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

9. SYNTHESE, AANBEVELINGEN EN CONCLUSIES

9.1 Inleiding

175 Algemeen

Centraal in dit proefschrift staat de vraag in hoeverre de omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn ('Hrl') in Nederland verenigbaar zijn met het EU-recht. Tevens is het doel van het onderzoek om via een analyse van de specifieke Europese en nationale regelingen op het terrein van proceskosten meer inzicht te verkrijgen in het verband tussen proceskostenveroordeling en de toegankelijkheid van de rechter in civiele procedures in het algemeen. Deze inzichten zijn gebruikt om ook de verenigbaarheid van het stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen in algemene civiele procedures met het EU-recht te analyseren.

In de eerste plaats is onderzocht welke uitleg 'Europa' geeft aan art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn (hoofdstuk 2). Daarna zijn in hoofdstuk 3 de eisen geïdentificeerd die het Handvest en het EVRM stellen aan nationale regelingen die financiële drempels kunnen opwerpen in de toegang tot de rechter. Het geheel aan (minimum)vereisten dat voortvloeit uit de Handhavingsrichtlijn en het primaire EU-recht vormt het normatief beoordelingskader waaraan de Nederlandse omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moeten worden getoetst. Vervolgens is het Nederlands perspectief centraal gesteld in de hoofdstukken 4 t/m 6. In hoofdstuk 4 zijn de kostenregels besproken die voorafgaand aan de implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn van toepassing waren op procedures ter handhaving van IE-rechten (en die nog altijd gelden in niet-IE-zaken). Daarbij is met name ingegaan op de grondslag en ratio van de forfaitaire kostenvergoeding. Tevens is de vraag naar de verenigbaarheid van het stelsel met het EU-recht verkend. In hoofdstuk 5 zijn in het eerste deel de vragen behandeld, hoe de implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn is verlopen en welke keuzes daarbij zijn gemaakt door de Nederlandse wetgever. De belangrijkste knelpunten rond de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in de praktijk zijn vervolgens geïdentificeerd en besproken in het tweede deel van hoofdstuk 5. Daarna is in hoofdstuk 6 specifiek ingegaan op de deelvraag, welke rol de rechter is toebedeeld (of toebedeeld zou moeten worden) bij de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv. In de hoofdstukken 7 en 8 is de kostenproblematiek

– in zowel IE-zaken als daarbuiten – benaderd vanuit respectievelijk rechtsvergelijkend en rechtseconomisch perspectief.

In dit hoofdstuk wordt de verenigbaarheid van de Nederlandse uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn met EU-recht geanalyseerd in het licht van het normatief beoordelingskader (par. 9.2). Vervolgens zullen aanbevelingen worden gedaan voor een meer conforme en coherente uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn op zowel Europees als nationaal niveau (par. 9.3). Ten slotte zullen enige aanbevelingen worden gedaan ter bevordering van een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures in het algemeen (par. 9.4).

9.2 De toets aan het normatief beoordelingskader

176 Het normatief beoordelingskader

In de hoofdstukken 2 en 3 is het beoordelingskader geformuleerd waaraan de nationale omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zou moeten voldoen. In de eerste plaats dient de omzetting op grond van art. 288 lid 3 VWEU (i) doeltreffend te zijn. De omzettingswetgeving mag voorts niet strijdig zijn met (ii) de grondrechten en (iii) de beginselen van EU-recht. In de context van proceskostenveroordeling is met name relevant het met art. 6 EVRM corresponderende beginsel van effectieve rechtsbescherming van art. 47 Handvest, en het daaruit voortvloeiende recht op toegang tot de rechter. De relevante beginselen zijn het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van gelijkheid der procespartijen. De kernvraag van het onderzoek is of de omzetting, toepassing en uitleg van art. 1019h Rv de toets aan dit normatief beoordelingskader kunnen doorstaan. Om verschillende redenen kan deze toets echter niet ten volle worden uitgevoerd.

In de eerste plaats is nodig voor de doeltreffendheidstoets – maar ook voor de toets aan de vereisten van praktische en effectieve toegang tot de rechter – dat duidelijkheid bestaat over de effecten van art. 1019h Rv. Zoals in hoofdstuk 8 is gebleken, kan ondanks de veelheid aan theoretische en empirische studies naar de effecten van de regel 'proceskostenveroordeling op basis van het gelijk' nog altijd geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag naar het *overall effect* van die regel op het aantal schikkingen en procedures. Gebleken is dan ook dat het effect van proceskostenveroordeling op het procedeer- en schikkingsgedrag van partijen in sterke mate afhangt van subjectieve factoren zoals de risicohouding, het relatief optimisme en de verhouding tussen partijen. Het effect kan daarnaast worden beïnvloed door omstandigheden als (de afwezigheid van) procesfinanciering en gesubsidieerde rechtsbijstand. Dit zou erop kunnen duiden dat de vraag naar de effecten te casuïstisch is bepaald om daarover algemene uitspraken te kunnen doen. Anderzijds heeft de enquête onder 170 IE-advocaten een aantal aspecten van de praktische werking van art. 1019h Rv aan het licht gebracht, die – gezien de koppeling aan de ervaringen in Engeland met de vergelijkbare *English rule*, de rechtseconomische theorieën over de effecten van deze regel en de in de literatuur beschreven verwachte effecten van art. 1019h Rv – sterke indicaties heeft opgeleverd

voor bepaalde effecten. Dat biedt mogelijkheden om beredeneerd te onderzoeken in hoeverre art. 1019h Rv beantwoordt aan de vereisten van effectiviteit en effectieve toegang tot de rechter.

Ten tweede veronderstelt een 'rechtmatigheidstoets'[1] aan art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest dat er een duidelijk geïdentificeerd *sujet* is waarvan de rechtmatigheid getoetst moet worden. Er is echter niet zoiets als *de* uitleg en *de* toepassing van art. 1019h Rv, zoals wel is gebleken uit het onderzoek naar de werking van art. 1019h Rv in de praktijk in de hoofdstukken 5 en 6. Als gevolg van het ontbreken van concrete richtsnoeren van bovenaf zijn inconsistenties in de rechtspraak over art. 1019h Rv onvermijdelijk gebleken. Anderzijds kunnen juist die inconsistenties en het gebrek aan scherpe keuzes in de rechtspraak zelf gevolgen hebben voor de rechtmatigheid van de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv. Hoe zich dit bijvoorbeeld verhoudt tot het hierna te bespreken legaliteitsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel zal in het navolgende geanalyseerd worden.

Een derde beperking van een rechtmatigheidstoets van de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv is gelegen in de rechtspraak van de instanties die daarover het laatste woord hebben: het EHRM en het HvJ EU. Zoals in par. 3.4. aan de orde is gekomen, volgt uit de rechtspraak niet altijd welke toets in vergelijkbare gevallen is aangelegd, terwijl de toets vaak ook op ondoorzichtige wijze is uitgevoerd.[2] Aan de orde is gekomen dat de rechtspraak over het Handvest nog volop in ontwikkeling is, hetgeen met name ook geldt voor art. 52 lid 1, waarin de voorwaarden zijn neergelegd voor een toelaatbare beperking van de uitoefening van grondrechten van het Handvest. Soms gaat aan de toets een beroep op een grondrecht vooraf, maar er zijn ook gevallen bekend waarin het HvJ EU een bepaalde vraag op eigen initiatief interpreteert in het licht van de grondrechten.[3] Het komt bovendien voor dat bij de uitleg een verwijzing naar het Handvest zeer voor de hand ligt, maar achterwege blijft. Een sprekend voorbeeld vormt het arrest *United Video Properties/Telenet*, waarin het HvJ EU zich bij de vraag naar de verenigbaarheid van het Belgische forfaitaire kostenstelsel met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn heeft beperkt tot het doeltreffendheidsvereiste en de daaruit voortvloeiende voorwaarden waaraan nationale proceskostenregelingen in IE-zaken moeten voldoen.[4] Het arrest illustreert dat geenszins zeker is dat de hierna te bespreken rechtmatigheidstoets – als het HvJ EU al daaraan zou toekomen – ook werkelijk langs deze lijnen zal worden uitgevoerd. Niettemin geldt dat de nationale omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn aan alle vereisten van het normatief beoordelingskader moeten voldoen, terwijl er zeker mogelijkheden zijn voor een uitleg die daaraan beantwoordt (par. 9.3).

---

1 Lees: een toets van het positieve recht aan voor een rechtsorde fundamentele waarden; Sieburgh 2015, p. 6.

2 Zie hiervoor nr. 44.

3 Een voorbeeld hiervan is HvJ EU 22 december 2010, C-279/09, *NJ* 2011/129, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2011/222, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*DEB/Duitsland*). Zie hiervoor paragraaf 3.3.

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

Ten vierde is van belang dat de eventuele onrechtmatigheid van een bepaalde regel in beginsel *in concreto* beoordeeld moet worden. Gesteld kan worden dat de evenredigheid van de beperking van het grondrecht en de vraag in hoeverre het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast voornamelijk zullen afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. De verdragsluitende staten zijn echter niet alleen verplicht zich van inbreuk op fundamentele rechten te onthouden, maar ook om door wetgeving of andere maatregelen te waarborgen dat die rechten kunnen worden uitgeoefend, tegenover zowel de Staat als medeburgers.[5] Dat impliceert dat de Staat signalen, dat een bepaalde (toepassing van een) wettelijke of rechterlijke regeling een grondrecht onevenredig kan inperken of zelfs in de kern kan aantasten, serieus moet nemen en zo nodig maatregelen moet treffen om de strijdigheid op te heffen.[6] Om te kunnen beoordelen of aan die positieve verplichting wordt voldaan is een toets *in abstracto* nodig, waarbij de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU – althans voor zover daaruit duidelijke voorwaarden volgen waaraan een gerechtvaardigde beperking van het betreffende grondrecht moet voldoen – als leidraad kan dienen.

Bovendien is het belang van een abstracte rechtmatigheidstoets gelegen in de aard van het grondrecht op toegang tot de rechter. Een schending daarvan kan de mogelijkheid deze in rechte aan de kaak te stellen immers beperken of zelfs ontnemen. De rechterlijke beoordeling van de eventuele strijdigheid met het recht op toegang tot de rechter kan evenwel pas aan de orde komen indien daarop een beroep is gedaan door (één der) partijen.[7] Maar zoals in hoofdstukken 5 en 6 aan de orde is gekomen, kon tot de op 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven niet snel een beroep op dit grondrecht worden verwacht om de rechter te bewegen tot een afwijzing (of matiging) van de ex art. 1019h Rv gevorderde proceskosten. De partijen die in verband met het risico van een hoge, onvoorspelbare proceskostenveroordeling geen effectieve toegang hebben tot de rechter, zijn reeds om deze praktische reden niet in staat een beroep op het grondrecht te doen. Partijen die wel toegang hebben zouden een schending van de grondrechten (en beginselen) van de EU niet snel inroepen, in verband met de vrees voor de consequenties daarvan voor de eigen vordering.[8] Het grondrechtelijk vacuüm dat is ontstaan in de rechtspraak over art. 1019h Rv kan niet in stand worden gelaten, zoals ook in par. 9.3. hierna zal worden betoogd.

Met inachtneming van deze reserves, zal de uitleg en toepassing van art. 1019h Rv worden onderworpen aan een analyse in het licht van de eisen en beginselen van het normatief beoordelingskader. Deze analyse zal vervolgens als aanzet dienen voor de aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg en toepassing van art. 1019h Rv in par. 9.3.

---

5 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19.

6 Asser Hartkamp *3-I* 2015/19; vgl. Corstens 2014, p. 18.

7 Tot op heden worden art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest althans in Nederland niet ambtshalve toegepast; zie hiervoor hoofdstuk 6.

8 Vgl. Visser 2016.

177 De doeltreffendheid van art. 1019h Rv

De doelstellingen van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zijn in hoofdstuk 2 geïdentificeerd. Deze bepaling beoogt (i) de toegang tot de rechter te verruimen voor rechthebbenden en (zodoende) inbreukmakers af te schrikken; en (ii) nationale proceskostenregelingen op het terrein van IE-handhaving te harmoniseren. Zoals uit verschillende Commissiestukken blijkt, is het uitdrukkelijk de bedoeling van de Europese wetgever om de toegang tot de rechter in IE-zaken voor met name het MKB te verruimen.[9]

Ad (i) Doeltreffend?
In hoeverre de doelstelling sub (i) wordt bereikt, is een vraag naar de effecten van proceskostenveroordeling op het gedrag van partijen verwikkeld in een IE-geschil. Het beoogde effect is immers dat *rechthebbenden* wegens het vooruitzicht op een proceskosten*vergoeding* worden aangemoedigd in rechte op te treden tegen inbreukmakers (A), terwijl (potentiële) *inbreukmakers* vanwege de dreiging van een proceskosten*veroordeling* een halt worden toegeroepen (B). Om uitspraken te kunnen doen over de effectiviteit van een bepaalde remedie die het gedrag van actoren in de praktijk beoogt te sturen of te normeren, is dus nodig dat de gedragseffecten van de remedie in kaart worden gebracht.

In hoofdstuk 8 zijn verschillende (theoretische en empirische) studies naar de effecten van de *English rule* bestudeerd, en gekoppeld aan anekdotisch bewijs uit de Nederlandse IE-praktijk. Dat anekdotisch bewijs is vergaard door middel van een enquête onder 170 advocaten werkzaam in de IE-procespraktijk. Hoewel het onderzoek zeker geen sluitend bewijs oplevert van de effecten van art. 1019h Rv, heeft de koppeling van theorie en anekdotisch bewijs een aantal plausibele effecten aan het licht gebracht. De voornaamste indicatie in het licht van de beoordeling van de effectiviteit van art. 1019h Rv is dat de regel, die uitgaat van *loser pays* – en niet de *inbreukmaker* betaalt –, hooguit 'raak' kan zijn indien sprake is van een klip-en-klare inbreuk, en de rechthebbende niet risicoavers is. De mogelijkheid om ex art. 1019h Rv een aanzienlijk deel van de kosten te kunnen verhalen op de inbreukmaker beantwoordt onder deze omstandigheden daadwerkelijk aan de doelstelling.[10] Onder alle andere omstandigheden sorteert de regel in het beste geval een ambigu effect. Dat kan worden verklaard door het feit dat de doelstelling geen rekening houdt met de talloze nuances die kenmerkend zijn voor het (IE-)procesrecht.[11] Het hebben van gelijk en het krijgen van gelijk zijn niet hetzelfde. Zelfs de rechthebbende die overtuigd is van zijn zaak moet er rekening mee houden dat hij op formele gronden 'ongelijk' krijgt, of dat de geldigheid of beschermingsomvang van zijn recht met succes wordt bestreden. Het risico zelf veroordeeld te worden in de (volledige?) kosten van de wederpartij ligt dus onder vrijwel alle omstandigheden op de loer. De

9 Zie hiervoor hoofdstuk 1.
10 Zie hiervoor hoofdstuk 8.
11 Vrendenbarg 2014, p. 226 e.v.; conclusie A-G Verkade (ECLI:NL:PHR:2014:224) voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), sub 5.

wederkerigheid van de regel brengt met andere woorden mee dat ook het afschrikkend effect twee kanten opwerkt, hetgeen de doelstelling van de proceskostenbepaling zelfs kan ondermijnen.

Zoals aan de orde is gekomen, leveren de hoogte en de onvoorspelbaarheid van een eventuele proceskostenveroordeling niet voor alle partijen problemen op. Partijen die vermogend zijn of de risico's hebben afgewenteld op een verzekeraar of procesfinancier zullen hun gedrag vermoedelijk minder laten beïnvloeden door de van toepassing zijnde proceskostenregel. Partijen voor wie een substantiële proceskostenveroordeling grote financiële gevolgen kan hebben zullen meer risicoavers zijn en dus eerder geneigd om af te zien van een procedure of het voeren van verweer in rechte. Zij geven de voorkeur aan de zekerheid van een schikking of besluiten in het meest verontrustende scenario niet op te treden tegen inbreuk. Tot deze categorie moeten het (klein) MKB, *startups* en particulieren worden gerekend.[12] Het zijn evenwel die partijen waarvoor de Europese Commissie de toegang tot de rechter wil verruimen. Een uitleg van art. 1019h Rv die ertoe strekt dat proceskosten volledig voor vergoeding in aanmerking komen is derhalve niet geschikt om de doelstelling te realiseren.

Ad (ii) Harmonisatie?
In hoofdstuk 2 is aan de orde gekomen dat art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in de meeste landen niet tot omzetting heeft geleid, ondanks de grote verschillen tussen de nationale proceskostenregelingen. De Europese Commissie heeft in dat verband reeds zelf geconstateerd dat het harmonisatiedoel niet is behaald.[13] Ook uit het rechtsvergelijkend onderzoek in hoofdstuk 7 volgt dat ondanks de grote verschillen tussen de Engelse, Duitse en Belgische proceskostenregelingen art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn (vooralsnog) niet heeft geleid tot aangepaste wetgeving in die landen. De nationale wetgevers hebben aldaar verondersteld dat de geldende proceskostenregimes reeds voldeden aan de richtlijnbepaling. In België stond het Grondwettelijk non-discriminatiebeginsel bovendien in de weg aan de invoering van een apart kostenregime in IE-handhavingszaken. De ruime beoordelingsmarge die art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn aan de lidstaten gunt is de voornaamste reden waarom harmonisatie tot op heden is uitgebleven. Hierin liggen dus ook mogelijkheden voor de Europese wetgever en het HvJ EU om een meer uniforme uitleg en toepassing van de richtlijnbepaling te bewerkstelligen; zie hierna par. 9.3.

178 Art. 1019h Rv en het recht op toegang tot de rechter: de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest

Voorgaande constateringen zijn tevens van belang in het kader van de 'rechtmatigheidstoetsing' van art. 1019h Rv aan het fundamentele recht op toegang tot de

12 Zie hiervoor hoofdstuk 8; zie ook par. 7.3 over het stelsel van Engeland & Wales.
13 SEC(2010)1589 final, p. 24. Ook in de literatuur is geconstateerd dat het harmonisatiedoel van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn niet is behaald. Zie bijv. Van Vlooten 2011, p. 231-255; Wilman 2014, p. 145 e.v.

rechter. Zoals in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde is gekomen, zijn beperkingen van de uitoefening van dit grondrecht toelaatbaar voor zover deze de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest kunnen doorstaan. De toets komt er kort gezegd op neer dat de beperking (i) voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar moet zijn (het legaliteitsbeginsel); deze (ii) de 'wezenlijke inhoud' van het grondrecht moet eerbiedigen; en tot slot (iii) geschikt, noodzakelijk en evenredig moet zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken (het evenredigheidsbeginsel).

Ad (i) Het legaliteitsbeginsel
Het legaliteitsvereiste houdt in dat een beperking slechts toelaatbaar is indien deze berust op een wettelijke basis in het nationale recht.[14] De veroordeling in de redelijke en evenredige proceskosten van de winnende partij, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet, heeft een wettelijke basis, om precies te zijn in art. 1019h Rv. Aan het legaliteitsbeginsel lijkt *prima facie* te zijn voldaan. Maar of de wettelijke regel en de uitwerking daarvan in de rechtspraak ook de kwaliteitstest kan doorstaan – inhoudende dat deze voldoende toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar moet zijn teneinde de praktische en effectieve uitoefening van dit fundamentele recht niet aan te tasten –, is zeer de vraag.

Art. 1019h Rv maakt niet aanstonds duidelijk en voorzienbaar hoe de proceskostenbeslissing zal uitvallen. De redelijkheid en evenredigheid worden in beginsel ingevuld door de Indicatietarieven, die sinds 1 augustus 2008 gelden voor procedures in eerste aanleg en eerst sinds 1 januari 2015 voor procedures in hoger beroep en cassatie. In hoofdstuk 5 kwam uitgebreid aan de orde dat de Indicatietarieven sinds 1 januari 2015 weliswaar steeds meer richting gaven bij de beoordeling van de redelijkheid en evenredigheid, maar dat in verband met de ruime en vaag geformuleerde afwijkingsmogelijkheden, de verschillende factoren aan de hand waarvan de rechter de complexiteit van de zaak kan bepalen en de onduidelijkheden rond de toepassing daarvan niet gesproken kon worden van een voldoende mate van voorzienbaarheid van de uitkomst van de proceskostenbeslissing van art. 1019h Rv. Of de Indicatietarieven van toepassing zijn en zo ja, welk tarief, kon niet redelijkerwijs worden voorspeld.[15] Daar komt bij dat de verschillende sets tarieven tot 1 april 2017 er niet aan in de weg stonden dat de werkelijke (volledige) proceskosten werden toegewezen.[16] De werkelijke kosten van de wederpartij zijn echter per definitie niet te voorspellen. Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, rust de verantwoordelijkheid om conformiteit van wet en rechtspraak met het legaliteitsbeginsel te waarborgen evenwel bij de lidstaten.[17] Een vergelijkbare verantwoordelijkheid rust bij de lidstaten op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, dat

14 Zie hiervoor hoofdstuk 3, waarin is uitgelegd dat volgens vaste rechtspraak van het EHRM de term 'wet' in zijn materiële zin moet worden opgevat: zowel de 'geschreven rechtsregel' als de 'ongeschreven rechtsregel' moeten daaronder worden begrepen. De term 'wet' kan zelfs de in de rechtspraak 'uitgewerkte rechtsregel' omvatten.
15 Zie ook Vrendenbarg 2015, p. 259 e.v.
16 Zie hiervoor met name par. 5.6.
17 Peers & Prechal 2014, p. 1473.

meebrengt dat lidstaten moeten zorgen voor duidelijke en kenbare omzettingswetgeving; zie hierover nader nr. 179.

Ad (ii) De eerbied voor de 'wezenlijke inhoud' van het recht op toegang tot de rechter
Art. 52 lid 1 Handvest bepaalt verder dat de beperking in elk geval de 'wezenlijke inhoud' van het betrokken grondrecht of de betrokken grondrechten moet eerbiedigen. Aan dit vereiste is nader invulling gegeven in de rechtspraak van het HvJ EU, waaruit volgt dat de wezenlijke inhoud van het recht op effectieve rechtsbescherming en het daaruit voortvloeiende recht op toegang tot de rechter in ieder geval niet worden geëerbiedigd, indien de bestreden nationale regeling tot gevolg heeft dat het recht van eventuele houders van IE-rechten op rechterlijke bescherming wordt geblokkeerd.[18] Specifiek met betrekking tot regelingen die financiële verplichtingen voor partijen in het leven roepen volgt uit de rechtspraak van het EHRM – en het HvJ EU in zijn kielzog – dat het *geheel* aan kosten in de toegang tot de rechter[19] geen te hoge drempel mag opwerpen om te procederen, en dat rechtsbijstand moet worden verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.[20]

Het vooruitzicht van een onvoorspelbare proceskostenveroordeling, zo is gebleken, kan de toegankelijkheid van de rechter in IE-zaken beperken. In bepaalde gevallen kan art. 1019h Rv – zoals tot zeker 1 april 2017 toegepast – het grondrecht zelfs in de kern aantasten, in die zin dat de regeling tot gevolg kan hebben dat het recht van bepaalde houders van IE-rechten op rechterlijke bescherming wordt geblokkeerd.[21] Gedoeld wordt op de rechthebbenden die risicoavers zijn en zich vanwege de financiële risico's, ongeacht de kans van slagen van de vordering, genoodzaakt zien om af te zien van het instellen van een procedure. Onder die omstandigheden kunnen IE-rechten niet effectief in rechte worden gehandhaafd. Zoals uit het onderzoek van hoofdstuk 8 (maar overigens ook hoofdstuk 7, waarin het Engelse kostenstelsel is besproken) is het niet alleen de hoogte van de mogelijke proceskostenveroordeling, maar met name ook de onvoorspelbaarheid en de onbepaaldheid daarvan waardoor voor deze categorie rechthebbenden de toegang niet langer *practical and effective* is.[22] Dat heeft ook gevolgen voor het recht op bescherming van intellectuele eigendom van art. 17 lid 2 Handvest.[23] Gesteld kan worden dat ook dit grondrecht in de kern wordt aangetast, indien IE-rechten niet effectief in rechte

18 Zie hiervoor hoofdstuk 3; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 35-43; Conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), sub 39.

19 Waaronder griffierechten, de kosten voor rechtsbijstand en de eventuele proceskostenveroordeling.

20 Zie ook art. 47 lid 3 Handvest. Zie hoofdstuk 3 voor de verwijzingen naar de rechtspraak.

21 Zie hoofdstuk 3; HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), r.o. 35-43; Vgl. conclusie A-G Cruz-Villalón inzake HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*), sub 39.

22 Zie hiervoor hoofdstuk 3. Zie ook Asser Procesrecht/Giesen *1* 2015/161.

23 Vgl. HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtsparkasse Magdenburg*).

gehandhaafd kunnen worden vanwege de hoge drempel in de toegang tot de rechter. Te denken valt aan het in de inleiding van dit boek genoemde voorbeeld van Wilcox, die beweerde dat zijn octrooien waardeloos zouden zijn geworden omdat hij deze vanwege de hoge kosten niet in rechte kan handhaven. Art. 1019h Rv sorteert in het meest onwenselijke scenario dus een aan de doelstellingen tegengesteld effect.

De wederkerigheid van de bepaling brengt voorts mee dat als de toegang al zou worden verruimd door art. 1019h Rv – een scenario dat zich kan voordoen in geval van een vermogende, althans niet risicoaverse eiser met een sterke zaak – de toegang voor de *wederpartij* te zeer kan worden beperkt.[24] Het risico dat deze wederpartij in de mogelijk hoge, maar in ieder geval onvoorspelbare proceskosten wordt veroordeeld is in dat geval immers groot. Onder deze omstandigheden, zo kan worden afgeleid uit het onderzoek in hoofdstuk 8, is het waarschijnlijk dat deze partij eerder akkoord zal gaan met een schikking of zal besluiten zich niet in rechte teweer te stellen tegen de vordering. Het 'wezenlijke inhoud'-vereiste geldt evenwel ook voor de wederpartij, voor wie de uitoefening van haar recht op toegang tot de rechter niet in de kern aangetast mag worden.

Problematisch in het licht van de rechtmatigheidstoets lijkt vooral het feit dat effectieve waarborgen voor een voorspelbare proceskostenbeslissing die niet prohibitief hoog uitvalt ontbreken. In *niet*-IE-zaken wordt aan dat vereiste invulling gegeven door de strikte toepassing van het liquidatietarief, de wettelijk verankerde bevoegdheid van de rechter om bedongen, hoge kosten ambtshalve te matigen[25] en de mogelijkheid van gesubsidieerde rechtsbijstand.[26] In IE-zaken golden tot zeker 1 april 2017 los-vaste Indicatietarieven en werden niet- (voldoende gemotiveerd) betwiste proceskosten meestal toegewezen. Tot op heden kunnen partijen in IE-geschillen geen aanspraak maken op gefinancierde rechtsbijstand, omdat rechtsbijstandsverzekeraars IE-procedures plegen uit te sluiten in hun voorwaarden – om de voornaamste reden dat deze procedures te duur zijn.[27] Deze omstandigheden rechtvaardigen de conclusie, dat de wezenlijke inhoud van het grondrecht op toegang tot de rechter althans tot zeker 1 april 2017 niet werd geëerbiedigd.

Ad (iii) Het evenredigheidsbeginsel
Geschikt en noodzakelijk?
Zoals hiervoor beargumenteerd, is een regel die uitgaat van *loser pays* – en niet de *inbreukmaker* betaalt – naar zijn aard ongeschikt om de doelstelling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn te verwezenlijken. Hierna zal in par. 9.3. worden uiteengezet dat bovendien alternatieven voorhanden zijn die minder belastend zijn, zoals het evenredigheidsbeginsel vereist.[28] Deze constateringen hebben direct gevolgen voor

24 Zie hiervoor hoofdstuk 8.
25 Zie art. 242 Rv. Zie hiervoor par. 4.7.
26 Zie hiervoor par. 4.2.
27 Zie hiervoor par. 5.2. Zie in deze context Asser/Giesen *1* 2015/180: 'Maar duidelijk is wel dat categorische uitsluitingen van rechtsbijstand niet passend zijn doch dat in plaats daarvan steeds getoetst zal moeten worden aan de omstandigheden van het geval.'
28 Zie hiervoor par. 2.3. en 3.4.

de toets aan het noodzakelijkheidsvereiste, in die zin dat een beperking die niet geschikt is om de doelstellingen te verwezenlijken per definitie niet noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling.

Evenredig?
Het evenredigheidsbeginsel vereist dat een *fair balance* bestaat tussen het algemene belang dat gediend wordt met de beperkende maatregel en de inbreuk op het individuele grondrecht, dan wel dat een rechtvaardig evenwicht *(fair balance)* tussen de toepasselijke (grond)rechten worden gevonden.[29] Op verschillende plaatsen in de Handhavingsrichtlijn komt tot uitdrukking dat de evenredigheid in acht moet worden genomen bij de beoordeling van de gevraagde maatregel.[30] Een voorbeeld daarvan is ov. 17 considerans bij de Handhavingsrichtlijn, waarin staat dat bij de beoordeling van een vordering op grond van de richtlijn rekening kan worden gehouden met de *opzettelijke of onopzettelijke* aard van de inbreuk. Ook op andere plaatsen in de richtlijn wordt erop gewezen dat de mogelijke goede trouw van inbreukmakers een verzachtende omstandigheid kan zijn. In gelijke zin staat in de parlementaire geschiedenis van art. 1019h Rv geschreven dat in geval van goede trouw '[b]eperking van de proceskostenveroordeling tot hetgeen onder het huidige recht gebruikelijk is, […] meer voor de hand [ligt] dan een volledige kostenveroordeling. Deze laatste ligt vooral in de rede wanneer het gaat om grootschalige namaak of piraterij. Voor de inbreuken die daartussen liggen, zal de rechter naar verwachting naar bevind van zaken handelen en beoordelen wat redelijke en evenredige kosten zijn die door de verliezende partij dienen te worden gedragen'.[31]

Uit de rechtspraak over art. 1019h Rv volgt dat de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk in beginsel geen rol spelen bij de proceskostenbeslissing. De Indicatietarieven (versie 1 januari 2015) sluiten uit dat de mate van verwijtbaarheid van de inbreuk een rol speelt. Proceskostenveroordeling leent zich dan ook niet goed voor differentiatie naar te goeder of te kwader trouw verrichte handelingen. In de eerste plaats is het de vraag wanneer iemand te goeder of te kwader trouw is. Van iemand die moedwillig inbreuk heeft gemaakt, hetgeen veronderstelt dat diegene bewust is van het inbreukmakend karakter, kan nog met enige zekerheid worden gezegd dat deze te kwader trouw is. Maar is de partij die daarvan niet bewust was, maar na ontvangst van een sommatiebrief of dagvaarding doorgaat met de inbreukmakende handelingen, nog te goeder trouw? De eiser zal menen van niet. Maar wat als de aangesproken partij op goede gronden meent dat helemaal geen sprake is van inbreuk? Is een 'volledige' proceskostenveroordeling nog als evenredig aan te merken indien deze partij een verweer voert dat weliswaar niet slaagt, maar in redelijkheid niet als bij voorbaat kansloos kan worden aangemerkt? Of overwegend in het ongelijk is gesteld, maar ook op onderdelen heeft 'gewonnen'? Ingewikkelder nog is de vraag, naar welke maatstaven de redelijkheid en evenredigheid zou

29 Zie hiervoor par. 3.4. Zie ook Gerards 2011, p. 140; Alberdink Thijm & De Vries 2015, p. 180; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*), r.o. 63.

30 Zie hiervoor hoofdstuk 2.

31 *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 28 (MvT).

moeten worden beoordeeld indien in een procedure naar aanleiding van grootschalige, commerciële inbreuk de rechthebbende – om wat voor reden dan ook – in het ongelijk wordt gesteld. Dient de *rechthebbende* dan ook de proceskosten te vergoeden die evenredig zijn aan de ernst en omvang van de gestelde inbreuk?

Tegen een onderscheid naar goede trouw (geliquideerde proceskostenveroordeling) of kwade trouw (volledige proceskostenveroordeling) – en alles daar tussenin – pleit voorts, dat ook goede trouw gepleegde inbreuken complex kunnen zijn en tot hoge proceskosten kunnen leiden. *Clear-cut* inbreuken die vanuit feitelijk en juridisch oogpunt minder gecompliceerd zijn, zouden andersom onder de definitie van grootschalige, commerciële namaak en piraterijpraktijken worden geschaard en wél tot een volledige proceskostenveroordeling leiden. Of, indien tarieven zouden gelden die gerelateerd zijn aan de mate van toerekenbaarheid, in de hoogste tariefschaal vallen. In dat laatste geval zouden zelfs kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen die niet zijn gemaakt. Proceskostenveroordeling zou dan met andere woorden het karakter krijgen van een punitieve schadevergoeding, hetgeen naar Nederlands recht niet is toegestaan en mogelijk in strijd is met het evenredigheidsvereiste.

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, volgt uit de rechtspraak van het HvJ EU dat een beperking van de uitoefening van een grondrecht over het algemeen in strijd wordt geacht met het evenredigheidsvereiste wanneer de beperking ongelimiteerd is, of wanneer deze de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter geheel onmogelijk maakt.[32] Tot 1 april 2017 waren proceskostenveroordelingen ex art. 1019h Rv in feite ongelimiteerd, omdat de Indicatietarieven niet als absolute maxima hadden te gelden. Het gevolg daarvan leek te zijn, dat de gang naar de rechter voor bepaalde rechtzoekenden daadwerkelijk werd afgesneden. Het gevolg van ongelimiteerde proceskostenveroordelingen op de langere termijn kan zijn, dat de uitgaven in IE-procedures blijven stijgen (als gevolg van het zogenaamd 'verhoogde uitgave-effect'[33]), waardoor procedures onbetaalbaar worden voor een nog grotere groep rechtzoekenden. Een dergelijke uitleg en toepassing van art. 1019h Rv is daarom in strijd met het evenredigheidsvereiste. In par. 9.3. hierna zal aan de orde komen op welke wijze invulling gegeven kan worden aan dit vereiste.

179 Art. 1019h Rv en het rechtszekerheidsbeginsel

Zoals in par. 3.5. is aan de orde gekomen, worden hoge eisen gesteld aan de duidelijkheid en kenbaarheid van nationale bepalingen die dienen ter omzetting van een richtlijn, indien deze richtlijn rechten toekent of plichten oplegt aan ondernemingen of burgers. Uit rechtspraak van het HvJ EU volgt dat de rechtszekerheid in het bijzonder een dwingend vereiste is in het geval van een regeling die financiële consequenties kan hebben, teneinde de belanghebbenden in staat te stellen de omvang van hun verplichtingen nauwkeurig te kennen. In deze context

32 Zie ook Peers & Prechal 2014, p. 1485-1486.

33 Zie hiervoor hoofdstuk 7 en 8.

heeft het HvJ EU gewezen op de noodzaak om een redelijke voorspelbaarheid te waarborgen, zowel wat betreft de verplichting tot betaling van de kosten van de gerechtelijke procedure als de omvang ervan.[34] Reeds in het kader van de toets aan het legaliteitsbeginsel (nr. 178) is geconstateerd dat de wijze waarop art. 1019h Rv tot zeker 1 april 2017 werd uitgelegd en toegepast niet de duidelijkheid en voorspelbaarheid bood die is vereist. In par. 9.3. hierna zullen meer rechtszekere en voorspelbare oplossingen worden besproken.

180 Art. 1019h Rv en het beginsel van gelijkheid der procespartijen

Het beginsel van gelijkheid der procespartijen vereist niet dat partijen in een vergelijkbare positie verkeren, wel dat een eventuele processuele of financiële ongelijkheid tussen partijen geen afbreuk doet aan het eerlijke verloop van een dergelijke procedure.[35] In hoofdstuk 5 is aan de orde gekomen dat partijen die in een (financieel) zwakkere positie verkeren zelden op een (ambtshalve) afwijzing of matiging van de proceskosten kunnen rekenen.[36] In de Indicatietarieven die vanaf 1 januari 2015 golden, is uitdrukkelijk bepaald dat de billijkheid zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling verzet enkel en alleen omdat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.[37] In hoofdstuk 6 is duidelijk geworden dat de rechter wel enige ruimte heeft om eventuele ongelijkheden aan de orde te stellen en zo nodig te herstellen, maar dat die ruimte met name beperkt is indien de proceskosten niet zijn betwist. De mate waarin de financiële of processuele ongelijkheid aan de orde kan komen is dus vooral afhankelijk van hetgeen partijen daarover aanvoeren. Indien argumenten worden aangevoerd die duiden op strijdigheid met het beginsel, kan het beginsel van effectieve rechtsbescherming meebrengen dat de rechter het debat op dit punt heropent met toepassing van art. 25 Rv. De Indicatietarieven die per 1 april 2017 gelden sluiten de kapitaalkracht niet langer uit als een factor die mee kan wegen bij de proceskostenbeslissing. In hoeverre de toepassing van art. 1019h Rv strookt met het beginsel van gelijkheid der procespartijen zal afhangen van de wijze waarop in de praktijk zal worden omgegaan met argumenten die duiden op een mogelijke schending van het beginsel.

181 De toets aan het normatief beoordelingskader: conclusie

Op basis van het voorgaande lijkt de conclusie gerechtvaardigd, dat de wijze waarop art. 1019h Rv – tot zeker 1 april 2017 – is uitgelegd en toegepast niet *Europa proof* is. De regeling en de beschreven uitwerking in de praktijk beantwoorden niet aan de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn, terwijl deze slecht scoren op alle onderdelen van de driestappentoets van art. 52 lid 1 Handvest.

---

34 Zie hiervoor par. 3.5 met verwijzingen naar de rechtspraak.

35 Zie hiervoor par. 3.5.

36 Zie hiervoor par. 5.6.

37 Vgl. Indicatietarieven in IE-zaken gerechtshoven (versie 2015), punt 10.

Daarmee is niet gezegd dat hier zonder meer sprake is van onrechtmatigheid. In het algemeen geldt dat een rechtmatigheidstoets van wet en rechtspraak niet snel resulteert in de vaststelling van onrechtmatigheid.[38] Zoals in met name nr. 176 aan de orde is gekomen, is het grondrecht op toegang tot de rechter niet absoluut en hangt het veelal van de concrete omstandigheden van het geval af of het recht in de kern is aangetast. De besproken beginselen (van gelijkheid van procespartijen, evenredigheid en rechtszekerheid) zijn evenmin absoluut. Welk beginsel zwaarder moet wegen hangt af van het gewicht dat daaraan in het concrete geval wordt toegekend.[39] Anderzijds rust op de Staat, zoals reeds vermeld, de *positieve verplichting* om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen.[40] De conclusies en indicaties die uit dit onderzoek volgen zouden reeds aanleiding moeten geven het proceskostenregime in IE-zaken te *upgraden* tot een regime dat meer richtlijn- en EU-conform is. Aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg zullen in de volgende paragraaf worden gedaan.

In het licht van het voorgaande is het zeer positief te noemen dat de Indicatietarieven sinds 1 april 2017 gelden als maximumtarieven, waarvan in beginsel niet kan worden afgeweken. In hoeverre deze aanpassing bijdraagt aan een meer EU-conforme situatie zal echter onder meer afhangen van de vraag hoe strikt de maximumtarieven zullen worden gehanteerd. Bovendien zal nog moeten worden afgewacht, of vergelijkbare tarieven zullen worden vastgesteld voor octrooizaken. In nr. 187 zal hierop nader worden ingegaan.

9.3 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn

182 Open normen

In dit boek is gebleken dat de keuze van de Europese wetgever voor open normen belangrijke implicaties heeft voor de omzetting, uitleg en toepassing van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. De keuze voor de open normen werd indertijd ingegeven door de behoefte van de lidstaten om de bepaling in te kunnen vullen binnen de nationale context. Het doel was om zowel de compromisvorming rond de Handhavingsrichtlijn als de omzetting (die in de meeste lidstaten achterwege is gebleven) te vereenvoudigen.[41] De keuze voor open normen heeft evident ook nadelen. Omdat de uitleg en toepassing van de open normen in de hoofdzakelijk niet-geharmoniseerde nationale (procesrechtelijke) context plaatsvindt, door rechters die over overwegend nationaalrechtelijke aangelegenheden oordelen, blijven interpretatieverschillen bestaan en is de harmonisatie op het terrein van proceskosten in IE-zaken ver te zoeken.[42] In Nederland, waar de bepaling letterlijk is omgezet, is het

38 Asser/Hartkamp *3-I* 2015, p. 130-133.
39 Zie Teuben 2004, p. 91.
40 Art. 52 lid 5 Handvest; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19-20 en 200; Sieburgh 2015, p. 3 e.v.
41 Zie hiervoor hoofdstuk 2.
42 Vgl. Cook 2015, p. 264-269.

gebrek aan richtsnoeren een belangrijke oorzaak gebleken van de grillige rechtsontwikkeling en vele inconsistenties rond de toepassing van art. 1019h Rv.

Tegelijkertijd kan niet worden getwijfeld aan het belang van een meer coherente en consistente uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, zowel vanuit het oogpunt van harmonisatie (Europees niveau) als vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (nationaal niveau). In dit verband is niet alleen een belangrijke rol weggelegd voor de Europese wetgever, maar voor alle actoren op verschillende wetgevende en rechtssprekende niveaus.

183 De rol van de Europese wetgever[43]

Waarborgen voor een meer coherent Europees procesrecht
Om een eenduidige uitleg van procedurele voorschriften als die van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn te bevorderen, moet in de eerste plaats zoveel mogelijk worden voorkomen dat dergelijke voorschriften uitsluitend van toepassing worden verklaard op deelterreinen van nationaal (proces)recht.

Zoals bekend hebben Europese richtlijnen doorgaans betrekking op een bepaalde sector, waarin problemen zijn gerezen die om een specifieke aanpak vragen. Zo volgt uit de Handhavingsrichtlijn en de bestudeerde totstandkomingsdocumentatie dat de Europese wetgever vooral oog heeft gehad voor het 'oplossen' van het probleem van namaak en piraterij (ruimer: IE-inbreuken) in de interne markt. De Handhavingsrichtlijn moest voorzien in een veronderstelde behoefte aan ruimere handhavingsmiddelen die in alle lidstaten even effectief zijn. Aan waarborgen voor een consistente en rechtszekere aanpak binnen de EU is geen aandacht besteed.[44] Hetzelfde geldt ten aanzien van andere richtlijnen die primair materieelrechtelijk van aard zijn, maar ook procedurele voorschriften bevatten, zoals de consumentenbeschermende richtlijnen en de Bedrijfsgeheimenrichtlijn.[45] In deze context is de Europese bemoeienis met nationaal (proces)recht bekritiseerd om het incidentele karakter, hetgeen versnippering van het nationale procesrecht tot gevolg kan hebben.[46] Tevens kan Europees ingrijpen leiden tot inconsistenties binnen het nationale procesrecht. Ten aanzien van de Handhavingsrichtlijn kan men zich afvragen (en heeft men zich afgevraagd[47]) waarom de toepassing van de richtlijnbepalingen beperkt is tot IE-zaken. Hier had het op de weg van de Europese wetgever gelegen om te onderzoeken of ook buiten het terrein van IE behoefte bestaat aan een uitbreiding of versteviging van het handhavingsinstrumentarium, en zo nodig de reikwijdte daarvan te verruimen. Indien op basis van een dergelijk onderzoek geen aanleiding zou bestaan voor een bredere toepassing, dan zou daarin

43 De Europese Commissie, de lidstaten en het Europees Parlement.
44 Zie ook Wilman 2014, p. 450 e.v.
45 Zie hiervoor hoofdstuk 3.
46 Zie hiervoor hoofdstuk 3; zie ook Wilman 2014, p. 451; Krans 2010, p. 6-7.
47 Bijv. Krans 2010, p. 103 e.v.; Hugenholtz 2004, p. 246-247; Huydecoper 2004, p. 117-123. Zie ook hoofdstuk 2.

in ieder geval een rechtvaardiging kunnen worden gevonden voor de beperking van het toepassingsbereik van het handhavingsinstrumentarium tot het betreffende deelterrein.[48]

Daar waar Europees 'ingrijpen' in nationale proceskostenregels op specifieke deelterreinen toch aan de orde is, zal de Europese wetgever zich moeten vergewissen van de gevoeligheid en complexiteit van dit onderwerp. De Europese wetgever heeft – *buiten* de context van de Handhavingsrichtlijn – uitgebreid aandacht besteed aan de negatieve effecten en mogelijke neveneffecten van de *loser pays*-regel.[49] Steeds is benadrukt dat de kosten waarin de verliezende partij wordt veroordeeld niet te hoog mogen zijn, omdat dat voor sommige rechtzoekenden negatieve gevolgen voor de toegankelijkheid van de rechter kan hebben. Ook is gewezen op de noodzaak tot het objectiveren van de redelijkheid van de toe te delen proceskosten omwille van de toegankelijkheid van de rechter. Aandacht is er voorts voor de grote verschillen in proceskostenregels die het gevolg zijn van de nauwe samenhang van die regels met de nationale procesrechtelijke architecturen.[50] Al deze verstandige overwegingen hebben geen rol van betekenis gespeeld bij het ontwerp en de uitleg van de Handhavingsrichtlijn. Verondersteld werd dat de doelstelling (kort gezegd, rechthebbenden stimuleren en inbreukmakers afschrikken) kon worden bereikt door de rechthebbende een substantiële, zo niet volledige vergoeding van de gemaakte kosten in het vooruitzicht te stellen. Voor dit ongefundeerde uitgangspunt kan geen steun worden gevonden in de rechtseconomische theorie over de *English rule*[51] en de ervaringen met een volledige proceskostenveroordeling in de praktijk (in Engeland, maar ook de Nederlandse IE-praktijk).[52] De regel geeft ook blijk van een gebrek aan kennis van de bijzondere aspecten van IE-procesrecht, waarin het niet altijd de rechthebbende is die wint (en de inbreukmaker die verliest), niet zelden blijkt dat het ingeroepen recht ongeldig of de beschermingsomvang beperkt is en waarin de beoordeling of sprake is van inbreuk van vele factoren afhangt. De in Nederland geopenbaarde gevolgen van de ruimhartige implementatie van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn tonen het klemmend belang aan van gedegen onderzoek op al deze terreinen alvorens ingrijpen door de EU aan de orde kan zijn.

Waarborgen voor een EU-conforme proceskostenregeling

Daar waar (minimum)harmonisatie gewenst is van procesregels die gevolgen kunnen hebben voor de toegankelijkheid van de rechter, ligt het vanuit het oogpunt van coherentie en consistentie voor de hand dat de Europese wetgever aansluiting zoekt bij de vereisten van art. 6 EVRM en 47 Handvest. Hoewel men er gezien de gebondenheid van de Europese wetgever aan het Handvest van uit zou mogen gaan dat (procedurele) voorschriften in richtlijnen in overeenstemming zijn met het

48 Vgl. Krans 2014.
49 Zie hiervoor par. 3.6.
50 Zie hiervoor hoofdstuk 3.
51 Zie hiervoor hoofdstuk 8.
52 Zie hiervoor hoofdstuk 7 en 8.

EVRM en het Handvest,[53] toont de hier besproken uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn dat inconsistenties niet kunnen worden uitgesloten.

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, stellen art. 6 EVRM en 47 Handvest voorwaarden aan financiële drempels in de toegang tot de rechter. Een (mogelijke) proceskostenveroordeling die wegens de hoogte of de onvoorspelbaarheid het recht op toegang tot de rechter in de kern aantast, kan het grondrecht schenden. De bepalingen vereisen voorts dat procespartijen gelijk worden behandeld, in die zin dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak voor te dragen, zonder ten opzichte van de wederpartij wezenlijk te worden benadeeld.[54] Het preventiedoel van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn staat op gespannen voet met deze vereisten. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen, is een volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken onder alle omstandigheden – conform de oorspronkelijke intentie van de Europese Commissie – hiermee zelfs in strijd. Dat uitgangspunt lijkt dan ook terecht te zijn verlaten, maar hoe de bepaling dan wel moet worden toegepast laat de Europese wetgever in het midden. De rechtsonzekerheid die daarvan het gevolg kan zijn, kan echter evenzeer een ontoelaatbare drempel in de toegang tot de rechter opwerpen. Niet voor niets stelt het EU-recht zwaardere eisen aan de rechtszekerheid indien een bepaling financiële consequenties voor partijen kan hebben.[55] Voor de partij voor wie het kostenaspect zwaar weegt kan het gevolg van een onvoorspelbare proceskostenveroordeling zijn dat zij afziet van (het voeren van verweer in) een procedure. Onder dergelijke omstandigheden wordt het recht op toegang tot de rechter – evenals het daaruit voortvloeiende beginsel van gelijkheid van procespartijen – ontoelaatbaar beperkt. De Europese wetgever dient kortom de uitleg van eventuele procedurele voorschriften te stroomlijnen met de grondrechten en beginselen van EU-recht, teneinde dit soort wezenlijke inconsistenties te voorkomen.[56]

Specifiek met betrekking tot art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn betekent dit dat de Europese wetgever bij de invulling van de open normen uitdrukkelijk refereert aan de grenzen die het Handvest (en het EVRM) daaraan stellen. Dat geeft de nationale wetgever – en de nationale rechter – houvast en voorkomt inconsistenties met het Handvest en het EVRM. Gelet op de gebondenheid van de lidstaten aan deze verdragen zal het interpreteren en concretiseren van de open normen in lijn met de verdragsbepalingen niet op bezwaren vanuit de lidstaten (kunnen) stuiten. De Europese en nationale rechtsordes zouden overigens wel gebaat zijn bij duidelijke(re) instructies uit 'Europa' over de kaders van art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest, evenals de vereisten waaraan toelaatbare beperkingen van dat grondrecht moeten voldoen (art. 52 lid 1 Handvest). Te denken valt aan *guidelines* gebaseerd op de rechtspraak

53 Art. 51 Handvest; zie ook hoofdstuk 3.

54 Zie hoofdstuk 3 voor verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM en het HvJ EU.

55 Zie hiervoor par. 3.5.

56 De eerbied voor deze grondrechten en beginselen van de EU dient ook 'verzekerd' te zijn volgens ov. 32 considerans bij de Handhavingsrichtlijn. In verschillende arresten van het HvJ EU wordt de Handhavingsrichtlijn uitgelegd in het licht van de grondrechten en beginselen, zoals het *Promusicae-arrest*. Zie ook hoofdstuk 2 en 3.

van het EHRM en het HvJ EU over de grenzen die worden gesteld aan procesregels die de toegankelijkheid van de rechter kunnen inperken.[57]

184 De rol van het Hof van Justitie EU

Het is niet alleen de Europese wetgever die waarborgen dient te stellen voor een meer uniforme en Handvestconforme uitleg van EU-recht. Ook het Europese Hof van Justitie – als hoogste rechtsprekende orgaan dat belast is met de uitleg van EU-recht – moet dit tot zijn takenpakket rekenen.[58] Zoals in hoofdstuk 3 en par. 9.2. aan de orde is gesteld, volgt uit de rechtspraak dat het HvJ EU bij de uitleg van de Handhavingsrichtlijn weliswaar steeds vaker acht slaat op het Handvest, maar dat nog niet kan worden gesproken van een consistente lijn. In dit verband is gewezen op het arrest *United Video Properties/Telenet* waarin de uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn centraal stond. Hoewel verwijzingen naar art. 47 Handvest en het rechtszekerheidsbeginsel voor de hand lagen (en ook uitgebreid waren behandeld door A-G Campos), liet het HvJ EU deze wezenlijke en relevante aspecten van EU-recht onbesproken. Een verklaring hiervoor is gevonden in de formulering van de prejudiciële vragen en het onderwerp daarvan.[59] Niettemin zou het vanuit het oogpunt van consistentie en coherentie aanbeveling verdienen dat het HvJ EU – conform zijn eerdere rechtspraak en conform ov. 32 considerans – in de gevallen waarin de uitleg van de Handhavingsrichtlijn centraal staat zoveel mogelijk de grondrechten en de beginselen die de grondslag van de samenwerking binnen de EU vormen in acht neemt.

Vanzelfsprekend dient daartoe wel een beroep te worden gedaan op de interpretatieve taak van het HvJ EU. De bereidheid van de nationale rechter om vragen te stellen aan het HvJ EU is derhalve bepalend voor de mate waarin het HvJ EU kan bijdragen aan een uniforme en Handvestconforme uitleg van de Handhavingsrichtlijn.

185 De rol van de Nederlandse wetgever

Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor letterlijke omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn in art. 1019h Rv, dat deel uitmaakt van een afzonderlijke titel over rechtspleging in zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom in het Wetboek van Burgerlijke

---

57 In dit verband kan als een belangrijke ontwikkeling worden beschouwd het Draft Report with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the EU (2015/2084(INL)), 10 February 2017, PE593.974v01-00. Tevens valt te wijzen op het in 2016 verschenen *Handbook on European law relating to access to justice* van de European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

58 Dat volgt ook expliciet uit art. 19 lid 1 VEU: 'Het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde rechtbanken. Het verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen.'

59 Hoofdstuk 2; zie C.J.S. Vrendenbarg, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:611, C-57/15, *IER* 2016/54 (*United Video Properties/Telenet*).

Rechtsvordering. Letterlijke omzetting van richtlijnbepalingen biedt veel ruimte voor een richtlijnconforme uitleg van de daarin neergelegde open normen, terwijl die uitleg steeds – zo nodig – 'aangepast' kan worden aan (eventuele) rechtspraak van het HvJ EU over de uitleg van een richtlijnbepaling.[60] Letterlijke omzetting stelt de wetgever echter niet vrij van zijn taak, de rechter zoveel mogelijk te ondersteunen in zijn plicht het nationale recht zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren. Ook wanneer de keuze voor letterlijke omzetting is gemaakt, ligt het dus op de weg van de wetgever om in de toelichting bij de omzettingswetgeving zoveel mogelijk informatie te geven over de achtergrond en oorsprong van de open normen en richting te geven bij de uitleg.[61] Daarnaast rust ook de verantwoordelijkheid voor een rechtszekere en voorspelbare uitleg van richtlijnbepalingen op de Nederlandse wetgever, met name indien deze financiële consequenties voor procespartijen kunnen hebben. De Nederlandse wetgever heeft deze taken en verantwoordelijkheden in belangrijke mate doorgeschoven naar de praktijk.[62] Dat is om twee redenen problematisch gebleken.

In de eerste plaats heeft de wetgever een richtlijnconforme uitleg door de rechter eerder bemoeilijkt dan ondersteund, door niet de benodigde sturing bij de uitleg van art. 1019h Rv te geven. Zoals in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, heeft de rechter in de periode van richtlijnconforme interpretatie, bij gebrek aan enig houvast, vooral vertrouwd op de voorlichting door de partijen over de uitleg van de richtlijnbepaling. Van de rechter kan dan ook niet worden verlangd dat hij zelf in de totstandkomings- en beleidsdocumenten met betrekking tot een nieuwe – nog niet geïmplementeerde – richtlijn duikt, terwijl in die fase nog geen rechtspraak van het HvJ EU voorhanden was. Onder verwijzing door partijen naar het richtlijnvoorstel, waarin de *oorspronkelijke* doelstelling van de proceskostenbepaling staat vermeld, achtten rechters zich wegens de plicht tot richtlijnconforme interpretatie er kennelijk toe gehouden de verliezende partij in de volledige kosten van de winnaar te veroordelen. Al spoedig werd het onderscheid tussen verschillende typen inbreukzaken niet meer gemaakt en werd volledige proceskostenveroordeling eerder de regel dan de uitzondering; een uitleg die in reactie op de ontwikkelingen in de praktijk weer werd bevestigd door de wetgever.[63] Deze dynamiek had in belangrijke mate voorkomen kunnen worden indien de wetgever in de toelichting bij de omzettingswetgeving zoveel mogelijk informatie had verstrekt over het totstandkomingsproces en de wijzigingen die de proceskostenbepaling had ondergaan, waardoor de oorspronkelijke doelstelling – volledige compensatie van de rechthebbende als regel – duidelijk was verlaten.

---

60 Zie hiervoor hoofdstuk 1.

61 Vgl. Pavillon 2011, p. 526.

62 Zie hiervoor hoofdstuk 5. Specifiek met betrekking tot de omzetting van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn heeft de wetgever erop gewezen 'dat de proceskostenveroordeling zich onder het nieuwe regime in intellectuele eigendomsinbreukzaken zal moeten uitkristalliseren'; *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, 3, p. 26 (MvT).

63 Zie hiervoor hoofdstuk 5. Zie ook Vrendenbarg 2013, p. 160 e.v; Visser 2016.

Ten tweede kan het feit dat de wetgever de verantwoordelijkheid voor een coherente en consistente uitleg van art. 1019h Rv heeft afgeschoven op rechterlijke macht ook als een gemiste kans worden gezien. Zoals aan de orde is gekomen in par. 5.2, houdt de ruimhartige omzetting van de richtlijnbepaling tevens verband met de kritiek die sinds jaar en dag werd (en wordt) geuit op de lage tarieven van het liquidatietarief. In de aanloop naar de implementatie van de Handhavingsrichtlijn is langs verschillende wegen druk uitgeoefend op de wetgever door het kamp dat betoogde dat het liquidatietarief met name in IE-zaken, waarin de kosten hoog kunnen oplopen, niet langer door de Europese beugel kon.[64] De spoedige, haast onbezonnen volle omzetting in art. 1019h Rv is hiervan het gevolg geweest, met alle consequenties van dien. In hoofdstuk 5 is een aantal alternatieve mogelijkheden aangestipt die minder ingrijpend waren geweest, zoals het toestaan van afwijkingen van het liquidatietarief in bepaalde IE-zaken. De nadelen van dergelijke ad-hoc-oplossingen zijn dat ze de aanleiding tot de afbakeningsproblemen en vragen ten aanzien van de rechtvaardiging voor *Sonderreglungen* in IE-zaken niet kunnen wegnemen.

De vraag rijst, hoe de Nederlandse wetgever kan bijdragen aan een meer coherente en EU-conforme oplossing voor de mogelijke problemen die kunnen rijzen rond de implementatie van sectorspecifieke procedurele voorschriften. Om te beginnen zou de wetgever kunnen overwegen procedurele voorschriften als die van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn niet zozeer met argwaan te ontvangen, maar daarin aanleiding te zien de eigen regels van procesrecht tegen het licht te houden. Zijn de regels nog actueel en beantwoorden ze nog aan de doelstelling, een ruime toegang tot de rechter te waarborgen? Of de tarieven van het liquidatietarief nog van deze tijd zijn is een veel gestelde vraag.[65] De roep om hogere, meer reële tarieven in procedures waarbij doorgaans geen particulieren zijn betrokken klinkt steeds luider, terwijl ook stevige kritiek is geuit op de zeer beperkte afwijkingsmogelijkheden van het liquidatietarief. Bezwaren zijn voorts gericht tegen de versnipperde kostenwetgeving op de verschillende deelterreinen van het nationaal recht.[66] Tegen deze achtergrond had de wetgever ervoor kunnen kiezen de handschoen zelf op te pakken en onderzoek te (laten) doen naar de mogelijkheid en wenselijkheid van aanpassing van het kostenregime over de gehele linie van het burgerlijk procesrecht. 'Doorharmoniseren'[67] in de zin dat een ruimere reikwijdte aan de richtlijnbepaling van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn wordt toegekend is een reële optie en zou veel van de in dit boek geïdentificeerde knelpunten – met name rond de afbakening – kunnen wegnemen. Daarbij is van belang dat de regeling van art. 237 e.v. Rv niet in

64 Zie o.a. Gielen 2005, p. 6 e.v.; Huydecoper 2004, p. 117-123. Ook in het Preadvies van de Adviescommissie IE van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 31 mei 2005 is betoogd dat de bedoeling van de Richtlijn duidelijk is dat 'anders dan het in Nederland gebruikelijke systeem, de in het ongelijk gestelde partij de daadwerkelijke kosten die de andere partij heeft gemaakt moet vergoeden'. (onderstreping toegevoegd)

65 Zie hiervoor hoofdstuk 4.

66 Sluijter 2014, p. 3 e.v.

67 Krans 2014.

de weg lijkt te staan aan een stelsel van proceskostenvergoedingen dat meer in lijn is met art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn. In par. 9.4. zal hierop nader worden ingegaan.

Tot slot behoort het tot de taak van de nationale wetgever om onder alle omstandigheden te garanderen dat de rechtspleging effectief toegankelijk is. Hiermee wordt bedoeld dat de wetgever, indien geconfronteerd met een Europees procedurevoorschrift dat direct gevolgen kan hebben voor de toegankelijkheid van de rechter (zoals de proceskostenbepaling in IE-zaken), zich ervan moet vergewissen of de rechtsbescherming ook voor minder draagkrachtige partijen gewaarborgd blijft. In de context van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn betekent dit dat de taak van de wetgever niet beperkt is tot het zorgen van EU-conforme omzettingswetgeving; het ligt ook op zijn weg om te waarborgen dat rechtzoekenden in IE-zaken bijvoorbeeld aanspraak kunnen maken op gefinancierde rechtsbijstand en/of (rechterlijke) bescherming kunnen verkrijgen tegen hoge proceskosten.[68]

186 De rol van de rechterlijke macht

186a Inleiding

Ten slotte kunnen op verschillende niveaus binnen de rechterlijke macht waarborgen worden gesteld voor een uniforme en coherente uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn, binnen de grenzen van het normatief beoordelingskader. Gestreefd moet worden naar een uitleg die richtlijnconform is en tegelijkertijd een praktische en effectieve toegang tot de rechter waarborgt.

Dit impliceert vooraleerst dat de Hoge Raad een consistente koers vaart, en de hoogste Europese rechter aanzoekt als sprake blijkt te zijn van een kwestie waarover geen rechtspraak voorhanden is (*acte éclairé*) en wanneer de juiste uitleg van EU-recht niet evident is (*acte clair*). In deze context is betoogd dat de Hoge Raad in verschillende procedures over art. 1019h Rv een prejudicieel verzoek had kunnen indienen (conform art. 267 VWEU), maar dit om onduidelijke redenen niet heeft gedaan.[69] Maar ook de lagere rechters kunnen bijdragen aan de realisering van meer consistente, EU-conforme rechtspraak over art. 1019h Rv.

186b EU-conforme rechtspraak?

Vooropgesteld zij dat de bereidheid in Nederland om art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn zoveel mogelijk richtlijnconform uit te leggen bijzonder groot is gebleken.[70] De in de literatuur geconstateerde 'onwennigheid' van rechters met de vreemde proceskosten-

68 Zie ook art. 47 lid 3 Handvest. Zie par. 3.3 en 3.4 met verwijzingen naar de rechtspraak.

69 Zie hiervoor hoofdstuk 5.

70 Dat wil niet zeggen dat de nieuwe proceskostenregel de goedkeuring van alle rechters in Nederland kon wegdragen. Uit (informele) gesprekken met rechters kon ik opmaken dat sommige rechters fel gekant zijn tegen een systeem dat volledige proceskostenveroordeling als uitgangspunt hanteert.

regel in den beginne duurde niet lang; volledige proceskostenveroordelingen waren spoedig aan de orde van de dag.[71] De nadien voor alle instanties ontwikkelde Indicatietarieven bevatten de nodige afwijkingsmogelijkheden teneinde rekening te kunnen houden met de specifieke kenmerken van het geval (conform ov. 17 considerans) en stonden niet in de weg aan een volledige proceskostenveroordeling in IE-zaken, conform de *oorspronkelijke* doelstelling. De conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona in de zaak *United Video Properties/Telenet* van april 2016 gaf zelfs aanleiding voor de Landelijke Expertgroep IE om het advies uit te brengen de proceskostenbeslissing in lopende zaken aan te houden, in afwachting van het arrest.[72]

Minder lijkt de rechterlijke macht zich te bekommeren om de conformiteit met het EVRM en het Handvest. Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit dat een eventuele schending van het recht op toegang tot de rechter als gevolg van de toepassing van art. 1019h Rv pas aan de orde kan komen, indien daarop een beroep wordt gedaan door (één der) partijen.[73] Hoe wezenlijk ook in een democratische rechtsstaat: het recht op een effectieve toegang tot de rechter is in beginsel niet van openbare orde. Daar komt bij, dat het EU-recht de rechter vooralsnog niet uitdrukkelijk verplicht om zo nodig buiten de grenzen van het partijdebat te toetsen aan art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest.[74] Om dezelfde redenen achtte de rechter zich – tot zeker 1 april 2017 – niet bevoegd ambtshalve (dus zonder daaraan voorafgaande betwisting door de wederpartij) de vordering aan de redelijkheid en evenredigheid van art. 1019h Rv te toetsen.[75]

---

71 Wefers Bettink & Hoefnagel 2010, p. 336 e.v.; Visser & Tsoutsanis 2006, p. 1940 e.v.

72 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 29 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4395 (*Slipperzool*), r.o. 4.10: '(…) De proceskosten die zien op de IE-grondslagen (Beneluxmodelrecht en auteursrecht), te weten 90% van de totale proceskosten, zullen – op advies van de Landelijke Expertgroep IE-zaken – pas worden begroot nadat het Hof van Justitie EU op 28 juli 2016 arrest heeft gewezen in de Belgische prejudiciële zaak over proceskosten in IE-zaken (*United Video/Telenet*, C-57/15). De voorzieningenrechter houdt de proceskostenveroordeling daarom aan tot uiterlijk 7 september 2016.'

73 De indirecte horizontale werking lijkt immers wel te worden aangenomen; HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, *NJ* 2012/479 (*Scarlet/Sabam*); HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*) en EHRM 10 januari 2013, zaak 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*).

74 Zie hiervoor hoofdstuk 6, waarin aan de orde is gekomen dat de EU-rechtspraak daartoe ook niet verplicht (anders dan de EU-rechtspraak die de nationale rechter verplicht om ambtshalve te onderzoeken of een contractueel beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, 'zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt'; HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*)). Art. 25 Rv dwingt daartoe evenmin in geschillen tussen particulieren, aangezien de bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking hebben; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/202. Ten aanzien van de grondrechten van Handvest is aangenomen dat deze wel indirecte horizontale werking kunnen hebben, maar de Hoge Raad stelt de toepassing daarvan afhankelijk van een beroep daarop door partijen. Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*), r.o. 5.2.5; zie conclusie A-G Van Peursem 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:729 (*Brein/XS4ALL*), sub 2.2.6.

75 In hoofdstuk 6 is aan de orde gekomen waarom de rechter de ruimte voor een ambtshalve toets aan de grondrechten c.q. aan de redelijkheid en evenredigheid beperkt acht.

Voorts is de strijdigheid met art. 6 EVRM c.q. 47 Handvest vooralsnog niet – althans niet met succes – in rechte aan de orde gesteld.[76] Een beroep op het betreffende grondrecht zou een rechterlijke toets van de regel aan het grondrecht tot gevolg kunnen hebben. Aan grondrechten kan indirecte horizontale werking toekomen, in die zin dat de op de privaatrechtelijke rechtsverhouding van toepassing zijnde regel – dan wel de uitleg die de rechter daaraan geeft – aan de grondrechten van het EVRM en het Handvest kunnen worden getoetst.[77] Indien de rechter strijd aanwezig zou achten tussen (de concrete toepassing van) art. 1019h Rv en het recht op effectieve toegang tot de rechter, dan zou de rechter daaraan verschillende gevolgen kunnen verbinden. Ofwel hij zou de regel op verdragsconforme wijze kunnen interpreteren, ofwel hij zou de regel buiten toepassing kunnen laten.[78] Onder de huidige omstandigheden valt echter als gezegd geen beroep op het recht op effectieve toegang tot de rechter te verwachten om de rechter te bewegen tot een afwijzing (of matiging) van de ex art. 1019h Rv gevorderde proceskosten. De partijen die in verband met het risico van een hoge, onvoorspelbare proceskostenveroordeling geen effectieve toegang hebben tot de rechter, zijn reeds om deze praktische reden niet in staat een beroep op het grondrecht te doen. Partijen die wel toegang hebben zullen de grondrechten (en beginselen) van de EU niet snel inroepen, omdat dat gevolgen kan hebben voor de eigen vordering.[79]

In deze context is in par. 9.2. reeds gesproken van een 'grondrechtelijk vacuüm' dat niet langer in stand kan blijven gezien de positieve verplichting die op de Staat rust om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen.[80] Deze verplichting volgt overigens ook uit de Handhavingsrichtlijn, daar waar wordt gewezen op de eerbied voor de grondrechten en beginselen van de EU.[81] Ook volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU zijn de lidstaten én de nationale rechter verplicht nationaal recht te interpreteren 'op zodanige wijze dat dit niet alleen consistent is met de richtlijn, maar ook dat dit niet in conflict komt met fundamentele rechten of andere algemene beginselen van EU-recht, zoals het evenredigheidsbeginsel'.[82]

---

76 In de zaak *Sanoma/GS Media* is het verweer van Geen Stijl dat 'chilling effect' van een proceskostenveroordeling op een persorgaan kan uitgaan en dat sprake is van 'inequality of arms' zonder nadere motivering afgewezen; Rb. Amsterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7043 (*Sanoma/GS Media*).

77 Zie hiervoor par. 3.3. Zie ook Sieburgh 2015, p. 6; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/222.

78 Asser/Hartkamp *3-I* 2015/21 en 222; Sieburgh 2015, p. 6-7.

79 Zie hiervoor par. 6.2. Zie ook Visser 2016.

80 Art. 52 lid 5 Handvest; Asser/Hartkamp *3-I* 2015/19-20 en 200; Sieburgh 2015

81 Zie ov. 32 considerans.

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

186c Naar een tariefstelsel met absolute maxima

De vraag is nu *hoe* aan de verplichtingen, art. 1019h Rv enerzijds richtlijnconform te interpreteren, en anderzijds de uitoefening van grondrechten van de EU te waarborgen, invulling kan worden gegeven. Dat kan door middel van een tariefstelsel met absolute maximumtarieven, waarvan niet naar boven kan worden afgeweken.

Op basis van de studies naar het recht van de omringende landen, de rechtseconomische theorie en empirie over de *English rule* en de werking van art. 1019h Rv in de praktijk kan ten minste één belangrijke conclusie worden getrokken: volledige proceskostenveroordeling en een effectieve toegang tot de rechter voor eenieder gaan niet hand in hand.[83] De wederkerigheid van de regel brengt mee dat de uitoefening van het recht op toegang tot de rechter in verband met het risico op een substantiële en onvoorspelbare proceskostenveroordeling voor beide partijen illusoir kan worden. Volledige proceskostenveroordeling kan, zo is gebleken, tevens in strijd zijn met de vereiste gelijkheid van procespartijen, de procesuitgaven verhogen en zelfs negatieve gevolgen hebben voor de rechtsontwikkeling.[84]

Uit de studies komt duidelijk naar voren dat tarieven veel van de negatieve effecten van volledige proceskostenveroordeling kunnen wegnemen – op voorwaarde dat deze duidelijk zijn en strikt worden toegepast. Alleen dan kunnen partijen voorafgaand aan de procedure een nauwkeurige schatting maken van de totale kosten, hetgeen een gunstige invloed heeft op de eventuele verzekerbaarheid of procesfinanciering. Voorts nemen tarieven in belangrijke mate de prikkels om hoge(re) procesuitgaven te doen weg en kunnen zij daarop zelfs een dempend effect hebben. Een ander belangrijk kenmerk van tarieven is dat zij zowel de discussieruimte van partijen als de beoordelingsruimte van de rechter beperken tot hooguit de vaststelling van het toe te passen tarief, hetgeen tijd en kosten kan besparen.

De hoogte van de tarieven

De vraag is hoe zo'n tariefstelsel eruit moet zien. De eerste horde die genomen moet worden, is de vaststelling van de hoogte van de tarieven. Grofweg kan onderscheid worden gemaakt tussen (i) tarieven die de werkelijke, redelijke kosten beogen te benaderen (zoals de tarieven van de IPEC, en de Duitse *Gebühren*) en (ii) tarieven die bewust lager zijn afgesteld (te denken valt aan het liquidatietarief en het Belgische tariefstelsel).[85] Voor beide alternatieven kunnen argumenten worden gevonden in het recht op toegang tot de rechter. Voor proceskostenregelingen in IE-zaken geldt echter gezien de Europese achtergrond een aanvullend vereiste: deze moeten beantwoorden aan de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn. Uit het arrest *United Video Properties/Telenet* volgt dat een regeling op basis van maximumtarieven voor de advocaatkosten daaraan in beginsel kan beantwoorden, mits deze regeling

---

83 Tot deze conclusie komen ook Jackson (Preliminary Report 2009 en Final Report 2010); Zuckerman 2009, p. 269 e.v.; Katz & Sanchirico 2010, p. 36.

84 Zie hiervoor hoofdstuk 8.

85 Hodges p. 81-85; Jackson 2009, p. 12-13. Zie ook Jackson 2016.

waarborgt 'dat minstens een significant en passend deel van de redelijke kosten door de verliezer wordt gedragen'.[86] Daarmee lijkt vast te staan dat de reële, redelijke kosten als vertrekpunt voor tarieven (het eerste alternatief) het meest richtlijnconform is.

Het HvJ EU geeft voorts enige richting bij de invulling van deze criteria. De redelijkheid van de kosten dient in het concrete geval te worden beoordeeld in het licht van factoren als het voorwerp van het geding, de waarde ervan of het werk dat ervoor nodig is. Buitensporige kosten 'wegens ongewoon hoge erelonen' en kosten die niet noodzakelijk zijn vallen niet onder redelijke kosten. Bij de beoordeling van de redelijkheid dient voorts uit te worden gegaan van de gemiddelde tarieven die in de praktijk gelden voor de diensten van de advocaat in de betreffende lidstaat.[87] Van de kosten die deze redelijkheidstoets doorstaan, dient een significant en passend deel aan de winnende partij te worden vergoed.

De vaststelling van de gemiddelde tarieven in IE-procedures is derhalve de volgende horde die genomen moet worden. Van belang is dat de bedragen aan (advocaat) kosten die thans gevorderd worden vermoedelijk niet representatief zijn. Deze staan immers onder invloed van het 'verhoogde uitgaven-effect', waardoor partijen geneigd kunnen zijn extra uitgaven te doen in de veronderstelling dat de wederpartij die zal vergoeden.[88] Tegelijkertijd zijn partijen die minder uitgaven (kunnen) doen – maar waarschijnlijk wel de middenmoot vormen – mogelijk ondervertegenwoordigd in de rechtspraak over art. 1019h Rv, omdat zij simpelweg de rechter niet kunnen bereiken. De in de rechtspraak over art. 1019h Rv vermelde bedragen kunnen kortom niet als basis dienen voor een tariefstelsel op basis van werkelijke (redelijke) proceskosten. Tot een vergelijkbare constatering kwam overigens ook Zuckerman in het kader van de hervormingen van de Engelse kostenregels:

> *'The real problem lies in the position […] that fixed costs must be the product of a genuine attempt to estimate the actual (reasonable) costs of the winning party. As already observed, any such estimation will inevitably be made by reference to current practice and current levels of costs, which have been the product of a system that allows unpredictable and disproportionate costs to be incurred. Consequently, a fixed costs system which is founded on the present costs level and which, in addition, permits the level to be exceeded in 'exceptional' circumstances, will be in the end self-defeating. For a system of fixed costs to succeed, it must be robust, free standing and cap the expenses at a level which is proportionate to the amount in dispute and possibly to its importance, leaving litigants free to spend disproportionate costs at their own expense, if they so wish.'*[89]

Deze gedachten hebben er in Engeland toe geleid dat de tarieven die gelden in procedures bij de IPEC in nauw overleg met *court users* en *IP practitioners* zijn opgesteld. In Nederland zou een vergelijkbaar overleg tot stand kunnen komen,

---

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

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

88 Zie hoofdstuk 8.

89 Citaat van A.S. Zuckerman in Jackson 2009, p. 152.

teneinde de gemiddelde tarieven en kosten in verschillende typen IE-zaken te inventariseren die vervolgens als vertrekpunt kunnen gelden bij de vaststelling van redelijke en evenredige tarieven die aan de criteria van het arrest *United Video Properties/Telenet* voldoen. Dit zal geen eenvoudig proces zijn, en bovendien zullen evaluaties op regelmatige basis nodig zijn. Anderzijds bewijst de ervaring met het *fixed costs regime* bij de IPEC hoe verdienstelijk een grondige en praktijkgerichte aanpak van de kostenproblematiek kan zijn. Het resultaat is een breed gesteund regime, dat procespartijen – voor wie het recht op effectieve toegang tot de rechter immers in het leven is geroepen – in staat stelt de rechter aan te zoeken zonder onoverkomelijke drempels op hun weg te vinden, terwijl de aandacht gericht kan worden op het materiële geschil dat partijen verdeeld houdt (en niet op accessoir bedoelde zaken als de proceskosten).[90]

De koppeling van tarieven aan kenmerken van procedures
Een laatste horde die genomen moet worden is de keuze voor de kenmerken waaraan de tarieven gekoppeld worden: de waarde van de vordering, de toerekenbaarheid, de complexiteit – en zo zijn er nog meer opties denkbaar. Verschillende stelsels nemen de waarde van de vordering als vertrekpunt.[91] Tarieven gerelateerd aan het 'gewicht' en belang van de vordering kunnen rechtvaardig worden bevonden, terwijl de kosten vaak ook gelijke tred zullen houden met de waarde die de vordering vertegenwoordigd (immers hoe groter het belang, hoe meer uit de kast wordt getrokken om de zaak tot een goed einde te brengen). De Duitse situatie laat echter zien dat dat niet altijd het geval is. Aan octrooizaken wordt in de regel een hoog *Streitwert* toegekend gezien de waarde die octrooien kunnen vertegenwoordigen, hetgeen advocaten uitzonderlijk veel ruimte biedt om tijd en kosten te spenderen aan de zaak – mogelijk zelfs meer dan nodig is. Andersom worden merkenrechtelijke geschillen doorgaans lager ingeschaald, terwijl juist ook die zaken zeer bewerkelijk kunnen zijn. Onder die omstandigheden kan sprake zijn van een (aanzienlijk) *recoverability gap*.[92] Een ander nadeel van *value based* tarieven is dat de waarde van de vordering met name in IE-zaken moeilijk is vast te stellen.[93] Vergelijkbare nadelen zijn verbonden aan de koppeling van tarieven aan de mate van toerekenbaarheid van de inbreuk, zoals aan de orde is gekomen in par. 9.2.

De keuze voor een koppeling van tarieven aan de complexiteit lijkt al met al zo gek nog niet. Het verband tussen complexiteit en kosten is immers sterk. Een vanuit feitelijk en/of juridisch oogpunt bewerkelijke zaak zal meer tijd en kosten voor de voorbereiding vergen dan een rechttoe rechtaan inbreukzaak. Tegelijkertijd kan het onderzoek naar bijvoorbeeld *prior art* of het *Umfeld* evenals het opstellen van de dagvaarding zeer veel tijd kosten, terwijl het verweer zich eenvoudig laat concipiëren. Om ook aan die situaties recht te kunnen doen, zouden maximumtarieven

90 Zie hiervoor par. 7.3.
91 Zie bijv. het liquidatietarief, maar ook de tariefstelsels in België en Duitsland.
92 Zie hiervoor hoofdstuk 7.
93 Zie ook hoofdstuk 8; zie ook par. 2.7 waarin de regels die gaan gelden in procedures bij de Unified Patent Court zijn besproken.

per proceshandeling kunnen worden vastgesteld, met absolute maxima per 'type' procedure. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen inbreukprocedures enerzijds, en 'spin-off' procedures (zoals executiegeschillen, schadestaatprocedures) anderzijds. Een afzonderlijke set zou kunnen worden ontwikkeld voor octrooizaken, in verband met de complexiteit en de hoge kosten die daarmee gemoeid zijn. Zoals in procedures bij de IPEC zou in de kostenstaat een uitsplitsing naar proceshandelingen kunnen worden vermeld, waarna een beoordeling van de respectieve kosten aan de hand van de criteria van het *United Video Properties-arrest* volgt. Nodeloos gemaakte kosten dienen te worden 'weggestreept'. Op basis van een vergelijking van het resterende bedrag aan kosten met het toepasselijk tarief volgt een toewijzing van het laagste bedrag van de twee. Het totaalbedrag aan kosten (het resultaat van een optelsom van de toe te wijzen kosten per proceshandeling) zal voorts worden vergeleken met het toepasselijke absolute maximumtarief, waarna wederom het laagste van de twee wordt toegewezen. Op die manier wordt gewaarborgd dat 'buitensporige kosten wegens ongewone erelonen' niet voor rekening van de wederpartij worden gebracht.

De keuze zou ook kunnen vallen op een minder bewerkelijke variant van vaste tarieven (of punten) per proceshandeling met onderscheid naar complexiteit. Gedacht kan worden aan minimum-, basis- en maximumtarieven, zoals in het Belgisch kostenstelsel, of aan wegingsfactoren.[94] De eiser zou dan bij aanvang van de procedure (en per fase) kunnen beargumenteren welk tarief naar zijn oordeel toegepast moet worden, waarop de verwerende partij kan reageren. Het opstellen en overleggen van kostenstaten is dan niet aan de orde, hetgeen veel tijd en discussie kan besparen. Het laatste woord over het toepasselijk tarief is aan de rechter, die zich op basis van de stukken en de argumenten van partijen eenvoudig een oordeel moeten kunnen vormen over de complexiteit van het geschil in de fase waarin het zich bevindt. Binnen de gegeven bandbreedte kan de rechter rekening houden met de omstandigheden van het geval zoals de aard en toerekenbaarheid van de inbreuk, en zodoende invulling geven aan het evenredigheidsvereiste. Tevens kan rekening worden gehouden met de solvabiliteit van partijen, en zodoende recht worden gedaan aan het *equality of arms*-beginsel.[95]

Rechtszekerheid vs. maatwerk

Waar de keuze ook op valt, de rechtszekerheid verlangt (sterker nog: vereist) dat de uitkomst redelijkerwijs voorspelbaar is. Dat betekent dat de criteria op basis waarvan het toepasselijk tarief wordt bepaald scherp geformuleerd moeten zijn en dat een absoluut maximumtarief geldt waar de proceskostenveroordeling onder blijft. De rechtszekerheid brengt ook mee, dat afscheid moet worden genomen van het rechterlijk uitgangspunt dat niet (voldoende gemotiveerd) betwiste proceskosten moeten worden toegewezen. De doelstelling van een tariefstelsel langs de hierboven uitgezette lijnen, namelijk het bevorderen van rechtsgelijkheid en rechts-

94 Zie hiervoor hoofdstuk 7.

95 Zie hiervoor par. 3.5.

zekerheid, zou worden ondermijnd indien een afwijking wordt toegestaan alleen omdat de wederpartij daartegen geen bezwaar heeft.[96]

Overeengekomen (al dan niet afwijkende) vergoedingen moeten geëerbiedigd worden. In geval van een overeenkomst over de proceskosten is de rechtszekerheid immers gegarandeerd, terwijl partijen op die manier kunnen waarborgen dat de *recoverability gap* beperkt of zelfs afwezig is.

Een tariefstelsel zoals hierboven voorgesteld hoeft niet af te doen aan de taak van de rechter, rekening te houden met de omstandigheden van het geval.[97] Enerzijds bieden de bandbreedtes (waarvan de bovengrens gevormd wordt door absolute maxima) daartoe de ruimte, anderzijds kunnen zeer exceptionele omstandigheden aanleiding geven van de regeling af te wijken. Met het toestaan van afwijkingen dient evenwel terughoudendheid te worden betracht. Bij een weging van de argumenten vóór afwijking en de argumenten die daartegen pleiten, zal het zwaarste gewicht moeten worden toegekend aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het gaat immers niet uitsluitend om het individuele belang van de winnende partij om een zo groot mogelijk deel van de kosten vergoed te krijgen, maar om het belang van de samenleving als geheel bij een betaalbare, toegankelijke rechtsgang.

187 De per 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven

Zoals in het inleidend hoofdstuk en met name ook in hoofdstuk 5 aan de orde is gekomen, zijn de Indicatietarieven op 1 april 2017 ingrijpend gewijzigd. De directe aanleiding tot deze wijzigingen is het op 28 juni 2016 gewezen arrest in de zaak *United Video Properties/Telenet*, maar indirect zal ook de veelvuldig op het onvoorspelbare kostenstelsel in IE-zaken geuite kritiek een belangrijke rol hebben gespeeld.[98]

Een belangrijke wijziging is de toevoeging van de extra categorieën 'zeer eenvoudig' en 'normaal' aan de bestaande categorieën 'eenvoudig' en 'complex'. De bedoeling daarvan is dat meer rekening kan worden gehouden met de verschillen in complexiteit van IE-procedures. De tarieven zijn voorts verhoogd van € 25.000 naar € 40.000 voor complexe bodemzaken. Met deze verhoging is beoogd invulling te geven aan de criteria uit het arrest *United Video Properties/Telenet*, meer specifiek het criterium van 'een significant en passend deel van de redelijke kosten'. Met name van belang is dat de tarieven worden aangemerkt als *maximumtarieven*. De tarieven hebben evenwel niet te gelden als *absolute* maximumtarieven. Dat blijkt uit punt 7 van de Indicatietarieven, waaruit volgt dat in 'bijzondere gevallen' hogere bedragen worden toegewezen 'op basis van de specifieke kenmerken van het geval'.[99] Hogere

96 Teuben 2004, p. 184 en 328.

97 Teuben 2004, p. 100.

98 Verwezen mag worden naar de in par. 1.3 genoemde publicaties en bijv. naar Visser 2016.

99 Zie punt 7 *in fine*: 'Hogere bedragen – dus boven het maximale indicatietarief van de toepasselijke categorie – worden alleen in bijzondere gevallen toegewezen op basis van de specifieke kenmerken van het geval.'

bedragen kunnen ook worden toegewezen indien partijen daarover overeenstemming hebben bereikt. Deze overeenstemming moet overigens wel uitdrukkelijk zijn; de enkele afwezigheid van een betwisting van de hoogte wordt niet langer voldoende geacht.[100]

De op 1 april 2017 gewijzigde Indicatietarieven kunnen in potentie bijdragen tot een meer EU-conform stelsel van proceskostenveroordeling in IE-zaken. Met de wijzigingen wordt dan ook uitdrukkelijk beoogd de voorspelbaarheid van het kostenrisico te vergroten en daarmee de toegang tot de rechter te waarborgen. Of deze beoogde effecten verwezenlijkt zullen worden, zal echter moeten worden afgewacht. De toevoeging van twee extra categorieën kan in verband met de vele factoren die van invloed zijn op de indeling de onzekerheid over het toepasselijk tarief vergroten. Anderzijds geven de bandbreedtes meer zekerheid ten aanzien van het maximale bedrag aan advocaatkosten dat vergoed wordt c.q. moet worden. In hoeverre deze bandbreedtes daadwerkelijk zullen bijdragen aan de beoogde voorspelbaarheid van de kosten en toegankelijkheid van de rechter is vooral afhankelijk van de mate waarin van de tarieven afwijkende vergoedingen (toch) zullen worden toegewezen.

Het voorstel een bepaling op te nemen die ertoe strekt dat financieel minder draagkrachtigen de rechter kunnen verzoeken de billijkheidscorrectie toe te passen, heeft de definitieve versies van de Indicatietarieven niet gehaald.[101] De eventuele financiële ongelijkheid van partijen wordt anderzijds ook niet langer genoemd als een omstandigheid die geen afwijkende (lagere) proceskostenveroordeling zou rechtvaardigen.[102] Zoals met name uit nr. 49 volgt, waarin het beginsel van gelijkheid der procespartijen is besproken, zou de rechter in geval van financiële ongelijkheid de bevoegdheid of zelfs de verantwoordelijkheid hebben de gevorderde proceskosten te matigen indien deze ongelijkheid naar het oordeel van de rechter 'afbreuk doet aan het eerlijke verloop van de procedure'.[103] Er zijn enkele voorbeelden van beslissingen waarbij de toepassing van de billijkheidscorrectie heeft geleid

100 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken, gerechtshoven en Hoge Raad, punt 4-5 onderaan.

101 In het Advies Indicatietarieven in IE-zaken van de adviescommissie intellectuele eigendom en adviescommissie burgerlijk procesrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten van 30 januari 2017, p. 9 wordt hierover opgemerkt: 'Dit voorstel roept veel vragen op. Het staat de Rechtbank sowieso vrij om op grond van de billijkheidscorrectie lagere bedragen toe te kennen. De indicatietarieven zijn immers slechts maximumtarieven. Het lijkt echter onwenselijk om het signaal af te geven dat een financieel weinig draagkrachtige partij die bijvoorbeeld grootschalig of te kwader trouw inbreuk maakt, danwel als beweerdelijk rechthebbende met een zwakke zaak roekeloos procedeert, bij (voorzienbaar) verlies steeds slechts het indicatietarief verschuldigd zou zijn.'

102 Indicatietarieven in IE-zaken rechtbanken (versie 2014), punt 10: 'De mate van verwijtbaarheid van de inbreuk is als regel niet relevant voor de toepassing van artikel 1019h Rv. Op grond van de billijkheid bestaat ruimte voor een afwijkende proceskostenveroordeling, maar de billijkheid verzet zich niet tegen een volledige proceskostenveroordeling enkel en alleen omdat geen sprake is van bewuste inbreuk. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de ene partij minder (of meer) kapitaalkrachtig is dan de andere.'

103 Zie hiervoor par. 3.6.

tot matiging of afwijzing van de gevorderde kosten.[104] De vraag blijft evenwel of dit de rechtzoekende voldoende zekerheid *voorafgaand* aan de procedure biedt. Ook in deze context moet daarom worden gewezen op het belang van (zeer) strikte toepassing van de tarieven in de zin dat afwijkingen naar boven niet worden toegestaan, behoudens de aanwezigheid van een overeenkomst. Dat vergroot de voorspelbaarheid en draagt – uiteindelijk – ook bij aan de mogelijkheid zich tegen de financiële risico's te laten verzekeren of deze af te wentelen op een procesfinancier. Denkbaar is voorts dat (toch) een bepaling wordt toegevoegd dat het toepasselijk tarief desverzocht in geval van particulieren, *startups* of het klein MKB, met aantoonbaar geringe financiële draagkracht, verlaagd wordt.[105] In dat geval blijft een financiële – zij het minder hoge – drempel in de toegang tot de rechter gehandhaafd ter voorkoming van nodeloos of roekeloos procederen.

Afrondend kan in dit boek de legitimatie voor een strikte toepassing van de tarieven als *absolute maximumtarieven* worden gevonden. Tevens biedt het de rechtvaardiging voor de invoering van een vergelijkbaar stelsel in octrooizaken, waarvoor de Indicatietarieven nog altijd niet gelden. De verwachting is dat een stelsel van absolute maximumtarieven reacties zal oproepen. Partijen voor wie voorspelbaarheid gewenst of zelfs essentieel is zullen het positief ontvangen. Anderen zullen wijzen op de onrechtvaardigheid van het onvermijdelijke *recoverability gap* dat ervoor zorgt dat de winnende partij zelf voor een deel van de kosten zal opdraaien. Kenmerkend voor tarieven is dat ze de ruimte om de proceskostenbeslissing aan te passen aan de concrete omstandigheden van het geval inperken. In procedures waarin de kosten hoger uitvallen dan het toepasselijk maximumtarief betekent dit dat de winnende partij een deel van de kosten zelf zal moeten dragen. Dat kan onrechtvaardig worden bevonden. Maar is het anderzijds wel rechtvaardig, deze kosten in volle omvang voor rekening van de wederpartij te brengen? In geschillen waarin veel valt te zeggen voor de argumenten van de wederpartij ligt het antwoord op deze vraag voor de hand. Maar zelfs wanneer de wederpartij een notoire piraat is, moet deze zich in rechte kunnen verweren. De vergelijking met het strafrecht doemt op, voor zover in strafzaken geldt dat de verdachte het recht op een *fair trial* niet ontnomen mag worden. Hoe ernstig het misdrijf waarvan hij wordt verdacht ook is, het is zijn grondrecht om zich in rechte te verdedigen en argumenten aan te voeren die tot strafvermindering of zelfs vrijspraak kunnen leiden. Dat uitgangspunt zou onverminderd moeten gelden in het IE-recht. Andere remedies en sancties kunnen (en zullen) worden opgelegd om het door de inbreukmaker genoten voordeel te

104 Zie hiervoor par. 5.6.; zie ook hoofdstuk 6.

105 Vgl. De Rules of Procedure bij de Unified Patent Court: *'(3) Upon request by one of the parties, the Court may lower the ceiling applicable in the Annex with regard to that party if, in the event that the requesting party is unsuccessful, the recoverable costs of representation to be awarded to the successful party would threaten the economic existence of the requesting party, especially if the latter is an SME, non-profit organisation, university, public research organisation or natural person. For this purpose the Court shall take into consideration all available information on the parties, including, where possible, the procedural behaviour of the parties, the applicable level of the ceiling for recoverable costs in comparison with the annual turnover of both parties, the type of economic activity of both parties, as well as the impact the lowering of the ceiling would have on the other party.'*

ontnemen en de schade voor de rechthebbende zoveel mogelijk te herstellen. Regelingen die bepalend zijn voor de toegankelijkheid van de rechter – en daarmee voor de rechtsontwikkeling als geheel – moeten niet voor die doeleinden worden ingezet.[106]

9.4 Aanbevelingen voor een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures in het algemeen

188 Verenigbaarheid van de Nederlandse forfaitaire kostenvergoeding met het EU-recht

In hoofdstuk 4 is het stelsel van forfaitaire kostenvergoedingen in algemene civiele procedures besproken. Het Unierechtelijk beoordelingskader ten aanzien van de regels in dergelijke procedures wijkt iets af van het kader waaraan de omzetting en uitleg van art. 14 IE-Handhavingsrichtlijn moeten voldoen. De voornaamste vereisten zijn het doeltreffendheidsvereiste, dat in deze context inhoudt dat de verwezenlijking van EU-recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag worden door de betreffende procesregel, en daarnaast de uit art. 6 en 13 EVRM en 47 Handvest voortvloeiende beginselen van effectieve toegang tot de rechter, rechtszekerheid en gelijkheid der procespartijen.[107] Voor zover nationale civiele procedures een grondslag hebben in het EU-recht, geldt dat de van toepassing zijnde regels over de proceskosten hieraan moeten voldoen.

Zoals eveneens aan de orde is gekomen in par. 4.8. hangt de beoordeling van de verenigbaarheid van het forfaitaire kostenstelsel met het EU-recht mede af van de belangenafweging die in het kader van de doeltreffendheidstoets moet worden uitgevoerd.[108] Op basis van de zogenaamde procedurele *rule of reason* zal het belang van een doeltreffende bescherming van EU-recht moeten worden afgewogen tegen de beginselen die ten grondslag liggen aan de nationale proceskostenregeling.[109] In deze context is geconstateerd dat de aan de forfaitaire kostenvergoeding ten grondslag liggende beginselen van rechtszekerheid en de bescherming van de procespartijen tegen onvoorspelbare, excessieve kosten zwaar wegen. Dergelijke beginselen kunnen immers ook worden aangemerkt als 'Uniebreed' gedragen beginselen.[110] De onderbouwing is voorts te vinden in het onderzoek van hoofdstuk 8 en daarnaast het rechtsvergelijkend onderzoek van hoofdstuk 7, waar staat beschreven hoe in alle besproken kostenstelsels de keuze uiteindelijk valt op een

106 Zie ook Jackson 2010 p. 169: *'Whilst it is true that from a purist perspective it is unjust that a vindicated party should bear part of its own costs, in practice we believe this is a pragmatic way in which to control the costs of litigation and increase certainty.'* En zie ook Zuckerman 2009, p. 296: *'(…) the new CCO (Costs Capping Orders, toevoeging ChV) rules may improve access to justice by enabling parties of limited means to seek an order that would at least set a limit to their financial exposure, without which they would have no meaningful access to justice.'*

107 Zie hiervoor par. 3.2.

108 Zie hiervoor par. 3.2 en 4.8.

109 Zie hiervoor par. 4.8.

110 Zie voor de onderbouwing met name hoofdstuk 3. Zie ook par. 4.8.

systeem van normering van de kosten omwille van de eenvoud, voorspelbaarheid en daarmee de toegankelijkheid van de rechter. Om deze redenen is geconcludeerd dat een forfaitair tariefstelsel althans *in abstracto* verenigbaar kan zijn met het EU-recht.

Hetzelfde lijkt niet te kunnen worden gezegd van het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever, dat met (zeer) lage kostenveroordelingen op basis van het liquidatietarief de toegang tot het recht zou worden gewaarborgd. Dat uitgangspunt is omstreden vanwege de gebrekkige onderbouwing en grondslag.[111] Als gevolg staat het (gedateerde) liquidatietarief steeds meer onder druk. Daarbij spelen de toegenomen kosten van civiele procedures een rol, evenals de ontwikkelingen op Europees niveau. In deze context valt te wijzen op de substantiële proceskostenvergoeding van de Handhavingsrichtlijn en de *Rules of Procedure* van de *Unified Patent Court*. Met name ook de 'evenredige' proceskostenbepaling in de op 10 februari 2017 uitgebrachte conceptrichtlijn 'minimumnormen in civiele procedures in de EU', zal discussies over de houdbaarheid van het liquidatietarief vermoedelijk aanwakkeren.

189 Naar een meer EU-conforme proceskostenregeling in civiele procedures

Op meerdere plaatsen in dit proefschrift is aan de orde gekomen dat op de Nederlandse wetgever de positieve verplichting rust om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van de grondrechten van de EU te waarborgen. Verondersteld mag worden dat deze verplichting niet beperkt is tot regelgeving voor zover deze gevolgen heeft voor de toegankelijkheid van de rechter in procedures *over het EU-recht*. In dit verband moet worden gewezen op de ruime werkingssfeer van (art. 47 van) het Handvest en bovendien het EVRM, waarvan het beschermingsbereik niet beperkt is tot procedures met een grondslag in het EU-recht.[112] Daarnaast geldt dat 'zuiver' nationale procedures in verband met de toenemende stroom EU-wetgeving steeds vaker een Europeesrechtelijke dimensie zullen hebben, zodat de werkingssfeer van art. 47 Handvest zich ook langs die weg verder zal gaan uitbreiden. Ten slotte is van belang dat indien uitvoering zal worden gegeven aan het voornemen van de Europese wetgever om nationaal procesrecht binnen de EU te harmoniseren, deze ontwikkeling evenzeer aanleiding zal moeten geven de toegankelijkheid van de rechter in civiele procedures te (her)beoordelen en zo nodig maatregelen te treffen.

Met KEI is beoogd invulling te geven aan deze positieve verplichting, ook wat betreft de kosten van de civiele procedure, in die zin dat de voorgestelde hervormingen van de civiele procedure uiteindelijk tevens moeten waarborgen dat de kosten binnen de perken blijven.[113] Het is evenwel spijtig dat de kostenproblematiek daarbij niet nadrukkelijk aan de orde is gesteld.[114] In het licht van het voorgaande is het

111 Zie hiervoor hoofdstuk 4.
112 Zie hiervoor par. 3.2.
113 Zie hiervoor par. 4.2.
114 Zie Sluijter 2014, p. 3 e.v.

aangewezen om alsnog voorrang te geven aan een onderzoek naar de conformiteit van art. 237 e.v. Rv en het liquidatietarief met het EU-recht. Een volledige proceskostenveroordeling onder alle omstandigheden is niet EU-conform, maar een (zeer) beperkte tegemoetkoming in de proceskosten in alle algemene civiele procedures is dat vermoedelijk ook niet. Het vooruitzicht van een geliquideerde proceskostenvergoeding zal er in concrete gevallen toe kunnen leiden dat wordt afgezien van een procedure. De kans dat een van het liquidatietarief afwijkende, hogere vergoeding wordt toegekend is zeer beperkt, zo volgt uit rechtspraak en uit onderzoek.[115] Voor de gevallen waarin een hogere vergoeding gewenst of zelfs noodzakelijk is laat het niet-dwingende stelsel van art. 237 e.v. Rv de ruimte voor partijen om voorafgaand aan de procedure afspraken te maken over de vergoedbare kosten. Het belang van deze mogelijkheid wordt echter sterk gerelativeerd door de wettelijk verankerde bevoegdheid van de rechter de bedongen kosten ambtshalve te matigen (art. 242 Rv). Deze bevoegdheid is niet beperkt tot bedingen in *business-to-consumer* verhoudingen, maar geldt ook in *business-to-business* relaties.[116] Ook in procedures waarbij – in financieel opzicht – gelijkwaardige partijen zijn betrokken zijn de mogelijkheden van een reële kostenvergoeding dus beperkt, hetgeen nadelige gevolgen kan hebben voor de effectieve rechtsbescherming van procespartijen.

In voorgaande analyse liggen verschillende, ogenschijnlijk voor de hand liggende oplossingen besloten. Zo zou kunnen worden gepleit voor een verruiming van de mogelijkheden voor de rechter om van het liquidatietarief af te wijken.[117] Ruimere afwijkingsmogelijkheden hebben echter negatieve gevolgen voor de voorspelbaarheid van de proceskostenbeslissing, zoals reeds werd vastgesteld in hoofdstuk 8. Bovendien kunnen ruime afwijkingsmogelijkheden de kans op *satellite litigation* over de kosten vergroten. Een alternatieve oplossing is aanpassing van de wetgeving, in de zin dat kostenbedingen (in met name *b2b*-verhoudingen) niet langer ambtshalve gematigd kunnen worden door de rechter.[118] Maar men kan zich afvragen of de wetgever daarmee zou kunnen volstaan; de toegankelijkheid van de rechter lijkt in dat geval afhankelijk te worden gesteld van de bereidwilligheid van de wederpartij om een beding overeen te komen.

Meer EU-conform lijkt het daarom om de bedragen van het liquidatietarief tegen het licht te houden en waar nodig aan te passen aan de werkelijke, gemiddelde kosten van rechtsbijstand. De aan te passen tarieven kunnen gerelateerd zijn aan het zaaksbelang – zoals nu het geval is – of, zoals in IE-zaken, de complexiteit. Aan elke proceshandeling wordt een punt toegekend, waarna het totale aantal punten wordt vermenigvuldigd met het tarief dat behoort bij het zaaksbelang c.q. de complexiteit. De tarieven zouden kunnen worden onderscheiden in basis-, minimum- en maximumtarieven. De functie van de maximumtarieven zou zijn, het beschermen van de verliezende partij tegen excessieve, onvoorspelbare proces-

115 Zie hiervoor par. 4.5.; Sluijter 2011.
116 Zie hiervoor par. 4.7.
117 Zie bijv. Boot & Quist 2011, p. 27-29; Buyserd 2015, p. 160-168.
118 Zie ook Huydecoper 2006, p. 130-132.

kosten.[119] Minimumtarieven zouden moeten gelden voor die gevallen waarin de verliezende partij kan aantonen ernstig financieel nadeel te zullen ondervinden indien de 'basistarieven' worden toegepast. Denkbaar is ook dat partijen in *b2b*-procedures bij aanvang van de procedure kunnen verzoeken dat de maximumtarieven worden toegepast, en dat de minimumtarieven desverzocht worden toegepast in procedures waarbij consumenten c.q. particulieren betrokken zijn. Een stelsel als hier beschreven komt al dichter in de buurt van het stelsel dat per 1 april 2017 geldt in IE-zaken. Een volgende, logische stap zou dan ook zijn, dat de stelsels geïntegreerd worden in één stelsel. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, coherentie en eenvoud valt daar veel voor te zeggen.[120]

9.5 Conclusie

190 Naar een (maximum)tariefstelsel in alle civiele procedures

De ontwikkelingen in Nederland op het terrein van proceskostenveroordeling in IE-zaken zijn vooral ingegeven door het voornemen een zo richtlijnconforme uitleg aan art. 1019h Rv te geven. Een regeling die gevolgen heeft voor de uitoefening van het fundamentele recht op toegang tot de rechter, kan evenwel niet uitsluitend worden uitgelegd in het licht van de richtlijn waarvan deze deel uitmaakt. Het grondrecht en de (Europeesrechtelijke) vereisten voor een toelaatbare beperking daarvan dienen minstens zo zwaar – zo niet zwaarder – te wegen. De keuzes zijn vooral ingegeven door de vrees voor strijdigheid met de Handhavingsrichtlijn, terwijl het EVRM en met name ook het Handvest – dat een steeds belangrijker wordende rol vervult bij de uitleg en toepassing van regels van (al dan niet Europees) procesrecht – daarbij niet veronachtzaamd zouden mogen worden. In dit boek is aangetoond dat de wijze waarop art. 1019h Rv tot zeker 1 april 2017 is uitgelegd en toegepast niet EU-conform is, en dat op de Nederlandse Staat de plicht rust maatregelen te treffen teneinde te waarborgen dat deze de Europese toets wel kan doorstaan.

Het onderzoek naar de verenigbaarheid van de Nederlandse 'volledige' proceskostenveroordeling in IE-zaken met het EU-recht heeft tevens de kaders blootgelegd waaraan proceskostenregelingen in civiele procedures in het algemeen aan moeten voldoen. Gebleken is dat ruime, zo niet volledige proceskostenveroordeling op basis van het gelijk niet verenigbaar is met het beginsel van effectieve toegang tot de rechter van art. 47 Handvest. Voor zover het vooruitzicht van een volledige kosten*vergoeding* al een wenkend perspectief biedt voor de partij met een sterke zaak, wordt de toegang voor haar wederpartij wegens het risico van een volledige kosten*veroordeling* mogelijk te zeer beperkt. Anderzijds kan het vooruitzicht van een zeer lage vergoeding een partij evenzeer ontmoedigen naar de rechter te stappen. Art. 47 Handvest en het equivalent in het EVRM vereisen nu juist dat een evenwicht, een *fair balance* wordt gevonden tussen de grondrechten van de betrok-

119 Zie ook Sluijter 2011, p. 289 en 291, die tot een vergelijkbare aanbeveling komt op basis van een analyse van de effecten van proceskostenveroordeling op de kwaliteit van het burgerlijk proces.

120 Vgl. Sluijter 2014, p. 8.

ken partijen. In de context van proceskosten(veroordeling) lijkt dat te impliceren dat van geval tot geval beoordeeld moet worden welk bedrag aan verhaalbare kosten redelijk en aanvaardbaar is. De rechtszekerheid verlangt evenwel dat partijen *voorafgaand* aan de procedure een redelijke inschatting kunnen maken van het proceskostenrisico. Daartoe dient zowel de discussieruimte van partijen als de beslissingsruimte van de rechter beperkt te zijn.

Voorspelbaarheid en daarmee rechtszekerheid worden gerealiseerd door de vaststelling van objectieve standaarden, op basis waarvan beoordeeld kan worden welk bedrag in redelijkheid voor rekening van de verliezende partij kan worden gebracht. Een stelsel van (maximum)tarieven is daarmee zelfs essentieel in het licht van de Europese beginselen van effectieve rechtsbescherming, rechtszekerheid en gelijkheid van procespartijen. Gebleken is dat een ruime keuzevrijheid bestaat ten aanzien van de vormgeving van een dergelijk stelsel en de vaststelling van de hoogte van de tarieven, zolang deze op duidelijke en strikte wijze worden toegepast en afwijkingen niet worden toegestaan – behoudens het bestaan van een overeenkomst tussen partijen over de te vergoeden kosten. In termen van praktische (neven)effecten is een dergelijk tariefstelsel gewenst omdat het enerzijds een financiële drempel opwerpt zodat kansloze zaken worden geweerd, terwijl er anderzijds een dempende werking van uitgaat op de procesuitgaven. Tevens kan een stelsel van voorspelbare kostenveroordeling en -vergoeding bijdragen aan een betere verzekerbaarheid en financiering van procedures. Ten slotte verlagen tarieven in vergelijking met een stelsel van volledige, onvoorspelbare proceskostenvergoedingen de drempel om 'innovatieve' en vernieuwende argumenten aan te dragen, waarmee kan worden gebroken met traditionele precedenten. Als zodanig kan een stelsel van maximumtarieven voorkomen dat onaanvaardbare proceskostenrisico's in de weg staan aan de rechtsontwikkeling. Mede in het licht van de ontwikkelingen op het terrein van het Europees privaatrecht is dit wenselijk te achten.