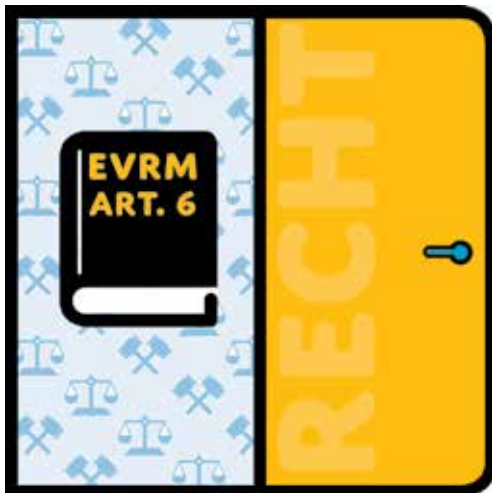


# Netherlands Commercial Court: de internationale poort tot het Nederlandse materiële privaatrecht

Marishka Neekilappillai\*

Met de oprichting van de Netherlands Commercial Court (NCC) biedt Nederland een Engelstalige overheidsrechter in Amsterdam, die grote, complexe internationale handelsgeschillen snel en deskundig kan beslechten tegen een verhoogd griffierecht. De Netherlands Commercial Court kan de toegang tot het Nederlandse materiële privaatrecht versterken voor Nederlandse en buitenlandse bedrijven.



## 1 De vruchten plukken van Nederland handelsland

Nederland is een vooraanstaand handelsland.<sup>1</sup> In 2017 exporteerden ongeveer 74.000 bedrijven goederen die gezamenlijk een geschatte waarde van 462 miljard euro hadden.<sup>2</sup> Deze internationale handel creëert veel werkgelegenheid en welvaart. Om te zorgen dat Nederland ook in de toekomst een belangrijk handelsland blijft,

dient er aandacht te zijn voor problemen die Nederlandse ondernemers ondervinden wanneer zij commerciële contracten sluiten met buitenlandse bedrijven. De Raad voor de rechtspraak en de minister voor Rechtsbescherming signaleren dat voor buitenlandse bedrijven het procederen in het Nederlands bij de Nederlandse overheidsrechter een belemmering vormt.<sup>3</sup> Met de oprichting van de Netherlands Commercial Court willen de rechterlijke macht en de wetgever dit probleem verhelpen. Deze Engelstalige overheidsrechter in Amsterdam kan grote, complexe internationale handelsgeschillen deskundig en binnen een redelijke termijn beslechten tegen een verhoogd griffierecht. De Netherlands Commercial Court (NCC) en de Netherlands Commercial Court of Appeal (NCCA) (hierna tezamen: NCC) maken sinds 1 januari 2019 deel uit van respectievelijk de rechtbank – ook de voorzieningenrechter – en het gerechtshof te Amsterdam.<sup>4</sup> Inmiddels is het eerste Engelstalige vonnis van de Nederlandse overheidsrechter een feit. Op 8 maart 2019 heeft de NCC-voorzieningenrechter zijn eerste uitspraak gedaan

\* Mr. M. Neekilappillai is als promovenda verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, afdeling Burgerlijk recht, van de Universiteit Leiden. Bij de plenaire behandeling van de Wet Netherlands Commercial Court in de Eerste Kamer heeft zij de Eerste Kamerfractie van D66 geadviseerd over haar inbreng.

- 1 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Nederland handelsland. Het perspectief van de transactiekosten* (WRR-rapport nr. 66), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 203 (online publiek).
- 2 Centraal Bureau voor de Statistiek, *Internationaliseringsmonitor 2018-III. Exportstrategieën*, 2018, p. 21 (online publiek).
- 3 *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 10; Raad voor de rechtspraak, *Plan tot oprichting van de Netherlands commercial court. Inclusief kosten-batenanalyse*, november 2015, p. 6-7 (online publiek). Het belang wordt ook door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid aangekaart: WRR 2003, p. 216, 220, 224, 226.
- 4 De NCC is opgericht door de inwerkingtreding van de Wet van 12 december 2018 houdende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het mogelijk maken van Engelstalige rechtspraak bij de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam en het gerechtshof Amsterdam, *Stb.* 2018, 474. Deze wet wordt ook wel afgekort als de Wet Netherlands Commercial Court, *Kamerstuk* 34761, <https://wetgeving.skaldender.overheid.nl/Regeling/WGK007566>.

- 5 Rechtbank Amsterdam (NCC District Court – Court in Summary Proceedings) 8 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1637. Interessant is dat de Engelstalige uitspraak van de voorzieningenrechter in de ik-vorm is geschreven, waardoor de persoon van de rechter duidelijk centraal staat, zoals ook het geval is bij uitspraken van Engelse rechters.
- 6 Eerder heb ik deze onderwerpen geadresseerd in het kader van het concept-wetsvoorstel Netherlands Commercial Court in: M. Neekilappillai, 'Netherlands Commercial Court. Regelgevingsconcurrentie op de markt voor geschilbeslechting', *NJB* 2017/1231, afl. 23, p. 1594-1601. In deze bijdrage werk ik deze onderwerpen verder uit, onder meer doordat ik het parlementaire debat over de Wet Netherlands Commercial Court in mijn analyse kan betrekken.
- 7 NCC-procesreglement, eerste versie van december 2018: 'Reglement voor de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam (NCC District Court) en het gerechtshof Amsterdam (NCC Court of Appeal)', art. 1.3.1 sub c en d (online publiek).
- 8 *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 3, p. 6 (MvT); *Kamerstukken II* 2017/18, 34761, 6, p. 2.
- 9 *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 3, p. 7 (MvT). Kuipers beargumenteert overtuigend waarom de NCC-zaken die aan de Hoge Raad worden voorgelegd, zo veel mogelijk in het Engels beslecht zouden moeten worden. Ook de prejudiciële vragen zouden in het Engels gesteld moeten kunnen worden, zie: P. Kuipers, 'Bedrijf, jurist en de Netherlands Commercial Court', in: E. Bauw, H. Koster & S.A. Kruisinga (red.), *De kansen voor een Netherlands Commercial Court*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 139-143.
- 10 *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 3, p. 10-11 (MvT).
- 11 *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 3, p. 11 (MvT). De MvT somt geen voorbeelden op van vennootschapsrechtelijke kwesties voor zover deze ter vrije bepaling van partijen staan. Koster denkt onder meer aan geschillen over externe aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en (groot)aandeelhouders, geschillen over fusie en overname, geschillen tussen aandeelhouders, bijvoorbeeld in het geval van een joint venture of tussen een grootaandeelhouder en minderheidsaandeelhouders, of de uitoefening van aandeelhoudersrechten uit overeenkomst, zie: H. Koster, 'Netherlands Commercial Court bezien vanuit

in de zaak *Elavon Financial Services DAC v. I.P.S Holding B.V. and others* over een koopovereenkomst van aandelen.<sup>5</sup>

De keuze voor een bepaalde overheidsrechter en de rechtskeuze in een internationaal contract tussen bedrijven gaan vaak hand in hand. Een innige relatie tussen de NCC en het Nederlandse materiële privaatrecht kan daarom aangenomen worden. Ik bespreek in deze bijdrage hoe de NCC het Nederlandse materiële privaatrecht in het internationale handelsverkeer toegankelijker kan maken voor Nederlandse en buitenlandse bedrijven, doordat de NCC door publicatie van Engelstalige uitspraken in de internationale handelsgemeenschap kennis verspreidt over de werking van het Nederlandse materiële privaatrecht en de Nederlandse rechtsopvattingen over bona fide handelspraktijken. Door de Engelstalige NCC-uitspraken wordt de praktische toepassing van het Nederlandse materiële privaatrecht op concrete geschillen tussen professionele partijen inzichtelijker voor buitenlandse bedrijven. De internationale bekendheid van een Nederlandse Engelstalige overheidsrechter en de werking van het Nederlandse materiële privaatrecht kunnen op de lange termijn Nederlandse bedrijven helpen hun buitenlandse wederpartijen te overtuigen om in hun internationale contracten een keuze te maken voor het Nederlandse materiële privaatrecht (rechtskeuze) en de Nederlandse overheidsrechter (forumkeuze).<sup>6</sup>

## Ik bespreek in deze bijdrage hoe de NCC het Nederlandse materiële privaatrecht in het internationale handelsverkeer toegankelijker kan maken voor Nederlandse en buitenlandse bedrijven

De bijdrage begint met een korte beschrijving van de NCC en de ratio achter de oprichting van de NCC. De NCC past in een bredere continentaal-Europese trend van nationale en Europese regelgevers die nadenken over de aantrekkelijkheid van de overheidsrechter voor internationaal opererende bedrijven (par. 2). Vervolgens bespreek ik waarom het aannemelijk is dat internationaal contracterende Nederlandse bedrijven, in het bijzonder het midden- en

kleinbedrijf (mkb), vaak de voorkeur geven aan het Nederlandse materiële privaatrecht (rechtskeuze) en de Nederlandse overheidsrechter als bevoegde geschilbeslechter (forumkeuze), en op welke wijze de NCC aan deze voorkeur tegemoetkomt (par. 3). Daarna illustreer ik aan de hand van een bespreking van de parlementaire discussie over de Wet Netherlands Commercial Court dat de Nederlandse wetgever oog heeft voor de voorkeur van internationaal opererende Nederlandse bedrijven voor de Nederlandse overheidsrechter en het Nederlandse materiële privaatrecht. De wetgever onderkent de innige relatie tussen de NCC en het Nederlandse materiële privaatrecht, en benadrukt het belang dat het Nederlands mkb ook effectief toegang heeft tot de NCC (par. 4). Vervolgens bespreek ik hoe de Nederlandse overheidsrechter met steun van de NCC het Nederlandse materiële privaatrecht rechtszeker kan houden, en kennis over het Nederlandse materiële privaatrecht internationaal kan verspreiden (par. 5). Ik sluit af met een slotbeschouwing (par. 6).

## 2 De NCC als pionier in continentaal Europa

Met het aanbieden van een volledig Engelstalige procedure in eerste aanleg en hoger beroep pioniert Nederland als continentaal-Europees land. Nederland is de eerste continentaal-Europese staat waar volledig in de Engelse taal bij de overheidsrechter kan worden geprocedeerd, en waarbij de uitspraak van de rechter vervolgens in de Engelse taal wordt opgesteld. Ik bespreek eerst bondig de vormgeving van de NCC (par. 2.1), en schets vervolgens een aantal Europese ontwikkelingen (par. 2.2-2.4).

### 2.1 Vormgeving van de NCC

De keuze voor de rechtbank of het gerechtshof te Amsterdam is een forumkeuze en de keuze voor de Engelstalige procedure van de NCC of de NCCA is een procedureafspraken. Partijen dienen expliciet overeen te komen dat zij in het Engels willen procederen.<sup>7</sup> Indien professionele partijen geen rechtskeuzeclausule in het contract hebben opgenomen, dan bepaalt de rechter het toepasselijk materieel recht volgens de regels van het Nederlands internationaal privaatrecht.

Het Nederlands burgerlijk procesrecht is van toepassing op de procedures bij de NCC en de NCCA. Hiervan kan niet

worden afgeweken.<sup>8</sup> Wel biedt het NCC-procesreglement aanvullende opties om de behandeling van de individuele zaak toe te snijden op de wensen van partijen. Cassatieberoep instellen tegen de Engelstalige uitspraken van de NCC en de NCCA is mogelijk, maar de cassatieprocedure bij de Hoge Raad wordt in beginsel in het Nederlands gevoerd. De prejudiciële vragen van de NCC en de NCCA aan de Hoge Raad dienen ook in het Nederlands te worden gesteld.<sup>9</sup>

De NCC is bevoegd om internationale handelsgeschillen in ruime zin te beslechten, bijvoorbeeld op het gebied van contractenrecht, goederenrecht, onrechtmatige daad en vennootschapsrecht. Ook een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis kan aan de NCCA worden voorgelegd.<sup>10</sup> Daarbij dient wel de exclusieve bevoegdheid van een andere kamer of gerecht in acht te worden genomen, zoals de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, de Octrooikamer van de rechtbank Den Haag of de Maritieme kamer van de rechtbank Rotterdam.<sup>11</sup>

## Als de Nederlandse rechtspraak onvoldoende internationale handelsgeschillen beslecht, dalen het kennisniveau en de deskundigheid van de Nederlandse rechtspraak

### 2.2 Concurrentiestrijd met buitenlandse overheidsrechtspraak en internationale arbitrage

De ratio achter de oprichting van de NCC wordt uiteengezet in een oprichtingsplan van de Raad voor de rechtspraak (hierna: de Raad) uit 2015. De Raad neemt onder meer aan dat de kwaliteit van de rechtspraak, en daarmee ook de voorspelbaarheid, wordt bevorderd als grote, complexe internationale handelsgeschillen worden beslecht in een specialistische voorziening met rechters die over de nodige deskundigheid beschikken.<sup>12</sup>

De Raad maakt zich zorgen over de internationale concurrentiepositie van de Nederlandse rechtspraak. Steeds meer grote, complexe internationale handelsgeschillen worden beslecht door buitenlandse overheidsrechtspraak (*commercial courts*)

en (internationale) arbitrage, zo stelt de Raad.<sup>13</sup> De Raad voorziet een vicieuze cirkel. Als de Nederlandse rechtspraak onvoldoende internationale handelsgeschillen beslecht, dalen het kennisniveau en de deskundigheid van de Nederlandse rechtspraak. Hierdoor wordt de Nederlandse rechtspraak steeds minder aantrekkelijk voor het beslechten van grote internationale handelzaken. Dit leidt ertoe dat Nederlandse bedrijven, al dan niet op aanraden van hun advocaat, steeds vaker een forumkeuze maken voor een buitenlands commercieel gerecht of voor arbitrage. De Raad veronderstelt dat het aanbieden van Engelstalige, efficiënte en specialistische overheidsrechtspraak, toegespitst op internationale handelsgeschillen, ertoe zal leiden dat internationaal opererende bedrijven in forumkeuzebedingen en forumkeuzeovereenkomsten vaker de NCC als bevoegd 'gerecht'<sup>14</sup> zullen aanwijzen.<sup>15</sup>

### 2.3 Breed gedeelde continentaal-Europese vrees voor afnemende relevantie van overheidsrechtspraak en nationaal materieel recht

De NCC is voor in Nederland gevestigde internationaal opererende bedrijven een alternatief voor buitenlandse overheidsrechtspraak en internationale arbitrage. In België, Duitsland en Frankrijk wordt ook nagedacht over het aantrekkelijk maken van de overheidsrechter voor internationale handelsgeschillen. In België vond het wetsvoorstel ter oprichting van de Brussels International Business Court geen doorgang. Duitsland heeft een deels Engelstalige kamer voor handelzaken in de rechtbank Frankfurt, en Frankrijk heeft een deels Engelstalige kamer voor handelzaken in de rechtbank en het gerechtshof Parijs.<sup>16</sup> Ook in deze staten wordt gevreesd voor de vicieuze cirkel waarin de overheidsrechter minder internationale handelsgeschillen beslecht, daardoor minder zijn deskundigheid op peil kan houden, en als gevolg daarvan mogelijk steeds minder aantrekkelijk wordt bevonden door internationaal opererende bedrijven. Daarnaast bestaat in Frankrijk en Duitsland de vrees dat het nationaal recht – als onderdeel van het continentaal-Europees recht – zijn invloed verliest in de internationale handel vanwege de voortschrijdende Anglo-Amerikanisering van de internationale rechtspraktijk.<sup>17</sup> Deze vrees is ook in Nederland uitgesproken, en komt aan bod in paragraaf 4.

het perspectief van het ondernemingsrecht', in: Bauw, Koster & Krusinga 2018, p. 149.

12 Raad voor de rechtspraak 2015, p. 5-6.

13 Raad voor de rechtspraak 2015, p. 5-6.

14 Met de komst van de NCC en de NCCA worden geen nieuwe gerechten in het leven geroepen, aldus benadrukt in: *Kamerstukken II* 2017/18, 34761, 6, p. 2.

15 Raad voor de rechtspraak 2015, p. 5-6.

16 Voor een omschrijving van deze initiatieven in Duitsland, Frankrijk en België, zie: G. Rühl, *Building Competence in Commercial Law in the Member States*, Study for the JURI Committee, 14 september 2018, p. 38-43 (online publiek). Over het Belgisch initiatief dat niet breed wordt gedragen, zie: M. Verbergt, 'Controversiële "kaviaarrechtbank" van Geens wordt begraven', *De Standard* 21 maart 2019 (online); G. Antonopoulou & X.E. Kramer, 'The International Business Courts saga continued: NCC First Judgment – BIBC Proposal unplugged', *Conflict of Laws.net* 27 maart 2019, <http://conflictoflaws.net/>.

17 Voor voorbeelden waaruit deze vrees in Duitsland en Frankrijk blijkt, zie: Neekilappillai 2017, p. 1597-1598.

18 Resolutie van het Europees Parlement van 13 december 2018 met aanbevelingen aan de Commissie over snelle afhandeling van handelsgeschillen (2018/2079(INL)), bijlage bij de resolutie, III.3.

19 Rühl 2018, p. 58-64. Dit onderzoek wordt in de resolutie van het Europees Parlement in het algemeen genoemd als grondslag voor zijn overwegingen en aanbevelingen.

20 Europese Commissie, *Follow-up to the European Parliament non-legislative resolution with recommendations to the Commission on expedited settlement of commercial disputes*, SP(2019)129, 11 maart 2019.

21 Over de relatie tussen rechtskeuze en forumkeuze – zowel overheidsrechter als arbitrage – in grensoverschrijdende commerciële contracten zijn diverse empirische studies beschikbaar, zie o.m. de inventarisatie van deze studies door Vogenauer in: S. Vogenauer, 'Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence', *European Review of Private Law* 2013, afl. 1, p. 54-58; E. Themeli, *The Great Race of Courts. Civil Justice System Competition in the European Union* (diss. Rotterdam), 2018,

p. 270-278 (online publiek) (overzicht van een aantal studies met focus op keuze voor gerechten) en p. 278-309 (eigen Europese studie over commerciële contracten met focus op keuze voor gerechten; zie enquêtevraag 'Q13: Is your choice influenced more by substantive law or procedural law?'); G. Moser, *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 1-33 (overzicht van een aantal studies met alleen focus op rechtskeuze), p. 141-147 (overzicht van een aantal studies met focus op forumkeuze, en aandacht voor verband tussen rechts- en forumkeuze) en p. 33-89, 147-150 (eigen wereldwijde studie over internationale koopcontracten met primair aandacht voor rechtskeuze, waaronder het Weens Koopverdrag, en zijdelings aandacht voor forumkeuze, waarbij geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen type geschilbeslechter, namelijk overheidsrechter of arbiter, zie: p. 147).

22 G. Wagner, 'Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems', in: H. Eidenmüller (red.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München: C.H. Beck 2013, p. 409.

23 Wagner 2013, p. 399-400.

24 Wagner 2013, p. 399-400.

25 Volgens Pannebakker veroorzaakt de toepassing van buitenlands recht door de Nederlandse rechter in de praktijk weinig moeilijkheden als het om een verwant rechtsstelsel gaat of als de uitleg van de toegepaste begrippen op de Nederlandse rechtsfiguren lijkt, zie: E.S. Pannebakker, 'Vreemd recht. Over de toepassing van buitenlands recht in het Nederlandse burgerlijk proces(recht)', AA 2019, afl. 3, p. 176 (AA20190174).

26 Ook wel een business-to-business-contract of een commercieel contract genoemd.

27 Rühl 2018, p. 7 en 32.

28 Een formulering van de rechtskeuzeclausule kan zijn: 'Op deze overeenkomst is Nederlands recht van toepassing.' Dit voorbeeld en de voorbeelden in voetnoot 29, 30 en 31 zijn ontleend aan: H.J. Snijders, '1.6.1.6 Omzetting van een natuurlijke verbintenis tot een rechtens afdwingbare verbintenis', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Modellen voor de Rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online, bijgewerkt 1 oktober 2018).

29 Een formulering van de forumkeuzeclausule kan zijn: 'Alle geschillen welke tussen partijen mochten ontstaan, naar

## 2.4 Oprichting van een European Commercial Court op de lange baan geschoven

In een resolutie van het Europees Parlement aan de Europese Commissie (hierna: Commissie) is gevraagd de oprichting van een European Commercial Court te onderzoeken.<sup>18</sup> De oprichting van een European Commercial Court die de gerechten van Europese lidstaten aanvult en commerciële procespartijen een aanvullend internationaal forum aanbiedt voor het beslechten van grensoverschrijdende commerciële geschillen wordt door Rühl bepleit in haar onderzoek in opdracht van de commissie Juridische Zaken van het Europees Parlement.<sup>19</sup> Rühls voorstel om de oprichting van een European Commercial Court te overwegen is door het Europees Parlement overgenomen. De Commissie wijst dit voorstel vooralsnog af, omdat de juridische basis voor dit gerecht in de Europese verdragen niet gemakkelijk geïdentificeerd kan worden.<sup>20</sup> Daarnaast vindt de Commissie dat in dit stadium de noodzaak van een gespecialiseerd Europees gerecht niet voldoende is aangetoond. In een later stadium kan de oprichting van een European Commercial Court wellicht overwogen worden, stelt de Commissie. De huidige pogingen van Europese lidstaten om nieuwe gerechten op te richten die geschikt zijn voor internationale handelsgeschillen en de mate van succes van deze initiatieven zullen hierbij volgens de Commissie in acht worden genomen. Daarmee krijgt het al dan niet slagen van de NCC in de toekomst wellicht een belangrijke Europese betekenis.

## Het al dan niet slagen van de NCC krijgt in de toekomst wellicht een belangrijke Europese betekenis

### 3 Het belang van de NCC voor Nederlandse bedrijven

Het is aannemelijk dat internationaal contracterende Nederlandse bedrijven, in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf (mkb), vaak de voorkeur geven aan het Nederlandse materiële privaatrecht (rechtskeuze) en de Nederlandse overheidsrechter als bevoegde geschilbeslechter (forumkeuze). Om dit te illustreren volgt hierna een uitleg waarom bij gerechtelijke geschilbeslechting

aangenomen kan worden dat er een innige relatie bestaat tussen rechtskeuze en forumkeuze (par. 3.1). Daarna schets ik een aantal functies van rechtskeuze- en forumkeuzeclausules aan de hand van een fictief voorbeeld over een koopovereenkomst tussen een Nederlandse bloembollenhandelaar en een buitenlands bedrijf (par. 3.2), en bespreek ik de transactiekosten van internationaal handeldrijven (par. 3.3). Vervolgens wordt toegelicht waarom de NCC informele handelsbarrières en transactiekosten voor Nederlandse bedrijven vermindert (par. 3.4). Tot slot speculeer ik over de vraag welke invloed de onderhandelingspositie van een Nederlands bedrijf heeft op de rechts- en forumkeuze in zijn contract met een buitenlands bedrijf, en welke steun de NCC het Nederlandse bedrijf kan bieden om de wederpartij te overtuigen om in hun contract een keuze te maken voor het Nederlandse materiële privaatrecht en de Nederlandse Engelstalige overheidsrechter (par. 3.5).

#### 3.1 Gerechtelijke geschilbeslechting: innige relatie tussen rechtskeuze en forumkeuze

De rechtskeuze en de keuze voor een bepaalde overheidsrechter gaan vaak hand in hand.<sup>21</sup> Geschilbeslechting is nauw verbonden met twee andere functies van een gerechtelijk systeem, namelijk de interpretatie en toepassing van het materiële recht in een individueel geschil, en de vorming van nieuw recht.<sup>22</sup> Het is daarom aannemelijk dat de keuze van internationale partijen voor een gerechtelijk systeem waaraan zij de beslechting van hun geschil toevertrouwen – het forum – innig verbonden is met hun keuze voor het nationale materiële recht.<sup>23</sup> Het is niet aannemelijk dat internationale partijen kiezen voor een materieel recht dat qua nationaliteit afwijkt van de forumkeuze. Een rechterlijke uitspraak gebaseerd op buitenlands recht heeft vermoedelijk niet dezelfde kwaliteit als een beslissing waarin de rechter het eigen nationaal recht interpreteert en toepast op het geschil.<sup>24</sup> Toch komt het in de praktijk voor dat de Nederlandse rechter een overeenkomst naar buitenlands recht moet uitleggen. Partijen hebben dan bijvoorbeeld geen rechtskeuzeclausule in het contract opgenomen.<sup>25</sup>

#### 3.2 Functies van rechtskeuzeclausule en forumkeuzeclausule

Stel dat een buitenlands bedrijf bloembollen wil kopen van een Nederlandse bloembollenhandelaar. Deze professionele

partijen sluiten hiertoe een koopovereenkomst.<sup>26</sup> Na de levering van de bloembollen ontstaat een meningsverschil tussen de partijen over de uitleg van een bepaling in de koopovereenkomst. Om onzekerheid over de bevoegde rechter en het toepasselijk materieel recht bij een geschil over de uitleg van het contract te voorkomen, nemen partijen doorgaans een rechtskeuzeclausule en een forumkeuzeclausule op in de koopovereenkomst.<sup>27</sup> De rechtskeuzeclausule verklaart bijvoorbeeld het Nederlands recht of een buitenlands recht van toepassing op hun rechtsverhouding.<sup>28</sup> Met een forumkeuzeclausule<sup>29</sup> bepalen partijen welke geschilbeslechter — overheidsrechter<sup>30</sup> of arbiter<sup>31</sup> — in welk land bevoegd is het geschil te beslechten. Geschilbeslechting door internationale arbitrage is voor het midden- en kleinbedrijf veelal te duur, aldus de minister voor Rechtsbescherming.<sup>32</sup> De overheidsrechter staat zodoende in het vervolg van deze bijdrage centraal.

Naast de zekerheid die een rechtskeuzeclausule geeft over het toepasselijk materieel recht, kiezen partijen met dezelfde clausule ook voor dwingend en aanvullend recht dat van toepassing wordt op hun rechtsverhouding. Het gekozen materiële recht schrijft enerzijds dwingende regels voor, en vult anderzijds de overeenkomst aan daar waar partijen niet zelf hebben kunnen of willen voorzien in regels. De keuze voor een bepaald toepasselijk materieel recht biedt partijen zodoende de mogelijkheid dwingend recht te ontwijken dat hun mogelijkheden om de rechtsverhouding vorm te geven (te veel) beperkt.<sup>33</sup>

Een forumkeuzeclausule biedt bedrijven naast zekerheid over de toepasselijke geschilbeslechter ook de mogelijkheid om een optimaal forum voor potentiële toekomstige geschilbeslechting te kiezen, waarbij ex-post-opportunisme, zoals *forum shopping* door een partij, wordt tegengegaan.<sup>34</sup> *Forum shopping* houdt in dat de partij die de vordering instelt, geneigd kan zijn om bij de forumkeuze niet het gerecht te nemen dat het meest deskundig is om over het geschil te oordelen, maar het gerecht kiest dat vermoedelijk voor de eisende partij het gunstigst over de zaak zal oordelen.<sup>35</sup>

### 3.3 Transactiekosten van internationaal handeldrijven beheersen

De bloembollenhandelaar uit het zojuist geschetste voorbeeld heeft te maken met zogeheten transactiekosten wanneer hij

internationaal handelt. De kosten van een transactie behelzen alle kosten die de marktpartijen in staat stellen om de overdracht van goederen, diensten of ideeën mogelijk te maken. Transportkosten, omzetbelastingen en invoertarieven zijn voorbeelden van ‘traditionele’ kosten die met handelstransacties gepaard gaan. Het zoeken van een potentiële handelspartner, de kosten van het onderhandelen en contracteren, en de kosten van het controleren en afdwingen van contracten zijn voorbeelden van andere transactiekosten die direct verband houden met de feitelijke handelstransacties. Een deel van de transactiekosten houdt niet direct verband met de feitelijke handelstransacties, zoals de kosten om een systeem van regels en wetten te onderhouden dat ertoe bijdraagt dat de gemaakte afspraken worden nageleefd en kunnen worden afgedwongen.<sup>36</sup>

Voor de Nederlandse bloembollenhandelaar liggen de transactiekosten voor de naleving van de koopovereenkomst lager indien hij in het contract met het buitenlandse bedrijf bedongen heeft dat de Nederlandse overheidsrechter bevoegd is om hun geschil op te lossen op basis van het Nederlandse materiële privaatrecht. Er bestaan dan geen extra informatie- en zoekkosten inzake het buitenlands recht en gerechtelijk systeem en ook geen extra kosten voor de vertaling van juridische materialen. Zeker wanneer een partij een *repeat player* is, geniet zij schaalvoordelen als zij in de meerderheid van de contracten of in alle contracten met partijen uit andere jurisdicties een keuze voor het ‘eigen’ nationaal recht en nationale gerechten heeft kunnen opnemen. Met een dergelijke rechts- en forumkeuze kan de bloembollenhandelaar de transactiekosten van internationaal handeldrijven dan ook in de hand houden.<sup>37</sup>

## Meer dan vroeger spelen nu informele handelsbarrières een belangrijke rol in de overweging van bedrijven om een bepaald contract te sluiten

### 3.4 NCC vermindert informele handelsbarrières en transactiekosten

In het verleden was het sluiten van internationale commerciële contracten lastiger door allerlei formele handelsbarrières. Tegenwoordig zijn de invoertarieven

aanleiding van de onderhavige overeenkomst dan wel van nadere overeenkomsten en andere handelingen in samenhang met de onderhavige overeenkomst zoals bij voorbeeld, zij het niet uitsluitend, onrechtmatige daden, onverschuldigde betalingen en ongegronde verrijkingen, zullen worden beslecht door [...].’

30 De keuze voor de overheidsrechter kan als volgt worden geformuleerd: ‘de Rechtbank te ..., zulks behoudens voor zover dwingende competentieregels aan deze keuze in de weg zouden staan’.

31 De keuze voor arbitrage kan als volgt worden geformuleerd: ‘arbitrage overeenkomstig het arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut. De plaats van arbitrage is ...’.

32 *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 10 en 11. Zie ook: Kuipers 2018, p. 138; S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het Netherlands Commercial Court vanuit de onderneming bezien’, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 331; H.J. Snijders, ‘NCC en arbitrage’, *TvA* 2018/1, par. 4.1 (‘Kosten’). Snijders bespreekt de vraag welke gezichtspunten van belang kunnen zijn voor partijen bij het kiezen van een geschilbeslechtingsclausule.

33 C. Kirchner, ‘An Economic Analysis of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses’, in: J. Basedow & T. Kono (red.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, p. 45.

34 Kirchner 2006, p. 50.

35 P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Instituut 2008, p. 59 (online publiek).

36 Deze ruime definitie van transactiekosten en voorbeelden zijn ontleend aan: WRR 2003, p. 22-23 en 254.

37 Raad voor de rechtspraak 2015, p. 7; Vogenauer 2013, p. 23. Vogenauer wisselt de termen ‘contract law’, ‘home law’ en ‘law’ af, zie: Vogenauer 2013, p. 23-24. Ik gebruik de algemene term ‘materiële privaatrecht’ in het voorbeeld.

38 WRR 2003, p. 103, 150-151, 162-164, 166-167, 172, 205.

39 WRR 2003, p. 216, 220, 224, 226.

40 *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 10.

41 Vogenauer voorspelt op basis van de onderhandelingspositie (*bargaining power*) van internationaal contracterende partijen naar welk nationaal contractenrecht en overheidsrechter hun voorkeur uitgaat.

Hij veronderstelt dat partijvoorkeuren worden beïnvloed door andere factoren dan de intrinsieke kwaliteit van de beschikbare contractenrechten en fora. Daarbij neemt hij aan dat partijen vaak de voorkeur hebben voor het recht en forum overeenkomstig hun nationaliteit, zie: Vogenauer 2013, p. 23-24. Deze twee aannames worden volgens hem bevestigd door diverse empirische studies, zie: Vogenauer 2013, p. 53.

42 Vogenauer 2013, p. 24.

43 Uit een recente inventarisatie van een aantal voornamelijk Europese empirische studies door Rühl blijkt dat commerciële partijen die grensoverschrijdend contracteren vaker kiezen voor het materiële recht (rechtskeuze) en de gerechten (forumkeuze) van Engeland en Zwitserland dan voor het materiële recht en de gerechten van andere landen, in het bijzonder die van continentaal-Europese lidstaten. De voorkeur voor het materiële recht en gerechtelijk forum van Engeland en Zwitserland geldt ook voor commerciële partijen die niet in deze landen zijn gevestigd. Rühl concludeert dat uit deze studies de redenen voor de keuzes van partijen niet altijd duidelijk worden. De studies suggereren volgens Rühl dat onder meer de kwaliteit van het contractenrecht en de gepercipieerde hogere kwaliteit van gerechten en rechters belangrijke redenen zijn, zie: Rühl 2018, p. 12.

44 Vogenauer omschrijft uitgebreider hoe een *sophisticated en business-friendly neutral law* eruitziet voor partijen die een gelijke onderhandelingspositie hebben. Indien deze partijen niet kunnen kiezen voor een materiële recht en forum die voor hun type transactie internationaal veel gekozen worden, omdat een marktstandaard niet bestaat en er geen materieel recht en forum van een andere staat is dat gelijkenissen vertoont met het materiële recht en forum van hun staat, dan neemt Vogenauer aan dat redelijkerwijs verwacht kan worden dat partijen kiezen voor deze *sophisticated en business-friendly neutral law*, zie: Vogenauer 2013, p. 25 en 53. Deze omschrijving van Vogenauer geeft mijns inziens duidelijk weer welk beeld de Nederlandse rechtspraak en advocatuur aan buitenlandse bedrijven kunnen schetsen.

45 Vogenauer 2013, p. 25; Wagner 2013, p. 404-405. Over de kwaliteit en de internationale promotie van het Nederlandse materiële privaatrecht, in het bijzonder het contractenrecht, in

afgenomen, is er sprake van snellere en goedkopere communicatie en transport en zijn de markten transparanter. De afname van deze formele handelsbarrières heeft de mondialisering van de economie deels bespoedigd. Meer dan vroeger spelen nu informele handelsbarrières een belangrijke rol in de overweging van bedrijven om een bepaald contract te sluiten. Informele handelsbarrières zijn verschillen in taal, tradities en handelspraktijken, methode van conflictbeslechting en vertrouwen in het rechtssysteem.<sup>38</sup>

Voor Nederlandse bedrijven die internationaal contracteren, vermindert een Engelstalige overheidsrechter de informele handelsbarrières en transactiekosten, aldus de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR).<sup>39</sup> Voor buitenlandse bedrijven is het procederen in het Nederlands bij de Nederlandse overheidsrechter namelijk een belemmering. De NCC neemt deze belemmering weg. De minister voor Rechtsbescherming verwoordt het probleem als volgt:

'In de gesprekken tussen bedrijven in binnen- en buitenland is het nu al vaak zo dat bij de contractvorming een grote internationale handelspartner zegt: ik wil best met jou als Nederlands midden- of kleinbedrijf zakendoen, maar als we een conflict hebben ga ik niet voor de Nederlandse overheidsrechter in de Nederlandse taal procederen en dus maken we de afspraak in ons contract dat we dan Engelstalig gaan procederen. Dan zijn er een paar keuzes. Je kunt naar een duur arbitrage-instituut gaan, of je kunt in Londen naar een overheidsrechter gaan of straks wellicht naar een overheidsrechter in Parijs of in Brussel.'<sup>40</sup>

### 3.5 Invloed van de onderhandelingspositie op de rechts- en forumkeuze

Stel dat de bloembollen van de Nederlandse bloembollenhandelaar betrekkelijk uniek zijn, en dat deze veel buitenlandse professionele afnemers heeft. Op basis van zijn bijzondere product heeft het Nederlandse bedrijf dan mogelijk een sterke onderhandelingspositie.<sup>41</sup> Dit brengt mee dat hij zijn voorkeur voor het Nederlandse materiële privaatrecht en de Nederlandse overheidsrechter in de vorm van een rechts- en forumkeuze in de koopovereenkomst aan de buitenlandse wederpartij kan opleggen.<sup>42</sup> Dit zal niet het geval zijn indien beide partijen een gelijkwaardiger onderhandelingspositie hebben. De Nederlandse partij zal haar keuze dan niet altijd kunnen opleggen aan haar buitenlandse wederpartij. In dit geval kan de Nederlandse partij haar wederpartij mogelijk wel overtuigen om in hun contract een keuze te maken voor het Nederlandse materiële privaatrecht en

de NCC.<sup>43</sup> Hiervoor is het van belang dat de buitenlandse partij het Nederlandse materiële privaatrecht en de overheidsrechter percipieert als verfijnd en ondernemingsvriendelijk.<sup>44</sup> De buitenlandse partij moet gerustgesteld worden dat zij hoge standaarden van rationaliteit, efficiëntie en rechtszekerheid kan verwachten. Het beeld moet bestaan dat de rechterlijke macht competent is en oog heeft voor de behoeften van de handelsgemeenschap. De belofte is dat een keuze voor het in de Engelse taal toegankelijke Nederlandse materiële privaatrecht en de overheidsrechter inhoudt dat efficiënte contracten en efficiënte rechtsregels nauwkeurig worden gehandhaafd zonder het genereren van buitensporige kosten.<sup>45</sup>

**De buitenlandse partij moet gerustgesteld worden dat zij hoge standaarden van rationaliteit, efficiëntie en rechtszekerheid kan verwachten. Het beeld moet bestaan dat de rechterlijke macht competent is en oog heeft voor de behoeften van de handelsgemeenschap**

## 4 Parlementaire discussie over regelgevingsconcurrentie op de markt voor geschilbeslechting

### 4.1 Aandacht voor het verband tussen rechtskeuze en forumkeuze

In de memorie van toelichting bij de Wet Netherlands Commercial Court en in het oprichtingsplan van de Raad wordt geen aandacht geschonken aan het verband tussen de NCC en het Nederlandse materiële privaatrecht. Dit verband kwam ook niet ter sprake in de concept-MvT van het concept-wetsvoorstel Netherlands Commercial Court, dat in 2016 door de minister van Veiligheid en Justitie ter internetconsultatie is voorgelegd.<sup>46</sup> In de literatuur is daarentegen wel veel aandacht besteed aan dit verband.<sup>47</sup> Over het concept-wetsvoorstel NCC heb ik in 2017 gesteld dat het opmerkelijk is dat de bijbehorende concept-MvT niet expliciteert dat de NCC de invloed van het Nederlandse materiële recht in het internationale handelsverkeer kan verster-

ken.<sup>48</sup> Ik heb destijds betoogd dat de NCC het aanzien van het Nederlands recht in de internationale rechtspraktijk kan verbeteren. Tot dit standpunt kwam ik omdat in Frankrijk en Duitsland ook wordt verondersteld dat een Engelstalige handelskamer de positie van nationaal recht in de internationale handel kan versterken en wel voornamelijk in verhouding tot Anglo-Amerikaans recht. Over deze concurrentie tussen rechtssystemen later meer in paragraaf 4.2.

In de parlementaire behandeling van de wet NCC is wel aandacht besteed aan de innige relatie tussen de NCC en het Nederlandse materiële privaatrecht. Zo wordt het positieve effect dat de NCC kan hebben op de invloed van het Nederlandse materiële privaatrecht in het internationale handelsverkeer benadrukt door de Tweede Kamerfractie van D66:

'het mogelijk maken van procederen in de Engelse taal bij complexe internationale handelsgeschillen past bij de internationale handelscultuur in Nederland. Dit maakt Nederland aantrekkelijker als handelsland, aangezien rechtszekerheid belangrijk is bij het opstellen van contracten. Het NCC zou het Nederlands vestigingsklimaat kunnen versterken, en tevens heeft dit positieve effecten op de invloed van het Nederlandse (materiële) privaatrecht in het internationale handelsverkeer.<sup>49</sup>

De versterking van de internationale positie van het Nederlandse materiële privaatrecht met de komst van de NCC – omdat hierdoor vaker voor het Nederlandse materiële privaatrecht wordt gekozen – zie ik ook benadrukt worden door de minister voor Rechtsbescherming in zijn reactie op de eerste opvattingen en vragen over de NCC van een aantal Tweede Kamerfracties:

'Dat laat onverlet dat partijen op hun onderlinge rechtsverhouding, bijvoorbeeld als zij een koopovereenkomst sluiten, een bepaald buitenlands materieel recht (dus niet het procesrecht) van toepassing kunnen verklaren (de rechtskeuze). Het materiële recht bepaalt onder meer wat de rechten en plichten van partijen ten opzichte van elkaar zijn. Indien de rechtskeuze rechtsgeldig is, moet de Nederlandse rechter dit gekozen recht toepassen op het geschil. In de praktijk wordt een forumkeuze regelmatig gecombineerd met een rechtskeuze voor het materiële recht van het land van de gekozen rechter. Dat heeft als voordeel dat de door partijen gekozen rechter het materiële recht toepast waarmee hij het meest vertrouwd is. Indien partijen bij de Nederlandse overheidsrechter een beslissing in de Engelse taal kunnen krijgen, zal dat ertoe kunnen leiden dat partijen in internationale handelsgeschillen waarbij een van de partijen in Nederland gevestigd is, vaker kiezen voor de Nederlandse rechter en toepassing van het Nederlands burgerlijk recht op hun overeenkomst.<sup>50</sup>

Interessant is dat de minister voor Rechtsbescherming het verband tussen de NCC en het materiële privaatrecht – en daarmee de rechtsvormende taak van de rechterlijke

macht – niet noemt in zijn antwoord op de volgende vraag van de Tweede Kamerfractie van de SP over dit verband:

'De leden van de SP-fractie zien dat door dit voorstel het recht meer en meer als een product in de markt wordt gezet met als doel een competitie tussen rechtssystemen te voeren. Is de regering het met deze leden eens dat concurrentie tussen rechtssystemen kan leiden tot een onwenselijke verlaging van sociale en juridische standaarden op termijn en een zogenaamde «race to the bottom», om maar zoveel mogelijk partijen naar het eigen rechtssysteem te lokken? Als dit wetsvoorstel wordt aangenomen, hoe gaat de regering dan waarborgen dat sociale en juridische standaarden niet verzwakt worden (al dan niet op termijn) om internationaal opererende ondernemingen te paaien?<sup>51</sup>

De minister voor Rechtsbescherming antwoordt:

'Een wijziging in de sociale en juridische standaarden is niet aan de orde. Eventuele toekomstige wijzigingen van het nationale procesrecht of het nationale materiële recht zullen steeds op hun eigen merites moeten worden beoordeeld door regering en het parlement. Het laatste woord is daarbij aan het parlement door wetsvoorstellen – al dan niet in geamendeerde vorm – aan te nemen of te verwerpen.<sup>52</sup>

## Het is op de lange termijn denkbaar dat de NCC via een 'dialoog' met de Hoge Raad, advocatuur, rechtswetenschap en wetgever normen ontwikkelt die beter aansluiten bij de voorkeuren van internationaal opererende ondernemingen

Het parlement heeft weliswaar het laatste woord over de inhoud van het materiële recht, maar dit neemt niet weg dat de overheidsrechter nieuw recht kan vormen door het toepassen van het materiële recht op een nieuw geval. Via de open normen van het privaatrecht is het op de lange termijn denkbaar dat de NCC via een 'dialoog' met de Hoge Raad, advocatuur, rechtswetenschap en wetgever normen ontwikkelt die – in het licht van de rechtsvormende functie van het gerechtelijk systeem – beter aansluiten bij de voorkeuren van internationaal opererende ondernemingen.<sup>53</sup> Deze gedachte sluit aan bij de overweging van de WRR in 2002

'dat (internationale) rechtsvorming een proces is waarin aan de ene kant machtselementen een rol spelen, en aan de andere kant de wisselwerking tussen rechtspraktijk, rechtswetenschap, rechters en wetgevers invloed kan hebben. Dit laatste betekent dat argumentatie, consistentie en rechtscultuur een bijdrage leveren aan de inhoud van het recht'.<sup>54</sup>

het kader van de oprichting van de NCC, zie onder meer: R.P.J.L. Tjittes, 'Een Netherlands Commercial Court vereist reclame voor Nederlands recht', *RMThe-mis* 2014, p. 261-262; Dumoulin 2016, p. 325; Kuipers 2018, p. 124-127; J. Hoeben, A.L.M. Keirse & M.D. Reijneveld, 'De Netherlands Commercial Court tot een succes maken', in: Bauw, Koster & Krusinga 2018, p. 83-86; R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht. Deel I: totstandkoming en inhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 35-37; T. Hartlief, 'Kooplieden in het recht', *NJB* 2018/1236, afl. 25, p. 1775; T. Hartlief, 'Waarom een klein land groot kan zijn', *NJB* 2018/1237, afl. 25, p. 1778; C.E. Drion, 'Concurrentie tussen rechtssystemen in het licht van Brexit', *NJB* 2017/1511, afl. 28, p. 1949; Neekilappillai 2017, p. 1600.

46 Zie concept-wetsvoorstel, concept-MvT en consultatiereacties op [www.internetconsultatie.nl/ncc](http://www.internetconsultatie.nl/ncc).

47 Tjittes 2014, p. 261-262; Dumoulin 2016, p. 325; E. Bauw, 'Ondernemerschap in de rechtspleging. Over de kansen van een Netherlands Commercial Court', *AA* 2016, afl. 2, p. 98 (AA20160093); H.N. Schelhaas, 'De markt op met de Nederlandse rechtsorde?', *NTBR* 2017/10, afl. 3, p. 74; Neekilappillai 2017, p. 1600; E. Dirix, 'Procederen in het Engels', *Rechtskundig Weekblad* 2017, afl. 2, p. 42; Hoeben, Keirse & Reijneveld 2018, p. 83-84; Kuipers 2018, p. 123-127.

48 Neekilappillai 2017, p. 1599. Wel is door de Tweede Kamerfractie van de VVD de wens uitgesproken dat met de oprichting van de NCC 'het Nederlands recht en het Nederlandse stelsel als zodanig een voorbeeld kunnen zijn', zie: *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, 353, p. 11.

49 *Kamerstukken II* 2017/18, 34761, 5, p. 2.

50 *Kamerstukken II* 2017/18, 34761, 6, p. 2.

51 *Kamerstukken II* 2017/18, 34761, 5, p. 2.

52 *Kamerstukken II* 2017/18, 34761, 6, p. 4.

53 Neekilappillai 2017, p. 1601.

54 WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (WRR-rapport nr. 63), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 269 (online publiek); Neekilappillai 2017, p. 1601.

55 H. Eidenmüller, 'Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution', in: H. Eidenmüller (red.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München: C.H. Beck 2013, p. 1-2; E.A. O'Hara & L.E. Ribstein, *The Law Market*, Oxford: OUP 2009,

p. 65-66, 224. Voor een kritische analyse van regelgevingsconcurrentie op de markt voor geschilbeslechting en contractenrecht, zie: Vogenauer 2013, p. 14-16, 27-30 (dit artikel is ook als hoofdstuk opgenomen in het eerdergenoemde boek *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*).

56 Voor een uitgebreide uitleg van het begrip regelgevingsconcurrentie, ook op het gebied van ondernemingsrecht, belastingrecht, arbeidsrecht, contractenrecht en milieurecht, zie: Themeli 2018, p. 23-79.

57 Over de economische meerwaarde van de NCC, zoals stimulering van werkgelegenheid voor de financieel-juridische sector, zie: Raad voor de rechtspraak 2015, p. 18; F. van Dijk, 'De economische betekenis van de NCC', in: Bauw, Koster & Kruisinga 2018, p. 23-36.

58 B. Gabor, *Regulatory Competition in the Internal Market*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 39; Wagner 2013, p. 385.

59 Neekilappillai 2017, p. 1597 en 1600.

60 Voor een optimistische kijk op regelgevingsconcurrentie op het gebied van privaatrecht in brede zin, zie: H. Eidenmüller, 'Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law', *ECGI Working Paper Series in Law*, mei 2018 (online publiek).

61 R. Baldwin e.a., *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford: OUP 2012, p. 360-366; WRR 2003, p. 136, 165-166. Voor een overzicht van lessen die uit de rechtseconomische literatuur kunnen worden getrokken over de rol van het recht in het vestigingsklimaat, zie: M.G. Faure, 'De rol van het recht in het vestigingsklimaat', AA 2018, afl. 1, p. 9-18 (AA20180009).

62 WRR 2002, p. 74, 268 (citaat) en 269-270; WRR 2003, p. 189-190; Neekilappillai 2017, p. 1599.

63 M. Pargendler, 'The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide', *The Yale Journal of International Law* (43) 2018, p. 146-147 en 186. Aan de hand van rechtspraakanalyse komt Morant tot de conclusie dat Amerikaanse en Engelse rechters weinig oog hebben voor de werkelijkheid waarin een groot bedrijf met een sterkere onderhandelingspositie in het contract met een kleiner bedrijf bedingen kan opnemen die onevenredig nadelig (kunnen) uitpakken voor het kleinere bedrijf. In het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika beschouwen rechters midden- en

Over de rechtstoepassende en rechtsvormende taak van de overheidsrechtspraak, en de bijdrage die de overheidsrechter kan leveren aan het rechtszeker houden van het materiële privaatrecht, weid ik uit in de volgende paragraaf.

## Met de oprichting van de NCC biedt Nederland een nieuw 'product' – een forum – aan op de markt voor geschilbeslechting

### 4.2 Concurrentie op de markt voor geschilbeslechting en materieel privaatrecht: (on)wenselijk?

De analyse van de Tweede Kamerfractie van de SP dat het recht inderdaad meer en meer als een product in de markt wordt gezet met als doel om te concurreren met andere rechtssystemen, onderschrijf ik. In 2017 heb ik gesteld dat het verschijnsel dat staten hun geschilbeslechting – arbitrage en gerechten – en materieel recht 'promoten' bij de internationale handelsgemeenschap kan worden geduid door het recht als een 'product' te beschouwen. Voor dit 'product' bestaat een markt waarop competitie kan worden gevoerd.<sup>55</sup> Staten, in de hoedanigheid van 'producenten' van recht, proberen individuen en bedrijven die mobiel zijn, zijnde 'consumenten' van het recht, te verleiden hun 'producten' – materieelrechtelijke regels en/of geschilbeslechtigingsregels – af te nemen. Verschillende regelgevers trachten ieder het gunstigste systeem van regels te scheppen voor een beoogde mobiele doelgroep om met name economische voordelen te verkrijgen. Men denke aan staten die gunstige fiscale regels 'produceren' voor multinationale ondernemingen om zodoende buitenlandse investeringen aan te trekken en werkgelegenheid te verschaffen aan de financieel-juridische sector. Deze competitie tussen rechtsordes wordt vaak beschreven met het begrip regelgevingsconcurrentie (ook wel: *regulatory competition*).<sup>56</sup> De NCC is een treffend voorbeeld van deze regelgevingsconcurrentie.<sup>57</sup> De rechterlijke macht kan als staatsmacht een actieve rol spelen in de competitieve interactie tussen staten.<sup>58</sup> Het oprichtingsplan van de Raad illustreert deze rol. Met de oprichting van de NCC biedt Nederland een nieuw 'product' – een forum – aan op de markt voor geschilbeslechting.<sup>59</sup>

Competitie tussen rechtssystemen prikkelt staten om regels te 'produceren' die overeenkomen met de voorkeuren van internationaal opererende ondernemingen.<sup>60</sup> Deze prikkel – de wens om mobiele partijen aan te trekken en de vrees voor een exit van mobiele partijen uit de jurisdictie van een staat – kan enerzijds leiden tot efficiënt recht, een *race to the top*, waarmee economische groei en welvaart worden gestimuleerd. Anderzijds kan concurrentie tussen rechtssystemen ook leiden tot een verlaging van sociale en juridische standaarden – een *race to the bottom* – die de welvaart juist op de lange termijn aantast.<sup>61</sup>

Een ander gevolg van concurrentie tussen rechtssystemen voor Nederland is de vrees voor een verlies van toepassing van Nederlands recht op verhoudingen tussen bedrijven en daarmee het verlies van de controle van de wetgever en de rechter op hoe marktpartijen met elkaar omgaan. Zo waarschuwt de WRR in 2002 voor het verdwijnen van het Nederlands recht in de internationale handel, omdat Anglo-Amerikaanse normen overheersen in de concurrentie tussen rechtssystemen:

'de rechtspraktijk [kan] zich zodanig ontwikkelen dat het Nederlandse recht als vanzelf wordt verdrongen door Amerikaans of Engels recht. De internationalisering van de rechtspraktijk versnelt dit proces, waardoor delen van de rechtspraktijk zich naar het buitenland verplaatsen. Daarmee verliezen de Nederlandse rechtsopvattingen hun betekenis, en gaat ook in ons land recht gelden zonder dat de Nederlandse wetgever of de Nederlandse rechter daarbij enige rol heeft gespeeld.'<sup>62</sup>

In civil-law-landen zoals Nederland en Duitsland is de invloed van de staat op contractuele relaties, ook tussen professionele partijen, sterker dan in common-law-landen zoals het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Via de wetgever en gerechtelijke instanties wordt in civil-law-landen namelijk sterker controle uitgeoefend op de inhoudelijke voorwaarden van overeenkomsten.<sup>63</sup> Dit heeft ten doel dat bredere maatschappelijke waarden en doelen worden gewaarborgd.<sup>64</sup> De verdringing van het Nederlands recht door het Amerikaans of Engels recht in het internationale handelsverkeer kan dus vanuit een normatief perspectief worden bezien.

### Toegang tot 'alle handelsrecht in het Engels' verkennen

In de plenaire behandeling van de wet NCC herhaalt de Eerste Kamerfractie van D66 de waarschuwing van de WRR 'voor

het verdwijnen van het Nederlands recht in de internationale handel, omdat Anglo-Amerikaanse normen overheersen in de concurrentie tussen rechtsstelsels'.<sup>65</sup> De noodkreet van de Raad voor de rechtspraak dat Nederlandse partijen steeds vaker kiezen voor buitenlandse *commercial courts* of voor internationale arbitrage, wordt ook herhaald, met als conclusie dat '[d]aardoor [...] het gevaar [bestaat] dat Nederlandse rechtsopvattingen hun betekenis verliezen en dat in ons land recht gaat gelden waarin de Nederlandse wetgever of de Nederlandse rechter geen rol heeft gespeeld'.<sup>66</sup> Daarnaast stelt deze fractie dat zij 'het ook een belangrijk onderdeel van het NCC vindt dat Nederland mee kan doen aan de rechtsvorming op het gebied van internationaal handelsrecht en dat we daarvoor niet naar het buitenland hoeven'. Daarom vraagt de fractie aan de minister voor Rechtsbescherming of hij hierna met een wetsvoorstel kan komen om 'alle handelsrecht in het Engels' te kunnen laten plaatsvinden.<sup>67</sup> De minister voor Rechtsbescherming laat verkennen of de behoefte aan een Engelstalige procedure bestaat voor handelsvorderingen<sup>68</sup> in brede zin en hoe groot die behoefte precies is, en welke organisatorische en juridische consequenties hier mogelijk aan verbonden zijn. Hij brengt daarbij, op verzoek van respectievelijk de Eerste Kamerfractie van de SP en de Eerste Kamerfracties van de ChristenUnie en de SP, ook in kaart wat een eventuele volledig Engelstalige procedure betekent voor de Maritieme kamer van de rechtbank Rotterdam en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.<sup>69</sup> De Eerste Kamerfractie van ChristenUnie benadrukt dat het merendeel van de bewoners van de Nederlandse eilanden in de Cariben als voertaal het Engels of het Papiaments heeft, terwijl het Gemeenschappelijk Hof vonnis in het Nederlands wijst. Het verzoek aangaande het Gemeenschappelijk Hof is dus breder dan alleen een verkenning naar beslechting van (internationale) handelsgeschillen. De bereidheid om nader te onderzoeken of er bij bedrijven behoefte bestaat aan andere Engelstalige procedures door de Nederlandse overheidsrechter naast de NCC, valt bij partijen uit een opvallend breed politiek spectrum in goede aarde. De Eerste Kamerfractie van de SP spreekt namelijk namens de Eerste Kamerfracties van GroenLinks, 50PLUS en de Partij voor de Dieren.<sup>70</sup>

### 4.3 Effectieve toegang van het mkb tot de NCC waarborgen

Daarnaast vrezen de Eerste Kamerfracties van de VVD en de ChristenUnie dat het griffierecht dat het mkb moet betalen om toegang tot de NCC te krijgen te hoog is.<sup>71</sup> Voor de Engelstalige procedure bij de NCC en de NCCA geldt namelijk een verhoogd griffierecht, zodat deze voorziening kostenneutraal op het totale budget voor de rechtspraak aangeboden kan worden.<sup>72</sup> De minister voor Rechtsbescherming heeft toegezegd over vijf jaar een informele evaluatie te houden om onder meer te bepalen of het mkb wel effectief toegang heeft tot de NCC, vanwege het hogere griffierecht dat geldt voor de Engelstalige procedure. Hij stelt:

'Ik zou graag zien dat Nederlandse bedrijven niet gedwongen zijn — dat is nu vaak wel het geval — om als ze zakendoen met grote partijen in het buitenland, naar Londen te gaan of naar een duur arbitrage-instituut om daar lid te worden of zich aan te sluiten, maar dat er een redelijk alternatief komt in Nederland, waar ze terecht kunnen bij de goede, oude bekende Nederlandse overheidsrechtspraak. Ja, de griffierechten zijn hoger dan in regulier civiel recht maar ze zijn wel beduidend lager dan, of in ieder geval zeer concurrerend ten opzichte van, de initiatieven die er in landen links en rechts van ons worden ontwikkeld. Dan is het de vraag of je ervoor kiest om die keuzemogelijkheid te vergroten voor Nederlandse bedrijven. Ik proef dat daar toch behoefte aan is en enthousiasme voor is. Dat is op een gegeven moment een politieke keuze die je moet maken.'<sup>73</sup>

## Door het verband tussen forumkeuze en rechtskeuze is het aannemelijk dat een keuze voor de NCC ook een rechtskeuze voor het Nederlandse materiële recht inhoudt

### 5 De Engelstalige Nederlandse overheidsrechter verspreidt kennis over het Nederlandse materiële privaatrecht

De NCC kan Nederlandse bedrijven helpen in het overtuigen van hun wederpartij om een forumkeuze voor de rechtbank Amsterdam en de procedureafspraken voor een Engelstalige procedure bij de NCC te maken.<sup>74</sup> Door het verband tussen forumkeuze en rechtskeuze is het aannemelijk dat een keuze voor de NCC ook een rechtskeuze voor het Nederlandse materiële recht inhoudt. De Raad voor de rechtspraak verwacht dat de NCC op termijn jaarlijks honderd zaken in eerste aanleg en vijftientig zaken in

kleinbedrijven als 'sophisticated' onderhandelaars, aldus Morant, zie: B.D. Morant, 'Contractual Interpretation in the Commercial Context', in: L.A. DiMatteo & M. Hogg (red.), *Comparative Contract Law. British and American Perspectives*, Oxford: OUP 2016, p. 255-256, 261 en 266. De Nederlandse rechter en het Nederlandse contractenrecht hebben vermoedelijk meer oog voor het onderscheid tussen een kleine of middelgrote onderneming en een grote onderneming, zie: H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018; Tjittes 2018, p. 24-26.

<sup>64</sup> Pargendler 2018, p. 146 en 153.

<sup>65</sup> De auteur heeft de Eerste Kamerfractie van D66 geadviseerd over het wetsvoorstel NCC. In het advies wordt voornamelijk benadrukt dat de NCC een bijdrage kan leveren aan de verspreiding van Nederlandse rechtsopvattingen door de publicatie van Engelstalige uitspraken, en is gewezen op de continentaal-Europese ontwikkelingen op het gebied van internationale commerciële geschilbeslechting door de overheidsrechter. Het voorstel om 'alle handelsrecht in het Engels' te overwegen, is niet in het advies ter sprake gekomen.

<sup>66</sup> *Handelingen I* 2018/19, 10, item 8, p. 6.

<sup>67</sup> *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 8. Gedacht kan worden aan de mogelijkheid om een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam in de Engelse taal aan te bieden, zoals Koster overtuigend bepleit, zie: Koster 2018, p. 153-154.

<sup>68</sup> In de *Handelingen* staat 'handelsverordeningen in brede zin', zie: *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 11. Omdat de minister verwijst naar het voorstel van de Eerste Kamerfractie van D66, neem ik aan dat het woord *handelsvorderingen* is bedoeld.

<sup>69</sup> *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 3, 8 en 11; *Handelingen I* 2018/19, 10, item 8, p. 8.

<sup>70</sup> *Handelingen I* 2018/19, 10, item 8, p. 3; *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 8.

<sup>71</sup> *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 8-11.

<sup>72</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 34761, 3, p. 1 (MvT).

<sup>73</sup> *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 10-11.

<sup>74</sup> Zie paragraaf 3.5.

hoger beroep zal behandelen. In de helft van deze zaken zal het geschillen betreffen die anders door buitenlandse – voor de helft Angelsaksische – rechters of arbiters zouden worden beslecht. Bij deze zaken zou ten minste één Nederlandse partij betrokken zijn.<sup>75</sup> Mocht deze verwachting van de Raad bewaarheid worden, dan zal op de lange termijn kennis over Nederlandse rechtsopvattingen omtrent bonafide handelspraktijken via de stroom van openbare NCC-uitspraken in het Engels worden verspreid in de internationale handelsgemeenschap.<sup>76</sup> Dit draagt eraan bij dat Nederlandse rechtspraak gemakkelijker betrokken kan worden in Engelstalig rechtsvergelijkend onderzoek. Hierdoor is het aannemelijk dat de NCC de kennis over het Nederlandse materiële privaatrecht in de internationale handelsgemeenschap kan vergroten. Het Nederlandse materiële privaatrecht wordt voor buitenlandse partijen namelijk beter toegankelijk door de uitleg en toepassing ervan in openbare Engelstalige NCC-uitspraken. Via de Engelstalige NCC-uitspraken wordt kortom kennis over het Nederlandse materiële recht verspreid in de internationale handelsgemeenschap.

Het beslechten van internationale handelsgeschillen door de Nederlandse overheidsrechter draagt eraan bij dat het Nederlandse materiële privaatrecht rechtszeker blijft. Het belang van materiële rechtsvorming door de overheidsrechter in internationale handelsgeschillen is bij het Europees Parlement en de Europese Commissie onderstreept door het eerder besproken onderzoek van Rühl in opdracht van de commissie Juridische Zaken van het Europees Parlement.<sup>77</sup> Vele Europese lidstaten ontberen volgens Rühl commercial-law-competentie die hun recht en gerechten aantrekkelijk maakt voor internationale commerciële partijen. Wanneer lidstaten geen aantrekkelijk aanbod hebben, zullen commerciële partijen besluiten hun geschillen buitengerechtelijk te beslechten. Rühl betoogt dat dit niet per se problematisch is, omdat private geschilbeslechting grote voordelen biedt voor partijen. Desalniettemin gaat geschilbeslechting door overheidsrechtspraak gepaard met positieve externaliteiten, zo betoogt zij.<sup>78</sup> Openbare uitspraken, gedaan door de overheidsrechter, scheppen duidelijkheid over het recht en de toepassing van het recht in de praktijk. Deze kennis komt niet uitsluitend ten goede aan de partijen in de betreffende procedu-

res, maar is ook in het voordeel van andere (toekomstige) partijen. Deze partijen worden dankzij het voornoemde mechanisme in staat gesteld hun gedrag aan te passen aan het recht. Bij het onderhandelen over een contract kunnen partijen bijvoorbeeld clausules vermijden die door de rechter niet-afdwingbaar zijn bevonden. Daarnaast kunnen partijen na het rijzen van een geschil bepalen of het zinvol is om naar de rechter te stappen, of dat het beter is om het contract na te leven of te schikken. Publieke beslissingen creëren, aldus Rühl, rechtszekerheid die van essentieel belang is voor commerciële partijen. De overheidsrechtspraak heeft daarmee een belangrijke rechtstoepassende en rechtsvormende taak in de internationale handel. Voor de samenleving is het daarom niet wenselijk dat alle of te veel geschillen buiten rechte worden beslecht.<sup>79</sup>

## De NCC kan in de internationale handelsgemeenschap de perceptie stimuleren dat de continentaal-Europese *civil law* en de overheidsrechter geschikt en toegankelijk zijn voor internationale commerciële transacties

### 6 Tot slot

Nederland pioniert binnen continentaal-Europa met de oprichting van de NCC en vormt daarmee een voorbeeld voor zowel de Europese lidstaten die ook (willen) werken aan een meer aantrekkelijke overheidsrechter voor internationale bedrijven, als de Europese wetgever, die mogelijk in de verre toekomst de oprichting van een European Commercial Court weer zal overwegen. De NCC kan in de internationale handelsgemeenschap de perceptie stimuleren dat de continentaal-Europese *civil law* en de overheidsrechter geschikt en toegankelijk zijn voor internationale commerciële transacties.

Politici zijn bezorgd dat het mkb vanwege het hogere griffierecht dat geldt voor de Engelstalige procedure mogelijk geen effectieve toegang heeft tot de NCC. Over vijf jaar zal uit een informele evaluatie blijken of deze vrees bewaarheid is gewor-

75 Raad voor de rechtspraak 2015, p. 15-17.

76 Neekilappillai 2017, p. 1599-1600.

77 Rühl 2018, p. 34-35. Onder meer deze studie ligt ten grondslag aan de overwegingen en aanbevelingen van het Europees Parlement in zijn resolutie van 13 december 2018.

78 Met verwijzing naar: G. Wagner, *Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb. Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit*, München: C.H. Beck 2017, p. 86-88. Zie ook: Wagner 2013, p. 409-410.

79 Rühl 2018, p. 35.

den. De minister voor Rechtsbescherming bemerkt dat er een brede politieke behoefte bestaat om de toegang voor bedrijven tot de Engelstalige procedure van de NCC goedkoper te maken.<sup>80</sup> Ook laat hij een verkenning uitvoeren naar de vraag of er behoefte is aan een Engelstalige procedure voor handelsvorderingen in brede zin en, zo ja, hoe groot die precies is, en in het bijzonder naar de betekenis van een eventuele volledige Engelstalige procedure voor de Maritieme kamer van de rechtbank Rotterdam en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.<sup>81</sup> Deze vooruitstrevende gedachten van de wetgever laten zien dat hij oog heeft voor de problemen die Nederlandse ondernemers ondervinden wanneer zij internationaal contracteren.

Effectieve toegang van Nederlandse en buitenlandse bedrijven tot een gespecialiseerde Engelstalige Nederlandse overheids-

rechter, en daarmee tot het Nederlandse materiële privaatrecht, leidt tot openbare Engelstalige NCC-uitspraken die voor buitenlandse partijen inzicht geven in de uitleg en toepassing van het Nederlandse materiële privaatrecht en de Nederlandse rechtsopvattingen over bonafide handelspraktijken. Wanneer de verwachting van de Raad voor de rechtspraak over het aantal zaken dat de NCC jaarlijks behandelt bewaarheid wordt, dan zal de NCC een belangrijke bijdrage leveren aan de internationale bekendheid van het Nederlandse materiële privaatrecht. Dit maakt het vervolgens gemakkelijker voor Nederlandse bedrijven om hun buitenlandse wederpartijen ervan te overtuigen dat dit forum geschikt is om kennis te nemen van eventuele geschillen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij aangaan. De NCC kan zodoende een bijdrage leveren aan het verminderen van de transactiekosten van internationaal contracterende Nederlandse bedrijven.

80 *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 10 en 11.

81 *Handelingen I* 2018/19, 10, item 10, p. 11.

## PRIVAATRECHT

CAHIER

### THE NETHERLANDS COMMERCIAL COURT

The Netherlands Commercial Court is a new international commercial court which opened its doors in Amsterdam on 1 January 2019. According to the Rule of Law Index of the World Justice Project, Dutch civil courts are among the most reputable in the world. In addition, the efficiency of Dutch civil procedural law contributes to the Dutch courts' vast experience in dealing with international commercial matters. The distinguishing feature of the new

Netherlands Commercial Court is that the proceedings will be conducted – and the judgment rendered – entirely in English. Furthermore, the applicable procedural rules of the Netherlands Commercial Court provide the flexibility for proceedings to be conducted either in the civil law tradition or in a manner more similar to proceedings in common law jurisdictions or international arbitration. By providing this flexibility, the aim is to make proceedings recognisable for international parties.

This *Ars Aequi* Privaatrecht cahier contains all relevant information concerning the Netherlands Commercial Court, including the reasons for, and background of its establishment, potential benefits as well as possible issues.

ISBN: 978-94-9276-653-3  
 Author: M. Kuijpers  
 Edition: 1st edition 2019  
 Price: € 21,50

ARS AEQUI LIBRI