

biliseren rond 25-30 per jaar, waarvan er 5-10 worden ingetrokken, meestal na kritische vragen van de voorzieningenrechter. Ook is het van belang de rechter volledig voor te lichten. Het verzoek tot een ex parte bevel wordt in de praktijk overigens geregeld gekoppeld aan

een afgifte beslag op de inbreukmakende goederen. De vraag doemt dan wel op wat het belang bij beide maatregelen gezamenlijk is.

Den Haag, december 2016.

10 jaar volledige proceskostenveroordelingen – *how about it?*

Moira Truijens* **

Inleiding

Wat heeft het ons uiteindelijk gebracht? Verkeerden we tien jaren lang in het goede gezelschap van volledige proceskostenveroordelingen ex art. 1019h Rv, of kijken we met weemoed en verlangen terug naar het forfaitaire stelsel van proceskostenveroordelingen gebaseerd op art. 237 e.v. Rv¹ (dat in alle andere civiele zaken wordt toegepast)? Tijd om de balans op te maken.

Ik herinner het me nog goed, mijn eerste pleidooi en de allereerste uitspraak waarin een richtlijnconforme proceskostenveroordeling werd toegekend.² Wat een blijdschap. Maar met *hind-sight* terugkijkend, denk ik dat de toepassing van art. 1019h Rv. inmiddels zijn doel voorbij heeft gestreefd.³

Een winnende partij die al zijn kosten vergoed krijgt, zal daarover niet gauw klagen. Maar het systeem leidt niet in alle gevallen tot optimale tevredenheid. Integendeel, iedereen kent de frustrerende voorbeelden uit de praktijk waar een partij die het verliesrisico niet kan dragen toch geen zaak aanspant, zelfs bij een goede slagingskans. Feitelijk lijkt daarmee de toegang tot de rechter te worden beperkt.⁴ Cynisch genoeg is dit *chilling effect* het tegenovergestelde van wat er met de invoering van de Handhavingsrichtlijn was beoogd.⁵ Ook is een veel gehoorde klacht dat de onzekerheid te

groot is, of niet in verhouding staat tot het belang van een zaak. Daarnaast zorgt in bepaalde gevallen de procesongelijkheid tussen partijen (door toedoen van een risico op volledige proceskostenveroordelingen) voor de onwenselijke situatie dat het recht van de rijkste wint: de grote partij met diepe zakken kan zich het risico wel veroorloven, de kleine partij niet en deze kiest dus noodgedwongen eieren voor zijn geld. Ook komt het (regelmatig) voor dat een schikking stuk loopt op het niet willen betalen van alle advocaatkosten door de aangesproken partij: de rechthebbende schikt niet voor minder dan wat hij in een procedure zou kunnen krijgen. Daarmee is de proceskostenvergoeding een zelfstandig procesbelang geworden.⁶

Omdat van tevoren niet duidelijk is in welke gevallen er afgeweken zal worden van de indicatietarieven, kan een advocaat niet anders dan zijn cliënt wijzen op het risico van de proceskosten-*boomerang*. Dit gebrek aan voorspelbaarheid en duidelijkheid komt de rechtszekerheid niet ten goede.

Ik zal hier verder niet ingaan op de overigens wel zeer terechte vraag naar de legitimatie van het systeem (of althans, het gebrek daaraan) van *volledige* proceskostenveroordelingen, zoals A-G Verkade⁷ en Vrendenburg⁸ dat eerder deden. Wel merk ik op dat in andere lidstaten veel minder verstrekkende invullingen lijken te zijn gegeven aan art. 14 Handhavingsrichtlijn dan in Nederland.⁹ Vanwege de noodzakelijke afbakening van het onderwerp, is gekozen voor een compact chronologisch overzicht van ontwikkelingen in de rechtspraak van de afgelopen 10 jaar. Daarna zal een blik op de toekomst geworpen worden.

* Mr. M.M. Truijens is advocaat te Amsterdam.

** Graag zou ik mijn kantoorgenoten Maarten Haak, Daan van Eek en Stephanie Reinders Folmer willen danken voor hun resp. commentaar op en hulp bij deze bijdrage.

1 En de Wet tarieven in burgerlijke zaken en de afspraken die de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht in dat kader maakten.

2 Rb. Almelo 1 juni 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AX6495 (*Eiser/Koninklijke Grolsch N.V.*).

3 Vgl. ook C. Vrendenburg, 'De 'volledige' proceskostenveroordeling in IE-zaken', BIE 2013/6, p. 160-169.

4 Vgl. ook concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2015:2307, bij HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*), nr. 5.3.8 en C. Vrendenburg, 'Proceskostenveroordeling volgens "de glijdende schaal van Verkade"', BIE 2014/11, p. 226-230.

5 Vgl. overweging 3 van de considerans bij de Handhavingsrichtlijn.

6 Hetgeen overigens bevestigd werd in HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Wieland/GIA*).

7 In zijn conclusie bij HR Leo Pharma/Sandoz nr. 5.3.8 (vindplaats in voetnoot 4).

8 C. Vrendenburg, 'Proceskostenveroordeling volgens "de glijdende schaal van Verkade"', BIE 2014/11, p. 226-230.

9 In het septembernummer van BIE is voor enkele lidstaten goed uiteengezet hoe het United Video Properties/Telenet arrest daar al dan niet verandering in de praktijk zal brengen.

Rechtspraak: 10 jaar in vogelvlucht

Sinds het Endstra-arrest is duidelijk dat een volledige proceskostenveroordeling niet ambtshalve wordt uitgesproken, enkel 'desgevorderd'. Het overzicht van de kosten dient tijdig opgegeven te worden en voldoende gespecificeerd te zijn, zodat de wederpartij daarop verweer kan voeren.¹⁰ In dat kader is ook beslist dat bij een niet-verschenen gedaagde enkel de mee-betekende kosten zullen worden toegewezen, zodat gedaagde niet voor (verdere) verrassingen komt te staan.¹¹ Eerder dit jaar bleek overigens dat bij gebrek aan mogelijkheid om aan gedaagde te betekenen, een publicatie in de Staatscourant ook soelaas biedt.¹²

In het Euro-Tyre arrest besliste de Hoge Raad dat artikel 1019h Rv. ook op cassatieprocedures van toepassing is.¹³ Gevorderde kosten moeten, indien niet bestreden, in beginsel toegewezen worden.¹⁴ Als men de hoogte van de kosten wil betwisten verdient het aanbeveling om dat op te laten nemen in het proces-verbaal, om misverstanden achteraf te voorkomen.

Volgens het Hof van Justitie is art. 14 Handhavingsrichtlijn tevens van toepassing op exequaturprocedures en op beslissingen omtrent daaraan verbonden kosten.¹⁵ In het verwijzingsarrest besliste de Hoge Raad dat dit ook opgaat voor art. 1019h Rv.¹⁶

Sinds het arrest Bericap / Plastinnova¹⁷ staat vast dat noch de Handhavingsrichtlijn, het Verdrag van Parijs en TRIPs van toepassing zijn op pure nietigheidsprocedures, nu dit formeel geen handhaving van inbreuken betreft. Het hof Den Haag bracht hierop een belangrijke nuance aan in het arrest Danisco / Novozymes,¹⁸ namelijk dat een volledige proceskostenveroordeling wél mogelijk is, in het geval een nietigheidsverweer gevoerd wordt in reactie op een (dreigende) octrooi-inbreuk.

In de eerder genoemde conclusie van A-G Verkade bij het arrest Leo Pharma / Sandoz¹⁹ is op zeer nauwkeurige wijze een glijdende schaal uiteengezet voor de (niet-)toepasselijkheid van art. 1019h Rv in diverse

soorten procedures waar de geldigheid (of überhaupt het bestaan van een IE-recht) ter discussie staat. Een voor de praktijk zeer bruikbare indeling, die veel stof tot nadenken geeft. Helaas is de zaak door de Hoge Raad afgedaan op art. 81 RO en zal verduidelijking van het toepassingsbereik van art. 1019h Rv ten opzichte van de voorbeelden op de glijdende schaal, op een ander moment tot ons moeten komen.

Over 'te veel' bestede uren wordt veelal zonder succes geklaagd. Zo achtte de Hoge Raad het opvoeren van reis- en verblijfskosten van twee advocaten naar Luxemburg (HvJ EU) wel redelijk, ook als er maar één het woord voert. Maar dat naast de cassatieadvocaat ook gewone advocaten op het dossier schreven, werd als dubbel werk gezien en dus niet meegenomen.²⁰ Over de hoogte van de uurtarieven wordt eveneens tevergeefs geklaagd, specialistische uurtarieven worden in het algemeen redelijk bevonden.^{21,22} Het Hof van Justitie heeft deze deur recent wellicht weer op een kleine kier zet, door "kosten die buitensporig zijn wegens ongewoon hoge erelonen (...)" onredelijk te achten.²³

Duidelijk is inmiddels ook dat een gemaakte *success fee* afspraak, in beginsel toelaatbaar is.²⁴ In dit geval was het gevorderde bedrag echter lager dan de gespecificeerde kosten.²⁵ Hierdoor was er volgens de Hoge Raad geen sprake van een vergoeding van meer dan de redelijke en evenredige kosten (hetgeen overigens ook niet was bestreden). Over hoe dat zou kunnen uitwerken in een andere feitelijke constellatie, hierna meer.

In eerdere edities van dit tijdschrift is veel geschreven over de status van de kosten gemaakt door een gedaagde partij ter voorbereiding op een kort geding dat uiteindelijk door de eisende partij voor de zitting wordt ingetrokken.²⁶ De Hoge Raad heeft op 3 juni 2016 geoordeeld²⁷ dat de door gedaagde gemaakte voorbereidingskosten wél voor vergoeding in aanmer-

10 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153 (*Endstra/Uitgeverij Nieuw Amsterdam*).

11 Rb. Den Haag (vzr.) 4 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8039 (*Formula One/Goldzade*).

12 Rb. Den Haag (vzr.) 19 september 2016, IEPT20160919 (*Tommy Hilfiger/Soob Management*).

13 HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9431 (*Euro-Tyre/Eurotyre*).

14 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

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

16 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7456 (*Realchemie/Bayer*).

17 HvJ EU 15 november 2012, C-180/11, ECLI:EU:C:2012:717 (*Bericap/Plastinnova*).

18 Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1902 (*Danisco/Novozymes*).

19 Concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2015:2307, bij HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2900 (*Leo Pharma/Sandoz*).

20 HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Bulldog/Red Bull*).

21 Rb. Den Haag (vzr.) 16 december 2008, IEF 7421 (*Trendhopper/Arp Design*).

22 In aanvulling op de uurtarievendiscussie: in Hof Amsterdam 29 november 2007 IEPT20071129 (*Goossens/Montis Design*) werden de kosten van een juridische opinie niet redelijk en evenredig geacht nu de behandelend advocaat een specialisten-uurtarief hanteerde en niet viel in te zien waarom hij een deskundige diende te raadplegen.

23 HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video/Telenet*), r.o. 25. En door in r.o. 26 te verwijzen naar "gemiddelde tarieven die in de praktijk gelden voor de diensten van advocaten in die lidstaat."

24 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).

25 Gevorderd: €31.966, inclusief 'success fee' van € 4.200, terwijl de gespecificeerde kosten € 33.524 bedroegen.

26 D. de Lange, 'Geen zaak? De positie van de gedaagde bij een ingetrokken (IE-)kort geding. Een pleidooi voor vergoeding van de daadwerkelijke proceskosten van de gedaagde', BIE september 2013, p. 266-275, D. van Eek, 'Het procesreglement is leidend. Na het intrekken van een kort geding mag geen proceskostenveroordeling worden uitgesproken, ook niet in een IE-geschil', BIE juni 2014, p. 128-135, D.F. de Lange, 'Naschrift op Van Eek', BIE 2014, p. 136-139, C.J.J.C. van Nispen, 'Van Containerbox/City Box naar Wieland/GIA; zoek de verschillen', BIE juli 2016, p.164-169.

27 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Wieland/GIA*).

king komen, ook nu de procedure officieel nog niet is uitgeroepen en formeel nog niet aanhangig is. De gemaakte kosten kunnen na intrekking van het kort geding uiterlijk 14 dagen na de aangezegde rechtsdag gevorderd worden. Daarnaast geldt over het moment van ‘aanhangig’ zijn nu het volgende (ov. 3.3.5) “[wanneer] aan de gedaagde mededeling wordt gedaan van het voorgenomen kort geding, alsmede van de datum en het tijdstip van behandeling daarvan, en hij van de inhoud van de conceptdagvaarding op de hoogte is gesteld, is de zaak aanhangig zodra de zojuist bedoelde mededeling is gedaan, dan wel de dagvaarding is uitgebracht.” Daaruit volgt dat zelfs de uiteindelijk niet-uitgebrachte kort geding dagvaarding gezien kan worden als het ‘intrekken van een kort geding’, en wat daarmee dus eveneens kan leiden tot een 1019h Rv kostenveroordeling.

In het meest recente arrest van het Hof van Justitie over deze materie²⁸ werd gekeken of het Belgische systeem met forfaitaire minimum- en maximumtarieven in overeenstemming was met art. 14 Handhavingsrichtlijn. Het Hof oordeelde dat het hebben van een forfaitair tariefstelsel in beginsel toelaatbaar is, mits het flexibel genoeg is om rekening te houden met de specifieke kenmerken van de zaak, én een significant en passend deel van redelijke daadwerkelijke kosten vergoed wordt. De vraag of het Nederlandse stelsel van indicatietarieven daaraan voldoet, wordt niet door iedereen bevestigend beantwoord. Dat de Nederlandse indicatietarieven nog niet optimaal functioneren lijkt echter een gegeven, nu in het geheel niet duidelijk is wat de criteria zijn om ze bijvoorbeeld niet toe te passen, en ook niet welk tarief wanneer wordt toegepast.

Hoe nu verder? Ter discussie

Indicatietarieven voor octrooizaken

Nadat in 2008 de indicatietarieven voor rechtbanken werden ingevoerd, volgden in 2015 ook de indicatietarieven voor de hoven en de Hoge Raad. Inmiddels gaan er stemmen op om ook voor octrooizaken speciale indicatietarieven te hanteren.²⁹ Daarmee zou ook in octrooizaken, in een vroeg stadium al duidelijk zijn hoe groot het proceskostenrisico is. Ook zouden hiermee de extreem hoge kostenveroordelingen kunnen worden voorkomen, waar dat nu eigenlijk niet mogelijk is: het betwisten van de hoogte van de kosten van de wederpartij terwijl de eigen gespecificeerde kosten even hoog zijn, is immers geen reële optie.

Van Nispen oppert in zijn noot onder United Video Properties³⁰ om vaste (voor vergoeding in aanmerking komende) uurtarieven voor partners, medewerkers en stagiaires, en ook voor octrooigemachtigden af te spreken. Dit nu de indicatietarieven indirect ook gebaseerd

zijn op aannames over uurtarieven en de aan een zaak te besteden tijd. Dat lijkt zeker een stap in de goede richting, maar indicatietarieven bieden nog meer zekerheid vooraf en zouden daarom mijn voorkeur hebben.

Goede en kwade trouw

Ik verwijs nog even terug naar de tekst van 1019h Rv.³¹ Is inmiddels duidelijk wat nu de inhoud van de redelijkheid- en evenredigheidstoets is, en van de billijkheidstoets? In de Memorie van Toelichting³² werd destijds aangenomen dat ‘de billijkheid’ de rechter bij een inbreukmaker te goeder trouw er toe zou moeten brengen géén volledige proceskostenveroordeling uit te spreken. Dat zou vooral in gevallen van grootschalige namaak of piraterij aan de orde zijn. En “voor de inbreuken die daartussen liggen”, zou de rechter maar naar bevind van zaken moeten handelen om te beoordelen wat redelijke en evenredige kosten zijn die door de verliezende partij dienen te worden gedragen.

In de considerans van de Handhavingsrichtlijn wordt de aard van de inbreuk eveneens expliciet genoemd (overweging 17):

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

Opmerkelijk is dat aan deze billijkheidsmatiging in de onderzochte rechtspraak zelden wordt toegekomen. En een opzettelijk gepleegde inbreuk wordt evenmin expliciet verdisconteerd in de (redelijke en evenredige) kostenveroordeling. Ook de indicatietarieven bieden geen mogelijkheid tot deze nuancering. In het eerder genoemde vonnis van de voorzieningenrechter Almelo,³³ speelde de kwade trouw nog wel een rol: de richtlijnconforme kostenveroordeling werd uitgesproken nu Grolsch het merk van eiser kende en, na meermaals te zijn gesommeerd, bewust doorging met inbreuk maken.

Niet in alle gevallen zullen de intenties van de inbreukmaker zo zwart-wit zijn als in deze zaak, maar zoeken de naar een verbetering van het huidige systeem pleit ik ervoor deze nuancering ook mee te laten wegen. Bijvoorbeeld door een hoger indicatietarief te hantieren voor opzettelijk gepleegde inbreuken en een lager

28 HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video/Telenet*).

29 Besproken tijdens de VIEPA en AIPPI bijeenkomsten dit najaar.

30 C.J.J.C. van Nispen, annotatie bij HvJ EU 28 juli 2016, C-57/15, ECLI:EU:C:2016:611 (*United Video/Telenet*), BIE augustus 2016, p. 241-243.

31 “Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.”

32 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p.26.

33 Rb. Almelo 1 juni 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AX6495 (*Eiser/Koninklijke Grolsch N.V.*).

tarief voor niet-opzettelijk gepleegde inbreuken. Dat doet meer recht aan de weging van ‘alle omstandigheden van het geval’ (die nu deels onbelicht blijven), zal beide partijen in een vroeg stadium alsnog duidelijkheid bieden en is bovendien ook in overeenstemming met het afschrikkend effect dat beoogd werd bij het opstellen van de Handhavingsrichtlijn.³⁴

Belang van de zaak

Bij het bepalen van de evenredigheid van de proceskosten wordt in Nederland vooralsnog niet gekeken naar het (financiële) belang van de zaak. Een zaak over één foto die zonder toestemming van de fotograaf kort op een blog heeft gestaan, kan evengoed rekenen op een fikse proceskostenveroordeling. Als het in verhouding bekeken wordt, weegt dat niet op tegen het geringe financiële belang van die zaak. Vaak vormt de dreiging van een proceskostenveroordeling zelfs een belang op zich, om – ook al is de foto al lang verwijderd en een onthoudingsverklaring getekend – toch een procedure door te zetten. Ik pleit ervoor dat dit een halt wordt toegeroepen.³⁵ Maar hoe?

Regelmatig wordt ter inspiratie verwezen naar het Duitse systeem van de ‘*Streitwert*’. Voor wie meer wil weten over de werking van de *Streitwert* in Duitse civiele zaken, verwijs ik naar de interessante toelichting op dit systeem door Dr. Peter Koch tijdens het AIPPI seminar op 3 oktober jl.³⁶ Kort samengevat, liet hij zien dat in Duitsland het financiële belang van een zaak zowel bepalend is voor de hoogte van de te betalen griffierechten³⁷ als voor de (voor vergoeding in aanmerking komende) advocaatkosten. Duidelijk werd dat de werkelijk gemaakte advocaatkosten hierin geen enkele rol spelen; de advocaatkosten worden vastgesteld aan de hand van een puntensysteem dat gekoppeld is aan het belang van de zaak (en komen naar ik begreep zelden in de buurt van de werkelijk gemaakte advocaatkosten). Een heel ander systeem dus, dat bovendien al voor de inwerkingtreding van de Handhavingsrichtlijn werd gehanteerd (in alle civiele zaken).

De vraag is of ons systeem van indicatietarieven gebaat zou kunnen zijn bij een koppeling aan een gestaffelde *Streitwert*. P-G Van Peurseem deed in zijn zeer lezenswaardige conclusie bij het Red Bull-arrest³⁸ al een voorzet voor een systeem van maximumtarieven met een zaaksbelang-koppeling, dat tot een fijnmaziger stelsel zou moeten leiden dan de huidige indicatietarieven. Hij verwees daarbij terecht naar de kostenveroordelingen die ons in procedures bij het toekomstige UPC te wachten staan; ook die zullen (grotendeels op het Duitse systeem geïnspireerd) gerelateerd zijn aan het

financiële belang van de zaak. Los van het feit dat hiermee de redelijkheids- en evenredigheidstoets concreet wordt ingevuld, is het grote voordeel de duidelijkheid voor procespartijen voorafgaand aan een procedure (er vanuit gaande dat men er handigheid in zal krijgen hoe het financiële belang van een zaak te bepalen).

Maar ook als nieuwe indicatietarieven niet haalbaar blijken, lijkt het mij in ieder geval wel wenselijk om het financiële belang van een zaak te laten meewegen in zowel de redelijkheids- en evenredigheidstoets als de billijkheidstoets. In hoeverre deze tweede nuancerings³⁹ zich verhoudt met de voorspelbaarheid van de hoogte van de proceskosten voorafgaand aan een procedure, zal de praktijk (in de volgende tien jaar) moeten uitwijzen.

Success fees – fixed fees

In het hiervoor besproken AIB/ Novisem arrest⁴⁰ stelde Novisem tevergeefs dat geen aanspraak kon worden gemaakt op een vergoeding die de proceskosten meer dan volledig dekt, en dat de redelijkheid en evenredigheid niet kon worden beoordeeld omdat de omvang van de *success fee* niet was toegelicht of gespecificeerd. AIB had als specificatie het totaal van de verantwoorde uren vermenigvuldigd met de gehanteerde uurtarieven, maar vorderde dus een lager bedrag dan de uitkomst van die som. De *success fee* was vermoedelijk daarom toelaatbaar nu “*geen sprake is van vergoeding van meer dan de gemaakte kosten of meer dan de redelijke en evenredige kosten*”.

Maar wat vinden we van een *success fee* die een opslag van het uurtarief inhoudt: bij verlies een uurtarief van EUR 150, bij winst EUR 300. Ook dat is een gemaakte afspraak die geldt tussen advocaat en cliënt, op grond waarvan de cliënt in geval van winst hogere kosten maakt en die dan ook daadwerkelijk verschuldigd zijn. Gelden de hogere kosten van de succesregeling dan als ‘de werkelijk gemaakte kosten’? Wie de neiging heeft deze vraag negatief te beantwoorden, kan ook de vraag stellen of een afgesproken korting in geval van verlies eveneens moet worden meegewogen bij het bepalen van de redelijke en evenredige kosten. In feite zijn een winstopslag en een verlieskorting twee manieren om dezelfde afspraak weer te geven. Denkbaar is dat de rechter de kosten bij winst (dus zonder acht te slaan op de verliestarieven) toetst aan de criteria van het Endstra-arrest.

En wat te denken van partijen die handelen in procesrisico’s? Die de financiering van een procedure op zich nemen en, in ruil daarvoor, bij winst van een groot deel van het behaalde succes mee profiteren. Over welke werkelijk gemaakte kosten hebben we het dan, en wat is in zo’n geval redelijk en evenredig?

34 Toelichting van de Europese Commissie op het oorspronkelijke voorstel Richtlijn 2003.

35 Vgl. ook R.W. De Vrey, ‘Rechtspolitieke aspecten van volledige proceskostenregeling’, IER 2015/54.

36 Zijn presentatie is hier te downloaden: http://www.aippi.nl/nl/documents/PresentationPeterKoch_20161003.pdf

37 Welke vele malen hoger zijn dan in Nederland.

38 Concl. P-G Van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2014:2196, bij HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:292 (*Bulldog/Red Bull*).

39 Na ook de goede en kwade trouw.

40 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).

Ten slotte nog de *fixed fee* afspraken die partijen maken. Daarvan kan men zich ook afvragen of die wel in lijn met art. 1019h Rv zijn. Ze zouden wellicht gezien kunnen worden als een 'niet-betwisting' van de hoogte van de kosten van de wederpartij en daarmee de rechter, naar huidige rechtspraak,⁴¹ verplichten om ze toe te wijzen.^{42, 43} Maar daarmee wordt dan wel voorbij

41 HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*).

42 Vgl. ook T.E. Deurvorst, annotatie bij HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756 (*Stichting Baas in Eigen Huis/Plazacasa*), BIE juni 2010, p. 238 - 240, waarin zij deze lijdelijkheid bekritiseert.

43 Overigens oordeelt de Hoge Raad in een later arrest waar eveneens de hoogte noch de toepasselijkheid van de kostenveroordeling was bestreden: "De rechter heeft immers de taak ambtshalve te beslissen over de toewijsbaarheid van de proceskosten en de hoogte daarvan". HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477 (*LMR advocaten/LR advocaten*), r.o. 6.2.1.

gegaan aan een inhoudelijke toetsing (nu de praktijk zich zo ontwikkeld heeft dat de rechtsprekende instantie dan geen urenspecificaties meer verlangt) en is het bovendien de vraag of de kosten wérkelijk gemaakt zijn.

Slotsom

De balans opmakende, kan gezegd worden dat de mogelijkheid tot een volledige proceskostenveroordeling goede dingen heeft gebracht, maar dat de grote onzekerheid omtrent het uiteindelijke procesrisico in de praktijk toch z'n tol lijkt te eisen. Het is wat mij betreft uitkijken naar nieuwe, meer gespecificeerde indicatietarieven, en daarmee naar meer duidelijkheid. En naar de dissertatie van Vrendenburg over dit onderwerp.

Amsterdam, december 2016.

Het bewijsbeslag in IE-zaken; het kalf is nog niet verdronken

Wim Maas*

Inleiding

In 1994 verscheen het befaamde artikel van Barendrecht en Van den Reek over exhibitieplicht en bewijsbeslag in WPNR.¹ In dit artikel werkten zij de juridische grondslag uit voor het leggen van een bewijsbeslag. Artikel 843a Rv bepaalt dat hij die daarbij een rechtmatig belang heeft, op zijn kosten 'inzage, afschrift of uittreksel' kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorganger partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Barendrecht en Van den Reek lazen hierin een aanspraak op 'afgifte' als bedoeld in artikel 730 Rv, waardoor de mogelijkheid ontstond om de betreffende bescheiden ter bewaring van recht in beslag te nemen. Het bewijsbeslag was geboren.

Al snel bleek het bewijsbeslag een enorme behoefte in de rechtspraktijk te vervullen. Ook binnen de IE-praktijk was het commune bewijsbeslag een zeer welkom middel voor IE-rechthebbenden om bewijs te vergaren. In Nederland bestond er immers voordien geen soortgelijk instrument. In een procedureel rechtssysteem waarin rechters lijdelijk behoren te zijn en waarin waarheidsvinding niet op dezelfde wijze geborgd is als in bij-

voorbeeld landen met een *common law* traditie, is het soms erg lastig om als IE-rechthebbende de onderste steen boven te krijgen. Toegegeven, de instrumenten van het voorlopige deskundigenbericht en het voorlopige getuigenverhoor hebben een bepaalde waarde bij het vergaren van bewijs in een pre-procedurele fase, maar veelal komt het aan op de eigen private recherche van de IE-rechthebbende. Private recherche is natuurlijk aan de grenzen van het recht gebonden en kent een weinig invasief karakter. Om bewijs te vergaren dat in het bezit is van derden is de vrijwillige medewerking van deze derde vereist. Als die medewerking niet wordt gegeven of als bewijs wordt kwijtgemaakt door deze derde, staat de IE-rechthebbende met lege handen. Dit evenwicht werd met de geboorte van het bewijsbeslag ten faveure van de IE-rechthebbende doorbroken.

Hoewel in ons land het bewijsbeslag ontstaan is buiten het IE-domein (maar vervolgens wel veelvuldig binnen het IE-domein werd toegepast), is het bewijsbeslag in de ons omringende landen juist ontstaan als middel dat uitsluitend ter beschikking stond van de IE-rechthebbende. In sommige Europese landen was men zelfs al ruim voor 1994 bekend met het bewijsbeslag in IE-zaken. In Frankrijk werd al in 1793 de *saisie-contrefaçon* – weliswaar in een meer rudimentaire vorm dan vandaag de dag – geïntroduceerd. In 1854 introduceerde ook België zijn eigen bewijsbeslag, thans bekend als het beslag inzake namaak, in eerste instantie voor inbreuk op octrooien. In Italië werd het bewijsbeslag in 1941

* Wim Maas is partner bij Taylor Wessing te Eindhoven.

1 J.M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek, 'Exhibitieplicht en bewijsbeslag', WPNR 6155 (1994), p. 739-745.