 2009; Jackson 2009, p. 13: 'Some litigants (e.g. small businesses) may regard the risk of incurring indeterminate costs liability to the other side if they lose worse than the risk of failing to recover all their own costs if they win. A party can control the costs which he incurs. A party cannot control the costs which the other side may be running up. Nor can a retrospective detailed assessment achieve such control.' Zie ook Jackson 2009, p. 257-258. Tot deze constatering komen ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 78 e.v.

Uit het bovenstaande kan een verband worden afgeleid tussen risicohouding en vermogen. Hoe minder vermogend, hoe meer risicoavers.⁵⁷ Voor dat verband bestaat theoretisch bewijs.⁵⁸ In deze context is theoretisch aangetoond dat de verhouding tussen de procesuitgaven van eiser en verweerder van invloed kan zijn op de beslissing schikken/procederen. Als verwacht wordt dat de procesuitgaven van de verweerder stijgen ten opzichte van die van de eiser, dan ontmoedigt de *English rule* volgens de theorie niet alleen zwakke zaken maar ook zaken met hoge winstkans. Ook hier geldt dat de kans – hoe gering ook – dat de eiser al die kosten zal moeten betalen hem ervan zal doen afzien van het instellen van een vordering of het voeren van verweer.⁵⁹ Andersom zou de bereidheid om te procederen groter zijn onder de *English rule* indien de eiser verwacht meer uit te zullen geven aan de procedure dan de verweerder.⁶⁰

Volgens een aantal respondenten kunnen de verwachte uitgaven van de wederpartij de beslissing om wel of niet te procederen inderdaad beïnvloeden.

'Als gevolg van 1019h is het voor kleinere partijen vrijwel onmogelijk om een grote partij (bijgestaan door een groot en duur advocatenkantoor) te dagvaarden. Het financiële risico van een dergelijke procedure is voor een dergelijke kleine partij vrijwel niet te dragen.' (Soft IP, 7 jaar ervaring)

'M.n. kleinere en middelgrote partijen zijn eerder geneigd te schikken, aan sommaties te voldoen c.q. een procedure niet te starten, vanwege het risico van de volledige kostenveroordeling, vooral als de andere partij groter is.' (Soft IP, 20 jaar ervaring)

'Harde inbreuken komen niet meer tot een procedure, gelet op het kostenrisico. De inbreukmaker stopt gewoon en moet een OV [onthoudingsverklaring, opm. ChV] tekenen onder de dreiging dat alsnog een procedure op zijn kosten wordt begonnen. Kansloze zaken worden niet meer begonnen, de eiser denkt beter na. Inhoudelijk interessante zaken met ongeveer 50/50 kans of daar omheen: die worden veelal niet geïnitieerd, omdat de eisende partij het risico op een kostenveroordeling niet aandurft. Of juist wel, in de veronderstelling dat de gedaagde partij zich dit niet kan veroorloven. In deze zaken speelt het kostenrisico een dwingende, maar zeer oneigenlijke rol.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

Sommige respondenten stellen in dat verband dat art. 1019h Rv de ongelijkheid tussen partijen kan versterken.

'1019h werkt een deep pocket aanpak door grote spelers in de hand. Het versterkt ongelijkheid van partijen.' (Soft IP, 5 jaar ervaring)

57 Volgens Knutsen wordt de *everyday litigant*, voor wie het privévermogen op het spel staat, uit het civiele rechtssysteem van Canada geweerd; Knutsen 2010, p. 113 e.v.

58 Shavell 1982, p. 4; Visscher & Schepens, p. 13; Rowe 1984, p. 170

59 De Mot & De Geest 2004, p. 51; Visscher & Schepens 2010, p. 12

60 Mits uiteraard de vordering kans van slagen heeft; Visscher & Schepens 2010, p. 12.

'Risico is dat 'deep pockets' een onredelijk voordeel krijgen omdat die het risico van verlies kunnen dragen, waardoor ze ook in zaken met beperkte kansen kleinere partijen op de knieën kunnen dwingen.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

'Aanmoedigend effect kan er alleen zijn als er sprake is van groot tegen klein; groot kan financieel langer volhouden en langer uitzitten.' (Soft IP, 17 jaar ervaring)

'Inbreukmakers, niet zijnde echte piraten, worden door volledige proceskostenveroordeling wel erg zwaar gestraft. Er wordt ook misbruik van gemaakt, bijvoorbeeld door het meteen optuigen van draconische maatregelen tegen relatief kleine inbreuken.' (Combinatie, 15 jaar ervaring)

168 Het verhoogde uitgaven-effect van de *English rule*

Volgens de theorie zijn de procesuitgaven onder de *English rule* hoger dan onder de *American rule*.⁶¹ Dit geldt voor zowel eiser als gedaagde. In de literatuur zijn verschillende verklaringen hiervoor gegeven. In de eerste plaats geldt onder de *English rule* dat de kosten in het gunstigste geval voor rekening voor de wederpartij komen. De uitgaven worden in zeker zin gesubsidieerd door de wederpartij, hetgeen een reden kan zijn (voor partijen dan wel hun advocaten) om er een schepje bovenop te doen.⁶² Jackson – die campagne voert vóór een uitbreiding van het tariefstelsel in Engeland – verwoordt deze neiging als volgt:

*'[L]awyers are human. Those who are spending other people's money sometimes have a tendency to be over-generous, particularly when they are paying that money to themselves and expect the costs to be borne by their opponents. There therefore needs to be some effective control over the costs which are expended on litigation.'*⁶³

Een andere verklaring is dat partijen in de veronderstelling kunnen zijn dat hogere uitgaven een positieve invloed kunnen hebben op de winstkansen. Een gespecialiseerde advocaat met een bijpassend uurtarief kan worden gezien als een investering in een positieve uitkomst van de procedure.⁶⁴ Doet de wederpartij extra investeringen dan kan de perceptie ontstaan dat daarmee ook de kansen van deze partij toenemen. Het opschroeven van de eigen investeringen in de procedure in de veronderstelling dat dat de winstkansen vergroot – en de initiële investering beschermt – wordt wel *sunk cost auction* genoemd.⁶⁵

Empirisch onderzoek van Snyder & Hughes (1990) lijkt de theorie dat de *English rule* leidt tot hogere procesuitgaven te bevestigen.⁶⁶ In de periode 1980-1985 werd in

61 Coursey & Stanley 1988; Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8; Visscher & Schepens 2010, p. 11-12; zie ook De Mot & De Geest 2004, p. 50 met verwijzingen naar literatuur.

62 Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8; Sluijter 2011, p. 252; De Mot & De Geest 2004, p. 51; Faure & Philipsen 2008.

63 Jackson 2010, p. 415.

64 Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8; Sluijter 2011, p. 252.

65 Van Boom 2017, p. 9; Visscher & Schepens 2010, p. 11-12.

66 Snyder & Hughes 1990, p. 345-380.

Florida geëxperimenteerd met de *English rule* in medische aansprakelijkheidszaken. Snyder & Hughes vergeleken data uit die periode met data uit de periode voor en na het experiment, toen de *American rule* (weer) gold. Op basis daarvan stelden zij vast dat onder de *English rule* de uitgaven per proces toenamen. In de periode van het experiment stegen de procesuitgaven van verweerders in medische aansprakelijkheidszaken van 61,3% tot 108,1%.⁶⁷ Dit door Snyder & Hughes genoemde 'verhoogde uitgaven-effect' zou worden versterkt in geval van 'marginaal overoptimisme', waarvan sprake is indien partijen de mate waarin hogere uitgaven de kansen vergroten overschatten.⁶⁸

In Engeland heeft men daadwerkelijk ervaren dat proceskostenveroordeling op basis van de gewerkte uren niet efficiënt is en de kosten opdrijft.⁶⁹ Volgens Jackson is de recente kostenproblematiek voornamelijk te wijten aan het systeem van *hourly rate remuneration*:

*'Remuneration on a time basis rewards inefficiency. Unrestrained costs shifting drives parties to leave no stone unturned: the more costs mount up, the more determined each party becomes to ensure that the other party pays them. The result is inevitable – a civil justice system which is exorbitantly expensive.'*⁷⁰

Een aantal respondenten heeft ervaren dat de procesuitgaven stijgen onder invloed van art. 1019h Rv.

'Mijn indruk is dat, omdat het belang bij winst van de zaak groter is geworden (d.w.z. niet alleen de vordering zelf, maar óók de proceskosten), advocaten vaker 'alles uit de kast halen.' (Combinatie, 9 jaar ervaring)

'Veel advocaten lijken te denken: fijn, procederen op kosten van een ander, dus kan alle schroom worden afgeworpen.' (Combinatie, 30 jaar ervaring)

'Het belang om te winnen is toegenomen door het kostenaspect. Verlies is geen optie. Dat maakt dat er nog meer tijd is gemoeid met procedures. Ook gaat in elke procedure de nodige tijd uit naar de kostenopgave zelf.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

Sommige respondenten hebben ervaren dat art. 1019h Rv invloed kan hebben op de kosten die in rekening worden gebracht bij de cliënt of gevorderd in de procedure, als wordt verwacht dat deze kosten vergoed zullen worden door de wederpartij.

⁶⁷ Snyder & Hughes 1990, p. 345-380.

⁶⁸ De Mot & De Geest 2004, p. 51.

⁶⁹ Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, werd in Engeland – waar het sinds de inwerkingtreding van de Access to Justice Act in 2000 mogelijk was ook de (winst)premies te verhalen op de wederpartij – een stijging van ongeveer 25% van de procesuitgaven geconstateerd; Fenn, Grembi & Rickman 2014.

⁷⁰ Jackson 2016, p. 2.

'Ik meen dat advocaten doorgaans minder geneigd zijn declaraties te matigen, indien de kans bestaat dat de kosten kunnen worden verhaald op de tegenpartij.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

'Ik denk dat cliënten eerder voorgehouden wordt dat hogere advocaatkosten gerechtvaardigd zijn omdat de kosten 'toch' teruggevorderd kunnen worden bij een gunstige afloop van de procedure.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'[...] soms is een partij zo zelfverzekerd van slagen dat ik de indruk krijg dat er met een vork wordt geschreven.' (Combinatie, 7 jaar ervaring)

'Ik weet dat sommige advocaten wel kosten claimden in de procedure die zij nog niet in rekening hadden gebracht bij hun cliënten. Rechters zijn bovendien erg naïef over de hoogte van een redelijk tarief voor een IE-advocaat en schatten dit nmm te hoog in.' (Soft IP, 24 jaar)

'Voor de cliënt zal de rekening van de eigen advocaat naar mijn inschatting doorgaans duurder zijn geworden omdat men rekening houdt met vergoeding van die kosten door de wederpartij achteraf, waar in het verleden 'over-uren' minder gemakkelijk gefactureerd zouden zijn.' (Soft IP, 8 jaar ervaring)

Andere respondenten zijn van mening dat art. 1019h Rv geen invloed heeft op de kosten die in rekening worden gebracht bij de cliënt c.q. worden gevorderd in de procedure.

'In de farma/octrooi praktijk zie ik eigenlijk geen verschil. Het is niet opeens duurder of goedkoper geworden. Maar ook bij mijn andere zaken zie ik geen verschil. Volgens mij ga je een zaak niet anders behandelen door 1019h Rv., ik niet in ieder geval en mijn rekeningen veranderen er ook niet door.' (Octrooi/pharma, 19 jaar ervaring)

'De kosten die gemoeid zijn met een IE zaak worden bepaald door de aard van de zaak en de mate van voorbereiding, niet door 1019h Rv.' (Combinatie, 10 jaar ervaring)

'Uiteindelijk factureer je de daadwerkelijk gemaakte kosten. Een kostenveroordeling volgt erna, zodat daar ook geen verband tussen kan zitten.' (Soft IP, 4 jaar ervaring)

Er is ook gewezen op oorzaken die buiten de sfeer van art. 1019h Rv liggen, zoals stijgende uurtarieven, inflatie, de neiging naar een meer Angelsaksische manier van procederen, de toegenomen complexiteit van procederen in IE-zaken vanwege de veelheid aan Europese regelgeving, waardoor een hoge specialisatie vereist is (en de betrokkenheid van meer dan één advocaat nodig kan zijn).

'De tarieven van advocaten zijn sinds de invoering van 1019h flink toegenomen, maar niet meer dan de tarieven van niet IE-advocaten.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

'De kosten van IE-procedures zijn in de afgelopen jaren zeker toegenomen al denk ik niet dat dit het gevolg is van 1019h Rv, maar meer van de complexiteit van de regelgeving en vanwege het feit dat het internet meer mogelijkheden biedt voor uitgebreid feitenonderzoek waar vervolgens over gedebatteerd moet worden.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

Een aantal respondenten heeft ervaren dat de kosten die in de procedure worden gevorderd verband kunnen houden met de slagingskans van de vordering of het verweer.

'Ik heb niet het idee dat cliënten hogere rekeningen accepteren vanuit het idee alles of niets. De 'eigen' rekening staat redelijk los van 1019h – waarmee niet gezegd is dat dat ook ziet op de kosten die gepresenteerd worden bij de rechtbank. Die kunnen hoger gepresenteerd worden als men zich zeker voelt, of juist lager bij onzekerheid (om de indruk van een kleine zaak te wekken).'' (Soft IP, 14 jaar ervaring)

'Bij een sterke zaak zie je dat ervoor wordt gekozen om ruime kosten in rekening te brengen (meer richting het maximumtarief van de Indicatie tarieven) en bij een zwakke zaak wordt bij de kosten meer aangesloten bij het minimumtarief van de Indicatie tarieven.' (Soft IP, 15 jaar ervaring)

'Hele moeilijke vraag omdat er zoveel aspecten aan dit verschijnsel zitten. Enerzijds wil je liever niet boven de indicatie tarieven zitten, maar dat mag nooit leiden tot een verminderde inzet als die aangewezen is. Soms schiet de wederpartij door en voel je de noodzaak om het procesrisico te beperken door zelf onder het indicatie tarief te blijven, zodat vanuit die positie de redelijkheid van de door de wederpartij gemaakte kosten kan worden bestreden.' (Soft IP, 11 jaar ervaring)

'Ik weet niet of het kostbaarder of juist minder kostbaar is geworden, maar 1019h Rv heeft wel invloed op 'de kosten die gemoeid zijn met', omdat de partij die minder sterk staat (of zwakker komt te staan gedurende de procedure) minder uren zal opvoeren en de partij die sterk staat (of komt te staan) uren zal gaan 'plussen'. Er is mijns inziens nooit écht sprake van de 'redelijke en evenredige kosten', omdat de urenstaten bijna nooit de 'echte' zullen zijn.' (Soft IP, 4 jaar ervaring)

Volgens de theorie leidt de *English rule* dus tot hogere procesuitgaven, terwijl (zoals hiervoor toegelicht) de verwachte uitgaven van de wederpartij een rol kunnen spelen bij de beslissing om al dan niet te procederen. Op basis hiervan zou kunnen worden aangenomen dat de *English rule* een hogere drempel opwerpt om te procederen dan de *American rule*. Theoretisch is aangetoond dat het verhoogde uitgaven-effect van de *English rule* tot minder procedures en meer schikkingen leidt.⁷¹ Schikkingen zouden onder de *English rule* aantrekkelijker worden bevonden, omdat daarmee nog hogere procesuitgaven kunnen worden voorkomen. Dat zou met name gelden in zaken waarin één of meer partijen risicoavers zijn.⁷² Steun voor deze theorie kan worden gevonden in de resultaten van het empirisch onderzoek van Snyder & Hughes (1990), die constateerden dat in de experimentele periode het percentage eisers dat de claim liet vallen hoger lag.⁷³ Tevens stelden zij vast dat het verhoogde uitgaven-effect tot meer schikkingen leidde, omdat procederen daardoor duurder was geworden dan schikken.⁷⁴ Op basis van dezelfde data is een toename van het aantal uitspraken waarin de eiser in het gelijk is gesteld geconstateerd.⁷⁵

71 Visscher & Schepens 2010, p. 13.

72 Visscher & Schepens 2010, p. 15.

73 Snyder & Hughes 1990.

74 Snyder & Hughes 1990; zie ook De Mot & De Geest 2004, p. 52.

75 Hughes & Snyder 1995, p. 225-250.

Tot vergelijkbare resultaten kwamen Coursey en Stanley, die experimenteerden met proefpersonen die hypothetische casus voorgelegd kregen.⁷⁶ Coursey en Stanley's voornaamste conclusie was dat de *English rule* tot meer schikkingen leidde. Bovendien constateerden zij dat in de gevallen waarin één der partijen in een minder gunstige positie verkeerde, de *English rule* ten opzichte van de *American rule* tot voor de onderliggende partij minder gunstige schikkingen leidde.⁷⁷

Volgens meerdere respondenten is de schikkingsbereidheid van partijen onder invloed van art. 1019h Rv groter geworden.

'De inzet wordt hoger en partijen willen geregeld de [...] onzekerheid over een hoge proceskostenveroordeling bij voorkeur afkopen.' (Soft IP, +25 jaar ervaring)

'Het vanwege artikel 1019h Rv toegenomen procesrisico leidt tot minder bereidwilligheid om te procederen. Cliënten geven doorgaans de voorkeur aan de zekerheid die een minnelijke regeling biedt.' (Combinatie, 9 jaar ervaring)

'Met het Zwaard van Damocles boven het hoofd van een dreigende procedure en dus bijbehorende kostenveroordeling is het voor rechthouders eenvoudiger om een zaak te schikken met beoogd resultaat.' (Soft IP, 5 jaar ervaring)

'Als mijn cliënt evident inbreuk maakt, raad ik hem af te procederen en te schikken om de schade zoveel mogelijk te beperken. Als een wederpartij inbreuk maakt, ontvangt de wederpartij waarschijnlijk hetzelfde advies, omdat er dan meteen wordt geschikt. Vaker is het echter niet duidelijk of er sprake is van inbreuk. Waar ik doorgaans cliënten nog wel zou adviseren om te procederen bij een 50% slagingskans, doe ik dat bij IE niet gelet op risico van proceskostenveroordeling. Dan zou cliënt dubbel gestraft worden.' (Soft IP, 7 jaar ervaring)

'1. De beslissingen in IE-zaken zijn zeer onvoorspelbaar; 2. Zelfs al heeft de cliënt een sterke zaak kan hij verliezen en soms tot wel ca 40.000 eur proceskosten moeten betalen; behalve dat dit veel geld is, betekent dat ook gezichtsverlies; 3. Zelfs als hij wint, is de kans op hb [hoger beroep, opm. toegevoegd] extra groot doordat de tegenpartij de proceskosten moet betalen (de proceskostenveroordeling werkt polariserend); 4. De hoge raad komt dan in zicht; dit betekent ca 6-8 jaar procederen met alle kosten en energieverspilling van dien; 5. Een schikking heeft daarom de voorkeur.' (Soft IP, 24 jaar)

169 Het optimisme-effect van de *English rule*

Een ander effect dat wordt toegeschreven aan de *English rule* leidt volgens de theorie juist tot *minder* schikkingen. Gedoeld wordt op het zogenaamd 'optimisme-effect'.⁷⁸ Partijen kunnen relatief optimistisch zijn ten aanzien van de kans van slagen van hun vordering. Relatief optimisme kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt door een (al dan niet terecht) hoge inschatting van de eigen kansen, door een advocaat die (over)

⁷⁶ Coursey & Stanley 1988.

⁷⁷ Zie Jackson 2009, p. 92.

⁷⁸ De Mot & De Geest 2004, p. 52; Sluijter 2011, p. 252; Katz & Sanchirico 2010, p. 13-15; Visscher & Schepens 2010, p. 15.

optimistisch is of een eigen belang heeft, en door informatieasymmetrie.⁷⁹ De *English rule* zou het optimisme-effect versterken, omdat de relatief optimistische partij niet alleen uitgaat van winst, maar ook van een (volledige) proceskosten-vergoeding.⁸⁰ Het optimisme-effect strekt zich met andere woorden uit tot de proceskosten.⁸¹ Onder deze omstandigheden geniet doorprocederen de voorkeur en wordt de schikkingsruimte kleiner, aldus de theorie.⁸²

Een aantal respondenten heeft gewezen op omstandigheden waaronder minder wordt geschikt en meer wordt geprocedeerd.

'Door 1019h zijn cliënten met een 'sterke' zaak eerder geneigd te gaan procederen. Aan de andere kant is het lastiger te onderhandelen vanwege de oplopende kosten en risico's en voordelen van proceskostenveroordelingen. De eisende partij zal eerder een groot deel van de kosten vergoed willen zien dan in reguliere zaken, wat de schikkingsbereidheid natuurlijk ook aantast.' (Soft IP, 4 jaar)

'Als er inmiddels hoge kosten gemaakt zijn voor de procedure, dan vormen deze kosten (en de kans dat deze door de wederpartij vergoed zullen worden) doorgaans wel een reden om de procedure door te zetten en niet meer te schikken tijdens de lopende procedure. Het lijkt dat men dan al over de drempel van het risico van een volledige kostenveroordeling heen is en men het dan belangrijker vindt zijn eigen kosten vergoed te krijgen.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

170 Andere effecten van de *English rule*

In het voorgaande is de theoretische (en praktische) invloed van de *English rule* op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen besproken. De invloed reikt evenwel verder.

Een in de literatuur beschreven direct effect van de *English rule* is dat het leidt tot zowel hogere kosten bij de rechterlijke macht als bij partijen zelf. Onder de *English rule* dienen rechters meer tijd te besteden aan de beslissing over de proceskosten dan in systemen waarbij elke partij de eigen kosten draagt of waar de proceskosten-vergoeding gefixeerd is. Dat geeft ruimte voor (en aanleiding tot) debat tussen partijen over de vraag welke kostenposten voor welk bedrag vergoed moeten worden.⁸³ De kosten die gemoeid zijn met (de voorbereiding voor) het debat over

79 Sluijter 2011, p. 220, 252; De Mot & De Geest 2004, p. 52; Jackson 2009, p. 91 e.v.

80 Katz & Sanchirico 2010, p. 13-15.

81 Visscher & Schepens 2010, p. 15; Katz & Sanchirico 2010, p. 6-8. Sluijter 2011, p. 252. Snyder & Hughes constateerden ook dat relatief optimisme van partijen die anticiperen op een proceskostenvergoeding de kans op een schikking verkleint; Snyder & Hughes 1990.

82 Posner 1973.

83 Sluijter 2011, p. 254. Dat wordt wel gezien in IE-zaken, waarin veel onduidelijk is over de toepasselijkheid van art. 1019h Rv, de toepasselijkheid van de Indicatie-tarieven, wat onder 'redelijk en evenredig' wordt verstaan, en wat als een eenvoudige en een overige zaak moet worden aangemerkt. Het zijn de rechtzoekenden in IE-zaken die op dit moment betalen voor deze onduidelijkheden; Sluijter 2014, p. 3 e.v.

de kosten maken bovendien deel uit van de eventuele vergoeding. In Engeland heeft men werkelijk last van *satellite litigation* over kosten, die als een zelfstandige kostenverhogende factor in de civiele procedure worden beschouwd.

'Er gelden extra verplichtingen (en dus werk): kostenoverzichten met toelichting, discussie over de procentuele toewijzing van de proceskosten. Wanneer 1019h Rv wel of niet van toepassing is etc.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'Gemiddeld genomen [is procederen in IE-zaken] iets kostbaarder, alleen al omdat het specificeren van de kosten tijd vraagt en ook de discussies over kosten meer aandacht en tijd vragen.' (Soft IP, +25 jaar ervaring)

Een positief effect dat aan de *English rule* wordt toegeschreven is dat de kwaliteit van de uitkomsten beter zou zijn dan onder de *American rule*.⁸⁴ Daarvoor worden in de literatuur verschillende redenen aangedragen. In de eerste plaats wordt gewezen op het feit dat kansloze zaken onder de *English rule* worden weggefilterd, en partijen meer in het algemeen worden gestimuleerd om de rechtspositie en de slagingskansen van vorderingen c.q. verweren beter te onderzoeken.⁸⁵ Dit zijn echter effecten die ook worden toegeschreven aan regelgeving op basis waarvan een partiële proceskostenveroordeling kan worden uitgesproken.⁸⁶ Voorts zou de *English rule* een positieve invloed hebben op het *ex ante* gedrag van potentiële overtreders van materiële rechtsnormen. Van het vooruitzicht van een volledige proceskostenveroordeling in een eventuele procedure zouden prikkels uitgaan om de rechtsnorm niet te overtreden.⁸⁷ Dit positieve effect wordt sterk gerelativeerd wanneer men zich realiseert dat de 'overtreder' in een procedure niet noodzakelijk de partij is die verliest (en de benadeelde de partij die wint).⁸⁸ Bovendien geldt dat lang niet alle civiele procedures geschillen over normschending betreffen, terwijl in geschillen waarin een partij is aangesproken op een beweerdelijke normschending vaak de vraag centraal staat óf in casu de norm is geschonden.⁸⁹

In systemen die de *English rule* huldigen leidt dit tot de fundamentele vraag, in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de verliezende partij in een zaak waarin strikt genomen geen sprake is van goed of fout, materieel gelijk of ongelijk, toch wordt 'bestraft' met een volledige proceskostenveroordeling.⁹⁰ Is het juist dat in een geschil dat te goeder trouw wordt voorgelegd aan de rechter de partij die uiteindelijk (om wat voor reden ook) aan het kortste eind trekt, de volledige kosten van de

84 Katz & Sanchirico 2010, p. 17; Sluiter 2011, p. 252-253.

85 Sluiter 2011, p. 253.

86 Zoals de Duitse proceskostenregel; zie hiervoor hoofdstuk 7.

87 Katz & Sanchirico 2010, p. 17; Sluiter 2011, p. 253.

88 Katz & Sanchirico 2010, p. 18.

89 Dat is ook het bezwaar van de toepassing van art. 1019h Rv in alle inbreukzaken, óók de zaken waarin de vraag of iets inbreuk maakt te goeder trouw wordt voorgelegd aan de rechter, en niet alleen de 'echte' namaak en piraterijzaken. Zie Driessen 2007, p. 343-348.

90 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 78; Rowe 1982.

wederpartij moet betalen?⁹¹ In deze context kan men zich ook afvragen in hoeverre het redelijk is dat de kosten voor een onjuiste rechterlijke beslissing voor rekening van één van de partijen komen.⁹²

'[...]1019h verhoudt zich [...] slecht met de vele 'twijfelgevallen' die ons vakgebied rijk is. IE is geen exacte wetenschap – een procespartij neemt in meer of mindere mate een gok, en de inzet is met 1019h een stuk hoger geworden.' (Soft IP, 6 jaar ervaring)

'Inbreukmakers, niet zijnde echte piraten, worden door volledige proceskostenveroordeling wel erg zwaar gestraft. Er wordt ook misbruik van gemaakt, bijvoorbeeld door het meteen optuigen van draconische maatregelen tegen relatief kleine inbreuken.' (Combinatie, 15 jaar ervaring)

Deze principiële overpeinzingen brengen mij bij de theoretische invloed van de *English rule* op de rechtsontwikkeling in het algemeen. Zoals aan de orde is gekomen kunnen regels die bedoeld zijn om zwakke zaken ontmoedigen, evenzeer zaken ontmoedigen die vanuit feitelijk en juridisch oogpunt interessant zijn, maar waarvan de uitkomst te onzeker is om een hoge proceskostenveroordeling te riskeren. Onder vigeur van (varianten van) de *English rule* zullen 'innovatieve' en vernieuwende argumenten, die kunnen breken met traditionele precedentes en uitgangspunten, de rechter niet snel meer bereiken.⁹³ Hetzelfde gaat op voor geschillen waarin vragen rijzen over de toepassing of uitleg van het (EU-)recht, terwijl een rechterlijke beslissing in dergelijke zaken kan bijdragen aan de rechtsontwikkeling.⁹⁴

'Als de zaak niet een enorm financieel belang vertegenwoordigt, maar juridisch en/of feitelijk gecompliceerd ligt waardoor de advocaten aan beide kanten veel kosten moeten maken (...) [d]an is de uitkomst van de zaak te onzeker om de financiële risico's van verlies te rechtvaardigen.' (Algemene praktijk, 7 jaar ervaring)

'Inhoudelijk interessante zaken met ongeveer 50/50 kans of daar omheen: die worden veelal niet geïnitieerd, omdat de eisende partij het risico op een kostenveroordeling niet aandurft. Of juist wel, in de veronderstelling dat de gedaagde partij zich dit niet kan veroorloven. In deze zaken speelt het kostenrisico een dwingende, maar zeer oneigenlijke rol.' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

91 Portugal en Spanje huldigen regels op grond waarvan onder dergelijke omstandigheden geen proceskostenveroordeling volgt; Hodges e.a. 2010, p. 78.

92 Zo heeft Verkade zich afgevraagd of een volledige proceskostenveroordeling op zijn plaats is in cassatie, waarin 'de inzet verschuift naar procesrechtelijke klachten zoals het passeren van essentiële stellingen, het passeren van een bewijsaanbod, tegenstrijdigheid in de motivering, e.t.q. Nu kan men allicht verdedigen dat het 'steken laten vallen' in een I.E.-zaak door één van beide partijen op de voet van art. 14 van de Richtlijn nog 'bestraft' mag worden met een 'hoge' kostenveroordeling op de voet van dat artikel (dat ook geldt voor de in het ongelijk gestelde eiser), maar de vraag is (vooral) of dat ook moet gelden voor de kosten in cassatie van redressering van een rechterlijke fout.' Conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2008:BC2153) voor HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Nieuw-Amsterdam*), sub 7.5.

93 Prichard 1988, p. 451 e.v.; Kritzer 2001, p. 1948; Katz & Sanchirico 2010, p. 35-36.

94 Vgl. Corstens & Kuiper, 2014, p. 18.

In de literatuur is wel betoogd dat de hier beschreven fundamentele bezwaren tegen volledige proceskostenveroordeling de matiging van de proceskosten aan de hand van tarieven, *costs caps* of *benchmarks* rechtvaardigen. In nr. 173 en in het volgende hoofdstuk worden deze gedachten nader uitgewerkt.

171 **Het overall effect van de *English rule* op het aantal schikkingen en procedures**

Op basis van de studies kunnen geen eenduidige conclusies worden getrokken ten aanzien van het *overall effect* van de *English rule* op het aantal schikkingen en procedures.⁹⁵ Verschillende rechtswetenschappers die een poging hebben gewaagd de meest relevante theoretische en empirische studies op dit terrein in kaart te brengen zijn gekomen tot deze constatering.⁹⁶ De besproken empirische studies geven richting, maar zijn in zeer specifieke situaties uitgevoerd, waardoor het niet mogelijk is om op basis van de resultaten algemene uitspraken te doen over de effecten van de *English rule* ten opzichte van de *American rule*.⁹⁷ De studies bevatten ook geen informatie over de invloed van de *English rule* op het aantal zaken en zeggen dus niets over de invloed van de regel op het totale volume van zaken en schikkingen.⁹⁸

Of de *English rule* nu leidt tot meer of minder procedures en meer of minder schikkingen, zal afhangen van het relatieve gewicht van verschillende factoren zoals risicoaversiteit, het verhoogde uitgaven-effect en het (relatief) optimisme-effect. Maar ook andere factoren die hier niet zijn besproken, zoals mogelijke *loss aversion* (verliesaversie) kunnen een rol spelen.

Volgens sommige respondenten kan verliesaversie sterker zijn onder invloed van art. 1019h Rv.

'Het belang om te winnen is toegenomen door het kostenaspect. Verlies is geen optie. (...)' (Soft IP, 12 jaar ervaring)

Ten aanzien van het *overall effect* van art. 1019h Rv zijn de resultaten van de enquête ambigu, omdat tegengestelde geluiden klinken op de vraag of onder invloed van art. 1019h Rv meer of minder dagvaardingen worden uitgebracht, en meer of meer schikkingen (in de verschillende fases). In lijn met de theorie kan uit de antwoorden worden afgeleid dat de beslissing procederen of niet (en schikken of niet) naast de slagingskans afhangt van factoren zoals

95 De Mot & De Geest 2004, p. 52; Visscher & Schepens 2010, p. 15; Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 35.

96 Sluijter 2011, p. 250 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 35; De Mot & De Geest 2004; Jackson 2009; Van Boom 2017, p. 6-9; Wagner 2009, p. 375.

97 Sluijter 2011, p. 255.

98 De Mot & De Geest 2004, p. 24.

het vermogen van een partij, de verwachte uitgaven van de wederpartij, de fase van de procedure etc. De uitkomsten van de enquête (iets minder dan de helft van de respondenten meent dat onder invloed van art. 1019h Rv minder wordt gedagvaard, en iets meer dan de helft meent dat meer wordt geschikt in de buitengerechtelijke fase) zijn dan ook relatief.

'Grote partijen schikken minder snel/dagvaarden eerder, terwijl kleine ondernemingen – ook als ze een op zich goede kans van slagen hebben – sneller schikken en minder snel dagvaarden.'

'Het risico van een substantiële proceskostenveroordeling wordt zorgvuldiger afgewogen dan voorheen, is voorafgaand aan een procedure vaker een reden om te willen schikken en is tijdens een procedure juist een reden om door te willen gaan.' (Soft IP, 15 jaar)

De studies brengen evenwel een aantal plausibele effecten aan het licht. In de literatuur is geconcludeerd dat de *English rule* ten opzichte van de *American rule* zwakke zaken ontmoedigt.⁹⁹ De *English rule* ontmoedigt daarnaast risicoaverse partijen, ongeacht de kans van slagen.¹⁰⁰ Een laatste conclusie waarover in de literatuur consensus lijkt te bestaan is dat de *English rule* ten opzichte van de *American rule* tot hogere uitgaven per procedure leidt.¹⁰¹

172 Analyse van de uitkomsten van de enquête in het licht van de theorie en empirie

Uit de enquête volgen indicaties dat art. 1019h Rv, in lijn met de theorie over de *English rule*, zwakke zaken ontmoedigt. Door art. 1019h Rv is men in zwakke zaken eerder geneigd af te zien van het entameren van een procedure, omdat de kans dat de eigen proceskosten én de – onvoorspelbare en onbeheersbare – kosten van de wederpartij moeten worden gedragen in die gevallen groot is. Volgens een aantal respondenten gaat van art. 1019h Rv niet alleen een ontmoedigend effect uit in zwakke zaken, maar ook in zaken die een kans van slagen hebben. Als de kans op verlies – en het risico van dubbele proceskosten – niet helemaal uitgesloten kan worden, kan dat voor bepaalde partijen aanleiding geven om af te zien van een procedure en/of de voorkeur te geven aan een schikking. Dat biedt steun aan de theorie, dat de *English rule* niet alleen zwakke zaken ontmoedigt, maar ook zaken die weliswaar kans van slagen hebben doch niet *'clear-cut'* zijn.

Tegelijkertijd kan volgens sommige respondenten slechts worden gesproken van *clear-cut* IE-zaken in geval van namaak of piraterij. Het vooruitzicht dat de eigen kosten in een dergelijk geval grotendeels of geheel worden vergoed kan volgens een enkeling zelfs een stimulans zijn om een zaak aanhangig te maken. Dat effect zou volgens een aantal respondenten zichtbaar zijn in zaken over online auteursrechtinbreuken

99 Katz & Sanchirico 2010, p. 35. Zie ook Sluijter 2011, p. 255; De Mot & De Geest 2004, p. 51; Jackson 2009, p. 93.

100 Katz & Sanchirico 2010, p. 35.

101 Jackson 2009, p. 93; Sluijter 2011, p. 255; Katz & Sanchirico 2010, p. 35.

(geschillen over een-op-een kopieën op internet met relatief gering belang, maar een grote kans van slagen). Een gevolgtrekking zou kunnen zijn dat van art. 1019h Rv een ontmoedigend effect uitgaat in alle zaken, behalve in namaak- en piraterij zaken. Er is echter opgemerkt dat bepaalde partijen zich niet laten leiden door art. 1019h Rv bij hun beslissing om te procederen of te schikken. Andere respondenten hebben opgemerkt dat 'kleine' partijen door art. 1019h Rv hoe dan ook afzien om te procederen, ongeacht de kans van slagen. Met andere woorden, art. 1019h Rv affecteert sommige partijen helemaal niet en andere partijen in alle zaken. Een verklaring voor deze ogenschijnlijke ambiguïteit kan mogelijk worden gevonden in de literatuur over de *English rule* en risicohouding. Omdat de risico's onder de *English rule* groter en onvoorspelbaarder zijn, kan worden aangenomen dat risicoaverse partijen sterker ontmoedigd raken. De resultaten van de enquête lijken steun te bieden aan de theorie dat van de *English rule* een ontmoedigend effect uitgaat voor risicoaverse partijen, ongeacht de kans van slagen.

Tevens lijkt uit de enquête te kunnen worden opgemaakt dat er een verband is tussen risicohouding en financiële draagkracht – een verband dat ook in de literatuur is gelegd. Het risico – hoe gering ook – op een veroordeling in de kosten ex art. 1019h Rv lijkt minder vermogende partijen sterker te ontmoedigen dan grote, vermogende partijen. Minder vermogende partijen zullen door een proceskostenveroordeling op grond van art. 1019h Rv financieel harder (mogelijk zelfs in hun privévermogen) getroffen worden dan partijen die een buffer hebben of de risico's kunnen afwentelen, en sneller geneigd zijn om een procedure te voorkomen. Dat effect lijkt te worden versterkt indien wordt verwacht dat de wederpartij hogere procesuitgaven zal hebben. Enerzijds is erop gewezen dat eisers onder die omstandigheden eerder zullen afzien van dagvaarden. Dat is een effect dat tevens is beschreven in de literatuur. Volgens sommige respondenten zullen verweerders met verwachte geringere procesuitgaven eerder schikken. Anderzijds kan art. 1019h Rv ook effect hebben op de eisende partij die verwacht hogere procesuitgaven te zullen hebben dan de wederpartij, zo volgt uit de enquête. Terwijl volgens de theorie de *English rule* onder deze omstandigheden tot een grotere bereidheid leidt om een procedure op te tuigen, wijst de enquête ook in de richting van het gebruik (of misbruik) van de regel als pressiemiddel om de wederpartij tot een schikking te dwingen. Uit de enquête lijkt aldus te volgen dat art. 1019h Rv in zaken waarin partijen over ongelijke financiële middelen beschikken per saldo zal leiden tot minder procedures (en meer schikkingen).

Voorts zijn er indicaties dat art. 1019h Rv – althans volgens een aantal respondenten – leidt tot hogere procesuitgaven, een effect dat in de literatuur is toegeschreven aan de *English rule*. De veronderstelling dat de kosten 'toch' kunnen worden verhaald op de wederpartij, evenals de verwachting dat hogere uitgaven de kans op winst vergroten, zijn genoemde oorzaken die aansluiten bij het theoretische 'verhoogde uitgaven-effect' en 'optimisme-effect' van de *English rule*. Er zijn echter ook respondenten die wijzen op oorzaken van de verhoogde kosten in IE-procedures die buiten de sfeer van art. 1019h Rv liggen. Ook zijn meerdere respondenten van mening dat art. 1019h Rv geen effect heeft op de kosten van IE-procedures. Er is zelfs beweerd

dat IE-procedures minder kostbaar zijn geworden onder invloed van art. 1019h Rv en de Indicatie-tarieven. Ten aanzien van de vraag of art. 1019h Rv leidt tot hogere uitgaven kan op basis van de enquête dus geen uitspraak worden gedaan.

173 De invloed van tarieven op de effecten van de *English rule*

173a De *German rule*

Het voornaamste verschil tussen de *English rule* en art. 1019h Rv is dat de redelijkheid en evenredigheid van laatstgenoemde regel zijn ingevuld door zogenaamde Indicatie-tarieven, die sinds medio 2008 gelden in procedures in eerste aanleg en sinds 1 januari 2015 voor procedures in hoger beroep en cassatie.¹⁰² Voor een meer nauwkeurige en genuanceerde benadering van de werkelijke effecten van art. 1019h Rv ligt voor de hand dat ook de effecten worden besproken van *costs shifting* op basis van tarieven, in de literatuur voor de eenvoud ook wel de *German rule* genoemd.¹⁰³

In de EU komen vele varianten van de *German rule* voor.¹⁰⁴ Grofweg kan onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten tarieven: (i) tarieven die het resultaat zijn van een schatting van de werkelijke (redelijke) kosten van de winnende partij (zoals het Duitse tariefstelsel) en (ii) tarieven die bewust lager zijn afgesteld (zoals de Belgisch tarieven en het Nederlands liquidatie-tarief).¹⁰⁵ De tarieven kunnen gekoppeld zijn aan het zaaksbelang, zoals in Duitsland waar wordt gewerkt met aantallen punten per soort vergoeding (*Verfahrensgebühr*, *Terminsgebühr* of *Einigungsgebühr*, zie hoofdstuk 7). In België gelden basis-, minimum- en maximumbedragen gekoppeld aan het zaaksbelang (soort en aantal proceshandelingen zijn, anders dan bij 'ons' liquidatie-tarief, niet relevant). Soms zijn tarieven gekoppeld aan het type procedures, zoals de Indicatie-tarieven (die onderscheid maken tussen kort geding en bodemprocedures, en waarbij het toepasselijk tarief afhangt van de complexiteit). De tarieven die gelden bij de IPEC maken onderscheid tussen inbreuk- en geldigheidsprocedures enerzijds en procedures over schadevergoeding en winstafracht anderzijds, terwijl per type procedure maximumtarieven gelden per proceshandeling.¹⁰⁶ Ten slotte kunnen de tariefstelsels rigide zijn, in de zin dat afwijken niet mogelijk is of alleen in uitzonderlijke gevallen (voorbeelden zijn het Duitse stelsel, het Belgische en de tarieven bij de IPEC) of flexibel (zoals de Nederlandse Indicatie-tarieven tot zeker 1 april 2017).

Volgens de theorie kan de introductie van tarieven zowel positieve als negatieve invloed hebben op de effecten van de *English rule*. De precieze effecten van proceskostenveroordeling op basis van tarieven zullen echter sterk afhangen van de details.

102 De Indicatie-tarieven in IE-zaken zijn te raadplegen via rechtspraak.nl. De Indicatie-tarieven gelden niet in octrooizaken. Voor deze categorie zaken zijn de nuances op de effecten van de *English rule* die in deze paragraaf worden besproken dus niet relevant.

103 Van Boom 2017, p. 20.

104 Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 18-19.

105 Jackson 2009, p. 12-13

106 Zie hiervoor hoofdstuk 7.

Daardoor heeft een onderzoek naar 'de' effecten van proceskostenveroordeling op basis van tarieven inherente beperkingen. De indicatieve (niet-bindende) aard en de onduidelijkheden rond de toepassing van de Indicatie tarieven in IE-zaken maken een dergelijke exercitie extra gecompliceerd. Niettemin is het zinvol om de algemene theorie over de invloed van de *German rule* op de effecten van de *English rule* te bespreken. Door vervolgens de specifieke kenmerken van de Indicatie tarieven te belichten, kan de invloed van de Indicatie tarieven in IE-zaken op de effecten van art. 1019h Rv meer nauwkeurig in kaart worden gebracht.

173b De positieve invloed van tarieven op de effecten van de *English rule*

Volgens de theorie is de voorspelbaarheid één van de belangrijkste voordelen van proceskostenveroordeling op basis van tarieven ten opzichte van de *English rule*.¹⁰⁷ Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, is proceskostenveroordeling op basis van de *English rule* zeer onvoorspelbaar, omdat een partij geen zicht heeft op de uitgaven van de wederpartij en de rechter doorgaans een grote beoordelingsvrijheid heeft bij de proceskostenbeslissing. In dat verband is geconstateerd dat de onvoorspelbaarheid een zelfstandige en negatieve invloed kan hebben op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen. Deze negatieve effecten zullen dus worden weggenomen indien de *English rule* wordt vervangen door een stelsel waarbij de voor vergoeding in aanmerking komende (advocaat)kosten beperkt en standaard berekend worden aan de hand van tarieven. Onder een dergelijk systeem kunnen partijen de risico's vooraf nauwkeuriger inschatten (althans kunnen advocaten hun cliënten beter adviseren), terwijl de kosten van rechtsbijstand beter en tegen lagere premies verzekeraar zijn.¹⁰⁸

Tariefstelsels zijn niet per definitie geschikt om de negatieve effecten van de onvoorspelbaarheid van de *English rule* weg te kunnen nemen. Hodges, Vogenauer & Tulibacka constateren op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat voorspelbaarheid van de kosten van de wederpartij alleen dan kan worden bereikt indien 'straightforward' tarieven van toepassing zijn, die losstaan van de werkelijke uren en kosten.¹⁰⁹ De tarieven dienen bovendien strikt te worden toegepast, met slechts een beperkt aantal helder geformuleerde (en dus voorspelbare) uitzonderingen.¹¹⁰ Ook Sluijter toont aan dat duidelijke (maximum)tarieven – die de rechter weinig beoordelingsruimte bieden en waarbij scherpe criteria gelden op basis waarvan afgeweken kan worden – vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en voorspelbaarheid de voorkeur genieten.¹¹¹

¹⁰⁷ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81 e.v.; Sluijter 2011, p. 272; Jackson 2009, p. 12-13; Jackson 2016.

¹⁰⁸ Dat is een belangrijk kenmerk van de zeer voorspelbare proceskosten in Duitsland; zie hiervoor hoofdstuk 7. Zie ook Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 78; Jackson 2016, p. 6.

¹⁰⁹ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81-82. Zij wijzen in dat verband op de voordelen van de 'dubbele voorspelbaarheid' van het Duitse systeem; zie hiervoor ook hoofdstuk 7.

¹¹⁰ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 81-85.

¹¹¹ Sluijter 2011, p. 276 e.v.

De toepassing van de Indicatie-tarieven in IE-zaken tot 1 april 2017 voldoet in dit opzicht niet (zie ook Sluiter 2011, p. 275 en 289). Zoals eerder aan de orde is gekomen, maken de tarieven onderscheid tussen procedures in kort geding en bodemprocedures. De hoogte van de tarieven is gekoppeld aan de complexiteit van de procedure, waarbij gezichtspunten worden genoemd als de omvang van het feitenonderzoek, de omvang van het verweer, de grondslagen van de vorderingen, het aantal producties en de noodzaak tot het optreden van meer dan één advocaat, maar ook de senioriteit en de eventuele specialisatie van de advoca(a)t(en). Afwijken is steeds mogelijk en komt ook vaak voor, mits de afwijking door de eiser 'goed' gemotiveerd wordt. Niet-betwiste kosten worden doorgaans integraal toegewezen. Hoe de beslissing over de proceskosten uit zal vallen hangt dus af van verschillende factoren, terwijl de beoordeling van de complexiteit op basis van de gezichtspunten tamelijk subjectief is. Hetzelfde geldt voor de beoordeling van de deugdelijkheid van de onderbouwing van de vordering c.q. de motivering van het eventuele verweer. Of de Indicatie-tarieven van toepassing zijn (en zo ja, welk tarief) was dus steeds onzeker.

'(...) Ondanks de indicatie-tarieven is het onmogelijk vooraf aan te geven wat een procedure in worst-case scenario voor de cliënt gaat kosten (tenzij er een kostenafpraak wordt gemaakt). Rechter gaan verschillend om met de tarieven. Zelfs in vonnissen zie je verschillende motiveringen voor verschillende bedragen. Bij winst in een procedure is er natuurlijk niets aan de hand, maar je weet vooraf niet zeker of je gaat winnen.' (Soft IP, 9 jaar ervaring)

Volgens de theorie kunnen tarieven de prikkels om hoge(re) procesuitgaven te doen in belangrijke mate wegnemen. Er bestaan geen prikkels voor advocaten om meer werk te verrichten of meer uren in rekening te brengen in de veronderstelling dat de wederpartij deze zal dragen, indien de proceskostenvergoeding gefixeerd is.¹¹² Tegelijkertijd wordt aan tarieven ook wel het positieve effect toegeschreven, dat zij als *benchmark* fungeren en als zodanig een dempende werking op de eigen procesuitgaven kunnen hebben.¹¹³ Voorwaarde voor een dergelijke positieve uitwerking van tarieven is wederom, dat de tarieven strikt worden gehanteerd en afwijken slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.

Volgens sommige respondenten hebben de Indicatie-tarieven een dempend effect op de uitgaven.

'Advocaten moeten thans in feite verantwoording afleggen over hun kosten. Dat heeft - in ieder geval bij sommige advocaten - het effect gehad dat men kritischer naar de eigen kosten kijkt. De cliënt zal dat nu ook vaker doen omdat de kosten van zijn advocaat in een perspectief worden geplaatst (denk aan indicatie-tarieven). Omdat het mijn ervaring is dat de indicatie-tarieven 'laag' staan afgesteld heeft dit naar mijn mening dus eerder een prijsverlagend dan -verhogend effect.' (Soft IP, 11 jaar)

¹¹² Sluiter 2011, p. 257 en 272; Wagner 2009, p. 377.

¹¹³ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 82; Jackson 2016.

'In mijn praktijk heeft [art. 1019h Rv] weinig tot geen invloed op de kosten. Ik probeer wel enigszins rekening te houden met de indicatietarieven. In die zin staat de rem er misschien toch wel op.' (Soft IP, 3 jaar)

'Advocaten schrijven vaker eerder af, door mitigerende werking IE-indicatietarieven.' (Combinatie, 10+ jaar ervaring)

Ten slotte is theoretisch vastgesteld dat een tariefstelsel de negatieve effecten van de *English rule* op de totale kosten wegneemt. Het feit dat advocaten geen tijd meer hoeven te besteden aan urenspecificaties en de voorbereiding van de vordering c.q. het verweer of een eventueel debat bespaart tijd en kosten.¹¹⁴ Indien de beoordelingsruimte van de rechter – en daarmee de discussieruimte voor partijen – beperkt is, bestaat ook weinig aanleiding om daaraan tijd en kosten te besteden (die bovendien voor eigen rekening zullen komen).¹¹⁵

Uit de reacties van verschillende respondenten kan worden afgeleid, dat de toepassing van de Indicatie-tarieven (tot 1 april 2017) de negatieve effecten van de *English rule* op de totale kosten niet wegneemt. Omdat de tarieven de rechter niet binden en afwijken mogelijk is, zullen partijen onverminderd tijd besteden aan specificaties, het onderbouwen van de vordering c.q. het verweer en het voorbereiden van een eventueel debat over de kosten.

173c De negatieve invloed van tarieven op de effecten van de *English rule*

Proceskostenvergoeding op basis van tarieven kan ook positieve effecten van de *English rule* wegnemen. De verwachting is dat onder de *German rule* meer zaken met een geringe slagingskans voor de rechter zullen komen, hetgeen in theorie invloed kan hebben op de kwaliteit van uitkomsten.¹¹⁶

Een evident nadeel van een tariefstelsel is de mogelijkheid van een *recoverability gap*, dat – afhankelijk van de hoogte van de tarieven en de kenmerken waaraan deze zijn gekoppeld (waarde van de vordering, proceshandelingen, complexiteit) soms zelfs prohibatieve proporties kan aannemen. Het standaardiseren van proceskosten doet afbreuk aan de mogelijkheid van een op maat gesneden proceskostenveroordeling, waarmee recht kan worden gedaan aan de omstandigheden van het concrete geval. Met name de grotere, complexe procedures met een groot zaaksbelang (*'heavy' litigation*¹¹⁷) zouden niet geschikt zijn voor standaardisering van de proceskosten aan de hand van tarieven.¹¹⁸ Het vooruitzicht dat een deel van de kosten niet wordt vergoed zal vermoedelijk zwaarder wegen voor financieel zwakkere partijen.

¹¹⁴ Sluijter 2011, p. 289; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 85.

¹¹⁵ Sluijter 2011, p. 257; Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 84-85.

¹¹⁶ Vgl. Sluijter 2011, p. 258; Wagner 2009.

¹¹⁷ Jackson 2009, p. 14.

¹¹⁸ Hodges, Vogenauer & Tulibacka 2010, p. 85; Jackson 2010, p. 169 e.v.

Zoals hiervoor echter al aan de orde is gesteld volgt uit de theorie, maar ook uit het onderzoek van Jackson in het kader van de hervormingen van de Civil Procedure Rules dat juist die partijen het vooruitzicht van niet-vergoedbare eigen kosten als minder *deterrent* ervaart dan de dreiging van een onvoorspelbare proceskosten-veroordeling.¹¹⁹ Tegelijkertijd draagt de voorspelbaarheid van het kostenrisico bij aan een goede en betaalbare verzekeraarbaarheid, zoals in Duitsland wordt ervaren.¹²⁰ Voor bepaalde partijen zal de voorspelbaarheid de theoretische negatieve invloeden van tarieven neutraliseren.

Door de toepassing van de Indicatie-tarieven (tot 1 april 2017) en de ruime afwijkmogelijkheden valt de proceskostenbeslissing in IE-zaken niet goed te voorspellen. Daardoor is niet aannemelijk dat de Indicatie-tarieven een wezenlijke positieve invloed hebben op het aantal zaken met een geringe slagingskans. Door de onvoorspelbaarheid zal het ontmoedigend effect van een eventuele proceskostenveroordeling niet minder voelbaar zijn voor minder welgestelde partijen. Tegelijkertijd kan de flexibiliteit ook een voordeel zijn; in grotere, complexere zaken waarin veel kosten worden gemaakt (*heavy litigation*) kan de rechter een op maat gesneden proceskostenbeslissing uitspreken. Dat kan door sommige partijen als positief worden ervaren.

173d De overall invloed van tarieven op de effecten van tarieven de English rule

Omdat de *German rule* volgens de theorie een aantal negatieve effecten van de *English rule* kan wegnemen, zou men geneigd kunnen zijn te veronderstellen dat het aantal aangebrachte zaken onder invloed van een tariefstelsel zal toenemen. Tegelijk kan worden verwacht dat de voorspelbaarheid van de (maximale) kosten leidt tot een verminderde schikkingsbereidheid, zoals men in Duitsland wel ervaart.¹²¹ Vermeldenswaardig in dit verband is het systematisch onderzoek naar de impact (zowel in kwantitatieve als kwalitatieve zin) en de doeltreffendheid van de introductie van *costs caps* bij de IPEC in 2014.¹²² Uit dat onderzoek volgt dat niet alleen het aantal aangebrachte zaken per jaar aanzienlijk is gestegen; maar ook dat zaken die voorheen niet zouden zijn aangebracht, sinds de introductie van gefixeerde tarieven wel worden aangebracht bij de IPEC. Het onderzoek bevestigt dat er een direct verband bestaat tussen de stijging van het aantal bij de IPEC aangebrachte zaken en de introductie van de *costs cap*.¹²³ De voorspelbaarheid van het kostenrisico evenals het feit dat de proceskostenveroordeling meestal niet boven 40.000 GBP uitkomt, worden genoemd als de belangrijkste voordelen van het proceskosten-

119 Jackson 2010, p. 171.

120 Zie hiervoor hoofdstuk 7.

121 Althans volgens Wagner 2009, p. 376; zie ook Van Boom 2017, p. 9.

122 Helmers, Lefouili & McDonagh 2015, p. 34. Zie over procedures bij de IPEC hoofdstuk 7.

123 *Active case management* wordt tevens genoemd als belangrijke oorzaak voor de stijging.

regime.¹²⁴ Terwijl het aantal bij de IPEC aangebrachte zaken is gestegen, is in de onderzochte periode geen stijging van het aantal aangebrachte IE-zaken bij de High Court en de Patents High Court waargenomen. Daarnaast is geconstateerd dat zowel het aantal *claimants* als het aantal aangebrachte zaken per *claimant* is toegenomen. Het aantal door het MKB aangebrachte zaken is bovendien substantieel toegenomen, zodat in het onderzoek wordt geconcludeerd dat de voornaamste doelstelling van de hervormingen is bereikt. Op basis van een theoretisch model komen de auteurs ten slotte tot de conclusie dat ook het aantal buitengerechtelijke schikkingen is toegenomen sinds de hervormingen van de procedure bij de IPEC, zodat gesproken wordt van een *substantial overall increase* van het aantal IE-geschillen sinds 2010:

*'In other words, the IPEC reforms may have encouraged parties to enter into disputes with, and to seek redress from, potential IP infringers, where previously they would have not done so. The existence of a larger universe of disputes overall would explain why there is both an increase in filings at the IPEC and at the same time there is a greater share of disputes that settle pre-filing. In other words, the IPEC reforms might have had a substantial effect beyond the courtroom: the reforms appear to have fundamentally altered the IP dispute landscape, and in doing so they have increased the likelihood that IP holders will attempt to uphold their rights against potential infringers.'*¹²⁵

Op basis van dit onderzoek kan niet in algemene zin worden gesteld dat door de introductie van een tariefstelsel het aantal procedures zal toenemen. De IPEC is alleen bevoegd in zaken waarvan het belang niet het bedrag van 500.000 GBP overstijgt. In grotere, complexere (en kostbaardere) procedures blijft het de vraag in hoeverre de voordelen van zekerheid en voorspelbaarheid van een tariefstelsel op zullen wegen tegen de nadelen van niet-vergoedbare kosten.¹²⁶

Zoals de Indicatie-tarieven (tot 1 april 2017) zijn toegepast, lijken zij geen wezenlijke (positieve dan wel negatieve) invloed te hebben op de effecten van art. 1019h Rv op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen.

8.4 Conclusie

174 De effecten van art. 1019h Rv op de toegang tot de rechter

In het licht van de onderzoeksvragen die centraal staan in dit proefschrift, namelijk of de Nederlandse implementatie en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn verenigbaar zijn met EU-recht, is van belang de werkelijke effecten van art. 1019h Rv te belichten. Voor de werkelijke effecten van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. art. 1019h Rv bestaat geen (wetenschappelijk) bewijs. Redengevend is het ontbreken van data op basis waarvan de effecten voor en na de implementatie kunnen worden

¹²⁴ Helmer, Lefouili & McDonagh 2015, p. 34.

¹²⁵ Helmers, Lefouili & McDonagh 2015, p. 35.

¹²⁶ Tegen voorstellen om het *fixed costs regime* in Engeland uit te breiden naar de *multi track* wordt fel verweer gevoerd; zie Jackson 2010, p. 169 e.v.

vergeleken, terwijl een dergelijke vergelijking – zo deze data al beschikbaar zou zijn – op beperkingen en bezwaren zou stuiten. Om toch voorspellingen te kunnen doen over de effecten van art. 1019h Rv is in dit hoofdstuk een aantal studies besproken naar de invloed van proceskostenveroordeling op het beslissingsproces van partijen verwickeld in een geschil volgens de *law and economics*. Daarbij is vooral aandacht besteed aan de *English rule*, gezien de overeenkomsten met art. 1019h Rv. Een belangrijke conclusie is dat op basis van de theoretische en empirische studies geen uitspraken kunnen worden gedaan over het *overall effect* op het aantal procedures en schikkingen. Het relatieve gewicht van verschillende factoren bepaalt uiteindelijk de invloed van de *English rule* op de beslissing procederen/schikken. Bepaalde theoretische effecten zijn echter plausibel gebleken, daar waar anekdotisch bewijs de theorie ondersteunt.

De koppeling van theorie en praktijk heeft de volgende plausibele effecten van art. 1019h Rv in de praktijk tot zeker 1 april 2017 aan het licht gebracht. In de eerste plaats is aannemelijk dat art. 1019h Rv zwakke zaken ontmoedigt (i). Tevens zijn er indicaties dat art. 1019h Rv risicoaverse partijen ontmoedigt *ongeacht de kans van slagen* (ii); een effect dat wordt versterkt indien wordt verwacht dat de wederpartij hogere procesuitgaven zal hebben (iii). Een confrontatie met de *beoogde* effecten van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn c.q. 1019h Rv, levert een aantal wezenlijke discrepanties op. Terwijl de regeling bedoeld is om de toegang tot de rechter te verruimen voor houders van IE-rechten, wijst het onderzoek uit dat juist óók houders van IE-rechten – indien zij risicoavers zijn – in verband met het risico op een hoge en onvoorspelbare proceskostenveroordeling kunnen worden ontmoedigd een zaak aan te brengen of in rechte verweer te voeren, met name indien de wederpartij verwacht wordt hoge(re) procesuitgaven te hebben. Uit het onderzoek volgt dat het onder dergelijke omstandigheden niet waarschijnlijk is dat houders in rechte optreden tegen inbreuk, hetgeen de andere doelstelling van art. 1019h Rv – het afschrikken van inbreukmakers – ondermijnt.

Kortom, op basis van rechtseconomisch, rechtsvergelijkend en exploratief onderzoek onder advocaten werkzaam in de IE-praktijk zijn sterke aanwijzingen dat art. 1019h Rv, gelet op de wijze waarop deze tot zeker 1 april 2017 is uitgelegd en toegepast, enerzijds een aan de doelstelling van de Handhavingsrichtlijn tegengesteld effect sorteert, en anderzijds de toegang tot de rechter voor bepaalde partijen blokkeert. De gevolgen voor de praktijk kunnen zijn dat inbreuken onder bepaalde omstandigheden geen halt worden toegeroepen, en dat feitelijk of juridisch ingewikkelde kwesties – waarin vragen rijzen waarover nog niet eerder in rechte is beslist of die de uitleg van EU-recht betreffen en waarvan de uitkomst dus onzeker is – niet snel meer aan de rechter worden voorgelegd. Onder dergelijke omstandigheden kan de toepassing van art. 1019h Rv ongewenste sociaaleconomische gevolgen hebben en de rechtsontwikkeling in IE-zaken negatief beïnvloeden. Nader onderzoek naar de impact van art. 1019h Rv bestrijkt idealiter dus ook deze terreinen.

Welk gewicht reeds nu aan de uitkomsten van dit onderzoek moet worden toegekend, is vooral een normatieve vraag. Welk gewicht willen of zouden we eraan

moeten toekennen?¹²⁷ Terwijl een grondslag voor de wijze waarop art. 1019h Rv tot zeker 1 april 2017 is uitgelegd en toegepast ontbreekt en er sterke aanwijzingen zijn dat deze op gespannen voet staan met EU-recht, kan een oplossing relatief snel en eenvoudig worden bereikt door de middel van een verbeterd tariefstelsel. Deze gedachten worden nader uitgewerkt in het volgende, laatste hoofdstuk.

¹²⁷ President van de Hoge Raad Corstens: 'Van wezenlijk belang is (...) om in de praktijk de vinger aan de pols te houden en om adequaat en niet te zuinig te reageren op aanwijzingen dat de toegang tot de rechter tekort schiet. Toegang tot de rechter is geen luxegoed, het is geen bankstel waarvan je kunt beslissen het wel of niet te kopen. Toegang tot de rechter behoort tot de fundamenteën van onze rechtsstaat'; Corstens & Kuiper 2014, p. 10.