

[1745]

Competitie in de Europese civiele rechtsruimte. Een spanningsveld in de grensoverschrijdende geschillenbeslechting?*

Xandra E. KRAMER

Gepubliceerd in *Tijdschrift voor Privaatrecht* (TPR) 2014-4, p. 1745-1806. De originele paginanummers worden in de tekst aangegeven [xx].

Published in *Tijdschrift voor Privaatrecht* (TPR) 2014-4, p. 1745-1806. The original page numbers are indicated in this text by [xx]. [English Summary](#)

ABSTRACT

Het beleid in verschillende Europese landen is erop gericht om belangwekkende internationale handelszaken aan te trekken. Dit sluit aan bij de wereldwijde trend van ‘ranking justice systems’. Een vraag die daarbij opkomt, is hoe deze judiciële competitie zich verhoudt tot de Europese civiele rechtsruimte waarin samenwerking, wederzijds vertrouwen, een principiële gelijkheid van rechtssystemen en afstemming centraal staan. Betoogd wordt dat judiciële competitie als zodanig niet in strijd is met de beginselen van de Europese civielrechtelijke samenwerking. Zij kan een bijdrage leveren aan een gezonde concurrentieverhouding, die economische voordelen en een kwaliteitsimpuls aan de geschillenbeslechting geeft. De wel gevreesde ‘race to the bottom’ in het procesrecht is onwaarschijnlijk. Ook staat competitie samenwerking in grensoverschrijdende zaken niet in de weg; zij kan het wederzijds vertrouwen juist versterken. Wel behoeven de primair economische waardering van het recht en de competitiedrang enige relativering. Voor zover er een spanning bestaat met het EU-recht, is voor de EU-wetgever een rol weggelegd om het gelijke speelveld voor de betrokken actoren en de lidstaten te bewaken en te bevorderen, waar nodig door harmonisatie.

* Deze bijdrage is een bewerking van mijn inaugurale rede die ik op 5 mei 2014 aan de K.U. Leuven uitsprak ter gelegenheid van de acceptatie van de TPR wisselleerstoel. Ik ben het *Tijdschrift voor Privaatrecht* dankbaar voor het in mij gestelde vertrouwen, en in het bijzonder voormalig voorzitter Prof. Marcel Storme. Ik ben dank verschuldigd aan Prof. Geert Van Calster, Prof. Matthias Storme, Prof. Benoit Allemeersch, decaan Prof. Bernard Tilleman en de collega's van de afdeling Europees en Internationaal recht voor de collegiale uitwisselingen en gastvrijheid. Verder gaat mijn dank uit naar Erlis Themeli, mijn *PhD candidate* aan de Erasmus School of Law, die zijn proefschrift schrijft op het terrein van *civil justice competition*. De vele gesprekken met hem zijn een bron van inspiratie geweest voor deze rede. Ik verwijs naar zijn te publiceren bijdrage aan een seminar van de *Netherlands Institute for Law Governance* (NILG) "[Sculpturing adjudication as a public good: competition between jurisdictions as a modeling factor](#)". Prof. Gerhard Wagner en Prof. Christopher Hodges, beide tot 2015 in deeltijd verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, gaven stof tot nadenken over deze materie. Enkele discussies met studenten in het door mij gedoceerde vak *Transnational litigation* in het kader van de Global Law School aan de K.U. Leuven gaven mij inzichten over het onderwerp van deze rede. Deze bijdrage werkte ik uit tijdens mijn verblijf aan Stanford Law School (augustus-december 2014) waar mijn blik op dit onderwerp werd verruimd door onder meer Prof. Deborah Hensler; zoals geldt voor veel Europese ontwikkelingen in het recht, werden discussies over aan deze rede verwante onderwerpen daar al langer gevoerd. De finale versie van deze tekst dateert van 3 maart 2015.

INHOUD

I. INLEIDING	3
II. JUSTITIËLE SAMENWERKING IN DE EUROPESE CIVIELE RECHTSRUIMTE	5
A. De Europese civiele rechtsruimte: doelstellingen en grondslagen	6
1. Doelstellingen en ontwikkelingen.....	6
2. Beperking aan samenwerking en harmonisatie: grensoverschrijdende zaken	8
3. Evoluerend beleidsperspectief: interne markt, rechtsruimte en economische concurrentiekracht.....	10
B. Leidende beginselen van de Europese justitiële samenwerking.....	11
1. Wederzijds vertrouwen en principiële gelijkwaardigheid van systemen	12
2. Gelijke toegang, efficiëntie en effet utile	14
3. Rechtszekerheid en voorspelbaarheid	15
4. Respect voor fundamentele procedurele rechten	15
III. JUSTITIËLE COMPETITIE IN GRENSOVERSCHRIJDENDE civiele ZAKEN	16
A. Competitie tussen rechtssystemen: een verkenning	16
1. Regulatorische competitie: algemeen en in het materiële recht	16
2. Regulatorische competitie in de geschillenbeslechting	19
B. Het fenomeen van justitiële competitie nader bekeken.....	20
1. Ranking justice systems: de relatie tussen recht en economische groei	20
2. Randvoorwaarden voor internationale competitie: forumkeuze en diversiteit	22
3. De ‘battle of the brochures’ en battle of procedures; belangen en een nuancering.....	24
C. Een Nederlands perspectief met vergelijkende notities	27
1. Economisering van justitie en internationale competitie	27
2. Internationaal procederen en specialisering: een Commercial Court.....	29
3. IE-zaken, kort geding en grensoverschrijdende verboden	31
4. WCAM-schikkingen en alternatieve geschillenbeslechting	32
IV. SAMENWERKING EN COMPETITIE: EEN SPANNINGSVELD?	34
A. Justitiële competitie: winstpunten	34
1. Economische groei	34
2. Innovatie, best practices en kwaliteitsimpuls.....	34
B. Gevaren van justitiële competitie	35
1. Economie en fundamentele waarde van de rechtspraak.....	35
2. Partijautonomie en race to the bottom in het procesrecht?	36
C. Justitiële competitie getoetst aan de EU-doelstellingen.....	37
1. Competitie en de Europese justitiële ruimte	37
2. Leidende EU-beginselen en het economisch beleidsperspectief.....	37
3. Een blik op de Verenigde Staten	38
4. Conclusie.....	39
V. AFSLUITENDE OPMERKINGEN	39
A. Collectieve en individuele belangen: de rol van de EU	39
B. Het harmonisatieperspectief.....	40
C. Tot slot.....	41
English Summary	42

[1749]

I. INLEIDING

1. De eerste zinnen van een wat glossy ogende brochure, die vijf jaar geleden haar eerst druk beleefde, luiden als volgt:

“‘Made in Germany’ is not just a quality seal reserved for German cars or machinery, it is equally applicable to German law. Our laws protect private property and civil liberties, they guarantee social harmony and economic success. For entrepreneurs, German law constitutes a genuine competitive advantage. It is predictable, affordable and enforceable.”

Deze woorden zijn afkomstig uit het voorwoord van de tweetalige (Duits/Engelse) publicatie ‘Law-Made in Germany’, uitgegeven door het Duitse Ministerie van Justitie.¹ In deze brochure worden de voordelen van het Duitse materiële recht uiteengezet en wordt breed uitgemeten hoe effectief de verschillende civiele procedures en procesregels zijn, en hoe snel en gespecialiseerd de Duitse gerechten zijn. De aspiraties worden niet onder stoelen of banken gestoken met de samenvattende slogan op de voorpagina ‘global – effective – cost-efficient’. Toen ik mijn Leuvense studenten confronteerde met citaten uit deze brochure, kon dit begrijpelijkerwijs rekenen op enige discussie. Rechtspraak als een product, vergelijkbaar met de degelijkheid van Duitse auto’s.

2. Deze reclame-uitingen voor het eigen rechtssysteem staan echter zeker niet op zichzelf. Het uitbrengen van Duitse brochure was een reactie op een vergelijkbare publicatie in Engeland, de door de *English Law Society* uitgegeven brochure ‘*England and Wales: The jurisdiction of choice*’.² Ook de Franse *Fondation pour le droit continental* heeft een wervende brochure uitgegeven. Het verschijnen van deze brochures is, onder meer door VOGENAUER, treffend aangeduid als de ‘*Battle of the brochures*’.³ [1750]

Hoewel deze ‘strijd’ een zeker retorisch gehalte heeft,⁴ doen landen ook meer gerichte pogingen om vooral belangwekkende, commerciële geschillen aan zich te trekken. Veel gerechtelijke procedures, bijvoorbeeld in vervoerszaken, verzekeringszaken en betreffende financiële producten, worden tegenwoordig in Engeland gevoerd. Vaak wordt hiertoe in het contract een forumkeuzebeding ten gunste van de Londense gerechten opgenomen. Naast het feit dat Londen belangrijk is als financieel centrum, speelt het taalvoordeel daarbij een rol. Dit heeft enkele landen

¹ *Law made in Germany*, 2009 (tweede druk in 2012) met een voorwoord van de toenmalige Minister van Justitie. Zie ook de website <<http://lawmadeingermany.de/>>. Hier is de Engelse tekst aangehaald omdat discussies over justitiële competitie veelal in het Engels worden gevoerd. Zie naar aanleiding van de eerste druk van deze publicatie ook Hein KÖTZ, “The Jurisdiction of Choice: England and Wales or Germany?”, *European Review of Private Law* 2010, p. 1243-1257.

² *Law Society, England and Wales: The jurisdiction of Choice*, 2007, met voorwoord van de *Secretary of State for Justice* en de *Lord Chancellor*.

³ Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition Through Choice of Contract and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence”, in Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (Beck: Baden Baden 2013), p. (227) 239.

⁴ Zo betwist Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4.), mede op basis van verscheidene empirische onderzoeken, dat wetgevers en gerechten zich inlaten met wetshervormingen teneinde het rechtssysteem “fit for competition” te laten zijn.

ertoe aangezet initiatieven te ontplooien om procederen in de Engelse taal mogelijk te maken, onder verwijzing naar de concurrentiekracht van het rechtssysteem.⁵

Ook op specifieke terreinen, zoals de collectieve geschillenbeslechting, is er sprake van een zekere concurrentie tussen landen. Een bekend voorbeeld is de collectieve geschillenbeslechting. Nederland is in Europa op dit gebied een voortrekker met de collectieve schikkingen op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM). Ondanks dat deze wet tien jaar geleden niet is ingevoerd met het oog op het aantrekken van grote, internationale geschillen, is het beleid in de afgelopen jaren er wel degelijk op gericht geweest om een goede internationale positie te behouden.⁶ Andere Europese landen volgen op hun beurt de ontwikkelingen in Nederland en laten zich op zijn minst inspireren om vergelijkbare procedures tot stand te brengen om niet achter te blijven.

3. Deze openlijke vormen van reclame voor het eigen recht en de geschillenbeslechting en een zekere vorm van regelgevingscompetitie kan in Europees verband opmerkelijk worden genoemd. In de afgelopen vijftien jaar is immers stevig gebouwd aan de justitiële samenwerking op het gebied van het burgerlijk recht, en is op beperkte schaal de harmonisatie van het burgerlijk procesrecht ingezet.

Ruim vijftien jaar geleden werd de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken verankerd in het EG-Verdrag, nu opgenomen in art. 81 van het Verdrag op de Werking van de Europese Unie (VWEU). De indrukwekkende reeks van verordeningen en enkele richtlijnen die sindsdien tot stand is gebracht op de voet van deze competentie beogen bij de dragen aan de [1751] verwezenlijking van een Europese civiele rechtsruimte. Zij coördineren en – tot op zekere hoogte – harmoniseren de verschillende procesrechtelijke regimes van de lidstaten. Daarbij staat centraal het beginsel van wederzijdse erkenning, met de daaraan verwante uitgangspunten van wederzijds vertrouwen en de principiële gelijkwaardigheid van de rechtssystemen van de lidstaten.

4. Vooral in de Verenigde Staten is het onderwerp van de *regulatory competition*, hier vertaald met regulatoire competitie, al sinds een toonaangevende publicatie van Tiebout uit 1956 onderwerp van vooral rechtseconomische analyse.⁷ Zowel in de Verenigde Staten als – meer recent – in Europa gaat de meeste aandacht in dit kader uit naar het belastingrecht, het milieurecht, het rechtspersonenrecht en het arbeidsrecht. Daarbij wordt vaak gewezen op het gevaar van een *race to the bottom*; het naar beneden bijstellen van regels teneinde bedrijvigheid aan te trekken, mogelijk ten koste van de bescherming van individuen en/of publieke belangen.

De aandacht voor competitie in de geschillenbeslechting, vooral waar het gaat om overheidsrechtspraak, is van meer recente datum. Posner en Landes publiceerden al in 1979 hun –

⁵ Zie recent voor Duitsland: Deutscher Bundestag, Drucksache 18/1287, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)*, 30 april 2014.

⁶ Zie bijvoorbeeld het onderzoek dat de Erasmus Universiteit heeft verricht op verzoek van het Ministerie van Justitie naar de internationaal-privaatrechtelijke aspecten van de WCAM: H. VAN LITH (begeleid door F. DE LY en X.E. KRAMER), “The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law” (Den Haag: WODC 2010), <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/internationaal-privaatrechtelijke-aspecten-van-de-wet-collectieve-afhandeling-massaschade-wcam.aspx>. Ook gepubliceerd bij Maklu (2011).

⁷ Charles M. TIEBOUT, “A Pure Theory of Local Expenditures”, *Journal of Political Economy* 1956, p. 416- 424.

overigens veel bekritiseerde – paper waarin zij *adjudication* (in de zin van overheidsrechtsspraak) positioneerden als een *private good*.⁸ De Europese discussie over competitie door middel van het burgerlijk procesrecht en de overheidsrechtsspraak is pas in de afgelopen jaren ontstaan. Een leidende bijdrage aan deze discussie is een paper van WAGNER van 2013.⁹ Daarin stelt hij primair de vraag aan de orde of en in hoeverre concurrentie tussen judiciële systemen naar een *race to the top* of een *race to the bottom* leidt.

5. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is hoe deze tendens van competitie in de civiele rechtspleging tussen de lidstaten zich verhoudt tot beleid en wetgeving op het gebied van de Europese civiele rechtsruimte. Op het eerste gezicht lijkt er een spanning te bestaan tussen enerzijds de vergevorderde Europese justitiële samenwerking en anderzijds concurrentie tussen de lidstaten in de beslechting van grensoverschrijdende civiele geschillen. In het Engels wordt deze vorm van competitie in het burgerlijk procesrecht aangeduid als *civil justice competition*. In het Nederlands kan dit worden vertaald als judiciële, justitiële of – vooral wanneer de internationale bevoegdheid centraal staat – jurisdictionele competitie. Daarbij [1752] staat de civiele rechtspleging, het procesrecht, en niet het materiële burgerlijke recht centraal. Het spreekt vanzelf dat competitie in de geschillenbeslechting zich niet tot de Europese Unie hoeft te beperken. In het licht van de vraagstelling ligt de nadruk hier echter op de competitie in en tussen de lidstaten. Waar relevant zullen ook ontwikkelingen en ervaringen in de Verenigde Staten in de discussie worden betrokken.

Eerst wordt stilgestaan bij de beginselen waarop de samenwerking in de Europese rechtsruimte berust en recente ontwikkelingen op het gebied van het procesrecht (II). Daarna zal ik ingaan op de achtergronden van competitie tussen rechtssystemen en het verschijnsel van justitiële competitie nader bekijken, met bijzondere aandacht voor de positie van Nederland (III). Vervolgens zal ik het spanningsveld tussen enerzijds coördinatie en samenwerking tussen de lidstaten en anderzijds de tendens tot competitie in civiele rechtspleging verkennen, waarbij tevens de vraag aan de orde komt in hoeverre een dergelijke competitie wenselijk is (IV). Ik sluit af met enkele gedachten over de rol van de EU in het burgerlijk procesrecht en het harmonisatieperspectief (V).

II. JUSTITIËLE SAMENWERKING IN DE EUROPESE CIVIELE RECHTSRUIMTE

6. Zoals bekend wordt van het burgerlijk procesrecht gezegd dat het van oudsher bij uitstek nationaal van aard is. De regels en procedures zijn in de loop van de eeuwen autonoom ontwikkeld in de verschillende landen en ten dele zelfs op lokaal niveau. Er zijn vooral grote verschillen tussen enerzijds de landen die tot de *civil law* behoren en die welke tot de *common law* worden gerekend. Maar rechtshistorici, waaronder collega Van Rhee die eerder de TPR-leerstoel bekleedde, hebben ook aangetoond dat het procesrecht in de Europese landen wel degelijk een gemeenschappelijke bron heeft.¹⁰ Ook groeit het burgerlijk procesrecht in Europa in de afgelopen decennia geleidelijk

⁸ William LANDES en Richard A. POSNER, “Adjudication as a private good”, 8 *The Journal of Legal Studies* 1979, 235-284.

⁹ Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems, in Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (Beck: Baden Baden 2013), p. 347-422.

¹⁰ C.H. VAN RHEE, “Het burgerlijk procesrecht: een historisch fenomeen met toekomstperspectief”, *TPR* 2003, p. 841-870 (i.h.b. onder nr. 9). Zie ook C.H. VAN RHEE, “Civil Procedure: A European *Ius Commune*?”, *European Review of Private Law* 2000, p. 589-611.

naar elkaar toe. Zo zijn de *Woolf* hervormingen in het Engelse procesrecht ook een bron van inspiratie geweest voor de hervormingen in continentaal Europa, waarbij een doelmatiger procesrecht en een actievere rol van de rechter voorop staan.¹¹ Ook in Nederland hebben hervormingen in het burgerlijk procesrecht in 2002 een integraal case management [1753] doorgevoerd.¹² Veel Oost-Europese landen hebben bij de herinrichting van hun procesrecht in de afgelopen 25 jaar geput uit wetgeving in andere Europese landen. Naast deze spontane harmonisatie wordt de eenmaking van het burgerlijk procesrecht in de afgelopen vijftien jaar in toenemende mate van ‘bovenop’ opgelegd door de verruimde competentie van de Europese wetgever en een actief wetgevingsbeleid.

Hieronder worden de doelstellingen en fundamenteën van de Europese civiele rechtsruimte en de beginselen die ten grondslag liggen aan het justitiebeleid en de verschillende wetgevingsinstrumenten nader bekeken. Deze uiteenzetting is van belang om de mogelijke spanning tussen de uitgangspunten en praktijk van de vergenvorderde justitiële samenwerking in burgerlijke zaken en de kennelijke tendens tot vormen van justitiële competitie te kunnen beoordelen.

A. DE EUROPESE CIVIELE RECHTSRUIMTE: DOELSTELLINGEN EN GRONDSLAGEN

1. *Doelstellingen en ontwikkelingen*

7. De bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam geïntroduceerde wetgevende bevoegdheid inzake de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, staat in het teken van het creëren van een ‘ware Europese rechtsruimte’.¹³ Zoals het Actieplan ter implementatie van de bepalingen betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht het verwoordde, is de versterking van de justitiële samenwerking in civiele zaken essentieel in de totstandbrenging van een Europese justitiële ruimte.¹⁴ Deze dient ertoe om het justitiële klimaat waarin de Europese burger leeft te vereenvoudigen en te vergemakkelijken. Belangrijke doelstellingen daarbij zijn de verwezenlijking van het beginsel van rechtszekerheid en een gelijke toegang tot de rechter. Naast bepalingen om eenvoudig de bevoegde rechter en het toepasselijke recht te bepalen, vereisen deze doelstellingen een snelle en eerlijke procesgang en een effectieve tenuitvoerlegging.

8. In art. 67(4) VWEU komt tot uitdrukking dat de vergemakkelijking van de toegang tot de rechter met name plaatsvindt door het beginsel van [1754] wederzijdse erkenning van gerechtelijke en buitengerechtelijke beslissingen in burgerlijke zaken. Dit leidende beginsel van de wederzijdse

¹¹ Xandra E. KRAMER, “[The Structure of Civil Proceedings and Why It Matters: Exploratory Observations on Future ELI-UNIDROIT European Rules of Civil Procedure](#)”, *Uniform Law Review* 2014, p. (218), 232-233 met verdere verwijzing naar C.H. VAN RHEE, “Introduction”, in C.H. van Rhee (red.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation* (Antwerpen: Intersentia 2008), p. 1-11.

¹² Zie hierover uitgebreid A.W. JONGBLOED, “Judicial Case Management and Efficiency in the Netherlands” in C.H. van Rhee (red.), *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation* (Antwerpen: Intersentia 2008), p. 1-11.

¹³ Art. 81 VWEU betreffende de samenwerking in burgerlijke zaken maakt onderdeel uit van Titel V “Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht”.

¹⁴ Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, 3 december 1998, PbEG 1999, C-19/1, i.h.b. nr. 16.

erkenning is ook verankerd in art. 81(1) VWEU betreffende de samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen. Het beginsel van wederzijdse erkenning brengt als zodanig geen noodzaak tot harmonisatie met zich mee; in tegendeel, het vooronderstelt dat erkenning plaats kan vinden met inachtneming van verschillen in wetgeving.¹⁵ De genoemde bepaling verschaft echter wel de bevoegdheid daartoe en daar is in de wetgevingspraktijk ook veelvuldig gebruik van gemaakt.

9. Art. 81 VWEU omvat in beginsel alle burgerlijke en handelszaken, voor zover deze grensoverschrijdende gevolgen hebben. Een beperking betreft maatregelen in familiezaken, die in beginsel ingevolge art. 81(3) VWEU slechts met unanimititeit kunnen worden aangenomen, wat de totstandbrenging van familierechtelijke instrumenten bemoeilijkt.¹⁶ Deze laat ik hier verder rusten omdat van justitiële competitie tussen de lidstaten geen sprake lijkt te zijn, al kunnen betrokken partijen teneinde een snelle of gunstige uitspraak te verkrijgen (bijv. een gemakkelijke echtscheiding) in beperkte mate aan *forumshopping* doen.

10. De ruime wetgevingsbevoegdheid is door de opeenvolgende beleidsprogramma's ondersteund. In de conclusies van de Europese Raad van Tampere (1999) werd stevig ingezet op de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, en dit is opgevolgd in het Haagse programma (2004) en het Stockholmprogramma (2009).¹⁷ De algemene doelstellingen die in deze conclusies en de opvolgende programma's werden geformuleerd zien op het verbeteren van de toegang tot het recht en de rechter en de geleidelijk afschaffing van het *exequatur*. In de afgelopen vijftien jaar zijn de in deze programma's aangekondigde maatregelen vrijwel geheel gerealiseerd. Het [1755] post-Stockholm programma¹⁸ stelt zich dan ook wat bescheidener op in die zin dat het vooral beleidsrichtsnoeren geeft en geen verdere concrete maatregelen aankondigt.¹⁹ Er moet voor de aankomende jaren, zo wordt geconcludeerd "in algemene zin prioriteit worden gegeven aan de consequente omzetting en de daadwerkelijke uitvoering en consolidering van de bestaande rechtsinstrumenten en beleidsmaatregelen"²⁰.

¹⁵ Zie ook expliciet art. 81 lid 2 sub (f).

¹⁶ Zie over deze procedure o.m. Aude FIORINI, "Which Legal Basis for Family Law? The Way Forward", briefing note Europees Parlement, Brussel 2012, i.h.b. p. 12-14; N.A. BAARMSMA, *The Europeanisation of International Family Law* (Asser Press/Springer, 2011), p. 121-122. In een enkel geval is gebruik gemaakt van de procedure van nauwere samenwerking op grond van art. 326-334 omdat de vereiste unanimititeit niet kon worden bereikt, zie Verordening (EU) nr. 1259/2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *PbEU* 2010, L-343/10 (Rome III).

¹⁷ Europese Raad van Tampere, 15 en 16 oktober 1999, conclusies van het voorzitterschap, *Bull. EU* 10-1999, p. 7-15, nrs. 28-37 = <http://ec.europa.eu/archives/bulletin/en/9910/sommai00.htm>; Haags programma: versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *PbEU* 2005, C53/1, punt 3.4.2; Programma van Stockholm – Een open en veilig Europa ten dienste en bescherming van de burger, *PbEU* 2010, C-115/1, nr. 3. Zie voor een overzicht van beleidsmaatregelen X.E. KRAMER, "European private international law: the way forward", in-depth analysis Europees Parlement 2014, par. 2.3, gepubliceerd in *Workshop on upcoming issues of EU law*, p. 77 e.v.

¹⁸ Conclusies van de Europese Raad van 26 en 27 juni 2014, EUCO 79/14, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/143478.pdf. Zie ook de Mededeling van de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's: De EU-agenda voor justitie voor 2020 — Meer vertrouwen, mobiliteit en groei binnen de Unie, COM(2014) 144 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2014:0144:FIN>.

¹⁹ Zie ook Rolf WAGNER, "Fünfzehn Jahre justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen", *IPRax* 2014, p. (217) 219.

²⁰ Conclusies Europese Raad 2014 (vn. 18), nr. 3.

11. Op grond van de competentie voor justitiële samenwerking in burgerlijke zaken is een groot aantal instrumenten, voornamelijk verordeningen tot stand gebracht. Een vijftiental instrumenten, vrijwel allen in de vorm van een verordening, zijn op dit moment van kracht op de voet van art. 81 VWEU. Deze beogen door middel van samenwerking tussen de lidstaten, afstemming en harmonisatie de juridische en praktische obstakels voor procedures in grensoverschrijdende zaken zoveel mogelijk weg te nemen. Zij kunnen grofweg worden ingedeeld in drie categorieën, te weten 1) traditionele IPR-instrumenten betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht en/of de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen; 2) instrumenten betreffende specifieke procedurele kwesties en eenvormige Europese civiele procedures; 3) overige instrumenten die in het algemeen de justitiële samenwerking betreffen (rechtsbijstand, mediation).²¹

12. Niet alle in dit kader relevante EU-regels zijn echter gebaseerd op art. 81 VWEU. Ook op grond van de algemene harmonisatiebepaling van art. 114 VWEU zijn enkele belangrijke procesrechtelijke regelingen tot stand gebracht. In het bijzonder kunnen worden genoemd de IE-handhavingsrichtlijn²², de instrumenten betreffende ADR en ODR²³ en de Aanbeveling inzake collectief verhaal²⁴. Een instrument dat evenmin onder [1756] de bevoegdheidspijler van de justitiële samenwerking van art. 81 VWEU tot stand is gekomen, maar in dit kader niet onvermeld mag blijven, is de Overeenkomst inzake het eengemaakt octrooigerecht (de UPC-overeenkomst)²⁵, welke voortvloeit uit een nauwere samenwerking in de zin van art. 326 VWEU²⁶. Deze heeft tevens de fundering gelegd van een zeer omvattend eenvormig procesrecht (*Rules of Procedure*)²⁷ voor de door de UPC te behandelen zaken.

2. Beperking aan samenwerking en harmonisatie: grensoverschrijdende zaken

13. Een belangrijke beperking aan de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken op de voet van art. 81 VWEU is dat het om zaken ‘met grensoverschrijdende gevolgen’ moet gaan. De strekking van deze beperking is politiek enigszins controversieel en ook in de literatuur bediscussieerd.²⁸ Zo

²¹ Zie voor omvattende opsomming van de instrumenten en voorstellen: KRAMER, “European private international law: the way forward” (vn. 17), par. 3.

²² Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEG* 2004, L 195/16, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32004L0048>.

²³ Verordening 524/2013 ODR consumenten, *PbEU* 2013, L 165/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R0524> en Richtlijn 2013/11/EU ADR consumenten, *PbEU* 2013, L 165/63, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013L0011>.

²⁴ Aanbeveling 2013/396/EU over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, C(2013)3539/3, *PbEU* 2013, L-201/60.

²⁵ Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooigerecht, Brussel, 11 januari 2013, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=NL&f=ST%2016351%202012%20INIT>.

²⁶ Zie i.h.b. Verordening (EU) nr. 1257/2012 tot het aangaan van nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibescherming, *PbEU* 2012, L 361/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1257>.

²⁷ Zie de Preliminary set of provisions for the Rules of Procedure (“Rules”) of the Unified Patent Court, 17th Draft 31 October 2014, http://www.unified-patent-court.org/images/documents/UPC_Rules_of_Procedure_17th_Draft.pdf.

²⁸ Zie o.m. P.A.M. MEIJKNECHT, “Alleen voor grensoverschrijdende gevallen??” in R.J.C. Flach (red.), *Amice: Rutgers-bundel* (Deventer: Kluwer, 2005), p. 223-231; X.E. KRAMER, *Eenvormige procedures voor de inning van vorderingen* (Deventer: Kluwer, 2007), p. 20-21; E. STORSKRUBB, *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered* (Oxford: OUP 2008), p. 41-43; B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht* (Heidelberg: C.F. Müller

heeft Marcel Storme zich in deze op het standpunt gesteld dat bij de harmonisatie van het procesrecht in de EU geen onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen grensoverschrijdende en niet-grensoverschrijdende zaken.²⁹ Hij wijst daarbij, zoals ook andere auteurs hebben gedaan, op de discriminatie tussen interne en grensoverschrijdende geschillen en bepleit een ruime opvatting van ‘grensoverschrijdende implicaties’.

14. De politieke realiteit is vooralsnog anders. Ik roep in herinnering de discussies die hebben plaatsgevonden toen de Europese Commissie voorstellen voor instrumenten deed die zich uitstrekten over interne geschillen. [1757] Dit betrof het voorstel voor de Richtlijn inzake rechtsbijstand,³⁰ en enkele jaren later de Europese betalingsbevelprocedure, de *small claims*-procedure en de Mediation-richtlijn.³¹ Daartoe wees de Commissie onder andere erop dat het onderscheid tussen grensoverschrijdende en interne geschillen ambigue is, en dat – gezien de grote verschillen in de nationale procedures – het maken van dit onderscheid contraproductief en verstorend voor de interne markt is.³² Dit standpunt werd echter niet gedeeld door veruit de meeste lidstaten en het Europees Parlement, en alle instrumenten zijn daarom beperkt tot grensoverschrijdende zaken. De argumenten van de Commissie geven in ieder geval aan dat de harmonisatie ook beoogt om een gelijk speelveld voor de betrokken (schuld)eisers te creëren.

Ook recent nog, in het kader van het voorstel voor een Europees bankbeslag en het voorstel tot aanpassing van de Europese *small claims*-procedure³³, heeft de Commissie pogingen ondernomen om het begrip ‘grensoverschrijdende zaken’ op te rekken. In beide voorstellen werd een ‘negatieve’ definitie gegeven, in die zin dat een zaak geacht werd grensoverschrijdend te zijn tenzij een reeks genoemde aanknopingspunten allen in dezelfde lidstaten gelokaliseerd zijn.³⁴ Beide pogingen waren echter gedoemd te mislukken. De in mei 2014 aangenomen verordening Europees

2010), p. 34-36; P.P.M. VAN DER GRINTEN, “Vraagpunten in het Europees procesrecht”, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2007, p. (65) 68-69.

²⁹ Marcel STORME, “Closing comments: harmonisation or globalisation of civil procedure?”, in X.E. KRAMER & C.H. van Rhee (Eds.), *Civil Litigation in a Globalising World* (Den Haag/Heidelberg: Asser Press/Springer 2012), p. (379) 382-383.

³⁰ Zie het voorstel, COM(2002) 13, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2002:0013:FIN>, en de vastgestelde Richtlijn 2002/8/EC tot verbetering van de toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende geschillen, door middel van gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand bij die geschillen, *PbEG* 2003, L 26/41.

³¹ Zie COM(2004) 173 def/3, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2004:0173:FIN>, en Verordening (EG) nr. 1896/2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure, *PbEG* 2006, L 399/1 = <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=CELEX:32006R1896>; voorstel COM (2005) 87 def, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=COM:2005:0087:FIN>, en Verordening nr. 861/2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *PbEG* 2007, L 199/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007R0861>; Voorstel COM(2004) 718 def., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2004:0718:FIN>, en Richtlijn 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, L 236/3, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32008L0052>.

³² Toelichting Voorstel Europese betalingsbevelprocedure (vn. 31), p. 7-8.

³³ Voorstel Europees bankbeslag, COM(2011) 445, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2011:0445:FIN>; voorstel aanpassing Geringe vorderingen, COM(2013) 794 def. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2013:0794:FIN>.

³⁴ Zie ten aanzien van het voorstel Europees bankbeslag o.m. B.J. VAN HET KAAR, “Het Europees bankbeslag en het Nederlands conservatoire derdenbeslag in Europees verband”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2011, p. (642) 644 en voorstel aanpassing Geringe vorderingen o.m. X.E. KRAMER, “Ervaringen met Europese civiele procedures in Nederland - Een terugblik en wenkend toekomstperspectief”, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2014, p. (99) 107.

bankbeslag bevat een definitie die aansluit bij die van de overige instrumenten³⁵ en de [1758] voorgestelde aanpassing van art. 3 van de *small claims*- Verordening blijkt evenmin aanvaardbaar.³⁶

15. De beperking van de justitiële samenwerking op grond van art. 81 VWEU tot grensoverschrijdende zaken heeft verschillende implicaties. In de eerste plaats hebben deze instrumenten van eenvormig procesrecht een beperkte praktische waarde nu het aantal grensoverschrijdende geschillen nog steeds relatief gering is.³⁷ In de tweede plaats brengt dit met zich mee dat het procesrecht en de beschikbare procedures in de EU verschillen naar gelang het al dan niet grensoverschrijdende karakter. Nu competitie juist in grensoverschrijdende gevallen plaatsvindt, is de beperking hiervoor van weinig belang. Het feit dat er sprake is van harmonisatie in internationale gevallen, impliceert dat op deze – vooralsnog beperkte – terreinen, de competitie beperkt is.

Tot slot is van belang dat niet alle instrumenten op het gebied van het procesrecht zich beperken tot grensoverschrijdende gevallen, zoals hierboven (nr. 12) besproken. Concurrentie doet zich juist in een aantal van de daarin geregelde onderwerpen voor, in het bijzonder collectief verhaal en in octrooizaken.³⁸

3. *Evoluerend beleidsperspectief: interne markt, rechtsruimte en economische concurrentiekracht*

16. De justitiële samenwerking in burgerlijke zaken en de daarmee gepaard gaande totstandbrenging van een reeks van wetgevende instrumenten heeft in de afgelopen decennia een aantal fasen doorlopen. In de eerste fase, de periode tot 1999, stond de totstandbrenging van de interne markt centraal. Zo plaatste art. 220 (en later art. 293) EG-Verdrag de intergouvernementele samenwerking betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen volledig in het kader van de interne markt. In de tweede fase, vanaf 1999, werd het primaire belang van de interne markt allengs minder. Art. 65 EG-Verdrag bevatte nog wel het interne-marktvereiste. In art. 81 VWEU is [1759] hieraan toegevoegd dat maatregelen ‘met name’ met het oog op het belang van de interne markt kunnen worden genomen, en het is dus geen absoluut vereiste meer. In deze fase werd het

³⁵ Verordening (EU) nr. 655/2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken, *PbEU* 2014, L 189/59, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014R0655>.

³⁶ Zie de Nota van het Europese voorzitterschap van 24 november 2014, nr. 15841/14, p. 2, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015841%202014%20INIT>.

³⁷ Zo werd in de Heidelberg-evaluatie van de Brussel I-verordening geconcludeerd werd dat maar 1 tot 3% van de zaken internationaal is. Zie B. HESS, T. PFEIFFER en P. SCHLOSSER, “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 2007, par 40-49; Burkhard HESS, “Procedural Harmonisation in a European Context”, in X.E Kramer and C.H van Rhee, *Civil Litigation in a Globalising World* (Den Haag/Heidelberg: Asser Press/Springer 2012), p. (159) 162. In een empirische Nederlandse studie naar incassozaken hadden partijen in de steekproef van verstekzaken slechts in 0,75 % van de zaken een verschillend woonland, zie X.E KRAMER, M.L. TUIL, I. TILLEMA *et al.*, *Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken*, onderzoeksrapport voor het Ministerie van Veiligheid en Justitie/Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum, 2012, p. 82, <http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/executoriale-titel.aspx>.

³⁸ Zie verder nr. 56 en nr. 57-60.

tot stand brengen van een daadwerkelijke Europese rechtsruimte en de invulling van het beginsel van wederzijds vertrouwen een doel op zichzelf.

17. Als gevolg van de financiële crisis ligt sinds ruim vijf jaar sterk de nadruk op het economische belang van rechtsmaatregelen. Dit vloeit ook voort uit de ‘Europa 2020’ strategie die in 2010 werd vastgelegd, voortbouwend op de Lissabon-strategie. Deze staat in het teken van een sterke en duurzame economie, die sterk concurrerend moet zijn.³⁹ Op justitieel gebied is dit vertaald naar de zogeheten ‘Justice for Growth’ agenda. Sterke economische en concurrentiemotieven zijn onder meer aangevoerd bij het voorstel voor een Europees bankbeslag, de aanpassing van de Insolventieverordening en de *small claims*-Verordening, en een in 2014 uitgeschreven tender voor het recht toepasselijk op vennootschappen.⁴⁰ Het belang van het recht voor de economische groei en de verbetering van de concurrentiekracht wordt onderschreven in de Communicatie van de Commissie betreffende de *EU-Agenda voor Justitie voor 2020*⁴¹ en de Conclusies van de Europese Raad⁴² van juni 2014. Zo concludeert de Commissie:

“Het justitiebeleid van de EU is de afgelopen jaren door de financiële en staatsschuldencrisis en overeenkomstig de Europa 2020-strategie ook een instrument geworden voor de ondersteuning van economisch herstel, groei en structurele hervormingen”⁴³.

De nadruk op economische motieven is van belang in het kader van de competitie van rechtssystemen en de daaraan ten grondslag liggende vooronderstelling dat een goed functionerend rechtssysteem (economische) concurrentievoordelen biedt. Deze tendens tot ‘vereconomisering’ van het procesrecht en het rechtssysteem als geheel in de EU staan niet op zichzelf. Ook op nationaal en wereldwijd niveau is hiervan sprake, zoals in par. III nader aan de orde zal komen.⁴⁴

[1760]

B. LEIDENDE BEGINSELEN VAN DE EUROPESE JUSTITIËLE SAMENWERKING

18. De justitiële samenwerking in Europa is gefundeerd op enkele beginselen die een duidelijke stempel drukken op de verschillende procesrechtelijke instrumenten en de toepassing daarvan. Genoemd kunnen worden het wederzijds vertrouwen en de daaruit voortvloeiende principiële gelijkwaardigheid van de rechtssystemen en gerechtelijke instanties van de lidstaten en de beginselen van rechtszekerheid en voorspelbaarheid. Een ander principe dat specifiek in verschillende procesrechtelijke instrumenten wordt genoemd, zoals die waarbij eenvormige procedures worden ingevoerd, is dat van een efficiënte rechtsgang. Deze beginselen liggen niet alleen ten grondslag aan de rechtsinstrumenten, maar zijn ook door het Hof van Justitie vooruitstrevend toegepast. Hieronder worden zij in kort bestek uitgewerkt.

³⁹ Zie ook de hiervoor ingerichte website http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm.

⁴⁰ Zie achtereenvolgens COM(2011) 445, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2011:0445:FIN>; COM(2013) 794 def., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2013:0794:FIN>.

⁴¹ Europese Commissie, *De EU-agenda voor justitie voor 2020* (vn. 18), zie o.m. onder punt 2 en 3.

⁴² Conclusies van de Europese Raad van 26 en 27 juni 2014, EUCO 79/14, 79/14, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/143478.pdf, zie i.h.b. nrs. 11 en 14-20.

⁴³ Europese Commissie, *De EU-agenda voor justitie voor 2020* (vn. 18), punt 2.

⁴⁴ Zie i.h.b. hieronder nr. 38-40.

1. Wederzijds vertrouwen en principiële gelijkwaardigheid van systemen

19. Zoals hierboven besproken is de justitiële samenwerking gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning. Daaraan verwant is het beginsel van wederzijds vertrouwen. Dit komt niet woordelijk tot uitdrukking in het VWEU, maar wordt wel genoemd in de considerans van enkele instrumenten betreffende de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging⁴⁵ en is sturend voor beleid, wetgeving en rechtspraak. Zo is in het Stockholm Actieplan van 2010 te lezen:

“De Europese justitiële ruimte en de goede werking van de interne markt zijn gegrond op het fundamentele beginsel van de wederzijdse erkenning. Dat kan alleen effectief werken op basis van wederzijds vertrouwen tussen rechters, beoefenaars van juridische beroepen, ondernemingen en burgers. Wederzijds vertrouwen vereist minimumnormen en een beter inzicht in de verschillende rechtstradities en -stelsels⁴⁶”.

In haar Mededeling betreffende de *EU-agenda voor justitie voor 2020*, noemt de Commissie het beginsel van wederzijds vertrouwen (*mutual trust*) “het fundament [zijn] waarop het justitiebeleid van de EU wordt uitgebouwd “ (*“the bedrock upon which EU justice policy should be built”*)⁴⁷. Alhoewel ik elders heb betoogd dat wederzijds vertrouwen vooralsnog eerder [1761] een werkhypothese is dan een door aan realiteit getoetste fundering⁴⁸, is dit beginsel leidend geweest in onder meer de afschaffing van het *exequatur* in Brussel I-bis en in andere instrumenten.⁴⁹ In de rechtspraak van het Hof is dit beginsel strikt toegepast (zie verder nr. 21).

20. Wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen brengen ook de principiële gelijkwaardigheid van de rechtssystemen van de lidstaten met zich mee. Zonder deze vooronderstelde gelijkwaardigheid kan immers geen sprake zijn van een van onvoorwaardelijke erkenning en vertrouwen. Het volgt ook uit Art. 67(1) VWEU, waarin wordt bepaald dat de verschillende rechtssystemen en -tradities van de lidstaten worden geëerbiedigd.

Als gevolg van die gelijkwaardigheid en het wederzijds vertrouwen wordt in de EU ook het fenomeen *forumshopping*, van groot belang in het kader van justitiële competitie, zoveel mogelijk bestreden. Strikte bevoegdheidsregels moeten eisende partijen ervan weerhouden om aan *cherry picking* te doen. In onder meer intellectuele-eigendomszaken en insolventiezaken, maar ook in andere zaken, is *forumshopping* niettemin hardnekkig. *Forumshopping* kan een procestechniek zijn om het procedureverloop te beïnvloeden of de wederpartij de pas af te snijden (de *torpedo*), of om onwelgevallige regels van bijvoorbeeld ondernemingsrecht of insolventierecht te omzeilen. Zo

⁴⁵ Zie Brussel II-bis verordening nr. 2201/2003, considerans nr. 21, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003R2201>, en Brussel I-bis-verordening nr. 1215/2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

⁴⁶ European Commissie, Actieplan ter uitvoering van het programma van Stockholm, COM(2010) 171 def., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2010:0171:FIN>, p. 4.

⁴⁷ Europese Commissie, *De EU-agenda voor justitie voor 2020* (vn. 18), punt 2, p. 4.

⁴⁸ X.E. KRAMER, “Cross-border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure”, *International Journal of Procedural Law* 2011(2), p. (202) 217.

⁴⁹ Zie de toelichting bij COM (2010) 748 def., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2010:0748:FIN>, p. 6.

beoogt de herziening van de Insolventieverordening om *forumshopping* aan banden te leggen.⁵⁰ Niettemin kan in de praktijk een procespartij er een legitiem belang bij hebben de grenzen van de bevoegdheidsregels op te zoeken in de verwachting van bijvoorbeeld een gunstigere of wellicht kwalitatief betere uitspraak, een efficiëntere rechtsbedeling of lagere kosten. Dit brengt partijen er dan ook regelmatig toe de grenzen van de bevoegdheidsregels op te zoeken.

21. De voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het wederzijds vertrouwen en het gelijkheidsbeginsel strikt werden gehandhaafd zijn talrijk. Doorgaans komt dit ten goede aan de doelstellingen en werking van de desbetreffende verordening en de Europese civiele rechtsruimte in het algemeen. In enkele gevallen heeft dit echter consequenties die verregaand zijn en op gespannen voet staan met andere procedurele beginselen, zoals het recht op een effectieve rechtsgang. Ik refereer op deze [1762] plaats aan drie fameuze voorbeelden die betrekking hebben op het internationaal bevoegdheidsrecht en het tenuitvoerleggingsrecht.

Ten eerste het *Gasser*-arrest waarin het Hof oordeelde dat de litispendingieregels onverkort golden in een geval waarin een forumkeuze was gemaakt voor de als tweede geadieerde (Oostenrijkse) rechter.⁵¹ Het invoeren van de bekende trage rechtsgang van het als eerste (Italiaanse) geadieerde gerecht, mocht de benadeelde partij niet baten. Het Hof verwees naar het vertrouwen van de lidstaten in elkaars rechtssystemen en gerechtelijke instanties.⁵² Gelukkig heeft de Europese wetgever intussen ingegrepen door de gekozen rechter voorrang te verlenen bij de bevoegdheidsvaststelling onder Brussel I-bis⁵³, zodat deze procedurele truc (bekend als de *Italian torpedo*) niet meer mogelijk is. In de *Turner* zaak, werd het de Engelse rechter verboden een procedeerverbod (*anti-suit injunction*) te geven met betrekking tot een procedure in Spanje, ook al was aannemelijk dat de eisende partij (werkgever) de Spaanse procedure te kwader trouw was gestart tegen de wederpartij (werknemer) teneinde een lopende procedure te frustreren.⁵⁴ Ook hier verwees het Hof naar het beginsel van wederzijds vertrouwen, wat met zich meebrengt dat de gerechten van de lidstaten ieder met gelijkelijk gezag de bevoegdheidsregels kunnen toepassen.⁵⁵ Een derde voorbeeld is de uitspraak in de zaak *Aguirre Zarraga/Pelz*. Het betrof de tenuitvoerlegging van een maatregel tot terugkeer van een kind op grond van de Brussel II-bis verordening, waarvoor het *exequatur* is afgeschaft.⁵⁶ De Duitse rechter mocht een mogelijk ernstig procedureel tekortschieten van de Spaanse procedure (niet horen van het betrokken kind) niet toetsen, of daar sancties aan verbinden in het kader van de tenuitvoerlegging. Het Hof bepaalde dat er wederzijds op vertrouwd mag worden dat de nationale rechtsordes in staat zijn om een

⁵⁰ Zie o.m. Laura CARBALLO PIÑEIRO, "Towards the reform of the European Insolvency Regulation: codification rather than modification", *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2014, p. (207) 208-2010 en voor een verdergaande analyse van dit fenomeen G. MCCORMACK, "Jurisdictional Competition and Forum Shopping in Insolvency Proceedings", *Cambridge Law Journal* 2009, p. 169-197.

⁵¹ HvJ 9 december 2003, ECLI:EU:C:2003:657, *Gasser/MISAT* <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-116/02>.

⁵² *Gasser/MISAT*, r.o. 72.

⁵³ Zie art. 31(2) Brussel Ibis-verordening nr. 1215/2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

⁵⁴ HvJ 27 april 2004, ECLI:EU:C:2004:228, *Turner/Grovit*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-159/02>.

⁵⁵ *Turner/Grovit*, r.o. 24 en 25.

⁵⁶ HvJ 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:828, *Aguirre Zarraga/Pelz*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-491/10>.

“effectieve en gelijkwaardige bescherming te bieden van de op Unieniveau [...] erkende grondrechten”.⁵⁷

22. Een goede zaak is dat sinds het genoemde Stockholm Actieplan vanuit de Commissie verder is gewerkt aan het ondersteunen en operationaliseren van het wederzijds vertrouwen, onder meer door betere informatiesystemen en het aanbieden van training aan rechters, gerechtelijke medewerkers en andere juridische beroepsgroepen. Dat het de Commissie menens is blijkt [1763] ook uit het volgende citaat uit haar Mededeling betreffende de *EU-Agenda voor Justitie voor 2020*:

“De onafhankelijkheid, kwaliteit en efficiëntie van de rechtsstelsels en de eerbiediging van de rechtsstaat zijn essentieel voor het wederzijdse vertrouwen. Voorts is het zeer belangrijk dat de vooruitgang in de wetgeving zich ook vertaalt in vooruitgang in de praktijk. Daartoe moet de op EU-niveau overeengekomen wetgeving daadwerkelijk worden omgezet en toegepast. Ook doeltreffende handhavingsinstrumenten op nationaal niveau zijn nodig, zodat in alle lidstaten betere toegang tot de rechter wordt gegarandeerd”.

2. *Gelijke toegang, efficiëntie en effet utile*

23. Het recht op toegang tot de rechter, zoals dit ook in art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) en art. 6 EVRM is verwoord, is ook voor de justitiële samenwerking van belang. In het kader van de interne markt en het creëren van een *level playing field* staat de toegang tot de rechter op gelijke voorwaarden centraal. Deze wordt onder meer verwezenlijkt door de eenvormige bevoegdheidsregels en minimumregels voor rechtsbijstand.

24. Een gelijke en efficiënte toegang tot de rechter en verhaalsmogelijkheden zijn bijzondere speerpunten bij de totstandbrenging van eenvormige Europese procedures. Zo stelt de considerans van de Verordening Europese betalingsbevelprocedure dat de grote verschillen tussen de inhoud en doeltreffendheid van de nationale procedures een belemmering vormen voor de toegang tot efficiënte verhaalsmogelijkheden en leiden tot marktverstoring.⁵⁸ Ook de considerans van de *small claims*-Verordening verwijst naar de ongelijke concurrentievoorwaarden doordat sommige marktdeelnemers wel en andere geen toegang tot efficiënte procedures hebben, en koppelt daaraan de noodzaak tot een eenvormige procedure die gelijke voorwaarden creëert.⁵⁹ Het *effet utile* beginsel werd door het Hof sterk benadrukt in *Szyrocka/SiGer*.⁶⁰ De vragen betroffen de formele voorwaarden die het Poolse recht stelde aan een verzoek om een Europees betalingsbevel en het ontbreken van informatie betreffende de rente in het standaardformulier. Het Hof bepaalde dat nadere nationale voorwaarden niet zijn toegestaan en benadrukte dat de rechter de doelstellingen van de verordening tot vereen- [1764] voudiging en kostenbesparing in acht dient te nemen bij de uitvoering van de procedure.

⁵⁷ Aguirre Zarraga/Pelz, r.o. 70.

⁵⁸ Considerans, nr. 8 EBB-Vo., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=CELEX:32006R1896>.

⁵⁹ Considerans, nr. 7 EPGV-Vo., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007R0861>.

⁶⁰ HvJ 13 december 2012, zaak C-215/11, *Szyrocka/SiGer*. <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-215/11>.

3. *Rechtszekerheid en voorspelbaarheid*

25. Andere belangrijke pijlers van de Europese civiele rechtsruimte zijn rechtszekerheid en voorspelbaarheid, zoals tot uitdrukking komt in de beleidsdocumenten en de preambules van verschillende verordeningen.⁶¹ Zo dienen de regels van de internationale bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging, evenals de conflictregels, burgers en bedrijven zekerheid te bieden en voorspelbaar te zijn in grensoverschrijdende geschillen en transacties. Dit wordt bereikt door eenvormige regels die autonoom worden uitgelegd. Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals in de hierboven (nr. 21) genoemde arresten betreffende de Brussel I-verordening, vormen rechtszekerheid en voorspelbaarheid een leidraad.⁶²

4. *Respect voor fundamentele procedurele rechten*

26. Tot slot moeten de Europese instrumenten betreffende justitiële samenwerking en de toepassing daarvan te allen tijde de fundamentele procedurele rechten respecteren. Dit vloeit algemeen voort uit het Handvest en art. 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), waarin naar het EVRM wordt verwezen. Ook in art. 67(1) VWEU wordt bepaald dat in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht de grondrechten worden geëerbiedigd. In verschillende procesrechtelijke verordeningen, zoals de *small claims*-Verordening wordt dit expliciet genoemd⁶³.

27. In de afgelopen jaren is het debat over fundamentele procedurele rechten in het Europees procesrecht geïntensiveerd. Ten dele komt dit voort uit de algemene grondrechtendiscussie na de vaststelling en – sinds 2009 – de toepasselijkheid van het Handvest. Fundamentele rechten maken stevast deel uit van de meerjarige beleidsplannen en het Hof van Justitie speelt een belangrijke rol in de bescherming van fundamentele rechten, inclusief de [1765] procedurele rechten zoals neergelegd in art. 47 van het Handvest.⁶⁴ Specifiek op het terrein van het Europees procesrecht zijn de afgelopen jaren discussies gevoerd over de bescherming van procedurele rechten, met name in het kader van de afschaffing van het *exequatur*, het recht om gehoord te worden (maatregelen betreffende kinderen en in het kader van de Europese *small claims*-procedure) en de grensoverschrijdende betekening. Het is in dit licht dat de Commissie in haar Mededeling over de Justitiële Agenda voor 2020 meedeelt:

“Om te komen tot wederzijds vertrouwen in zowel burgerlijke als strafzaken moet ook de bescherming van de procedurele rechten van de beide partijen worden gegarandeerd. Er moet worden nagegaan of het nodig is de procedurele rechten in burgerlijke zaken te versterken,

⁶¹ Zie bv. Considerans nr. 15 en 16 Brussel I-bis-verordening nr. 1215/2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>; Considerans, nr. 6, 16, 39 Rome I-verordening nr. 593/2008, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008R0593>.

⁶² Leidende arresten zijn HvJ 28 september 1999, ECLI:EU:C:1999:456, *GIE Groupe Concorde*, r.o. 23, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-440/97>; HvJ 9 februari 2002, ECLI:EU:C:2002:99, *Besix*, r.o. 24, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-256/00>; HvJ 1 maart 2005, *Owusu*, r.o. 38, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-281/02>.

⁶³ Considerans nr. 9 EPGV-Vo., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007R0861>.

⁶⁴ De literatuur over dit onderwerp is uitbundig. Ik verwijs hier alleen naar een recente en toegankelijke bijdrage van Gráinne DE BÚRCA, “After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, p. 186-184.

bijvoorbeeld wat betreft de betekening en kennisgeving van stukken en de bewijsverkrijging en om te garanderen dat het belang van het kind voorop staat”⁶⁵.

28. In de afgelopen decennia heeft ten gevolge van de bekende lange procesduur in veel landen in het procesrechtelijk onderzoek en het justitieel beleid sterk de nadruk gelegen op de efficiëntere inrichting van het procesrecht en het verhogen van de doorlooptijden bij de rechtbanken. Efficiëntie in het grensoverschrijdend procesrecht mag echter niet de enige drijfveer zijn; de bescherming van (andere) fundamentele procedurele rechten is minstens zo belangrijk. Deze constatering is zowel van belang voor de verdere ontwikkeling van het Europees procesrecht als voor de hierna te bespreken justitiële competitie tussen de lidstaten.

III. JUSTITIËLE COMPETITIE IN GRENSOVERSCHRIJDENDE CIVIELE ZAKEN

29. Ondanks deze voortschrijdende juridische en praktische samenwerking, de harmonisatie van het procesrecht en de gepredikte beginselen van wederzijds vertrouwen en gelijkwaardigheid, lijkt er sprake te zijn van een toenemende justitiële competitie tussen de lidstaten. Hieronder wordt eerst de algemene competitie tussen rechtssystemen, zoals deze in de (rechtseconomische) literatuur is beschreven. Daarna wordt de competitie op procesrechtelijk terrein in de EU nader onderzocht. Het nationale beleid in deze wordt tot slot vooral uit mijn thuisjurisdictie Nederland bekeken, met enkele vergelijkende perspectieven. Het pretendeert geen uitputtende analyse van deze complexe materie te zijn, maar bouwt grotendeels voort [1766] op bestaand onderzoek en heeft tot doel om de verschijningsvormen van justitiële competitie in het kader van Europese samenwerking te kunnen plaatsen.

A. COMPETITIE TUSSEN RECHTSSYSTEMEN: EEN VERKENNING

1. *Regulatoire competitie: algemeen en in het materiële recht*

30. Competitie tussen personen en – op economisch vlak – tussen bedrijven is van alle tijden en kan worden teruggebracht tot een (biologische) overlevingsdrang. Voor bedrijven is het een voorwaarde voor continuering en groei. Vroeger vond deze competitie voornamelijk op lokaal en individueel niveau plaats, nu is deze vaak Europees en wereldwijd. Ook Staten concurreren van oudsher met elkaar om economische bedrijvigheid en investeringen aan te trekken en zo de economische welvaart te verhogen.⁶⁶ In de economische wetenschappen wordt competitie zonder meer als wenselijk gezien. Concurrentie is een voorwaarde voor economische groei en welvaart.⁶⁷ Het levert ook de beste resultaten voor de efficiëntie, de prijs en de kwaliteit van producten en diensten. Het is niet voor niets dat Europa het mededingingsrecht al sinds de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap hoog in het vaandel heeft staan en kartelvorming verbiedt.⁶⁸

⁶⁵ Europese Commissie, *De EU-agenda voor justitie voor 2020* (vn. 18), punt 4.3, p. 8.

⁶⁶ Zie hierover ook Azam CHAUDHRY and Phillip GARNER, “Political Competition Between Countries and Economic Growth”, *Review of Development Economics*, p. 666-682.

⁶⁷ Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product”, in *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, p. 349 met verdere verwijzing naar Joseph E. STIGLITZ, “The invisible hand of modern welfare economics”, *NBER Working Paper Series*, <http://www.nber.org/papers/w3641.pdf>.

⁶⁸ Zie art. 101-109 VWEU.

De economie en de interne markt gedijen bij gezonde concurrentieverhoudingen, zo is de algemene gedachte.

31. In vrijwel geen enkele verhandeling over de competitie tussen rechtssystemen ontbreekt een verwijzing naar de publicatie van Tiebout uit 1956.⁶⁹ Zijn economische theorie van ‘*local expenditures*’ hield zich niet specifiek bezig met concurrentie tussen landen op basis van juridische regels, maar – kortweg – met de keuze van burgers en bedrijven voor een voor hun optimale set van publieke goederen tegen een bepaalde prijs (belasting). Preferenties van consumenten zouden zo leiden tot ‘*optimal allocation*’⁷⁰ en dit zou het verschil in belastingen tussen ‘*communities*’ verklaren. Zijn theorie is veelvuldig bekritiseerd, onder meer omdat het [1767] een volledige mobiliteit van individuen vooronderstelt.⁷¹ Niettemin hebben Tiebout en zijn critici de discussie over *regulatory competition* ofwel regulatoire competitie (soms aangeduid als regelgevingscompetitie) op de kaart gezet.⁷²

32. Regulatoire competitie houdt in essentie in dat beleid en regels zo worden opgesteld – en geadverteerd – dat het land investeringen aantrekt en het voor ondernemers gunstig is om zich in dat land te vestigen.⁷³ Het meest evidente voorbeeld is het belastingrecht dat, zoals bekend, ook in de internationale context een sterk economisch sturend instrument is.⁷⁴ Ook in het vennootschapsrecht is na de reeks arresten over de vrijheid van vestiging⁷⁵ en de trek van bedrijven naar Engeland als land van incorporatie sprake van regulatoire competitie.⁷⁶ Daarnaast worden ook het arbeidsrecht⁷⁷ en milieurecht⁷⁸ wel ingezet als middel om bedrijven aan te trekken.

33. Meer recente discussies betreffen het contractenrecht, welke in het licht van de geleidelijke harmonisatie in de EU van bijzonder belang zijn. Er bestaat onenigheid over de vraag in hoeverre

⁶⁹ Charles M. TIEBOUT, *Journal of Political Economy* 1956 (vn. 7).

⁷⁰ Zie Charles M. TIEBOUT, *Journal of Political Economy* 1956 (vn. 7), i.h.b. p. 424.

⁷¹ Zie o.m. Truman F. BEWLEY, “A Critique of Tiebout’s Theory of Local Public Expenditures”, *Econometrica* 1981, p. 713-740; Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product”, in *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, p. 351-352.

⁷² Zie bijvoorbeeld Samuel BARKIN, “Racing All Over the Place: a Tiebout Model of International Regulatory Competition”, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1643010, in 2014 ook gepubliceerd onder “Racing all over the place: a dispersion model of international regulatory competition”, *European Journal of International Relations* 2014, doi:10.1177/1354066114530009, waarin op Tiebout’s theorie wordt voortgebouwd.

⁷³ Horst EIDENMULLER, “The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2011(2), p. (207), 208; Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), p. 228-229.

⁷⁴ Zie hierover o.m. Philipp GENSCHER en Peter SCHWARZ, “Tax competition: a literature review”, *Socio-Economic Review* 2011, p. 339-370.

⁷⁵ Zie in het bijzonder HvJ 9 maart 1999, ECLI:EU:C:1999:126, *Centros*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-212/97>; HvJ 5 november 2002, ECLI:EU:C:2002:632, *Überseering*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-208/00>; HvJ 30 september 2003, ECLI:EU:C:2003:512, *Inspire Art*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-167/01>; HvJ 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:723, *Cartesio*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-210/06>.

⁷⁶ Zie o.a. Klaus HEINE, “Regulatory Competition between Company Laws in the European Union: the Überseering Case”, *Intereconomics* 2005, p. 102-108; Stefano LOMBARDO, “Regulatory Competition in Company Law in the European Union after Cartesio”, *European Business Organization Law Review* 2009, p. 627-648.

⁷⁷ Zie o.a. vanuit EU-perspectief Simon F. DEAKIN, “Regulatory Competition after Laval”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2008(10), p. 581-609.

⁷⁸ Zie o.a. vanuit EU-perspectief Katharina HOLZINGER en Thomas SOMMERER, “‘Race to the Bottom’ or ‘Race to Brussel’?”, *Journal for Common Market Studies* 2011(2), p. 315-339.

er sprake is van regulatoire competitie op het gebied van het contractenrecht. Zo heeft Vogenauer geconstateerd dat er vooralsnog weinig aanwijzingen zijn dat landen hun contractenrecht daadwerkelijk aanpassen met het oog op de internationale [1768] wervingskracht.⁷⁹ Vanuit de vraagkant – het bedrijfsleven – zijn er wel preferenties, zoals uit verschillende empirische onderzoeken blijkt.⁸⁰ Op basis van de vooralsnog bekende data kan echter worden geconcludeerd dat bedrijven veelal een sterke voorkeur hebben voor hun eigen recht. Als buitenlands recht genieten Engeland en Zwitserland de voorkeur. Drijvende factoren daarbij lijken niet zozeer dat het recht inhoudelijk ‘beter’ is, maar bekendheid met dat recht, rechtszekerheid en neutraliteit.

34. De internationale regulatoire competitie op de voornoemde gebieden wordt niet onverdeeld toegejuicht. Rechtseconomen hebben gewezen op het gevaar van een *race to the bottom*. Zo zou soepele wetgeving die beoogt bedrijvigheid aan te trekken kunnen leiden tot lagere standaarden die minder bescherming bieden van het milieu en van werknemers. Zo beschreef de OESO in 1998 al de gevaren in haar ‘Harmful Tax Competition report’⁸¹; bekend zijn ook de discussies over *social dumping* in het arbeidsrecht.

De literatuur en de uitkomsten van empirisch onderzoek zijn echter niet eenduidig over de vraag in hoeverre dergelijk negatieve effecten daadwerkelijk optreden.⁸² Voor het belastingrecht is bijvoorbeeld het genoemde OESO rapport bekritiseerd en is vanuit het bedrijfsleven ook gewezen op de positieve economische effecten van ondernemingsgunstige belastingstelsels.⁸³ Voor het vennootschapsrecht lijkt een echt *Delaware-effect* vooralsnog uit te blijven, zoals blijkt uit meer recent empirisch onderzoek.⁸⁴ De mobiliteit van bedrijven blijkt toch beperkingen te hebben. Enkele landen in Europa hebben wel hun wetgeving op sommige punten aangepast, maar er lijkt geen sprake van een *race to the bottom*. In het milieurecht [1769] wordt zowel betoogd dat er sprake is van een *race to the bottom* als van een *race to the top*.⁸⁵ Tot slot lijkt er in het arbeidsrecht

⁷⁹ Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), i.h.b. de conclusies op p. 274-275. Maar zie Giesela RÜHL, “Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications”, *European Review of Contract Law* 2013, p. 61-89 die op basis van dezelfde onderzoeken anders concludeert.

⁸⁰ Zie bv. Stefan Vogenauer (ed.), *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law*, Oxford 2008, gehouden onder 100 bedrijven, <http://denning.law.ox.ac.uk/themes/iecl/ocjsurvey.shtml>. Vogenauer geeft een handzaam overzicht van alle studies, Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), table 1, p. 257-259.

⁸¹ Zie OECD, “Harmful Tax Competition Report”, 1998, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2398041e.pdf?expires=1499075764&id=id&accname=ocid194328&checksum=95F41FCD91EBDB3EB24EDCBAE0A87A28>.

⁸² Zie algemeen ook al Anthony OGUS, “Competition between national legal systems: a contribution of economic analysis to comparative law”, *International and Comparative Law Quarterly* 1999, p. (405) 414-415.

⁸³ Zie bijvoorbeeld Richard TEATHER, “The Benefits of Tax Competition”, The Institute of Economic Affairs, 2005, <http://www.iea.org.uk/sites/default/files/publications/files/upldbook303pdf.pdf>. Zie voor een recente, genuanceerde benadering Thushyanthan BASKARAN en Mariana LOPES DA FONSECA, “The Economics and Empirics of Tax Competition: A Survey and Lessons for the EU”, *Erasmus Law Review* 2014, p. 3-12.

⁸⁴ Wolf-Georg RINGE, “Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition”, *European Company and Financial Law Review* 2013, p. 230-267; Lars HORNUF en Julia LINDNER, The End of Regulatory Competition in European Company Law?, Andrassy Working Paper Series No 33, September 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2494309.

⁸⁵ In Amerikaans onderzoek is geconcludeerd dat er wel een interactie is tussen de milieuwetgeving van de staten, maar niet duidelijk een *race to the bottom*, zie David M. KONISKY, “Regulatory Competition and Environmental Enforcement: Is There a Race to the Bottom?”, *American Journal of Political Science* 2007, p. 853-872. In onderzoek naar ontwikkelingen in milieuwetgeving in 24 – vooral Europese – landen, bleek evenmin van een *race*

wel sprake te zijn van enige trek naar lage loonlanden en een verminderde bescherming van werknemers.⁸⁶ Voorzichtig zou kunnen worden geconcludeerd dat op de meeste rechtsgebieden regulatoire competitie zowel positieve als negatieve effecten kan hebben. Daarbij is het vanzelfsprekend ook van belang vanuit welk perspectief men de effecten bekijkt, vanuit puur economisch perspectief of primair de bescherming van betrokken (economisch zwakkere) partijen en eventuele derden.

2. Regulatoire competitie in de geschillenbeslechting

35. Naast en vaak in verbinding met het materiële recht, kan ook het procesrecht – of meer algemeen: de rechtspleging – inzet van competitie zijn. Het idee dat rechtspraak een privaat ‘goed’ of ‘product’ kan zijn met economische waarde heeft sinds de rechtseconomische analyse in een paper van Landes en Posner van 1979⁸⁷ enige navolging gekregen. Deze auteurs maken daarbij een onderscheid tussen de twee primaire functies van *judicial services*: die van *dispute resolution* en *rule creation*. Voor de eerste functie, die van geschillenbeslechter, zien zij ruimte voor privatisering en competitie.⁸⁸ Daarbij nemen zij vooral de intussen volledige erkende en geïntegreerde vormen van arbitrage in aanmerking.⁸⁹ Dat er sprake is van competitie tussen de aanbieders van arbitrage en tussen arbitrage en overheidsrechtspraak onderling is evident, al zijn er geen eenduidige en omvattende data over het percentage geschillen dat in arbitrage wordt beslecht.⁹⁰ Genoemde rechtseconomen gaan ook in op de competitie tussen overheidsgerichten, maar dan met name tussen federale en statelijke [1770] gerechten binnen de Verenigde Staten.⁹¹ In de afgelopen twintig jaar heeft het ontstaan van *business courts* of *commercial courts* in de Verenigde Staten⁹² ook geleid tot discussies over *interstate competition*.⁹³

36. De *internationale* competitie in de civiele rechtspleging en de discussie daarover is van meer recente datum. In 2008 pleitten Dammann en Hansmann in de Verenigde Staten voor een daadwerkelijke mondiale markt voor geschillenbeslechting, waarbij de resulterende competitie tot kwaliteitsimpulsen voor de rechtspleging zou moeten leiden.⁹⁴ Zij betogen dat in het geval een zaak weinig aanknopingspunt heeft met een forum, een staat een hoger griffierecht zou moeten kunnen vragen

to the bottom en werd zelfs een *race to the top* waargenomen, zie Katharina HOLZINGER en Thomas SOMMERER (vn. 78).

⁸⁶ Ronald B. DAVIESA en Krishna Chaitanya VADLAMANNATI, “A race to the bottom in labor standards? An empirical investigation”, *Journal of Development Economics* 2013, p. 1-14.

⁸⁷ William LANDES en Richard A. POSNER, 8 *The Journal of Legal Studies* 1979 (vn. 8).

⁸⁸ William LANDES en Richard A. POSNER, 8 *The Journal of Legal Studies* 1979 (vn. 8), p. 236-240.

⁸⁹ William LANDES en Richard A. POSNER, 8 *The Journal of Legal Studies* 1979 (vn. 8), p. 242-253.

⁹⁰ Zie Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product”, in *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, p. 391-399 met verdere verwijzingen naar onderzoeken. Zie algemeen o.m. Christopher R. DRAHOZAL, “Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings”, *International Review of Law and Economics* 2004, p. 371-384; Eris O’HARA O’CONNOR, “Jurisdictional Competition for Dispute Resolution: Courts versus Arbitration”, in: Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (Beck: Baden Baden 2013), p. 231-441.

⁹¹ William LANDES en Richard A. POSNER, 8 *The Journal of Legal Studies* 1979 (vn. 8), p. 253-259.

⁹² Zie bijv. Lee APPLEBAUM, “The Steady Growth of Business Courts”, in: *Future Trends in State Courts*, 2011, <http://www.ncsc.org/sitecore/content/microsites/future-trends-2011/home/Specialized-Courts-Services/~media/Microsites/Files/Future%20Trends/Author%20PDFs/Applebaum.ashx>.

⁹³ Zie meer recent John F. COYLE, “Business Courts and Interstate Competition”, 53 *William & Mary Law Review* 2012(3), p. 1915-1983 met verdere verwijzingen (zie m.n. voetnoot 3 aldaar). Zie ook hieronder nr. 76.

⁹⁴ Jens DAMMANN en Henry HANSMANN, “Globalizing commercial litigation”, *Cornell Law Review* 2008(1), p. (1) 12.

om het aantrekkelijk te maken voor een staat om een dergelijke zaak te behandelen.⁹⁵ In Europa is het fenomeen van judiciële competitie, zoals dit al kort in de Inleiding (nr. 1 en 2) werd geschetst, in de literatuur recentelijk meer structureel onderwerp van aandacht geweest, met name in de al genoemde onderzoeken van Wagner⁹⁶ en, vanuit empirisch perspectief, Vogenauer.⁹⁷

37. Hoewel judiciële competitie een verschijnsel van meer recente datum lijkt, verwees de Schot Adam Smith er al in zijn *Wealth of Nations* van 1776 naar. Hij beschrijft dat aanvankelijk het (Engelse) systeem van griffierechten door rechtbanken werd gebruikt om zoveel mogelijk zaken naar zich toe te trekken, ook als deze niet onder hun jurisdictie vielen. Als gevolg van een grotere partijautonomie voor partijen, zo schrijft hij: “each court endeavoured, by superior dispatch and impartiality, to draw to itself as many causes as it could”.⁹⁸ In een interessant rechtshistorisch onderzoek naar jurisdictionele competitie in Engeland, ten gevolge van de voor rech-[1771]ters lonende griffierechten en overlappende jurisdicties, wordt beschreven hoe dit de ontwikkeling van de *common law* heeft beïnvloed.⁹⁹

B. HET FENOMEEN VAN JUSTITIËLE COMPETITIE NADER BEKEKEN

1. *Ranking justice systems: de relatie tussen recht en economische groei*

38. Het fenomeen van de wervende reclamefolders dat in de Inleiding werd gememoreerd staat niet op zichzelf. Het is onderdeel van een bredere ontwikkeling in mondiaal en Europees verband om rechtssystemen te vergelijken en te rangschikken. Ten dele was het zelfs een reactie op vooronderstelde tekortkomingen in de *ranking* door de Wereldbank.¹⁰⁰ Zowel Europese als wereldwijde organisaties verzamelen data over het functioneren van rechtssystemen en publiceren regelmatig rapporten op basis daarvan. In Europees verband zijn bekend de steeds lijviger wordende rapporten van de *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) die sinds 2002 de efficiëntie van de rechtssystemen van landen van de Europese Raad meet.¹⁰¹ Daarbij moet worden vermeld dat CEPEJ niet is opgericht met een duidelijk economisch doel, maar zich algemeen richt op de verbetering van de efficiëntie en kwaliteit van de rechtspleging.

Een daadwerkelijke *ranking* is wel opgenomen in het jaarlijkse *Global Competitiveness Report* van het *World Economic Forum*, waarin het concurrentievermogen van 144 landen wordt

⁹⁵ Jens DAMANN en Henry HANSMANN, *Cornell Law Review* 2008(1) (vn. 94), p. 59 v. Zie verder hieronder nr. 55.

⁹⁶ Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product”, in *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*.

⁹⁷ Stefan. VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4).

⁹⁸ Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, oorspr. uitgave 1776, hier geciteerd uit de door Penn State University online uitgave, p. 588.

⁹⁹ Daniel KLERMAN, “Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law”, *University of Chicago Law Review* 2007, p. 1179-1226.

¹⁰⁰ Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), p. 239 beschrijft dat de oprichting van de Franse *Fondation pour le droit continental* een reactie was op methodologische tekortkomingen in rapporten van de Wereldbank, waarin werd gesteld dat *civil law* systemen en in het bijzonder Frans recht economisch minder aantrekkelijk zijn.

¹⁰¹ In het laatste rapport van 2014 is ook Israël als *observer* betrokken, zie CEPEJ Report on *European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice*, p. 8, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf.

vergeleken.¹⁰² De eerste pilaar in dit onderzoek, gebaseerd op ervaringen van belanghebbenden (bedrijven), betreft ‘*institutions*’ en een aantal indicatoren daarbinnen zien op de rechtspleging (in het bijzonder efficiëntie en rechterlijke onafhankelijkheid) en rechtsbescherming (vooral van eigendomsrechten en intellectuele rechten).¹⁰³ Verder kan worden genoemd de *World Justice Project (WJP) Rule of Law Index*, waarin ‘*civil justice*’ een belangrijke indicator [1772] vormt.¹⁰⁴ Tot slot verwijs ik in dit verband naar de rapporten van de al genoemde Wereldbank¹⁰⁵ en de OESO¹⁰⁶, welke echter geen *ranking* van de landen met betrekking tot de civiele rechtspleging bevatten.

39. Aparte vermelding in de context van deze bijdrage verdient het *EU Scorebord voor Justitie*.¹⁰⁷ Dit werd in 2013 voor het eerst gepubliceerd en is bedoeld als instrument voor de ‘bevordering van een doeltreffende justitie en groei’.¹⁰⁸ Dit Scorebord sluit aan bij het eerder genoemde ‘Justice for Growth’ beleid van de Europese Commissie (zie nr. 15). De Commissie zet met het Scorebord in op een ‘betere kwaliteit, onafhankelijkheid en efficiëntie van de gerechtelijke apparaten’ en in 2014 zijn op basis van de evaluaties aan twaalf lidstaten specifieke aanbevelingen ter verbetering gedaan.¹⁰⁹ De data waarop het Scorebord berust zijn voornamelijk ontleend aan de CEPEJ rapportages.

40. Deze rapportages en *rankings* hebben gemeen dat ze impliciet of expliciet uitgaan van een sterk verband tussen het goed functioneren van het justitiële systeem en economische welvaart. Zo noemt voormalig Justitie Commissaris Reding in het voorwoord van het EU Scorebord voor Justitie van 2014 een effectief gerechtelijke systeem ‘*crucial [...] for making a country an attractive location for business and investment*’. Een OESO beleidsrapport van 2013 bestempelt een goed functionerende rechterlijke macht als ‘*key to economic development*’¹¹⁰ en verwijst naar ‘*a large*

¹⁰² Het laatst beschikbare rapport is World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report 2014–2015*, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf.

¹⁰³ De ranking van het voor deze bijdrage belangrijkste criterium betreffende de ‘Efficiency of legal framework in settling disputes’ is te vinden op p. 415.

¹⁰⁴ WJP Rule of Law Index 2014, http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf. Zie i.h.b. p. 8 waar ‘civil justice’ als factor wordt genoemd, met als subindicatoren o.m. de toegang tot het recht, rechterlijke onafhankelijkheid, geen onredelijke vertraging, effectieve tenuitvoerlegging en beschikbaarheid van ADR.

¹⁰⁵ In het meest recente rapport wordt geen aandacht besteed aan burgerlijk procesrecht, zie The World Bank, *Annual Report 2014*, www.worldbank.org/en/about/annual-report. De Wereldbank geeft ook *World Bank Legal Reviews and Studies* uit waarin de band tussen een goed functionerend rechtssysteem en economische welvaart wordt onderstreept.

¹⁰⁶ Zie de ‘Going for Growth’ rapporten van de OESO. I.h.b. van belang in dit kader is de OECD Economic Policy Paper door Giuliana Palumbo, Giulia Diupponi, Luca Nunziata en Juan Mora-Sanguinetti, *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective, a going for growth report*, juni 2013, <http://www.oecd.org/eco/growth/FINAL%20Civil%20Justice%20Policy%20Paper.pdf>. Hierin wordt een goed functionerend justitiële systeem als de sleutel voor economische ontwikkeling bestempeld (zie de abstract, p. 6).

¹⁰⁷ Zie http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm.

¹⁰⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, de Europese Centrale Bank en het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s, “Het EU-scorebord voor justitie: Een instrument ter bevordering van een doeltreffende justitie en groei”, COM(2013) 160 def., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ALL/?uri=COM:2013:0160:FIN>.

¹⁰⁹ Mededeling Europese Commissie (vn. 108), het EU-scorebord voor justitie 2015, COM(2015) 116 def., p. 4.

¹¹⁰ *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective, a going for growth report*, OECD Economic Policy Paper (vn. 106), p. 6 (abstract).

body of [1773] empirical evidence’ dat dit ondersteunt.¹¹¹ Een recent rechtseconomisch paper ondersteunt het belang van de gerechtelijke procedure voor economische groei aan de hand van uitgebreid empirisch onderzoek.¹¹²

Als sleutelement voor een goed functionerend systeem in deze rapporten en onderzoeken wordt doorgaans de *efficiency* van de procedure, in de zin van een redelijke doorlooptijd genoemd. Zo wordt in het EU Scorebord voor Justitie 2014 *efficiency* als eerste en belangrijkste parameter gepresenteerd onder de gevleugelde woorden ‘*justice delayed is justice denied*’.¹¹³ Andere ijkpunten zijn met name de toegang tot het recht, waaronder de beschikbaarheid van rechtsbijstand, een effectieve tenuitvoerlegging en rechterlijke onafhankelijkheid en (in sommige onderzoeken) de beschikbaarheid van ADR mechanismen.

2. Randvoorwaarden voor internationale competitie: forumkeuze en diversiteit

41. Justitiële competitie in Europees of internationaal verband kan alleen bestaan bij de gratie van een bevoegdheidsrecht dat partijen ruimte biedt om zelf het gewenste gerecht aan te zoeken. Dit zal in de eerste plaats het geval zijn wanneer partijen een forumkeuze kunnen maken. Het Europese regime biedt daarvoor al decennia lang een ruime mogelijkheid en ook daarbuiten – in ieder geval op het gebied van het vermogensrecht – wordt de partijautonomie alom erkend.¹¹⁴ In de nieuwe Brussel I-bis Verordening is de in art. 25 verankerde mogelijkheid van forumkeuze en de werking daarvan nog verder versterkt.¹¹⁵ Op grond hiervan kunnen commerciële partijen in beginsel voor ieder gewenst EU-gerecht kiezen in geval van een (toekomstig) geschil. Uitdrukkelijk niet vereist is dat er een band bestaat tussen het onderwerp van het geschil of de partijen en het gekozen gerecht.¹¹⁶

Vaak gaat een forumkeuze vergezeld van een rechtskeuze ten gunste van het recht van het gekozen forum. Voor Duitsland was dit mede een reden om in 2014 wederom een voorstel in te dienen om procederen in het Engels [1774] mogelijk te maken.¹¹⁷ De vooralsnog geldende verplichting om in het Duits te procederen zou voor commerciële partijen niet alleen een reden zijn om de Duitse gerechten te mijden, maar ook het Duits contractenrecht komt er hierdoor bekaaid vanaf, aldus het wetsvoorstel. Omgekeerd geldt overigens vaak ook dat in de praktijk een rechtskeuze, bijvoorbeeld de frequente keuze van Engels recht in de financieringspraktijk, juist de forumkeuze voor de gerechten van het desbetreffende land indiceert.¹¹⁸ Deze twee zijn vrijwel steeds met elkaar

¹¹¹ *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective, a going for growth report*, OECD Economic Policy Paper (vn. 106), p. 8.

¹¹² Bernd HAYO en Stefan VOIGT, “The Relevance of Judicial Procedure for Economic Growth”, *CESifo Economic Studies* 2014(3), p. 490-524. In dit onderzoek zijn data van 67 landen betrokken en worden 10 indicatoren voor een goede juridische procedure gebruikt.

¹¹³ EU Scorebord voor Justitie 2014, p. 8.

¹¹⁴ Zie bijv. het Haags Forumkeuzeverdrag van 2005.

¹¹⁵ Zie considerans nr. 14 en 22 Brussel I-bis Verordening nr. 1215/2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

¹¹⁶ HvJ 16 maart 1999, ECLI:EU:C:1999:142, *Castelletti*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-159/97>.

¹¹⁷ Entwurf Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (vn. 6), en i.h.b. p. 1 van de toelichting.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld Beekhoven van den Boezem die er vanuit de financieringspraktijk op wijst dat een forumkeuze vaak een rechtskeuze volgt, zie F.E.J. BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, “Recht- en forumshopping in de

verbonden, al is dat in het licht van met name art. 25 Brussel I-bis (forumkeuze) en art. 3 Rome I (rechtskeuze) geenszins noodzakelijk. Partijen kunnen op grond van eerstgenoemde bepaling vrijelijk het gewenste (EU) gerecht kiezen. Los daarvan kan het toepasselijke recht worden gekozen, inclusief het recht van een derde land of een verder niet met de zaak of partijen verbonden rechtsstelsel. Een praktische reden om forumkeuze en rechtskeuze gelijk te laten lopen is gelegen in de grondige kennis die de rechter van zijn eigen recht heeft. Ook is er een begripsmatige verbondenheid tussen de taal van het contract, het gekozen recht en – daarmee – de gekozen rechter.

42. Daarnaast biedt Brussel I-bis doorgaans ook voor een eisende partij een eenzijdige mogelijkheid om het voor hem gunstigste gerecht te kiezen in het geval partijen geen expliciete forumkeuze hebben gemaakt. In dit kader zijn vooral van belang de ‘stilzwijgende’ forumkeuze in het geval waarin de verweerder de bevoegdheid niet betwist, en de alternatieve bevoegdheidsregels in het geval van pluraliteit van verweerders, voor geschillen uit overeenkomst en onrechtmatige daad.¹¹⁹ In het geval de eiser een gerecht adieert dat op grond van de alternatieve bevoegdheidsgronden bevoegd is, heeft de verweerder geen enkele inspraak¹²⁰, en is er dus in wezen sprake van een eenzijdige keuze. Wagner heeft er terecht op gewezen dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het geval van *forumshopping* waarbij er sprake is van een door partijen gemaakte forumkeuze en een eenzijdige keuze door de partij die de procedure initieert. Het laatste geval, wat hij bestempelt als unilaterale competitie, acht hij niet zonder meer wenselijk omdat het tot een *race to the bottom* kan leiden.¹²¹ [1775]

43. Tot slot geldt dat partijen er vanzelfsprekend alleen belang bij hebben om voor een bepaalde rechter met de daarbij behorende regels van civiel procesrecht te kiezen als het procesrecht ook daadwerkelijk onderscheidend is. Dit zou betekenen dat er geen competitie zou plaatsvinden als er sprake is van eenvormig procesrecht. In tegenstelling tot bij eenvormig materieel recht geldt echter dat er bij de keuze voor een bepaald gerecht meer speelt dan alleen de procesrechtelijke regels. Hoewel er geen omvattend en sluitend empirisch onderzoek is op dit terrein, wijzen onderzoek en praktijkervaringen erop dat bij de keuze van het gerecht een voorkeur voor het eigen gerecht of in ieder geval bekendheid of neutraliteit van het gerecht van belang zijn.¹²² Daarbij spelen ook advocaten en adviseurs, die vaak (exclusief) verbonden zijn aan een bepaalde jurisdictie, een rol. Deze tamelijk eenzijdige blik, die onder druk van marktconformiteit vaak automatisch tot een keuze voor Engels recht en de Engelse gerechten leidt, kan enigszins teleurstellend worden genoemd.

De kwaliteit van het gekozen gerecht speelt echter, in ieder geval in abstracte zin, wel enige rol.¹²³ Daarbij moet worden gedacht aan met name de snelheid, betrouwbaarheid en deskundigheid van

internationale bedrijfsfinancieringspraktijk gezien vanuit Nederlands perspectief”, in: *Forumshopping*, Preadviezen 2014, uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht (Zutphen: Paris), p. (7) 32.

¹¹⁹ Zie art. 8 lid 1 en lid 3 en art. 26 Brussel I-bis Verordening nr. 1215/2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

¹²⁰ Zie met name het arrest *Owusu* (vn. 62); een *forum non conveniens* is niet toegestaan en het gerecht moet dus bevoegdheid aannemen ook als bijvoorbeeld het gerecht van de woonplaats van de verweerder nauwer verbonden is.

¹²¹ Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product” (vn. 9), p. 373-376.

¹²² Zie het bij Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), p. 257-259 gegeven overzicht van onderzoeken. Vanuit ervaringen in de BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, “Recht- en forumshopping” (vn. 120), p. 32

¹²³ Zie bijv. *Oxford Civil Justice Survey* (vn. 80), p. 28 (question 33) en Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), p. 247-249.

de gerechten.¹²⁴ Ook de kosten van een gerechtelijke procedure zijn van belang. Het gaat daarbij om de griffierechten, die per land flink uiteen lopen, maar zeker ook om de kosten voor rechtsbijstand door een advocaat. Zo liet het ECC-Nederland in een door mij afgenomen interview weten dat Nederlandse consumenten wel geadviseerd werd om een Europese *small claims*-procedure niet in Nederland maar (met name) in België te initiëren omdat de griffiekosten in België lager zijn.¹²⁵ Voor het bedrijfsleven zullen deze griffierechten een minder belangrijke rol spelen, maar zijn de overige proceskosten, in het bijzonder die van advocaten of andere (juridische of technische) experts, wel een factor van belang. Ook regels van proceskostenveroordeling – zo geldt de ‘loser pays’ regel niet in alle landen en niet onverkort – spelen hierbij een rol. Zelfs bij een deels geharmoniseerd procesrecht is er dus nog ruimte voor *forumshopping* en unilaterale competitie. [1776]

3. De ‘battle of the brochures’ en battle of procedures; belangen en een nuancering

44. In het licht van de verwijzing van SMITH naar concurrentie tussen gerechten (zie nr. 37), is het niet bevreemdend dat Engeland een voortrekker is gebleven in de judiciële competitie. In de brochure ‘*England and Wales: The jurisdiction of choice*’ (zie nr. 2) wordt in de paragraaf over de Engelse gerechten openlijk de strijd aangeboden met de Verenigde Staten en de grote continentaal-Europese systemen. In 2011 presenteerde het Ministerie van Justitie een ‘*Plan for Growth*’, waarin de plannen voor een verdere groei en internationale expansie van de Engelse juridische dienstensector werden ontvouwd.¹²⁶ In de consultatie voor een voorstel voor de aanpassing van *court fees* in het Verenigd Koninkrijk moet volgens het Ministerie worden overwogen “*the impact of fee changes on the legal services market, so that they do not risk damaging our competitive position*”.¹²⁷ In 2014 liet het Ministerie van Justitie onderzoek uitvoeren naar de factoren die van invloed zijn op de keuze om een handelsrechtelijk geschil aan te brengen in Londen.¹²⁸ Zij wil hiermee achterhalen in welke mate bepaalde factoren bepalend zijn, zoals de neutraliteit, de Engelse taal, de expertise en reputatie van de rechters, de effectiviteit van het procesrecht en de kosten.

45. Zoals in de Inleiding (nr. 1-2) werd aangestipt hebben ook Duitsland en Frankrijk zich in deze brochurestrijd hebben begeven, waarbij deze landen zich voor laten staan op hun efficiënte, kwalitatief hoge en betaalbare systeem van rechtspraak. Ook werd al gewezen op het feit dat een aantal landen, ten dele in reactie op de aantrekkingskracht van Engelse gerechten en het Engelse

¹²⁴ Zie *Oxford Civil Justice Survey* (vn. 80); F.E.J. BEEKHOVEN VAN DEN BOEZEM, “Recht- en forumshopping” (vn. 117), p. 32.

¹²⁵ Zie voor de verslaglegging hiervan X.E. KRAMER en E.A. ONTANU, “[The functioning of the European Small Claims Procedure in the Netherlands: normative and empirical reflections](#)”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2013, p. (319) 323 en voetnoot 45 aldaar.

¹²⁶ Ministry of Justice, *Plan for Growth: Promoting the UK’s Legal Services Sector*, 2011, <http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/corporate-reports/MoJ/legal-services-action-plan.pdf>.

¹²⁷ Ministry of Justice, *Court Fees: Proposals for reform*, December 2013, p. 4, https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/court-fees-proposals-for-reform/supporting_documents/courtfeesconsultation.pdf.

¹²⁸ Survey door de British Institute of International and Comparative Law, “Factors influencing litigants’ decisions to bring commercial disputes to the London based courts”, Londen 2014, (Questionnaire op <https://www.surveymonkey.com/s/CKFTF9C>; resultaten nog niet beschikbaar).

recht, procederen in het Engels mogelijk heeft gemaakt of [1777] mogelijk wil maken.¹²⁹ In het in 2014 in Duitsland ingediende voorstel wordt dit als volgt toegelicht:¹³⁰

“Das deutsche Recht wird trotz seiner Vorzüge kaum gewählt, wenn als Gerichtsstand ein Gericht in einem anderen Staat vereinbart ist, vor dem in englischer Sprache als ‘lingua franca’ des internationalen Wirtschaftsverkehrs verhandelt werden kann. Die Begrenzung der Gerichtssprache auf Deutsch trägt damit dazu bei, dass bedeutende wirtschaftsrechtliche Streitigkeit en entweder im Ausland oder vor Schiedsgerichten ausgetragen werden – zum Nachteil des Gerichtsstandortes Deutschland und deutscher Unternehmen.”

In Frankrijk maakte een uitspraak van de Parijse *Tribunal de Commerce* procederen in het Engels mogelijk en in het Zwitserse *Bundespatentgericht* kan met instemming van partijen ook in het Engels worden geprocedeerd.¹³¹ Ook de instelling van gespecialiseerde gerechten voor (internationale) handelsgeschillen en van specifieke procedures, zoals op het gebied van het intellectueel eigendomsrecht, financiële of vervoersrechtelijke geschillen en voor collectieve geschillen, wordt wel expliciet onderbouwd met de verwijzing naar de internationale concurrentiepositie.¹³²

46. De vraag die rijst is waarom landen zich moeite getroosten om hun rechtssysteem en gerechten te promoten en daartoe soms gerichte – en kostbare – hervormingen door te voeren. Een overwegende factor is de hiervoor (nr. 38-40) besproken relatie met economische groei. Een goed functionerend rechtssysteem geeft vertrouwen aan het bedrijfsleven en is aantrekkelijk voor buitenlandse investeerders.¹³³ Het is daarmee in wezen een onderdeel van de handelspolitiek. Voor zover er een zekere band is met het desbetreffende land, zoals in het geval dat (meer stelselmatige) rechtsinbreuken in dat land plaatsvinden, heeft de overheid vanzelfsprekend [1778] ook een belang in een effectieve rechtspleging en tenuitvoerlegging van het (eigen) recht.¹³⁴ Verder legt een actieve *litigation* praktijk voor geschillen met een hoge geldelijke inzet, zoals die voor intellectuele eigendomsrechten en voor bepaalde massaschades, de lokale markt van advocaten en andere juridische dienstverleners geen windeieren.¹³⁵ Het hierboven (nr. 44) genoemde *Plan for Growth* van de Engelse overheid merkt op dat “the Legal Services sector generated £23.1 billion or 1.8%

¹²⁹ Zie hierover verder o.a. Stefan HUBER, “The German Approach to the Globalisation and Harmonisation of Civil Procedure: Balancing National Particularities and International Open-Mindedness”, in: X.E. Kramer en C.H. van Rhee (Eds.), *Civil Litigation in a Globalising World* (Asser Press/Springer: Den Haag/Heidelberg 2012, p. (291) 295-297 en 305-311; Christopher BISPING, “Conquering the Legal World: The Use of English in Foreign Courts”, *European Review of Private Law* 2012(2), p. 541-570; Christoph A. KERN, “English as a Court Language in Continental Courts”, *Erasmus Law Review* 2012(3), p. 187-209.

¹³⁰ Zie Deutscher Bundestag, Drucksache 18/1287, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG)*, 30 april 2014, p. 1. Zie hierover in de context van competitie ook Johanna L. WAUSCHKUHN, “Babel of international litigation: court language as leverage to attract international commercial disputes”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2014, p. 343-350.

¹³¹ Zie hierover ook Christoph A. KERN, *Erasmus Law Review* 2012(3) (vn. 129), p. 195-197.

¹³² Zie bijvoorbeeld Nederland, hierna, nrs. 50-60.

¹³³ Kamar spreekt in dit kader van ‘competition for investments’, Ehud KAMAR, “Beyond Competition for Incorporations”, *The Georgetown Law Journal* 2006, p. (1725) 1745.

¹³⁴ Zie ook Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product” (vn. 9), p. 388. Zie over de bevoordeling van het eigen recht in het IPR teneinde nationale belangen veilig te stellen Th.M. DE BOER, “Een zoo doeltreffend en rechtvaardig mogelijke ordening. Vragen rond de bestaansgrond van het internationaal privaatrecht”, *Mededelingen Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen* 1996, p. 36.

¹³⁵ Zie ook Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), p. 239.

of the UK's gross domestic product in 2009 and constituted £3.2 billion in exports – nearly three times more than a decade earlier.”¹³⁶

In sommige landen en voor geschillen met een bepaalde financiële waarden zullen de doorgaans progressieve griffierechten meer dan kostendekkend zijn, en heeft het aantrekken van geschillen om die reden een economisch belang.¹³⁷ Er is echter weinig bekend over hoe landen hun griffierechten vaststellen en het lijkt aannemelijk dat zelfs landen die als uitgangspunt hebben dat griffierechten dekkend moeten zijn, zoals Engeland, in veel gevallen toch nog aanvullende financiering vanuit de schatkist behoeven.¹³⁸ Een Nederlands wetsvoorstel¹³⁹ om griffierechten kostendekkend te maken stuitte op veel kritiek omdat hiermee de toegang tot de rechter zou worden beperkt. In sommige gevallen zijn de Nederlandse griffierechten meer dan kostendekkend, zoals in verstekzaken.¹⁴⁰ In veel zaken, en met name in de vaak complexere en dus tijdrovende internationale zaken, zal dit echter niet het geval zijn en is er in dit opzicht geen motief voor competitie om internationale geschillen.

47. Voor rechters als actor aan de ‘aanbodkant’ is er, althans in Europa, geen directe winst in termen van geld of (her)benoeming. Wel zal een zeker prestige en het belang van een goede reputatie een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld in het kader van een promotie. Daarnaast mag van gerechten worden verwacht dat zij het recht op toegang tot de rechter en het belang van een goede rechtspleging hoog in het vaandel hebben staan, en kan dit meewegen bij de invulling van de internationale bevoegdheid. Dit deed bijvoorbeeld het Amsterdamse Hof in zijn veel becommentarieerde tussenvon-[1779]nis betreffende de internationale bevoegdheid in de *Converium* zaak.¹⁴¹ Het spreekt vanzelf dat voor private aanbieders van geschillenbeslechting, competitie is ingegeven door financiële belangen.

48. Vanuit partijen als actoren aan de ‘vraagkant’ zijn er evidente belangen om een bepaald gerecht te prefereren, of juist te willen vermijden. Het kan daarbij onder meer gaan om de bekendheid met het gerecht, betrouwbaarheid, rechtszekerheid, deskundigheid, efficiëntie (snelheid), de verwachte uitkomst, kosten, het procesrecht en de beschikbare procedures. Zo gaf van de 100 ondervraagde bedrijven in de *Oxford Civil Justice Survey* (2008) 61% aan de keuze voor een bepaald gerecht zeer belangrijk te vinden en nog eens 36% vond het belangrijk; slechts 3% van de ondervraagde bedrijven hechtte hier weinig belang aan.¹⁴²

Daarbij moet worden opgemerkt dat belangen van partijen niet altijd parallel lopen. Bekend zijn de torpedo-acties, waarbij de eiser door middel van een verzoek om een declaratoire uitspraak bij een gerecht met een langzame rechtsgang een verwachte rechtsgang van de wederpartij naar een andere (gekozen) rechter traineert, zoals in de *Gasser*-zaak (zie nr. 19). Ook kan een eiser bij wijze van

¹³⁶ Ministry of Justice, Plan for Growth (vn. 126), p. 1.

¹³⁷ Stefan VOGENAUER, “Regulatory Competition” (vn. 4), p. 239.

¹³⁸ Chris HODGES, Stefan VOGENAUER en Magdalena TULIBACKA, *The costs and funding of civil litigation* (Oxford: Hart Publishing 2010), p. 13.

¹³⁹ Wetsvoorstel verhoging griffierecht, *Kamerstukken II* 2010/11, 33 071.

¹⁴⁰ X.E. KRAMER, I. TILLEMA, M.L. TUIL *et al.*, *Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken* (vn. 37), p. 164.

¹⁴¹ Hof Amsterdam, 12 november 2010, *Converium*, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908>. Zie verder hieronder nr. 58.

¹⁴² *Oxford Civil Justice Survey* (vn. 80), p. 25 (question 28).

eenzijdige keuze, bij gebrek aan een contractuele forumkeuze, een geschil aanbrengen bij een gerecht waar hij een specifiek voor hem gunstige behandeling en/of uitspraak verwacht of zijn voorkeur voor zijn eigen gerecht uitspreken (*hometown bias*). Uit wat ouder onderzoek uit de Verenigde Staten in interstatelijke zaken bleek dat de winkans aanzienlijk hoger is in het gerecht van de keuze van de eiser.¹⁴³ Een vergelijking werd gemaakt tussen zaken die werden behandeld door het gerecht van de keuze van de eiser en die welke op grond van *forum non conveniens* werden verwezen naar het gerecht van een andere staat. In het door de eiser gekozen gerecht was de winkans 58%, terwijl dit in de overgehevelde zaken slechts 29% was. *Forumshopping* loont dus.

49. Tot slot van deze paragraaf is een nuancering op zijn plaats. Het bovenstaande zou erop kunnen lijken dat er een Europese of zelfs mondiale strijd gaande is om zoveel mogelijk belanghebbende internationale geschillen aan te trekken. Dit is echter niet het geval. Een beperkt aantal landen profileert zich hierin duidelijk, in het bijzonder Engeland, Duitsland en Frankrijk. Ook in mijn thuisjurisdictie, Nederland, is de wetgever zich terdege bewust van de internationale positie op het gebied van de gerechtelijke en [1780] buitengerechtelijke geschillenbeslechting, zoals in de navolgende paragraaf nader zal worden toegelicht. Dit is anders in het gastland van de door mij beklede TPR-leerstoel, België, waar van een beleid om te concurreren om de beslechting van internationale geschillen vooralsnog geen sprake is.

Een troost of wellicht een geruststelling mag misschien zijn dat als men de cijfers van de *WJP Rule of Law Index* van 2014 van België en het sterk concurrerende Verenigd Koninkrijk vergelijkt, Engeland wel hoger scoort dan België, maar het verschil globaal niet navenant is.¹⁴⁴ Op het onderdeel *Civil Justice* scoort België de negentiende plaats en Engeland de veertiende plaats; het verschil zit vooral in de ‘*unreasonable delay*’ waar België matig op scoort. Europees zitten beide landen in de ruime middenmoot. Voor deze landen kan worden gesteld dat een beleid gericht op het aantrekkelijk maken van het civiele rechtssysteem voor hoogwaardige internationale geschillen en een daarop behorende promotie niet zonder meer leidt tot een significant betere waardering van het rechtssysteem.

C. EEN NEDERLANDS PERSPECTIEF MET VERGELIJKENDE NOTITIES

1. Economisering van justitie en internationale competitie

50. Nederland is één van de lidstaten waar in de afgelopen vijftien jaar is geïnvesteerd in een efficiëntere civiele rechtspleging. Aan het begin van deze eeuw zijn belangrijke wijzigingen in het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke bedrijfsvoering doorgevoerd, waarbij primair het terugdringen van de procesduur en een beter management centraal stonden. Daarbij is ook de Raad voor de rechtspraak tot stand gebracht, die sindsdien vele onderzoeken heeft verricht naar onder meer de doorlooptijden en kosten van de rechtspraak. Aanpassingen in de bedrijfsvoering van de rechterlijke macht hebben ook geleid tot de invoering van productienormen of *targets*. In 1998, aan de vooravond van deze wijzigingen, werd een rapport uitgebracht waarin de economische waarde

¹⁴³ Kevin R. CLERMONT en Theodore EISENBERG, “Exorcising the Evil of Forum Shopping”, 80 *Cornell Law Review* 1994-1995, p. (1507) 1512 (data 1979-1991). Zie hierover ook Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product” (vn. 9), p. 365.

¹⁴⁴ Zie <http://data.worldjusticeproject.org/>.

van een goede rechtspraak sterk werd benadrukt.¹⁴⁵ Een in 2014 gepubliceerd rapport betreffende de winst van deze wijzigingen voor de maatschappij becijferde dat de financiële opbrengst van verbeteringen in de rechtspraak in de tussenliggende periode 735 miljoen euro per jaar bedraagt; 0,2% van het Bruto Nationaal Product.¹⁴⁶ Civiele procedures duurden in 2013 gemiddeld een half jaar korter dan in 1998, en dat levert jaarlijks ongeveer 200 miljoen euro op. Het [1781] mag wellicht veelbetekenend zijn dat de uitkomsten van dit onderzoek, en enkele andere onderzoeken die in hetzelfde jaar uitkwamen, in het Engels verschenen.¹⁴⁷

51. Ondanks deze economisering van het recht gaat de Nederlandse overheid vooralsnog niet mee in de actieve promotie van Nederland als forum voor geschillenbeslechting door middel van reclamebrochures en dergelijke. In juridisch Nederland is er de laatste jaren meer belangstelling voor de concurrentiepositie van het Nederlandse recht. Zo schreef Bart Krans in 2011 dat als men het Nederlandse privaatrecht en de geschillenbeslechting beter internationaal wil positioneren, hiervoor structurele aandacht moet zijn.¹⁴⁸ In een rapport van de Raad voor de rechtspraak van 2012 over de specialisatie van de rechtspraak noemden de onderzoekers de Nederlandse overheid in deze “wat naïef en laks”.¹⁴⁹ Zij wijzen hierbij naar de actieve reclame-uitingen van de Engelse overheid en het feit dat uit diverse internationale rapporten blijkt dat Nederland tot de beste rechtssystemen van de wereld behoort. Zo stellen zij:

“Overheidsrechtspraak en arbitrage zijn vormen van dienstverlening en, evenals in andere takken van dienstverlening, is er sprake van concurrentie tussen de dienstverleners.”

De nieuwe voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, Frits Bakker, liet in zijn toespraak ter gelegenheid van de dag van de rechtspraak in 2014 weinig ongemoeid om de economische waarde van de rechtspraak en het belang van een goede internationale positie van Nederland te benadrukken.¹⁵⁰ Bakker betoogt onder meer:

“Ook voor een sterke extern georiënteerde handelseconomie heeft Nederland een sterke rechtspraak nodig. Die geschillen snel en deskundig oplost. Een rechtspraak die voor bedrijven reden is hun handelsgeschillen in Nederland af te wikkelen - in plaats van in Londen of Singapore.”
[1782]

¹⁴⁵ Rapport “Rechtspraak bij de tijd”, adviescommissie toerusting en organisatie zittende magistratuur, januari 1998 (Commissie Leemhuis).

¹⁴⁶ Frans VAN DIJK, “Improved Performance of The Netherlands Judiciary: Assessment Of The Gains For Society”, *International Journal of Court Administration*, juni 2014. Zie ook <https://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Verbeteringen-rechtspraak-leveren-jaarlijks-735-miljoen-op.aspx>

¹⁴⁷ Zie vn. 146 en <http://www.rechtspraak.nl/English/Publications/Pages/Articles.aspx>.

¹⁴⁸ H.B. KRANS, “De wervende kracht van het Nederlandse privaatrecht: op naar een systematische benadering?”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, p. (67) 68.

¹⁴⁹ Tetty HAVINGA, Carla KLAASSEN en Nicole NEELIS, “Specialisatie gewenst? De behoefte aan gespecialiseerde rechtspraak binnen het Nederlandse bedrijfsleven”, Raad voor de rechtspraak, Research Memoranda nummer 2012, nr. 2, p. 143, <http://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/specialisatiegewenst.pdf>.

¹⁵⁰ Toespraak Frits BAKKER, Dag voor de Rechtspraak, 11 september 2014, <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Documents/Speech%20Frits%20Bakker,%20Dag%20van%20de%20Rechtspraak,%2011-9-2014.pdf>.

Aan internationale ambitie dus geen gebrek, althans niet als het aan de Raad voor de rechtspraak ligt. In het vervolg van deze paragraaf wordt in kort bestek aan de hand van een drietal onderwerpen geïllustreerd op welke wijze Nederland concurreert.

2. *Internationaal procederen en specialisering: een Commercial Court*

52. Eerder werd gerefereerd aan het Duitse voorstel om het Engels als proces taal mogelijk te maken voor internationale handelsgeschillen, evenals de ontwikkelingen in Frankrijk en Zwitserland (nr. 45). In Nederland bepleitte Coen Drion meer dan tien jaar geleden al de invoering van Engels als proces taal.¹⁵¹ Onderzoek van 2010 wees uit dat er geen dringende behoefte is om Engels als officiële proces taal mogelijk te maken in de ‘natte kamer’ (scheepvaart, haven en vervoer) van de Rechtbank Rotterdam en dat dit zelfs problematisch kan zijn.¹⁵² In tegenstelling tot in Duitsland zijn de bezwaren hier niet van principiële aard, maar vooral van praktische aard. Een correcte juridische terminologie vergt, nog afgezien van de bijzondere uitleg van het toepasselijke Nederlandse of buitenlandse (vaak Engelse) privaatrecht, immers meer dan een (zeer) goede beheersing van de Engelse spreektaal.¹⁵³ In het genoemde onderzoek gaven deelnemers aan een expertmeeting verder aan dat mogelijk Engelse advocaten die in de Rechtbank Rotterdam de zaak bepleiten hun Nederlandse collega’s en de rechter zouden kunnen overvleugelen door hun grotere taalvaardigheid. Wel worden in de Nederlandse rechtspraktijk allerhande processtukken die in het Engels, en ook die welke in het Duits en Frans zijn gesteld, ruim geaccepteerd. Overigens werd daarbij ook opgemerkt dat in kwalitatief opzicht Rotterdam de vergelijking met Londen kan doorstaan en dat dit een profilering als alternatief internationaal forum mogelijk maakt.¹⁵⁴

53. De voorzitter van de Raad voor de rechtspraak hield in zijn genoemde toespraak (zie nr. 51) een vurig pleidooi voor de oprichting van een Nederlandse Commercial Court (NCC). Het zou hier moeten gaan om een “*een speciale rechtbank die grote internationale en nationale handelsgeschillen binnen een paar maanden kan afdoen. Met efficiënte, Engelstalige pro-[1783]cedures.*” Hij vraagt hiervoor de steun van de Nederlandse regering, het bedrijfsleven en de advocatuur. Enkele dagen later was op *Advocatenblad.nl* te lezen dat de Nederlandse Orde van Advocaten het initiatief steunt. Naar aanleiding van het pleidooi van Bakker zijn vragen in de Tweede Kamer gesteld.¹⁵⁵ De Minister van Justitie hield zich in zijn antwoord enigszins op de vlakte en stelde dat hij de door de Raad van de rechtspraak aangekondigde nadere verkenningen afwacht.¹⁵⁶ In de literatuur is gewezen op het succes van de Engelse Commercial court, maar zijn

¹⁵¹ Coen DRION, “Procederen in het Engels. Keert het tij?”, Redactioneel, *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 67. Hij verwijst daar, zonder bronvermelding, ook naar enkele andere Nederlandse juristen die hier voorstander van zouden zijn.

¹⁵² Anita BÖCKER, Tetty HAVINGA, Alex JETTINGHOFF, Carla KLAASSEN en Laurens BAKKER, “Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen”, Raad voor de rechtspraak Research Memoranda 2010, nr. 1, p. 93

¹⁵³ Zie ook X.E. KRAMER, “Over taalkwesties in de Europese Unie en de kunst van het juridisch vertalen”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2006, p. 254-257.

¹⁵⁴ Raad voor de rechtspraak, “Specialisatie loont?!” (vn. 152), p. 94.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2014, 8 november 2014.

¹⁵⁶ Ministerie van Justitie, 18 november 2014, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/11/19/antwoorden-kamervragen-over-het-bericht-dat-de-rechtspraak-een-commercial-court-wil.html>.

terecht ook bedenkingen uitgesproken over de vraag wat dit precies zal betekenen voor het vestigingsbeleid van bedrijven.¹⁵⁷

54. De Europese ontwikkelingen staan niet op zichzelf. Zo verscheen in 2013 in Singapore een rapport over de totstandbrenging van een *international commercial court*, dat “*will enable Singapore to enhance its status as a leading forum for legal services and commercial dispute resolution*”.¹⁵⁸ In oktober 2014 is een wetsvoorstel hiertoe ingediend.¹⁵⁹ In de Verenigde Staten hebben in de afgelopen ruim twintig jaar een groot aantal staten *business courts* ingesteld. Deze hebben competentie voor commerciële geschillen of voor bepaalde typen handelsgeschillen, zoals *technology disputes* of *complex litigation*. In de literatuur is dit regelmatig besproken vanuit de hoek van *interstate competition*, maar meer recent is – in lijn met de opmerking over de plannen voor een Nederlandse commercial court – betwist dat dit invloed heeft op het vestigingsbeleid van bedrijven.¹⁶⁰ Wel kunnen staten *litigation* aan zich trekken en daarmee de lokale juridische markt beïnvloeden. Zo is in de Verenigde Staten New York duidelijk favoriet. Een empirisch onderzoek naar contractuele forumkeuzes van *publicly-held companies* wees uit dat in 41% van de gevallen waarin een dergelijke clause was opgenomen, New York werd gekozen.¹⁶¹ [1784]

55. Hoe dan ook moet het verdere onderzoek naar dit initiatief in Nederland naar mijn oordeel worden toegejuicht. In het bedrijfsleven bestaat een behoefte aan specialisatie en de mogelijkheid om internationale, commerciële geschillen aan te brengen in de *lingua franca* van de handel bij een daarvoor toegeruste rechtbank biedt een alternatief voor arbitrage.¹⁶² Uit survey onderzoek is bovendien gebleken dat de taal een belangrijk element is bij het kiezen van het forum.¹⁶³ Wil er echt sprake kunnen zijn van verbeteringen van de concurrentiepositie, dan moet de toekomstige Commercial Court echt iets extra te bieden hebben. Naast het taalaspect gaat het dan om een verdere innovatie van de procesvoering met meer partijautonomie wat betreft de procedure (vanzelfsprekend zonder dat dit tot vertragingen leidt) en gespecialiseerde rechters. Een heikel punt daarbij is dat om deze investeringen te kunnen bekostigen, er wellicht meer differentiatie in de griffiekosten mogelijk zou moeten zijn.¹⁶⁴ Dit staat echter op zijn minst op gespannen voet

¹⁵⁷ N.H. SCHELHAAS, “Een commercial court in Nederland?”, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014, p. (353) 354.

¹⁵⁸ Report of the Singapore International Commercial Court Committee, November 2013, <https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/Annex%20A%20-%20SICC%20Committee%20Report.pdf>.

¹⁵⁹ Ministry of Law Singapore, Legislative changes tabled to establish the Singapore International Commercial Court and to update the regulatory framework for the legal profession, press release, <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/press-releases/SICC-and-legal-profession-regulatory-framework-update.html>.

¹⁶⁰ J.F. COYLE, 53 *William & Mary Law Review* 2012(3) (vn. 93), i.h.b. p. 1940-1951 en de conclusie op p. 1983.

¹⁶¹ Theodore EISENBERG en Geoffrey P. MILLER, “The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies’ Contracts”, 30 *Cardozo Law Review* 2008-2009, p. 1475-1512.

¹⁶² Zie ook Marc YNZONIDES en Margriet DE BOER, “Kroniek van het burgerlijk procesrecht”, *Nederlands Juristenblad* 2014, p. (1457) 1758.

¹⁶³ In de *Oxford Civil Justice Survey* (vn. 80) scoorde taal als factor een 3,97 op een schaal van 0 tot 5. In het meest beschikbare onderzoek naar arbitrage van PwC, *International arbitration survey 2013: Corporate choices in International Arbitration*, p. 21-22, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/>, werd taal ook als een belangrijke factor aangemerkt; 36% van de ondervraagden vond het belangrijk en 48% zeer belangrijk.

¹⁶⁴ Zie ook Jens DAMMANN en Henry HANSMANN, *Cornell Law Review* 2008(1) (vn. 94), p. 59-61.

met de non-discriminatiebepaling van art. 12 VWEU¹⁶⁵ en leidt tot een zekere ‘klassenjustitie’. Wanneer beslechting door de commercial court echter optioneel, ter keuze van partijen, zou zijn, dan bestaat hiertegen naar mijn oordeel – evenmin als bij partijkeuze voor private geschillenbeslechting – geen bezwaar.

Daarnaast heeft Tjittes erop gewezen dat om een dergelijke Commercial Court succesvol te laten zijn, er ook reclame voor het Nederlandse contractenrecht moet worden gemaakt.¹⁶⁶ Dit is gezien de in de praktijk nauwe band tussen het gekozen rechtsstelsel en het gekozen gerecht (zie nr. 41) een belangrijk punt van aandacht.

3. IE-zaken, kort geding en grensoverschrijdende verboden

56. Vooral in de jaren 1990 verkreeg de rechtbank Den Haag internationale belangstelling door haar proactieve praktijk van ‘wereldwijde’ grensoverschrijdende geboden in kort geding in intellectuele-eigendomszaken, en met name in octrooizaken waarvoor deze rechtbank exclusief bevoegd [1785] is.¹⁶⁷ Dit gerecht werd wel aangeduid als ‘court gate to Europe’, en hoewel geliefd bij rechthebbenden, werd zij in andere Europese landen, in het bijzonder Engeland, ook kritisch bekeken. Tot spijt van de IE-gemeenschap diende deze praktijk te worden ingeperkt na de arresten-*GAT/Luk* en *Roche/Primus* van het Hof van Justitie over de pluraliteit van verweerders en exclusieve bevoegdheid voor nietigheidsacties onder Brussel-I.¹⁶⁸ De internationale reikwijdte van de Nederlandse kortgedingprocedure werd, ook buiten IE-zaken, al eerder afgebakend door de arresten *Van Uden/Deco-Line* en *Mietz*, betreffende de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van voorlopige maatregelen.¹⁶⁹

Niettemin zag enkele jaren geleden Bart Krans het Nederlandse kort geding in internationaal verband nog als een mogelijk ‘selling point’.¹⁷⁰ Een *revival* van deze praktijk werd gezien in de uitspraak *Honeywell/Solvay*, waarin het Hof van Justitie ruimte bood voor voorlopige maatregelen in octrooizaken, ook als de nietigheid daarvan in het geding wordt gebracht.¹⁷¹ De komst van het Europees octrooigerecht voor eenheidsoctrooien zal echter de mogelijkheid van internationale profilering van de Haagse rechtbank, ook in concurrentie met onder meer het Duitse *Bundenspatentgericht*, sterk reduceren.

¹⁶⁵ Jens DAMMANN en Henry HANSMANN, *Cornell Law Review* 2008(1) (vn. 94), p. 66-68.

¹⁶⁶ R.J. TJITTES, “Een Netherlands Commercial Court vereist reclame voor Nederlands recht”, *Redactioneel*, *RM Themis* 2014, p. 261-262.

¹⁶⁷ Zie hierover X.E. KRAMER, “Civiele sancties in het internationale geval in Europees perspectief”, in: A.A.H. van Hoek e.a. (red.), *Offerhauskring vijftig jaar* (Den Haag: BJU 2012), p. 73-81.

¹⁶⁸ HvJ EG 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:458, *Roche/Primus*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-539/03>; HvJ EG 13 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:457, *GAT/LuK*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-4/03>.

¹⁶⁹ HvJ EG 17 november 1998, ECLI:EU:C:1998:543, *Van Uden/Deco-Line*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-391/95>; HvJ EG 27 april 1999, ECLI:EU:C:1999:202, *Mietz*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-99/96>.

¹⁷⁰ H.B. KRANS, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011 (vn. 148), p. 67.

¹⁷¹ HvJ 12 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:445, *Honeywell/Solvay*, <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-616/10>. Zie ook Mari KORSTEN, Marion BRUIN en Jaap BREMER, “The revival of cross-border injunctions”, *European IP Update*, mei 2013, p. 12-15.

4. WCAM-schikkingen en alternatieve geschillenbeslechting

57. Tien jaar geleden werd de Wet Collectieve Afhandeling van Massaschade (WCAM) ingevoerd.¹⁷² Op grond hiervan kan een schikking overeengekomen door een bedrijf dat schade heeft veroorzaakt en één of meer representatieve organisaties die de belangen van de slachtoffers behartigen, verbindend worden verklaard door het Hof Amsterdam. Als de belanghebbenden geen gebruik maken van hun *opt out* recht in de daarvoor gegeven periode, dan zijn zij hieraan gebonden. Hiermee kan een bedrijf in één keer de schade afhandelen. Hoewel deze wet niet is ingevoerd met het oog op de internationale markt, heeft Nederland in de jaren na de invoering [1786] wereldwijd belangstelling gekregen door enkele grote aandelenzaken, waaronder *Shell*¹⁷³ en *Converium*.¹⁷⁴

58. Nederland heeft de internationale ambities niet onder stoelen of banken gestoken. Zo behartigde zij de nationale belangen in de discussies rond collectief verhaal in Brussel, liet zij door de Erasmus Universiteit onderzoek verrichten naar de internationale aspecten van de WCAM¹⁷⁵, en beoogde enkele recente wetswijzigingen het internationaal functioneren te verbeteren.¹⁷⁶ Het Hof Amsterdam heeft door zijn proactieve houding ook internationaal de aandacht getrokken¹⁷⁷, al is dit niet altijd onverdeeld gunstig. Terecht is in Nederland en daarbuiten kritiek geuit op zijn tussenuitspraak in de al genoemde *Converium* zaak, waarin het Hof zich internationaal bevoegd verklaarde ondanks dat de schadeveroorzakende partij en 97% van de belanghebbenden buitenlands waren en er weinig aanknopingspunten met Nederland waren.¹⁷⁸ Collectief verhaal is ook bij uitstek een gebied waar *entrepreneurial lawyering* plaatsvindt.¹⁷⁹ Ook in de media is de WCAM niet onopgemerkt gebleven. Nadat de Amerikaanse Supreme Court in de *Morrison* zaak van 2010 de reikwijdte van de *class action* beperkte¹⁸⁰ berichtte het *Financieele Dagblad* dat Nederland hoopt het stokje over te nemen van de Verenigde Staten als land van [1787] *class*

¹⁷² Zie art. 7:907-910 BW en art. 1013-1018a Rv.

¹⁷³ Hof Amsterdam 29 mei 2009, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744>.

¹⁷⁴ Hof Amsterdam, 12 november 2010, *Converium*, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908>, en 17 januari 2012, *Converium*, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026>.

¹⁷⁵ Zie H. VAN LITH (begeleid door F. DE LY en X.E. KRAMER), "The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law" (vn. 6).

¹⁷⁶ Zie ook o.m. Tomas ARONS en Willem van BOOM, "Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from The Netherlands", *European Business Law Review* 2010, p. 857-883; B. de JONG, "Een nieuw exportproduct, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 671-672; H.B. KRANS, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011 (vn. 148), p. 67.

¹⁷⁷ Een interessante uiteenzetting van het rechterlijk beleid biedt (rechterlijk lid van het bestuur van het Gerechtshof Amsterdam) W.J.J. LOS, "Toepassing van de WCAM. Bespiegelingen over de rol en taak van de rechter", in: Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, *Collectieve acties in het algemeen en de WCAM in het bijzonder* (Den Haag: BJU 2013), p. 13-31, i.h.b. p. 17-24 betreffende globalisering en rechtspolitiek.

¹⁷⁸ Zie nader Xandra E. KRAMER, "Securities Collective Action and Private International Law Issues in Dutch WCAM Settlements: Global Aspirations and Regional Boundaries", 27 *Global Business & Development Law Journal* (2) 2014, p. (235) 256-262 met verdere verwijzingen. Zie o.a. Antonio GIDI, "The Recognition of US Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America", *Brooklyn Journal of International Law* 2012, p. (893) 953, die fulmineerde dat "Amsterdam is aggressively vying to establish itself as a hub for worldwide class action settlements."

¹⁷⁹ Zie in dit kader ook I. TILLEMA, "De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014/23, afl. 5, p. (194) 199-202 over de (on)wenselijkheid van belangenbehartigers met winstoogmerk.

¹⁸⁰ US Supreme Court 24 juni 2010, *Morrison/National Australia Bank*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/08-1191/>.

actions.¹⁸¹ Enkele jaren geleden werd Nederland in *The Economist* genoemd als favoriete locatie voor de afhandeling van massaschade.¹⁸²

59. Het succes van de WCAM heeft er op zijn minst aan bijgedragen dat ook andere Europese lidstaten, waaronder Duitsland, Frankrijk, Engeland en wellicht ook België, initiatieven hebben ontplooid, en in die zin kan van concurrentie worden gesproken.¹⁸³ Opgemerkt moet worden dat de internationale wervingskracht van de WCAM in de afgelopen paar jaar wat tanend lijkt. Wellicht neemt ook de Aanbeveling collectief verhaal van de Europese Commissie enige wind uit de zeilen.¹⁸⁴ Niettemin kon de in juli 2014 voorgestelde verruiming van de mogelijkheden van collectief verhaal voor schadevergoeding op enige internationale argwaan rekenen.¹⁸⁵

60. Op deze plaats kan verder worden verwezen naar andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting. Nederland is bekend vanwege de vele geschillencommissies die in consumentengeschillen en vooral kleinere zakengeschillen een zeer belangrijke rol spelen. In het bijzonder noemenswaard is de Nederlandse positie in de internationale handelsarbitrage. De in 2015 in werking getreden herziene arbitragewet heeft blijkens de Memorie van Toelichting ook de verbetering van de concurrentiepositie ten doel. Zo is te lezen dat naast innovatie “het verbeteren van de concurrentiepositie van Nederland hoog op de agenda” staat en “een hoogwaardige geschilbeslechting zowel bij de overheidsrechter als in arbitrage is daarvoor essentieel [1788]”.¹⁸⁶ Het economisch belang voor de lokale markt is door de regering als volgt verwoord:

“Hierbij moet worden gedacht aan inkomsten voor arbitrage-instituten in Nederland, inkomsten voor advocaten die de partijen bijstaan in het arbitraal geding of die over een geding adviseren en inkomsten voor de lokale economie in steden die als plaats van arbitrage worden gekozen.”

Ook arbitrageregels worden daarmee in de sleutel van competitie en economische belangen geplaatst.

¹⁸¹ ‘Nederland hoopt stokje VS over te nemen als land van class actions’, *Het Financieele Dagblad*, 17 november 2010.

¹⁸² ‘Chasseurs d’ambulances: Class-action suits are coming to Europe’, *The Economist*, 11 mei 2013.

¹⁸³ Zie bv. Burkhard HESS, “A Coherent Approach to European Collective Redress”, in Duncan Fairgrieve and Eva Lein (eds), *Extraterritoriality and Collective Redress* (Oxford University Press 2012), p. (107), 112 en voetnoot 12, waarin hij schrijft dat Duitsland onder verwijzing naar de Nederlandse procedure besloot om de tijdelijke Duitse procedure te verlengen. Voor een overzicht van recente ontwikkelingen in Europa zie Stefaan VOET, “European Collective Redress: a *Status Quaestionis*”, *International Journal of Procedural Law* 2014, p. (97) 121-128. In België is in 2014 in het Wetboek van Economisch Recht (WER) in Boek XVII een titel betreffende “Rechtsvordering tot collectief herstel” ingevoerd.

¹⁸⁴ Aanbeveling van de Commissie over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, C(2013) 3539, 11 juni 2013. Zie X.E. KRAMER, “Securities Collective Action and Private International Law” (177), p. 242-248. TILLEMA, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014/23, afl. 5 (vn. 179), p. 202 concludeert dat Nederland in de Europese pas loopt.

¹⁸⁵ Zie <http://conflictoflaws.net/2014/dutch-draft-bill-on-collective-action-for-compensation-a-note-on-extraterritorial-application/> (posted by Xandra Kramer) en met name de reactie van de US Chamber Institute for Legal Reform, beschikbaar op <https://www.internetconsultatie.nl/motiedijksma/reacties/datum>, die de internationale ambitie bekritiseerde.

¹⁸⁶ Memorie van Toelichting modernisering van het arbitragerecht, 16 april 2013, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/04/30/nader-rapport-inzake-het-voorstel-van-wet-tot-modernisering-van-het-arbitragerecht.html>.

IV. SAMENWERKING EN COMPETITIE: EEN SPANNINGSVELD?

61. Na de bovenstaande verkenningen van de beleidsmatige achtergronden en wetgevende en praktische ontwikkelingen van de Europese justitiële samenwerking enerzijds en het fenomeen van justitiële competitie anderzijds, is het tijd om de balans op te maken. In hoeverre is er sprake van een spanningsveld tussen competitie in de grensoverschrijdende civiele rechtspleging en de Europese civiele rechtsruimte? Daartoe zullen eerst de mogelijk positieve aspecten en gevaren van competitie in dit verband worden belicht. Vervolgens wordt de competitie bekeken in het licht van de ijkpunten van de Europese civiele rechtsruimte, zoals in par. II (nr. 6-28) uiteengezet.

A. JUSTITIËLE COMPETITIE: WINSTPUNTEN

1. *Economische groei*

62. Zoals hierboven uiteen gezet, lijkt er een duidelijk verband te bestaan tussen een goed functionerend rechterlijk systeem van geschillenbeslechting en economische groei. Dit bevordert een goed ondernemingsklimaat, waarmee bedrijven en investeringen worden aangetrokken. De vooronderstelde band tussen een betrouwbaar rechtssysteem wordt ondersteund door diverse internationale rapporten en verder wetenschappelijk onderzoek en is ook alleszins aannemelijk. Zoals het Engelse voorbeeld aantoont, kan een concurrerend beleid om geschillen met een groot (financieel) aan te trekken van directe invloed zijn op de omvang het omzet van de lokale juridische markt. Ook in Nederland is onder meer in het kader van de WCAM (zie nr. 58) en de nieuwe arbitragewet (nr. 60) verwezen naar deze belangen. Bij de laatste werd onderstreept dat dit positieve effect op de [1789] economie zeker in economische zeker in een economisch moeilijke tijd van groot belang is.¹⁸⁷ In dit opzicht moet een zekere judiciële concurrentie worden toegejuicht.

2. *Innovatie, best practices en kwaliteitsimpuls*

63. Een ander winstpunt is gelegen in de innovatie die competitie met zich brengt. Om te kunnen vissen in de internationale markt van de commerciële geschillenbeslechting moeten de gerechtelijke instanties goed zijn toegerust en procedures aantrekkelijk zijn. Modernisering van het gerechtelijk apparaat, de wijze van procederen, beschikbare procedures en procesregels is daarvoor van belang. Landen die internationaal concurrerend beogen te zijn, gaan er eerder toe over om te specialiseren (bijvoorbeeld de *commercial court*), bepaalde procedures tot stand te brengen (zoals collectieve procedures), de procesvoering door middel van onder meer digitalisering te moderniseren of om goede alternatieve geschillenbeslechtsmechanismen in te stellen. Deze landen zullen zich ook meer bewust zijn van het functioneren van andere rechtssystemen en zoeken naar *best practices* in de geschillenbeslechting. Zo wordt in Nederland door en vanuit het Ministerie van Justitie, het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatie Centrum (WODC)¹⁸⁸ en de Raad voor de rechtspraak regelmatig naar het buitenland gekeken en rechtsvergelijkend (en empirisch) onderzoek gedaan om als bron van inspiratie voor herziening van het Nederlandse recht te dienen.

¹⁸⁷ Memorie van Toelichting modernisering van het arbitragerecht (vn. 186), p. 2.

¹⁸⁸ Zie <https://www.wodc.nl/>.

64. Zoals uit de rapporten van onder meer CEPEJ, het *World Economic Forum* en de *WJP Rule of Law Index* blijkt, wordt het goed functioneren afgemeten aan waarden als een goede toegang tot het recht, efficiëntie, rechterlijke onafhankelijkheid en een effectieve tenuitvoerlegging.¹⁸⁹ Dit zijn algemeen erkende waarden voor een kwalitatief goede rechtspraak, die blijkens deze rapporten ook als zodanig door het justitiabelen worden gewaardeerd. Internationale concurrentie op deze punten zal dan ook een kwaliteitsimpuls voor het rechtssysteem kunnen zijn.

B. GEVAREN VAN JUSTITIËLE COMPETITIE

1. *Economie en fundamentele waarde van de rechtspraak*

65. Tegelijkertijd rijzen er ook enige twijfels bij een primair economische waardering van het rechtssysteem en de geschillenbeslechting, voor zover het om overheidsgerechten gaat. De term competitie, zoals deze in [\[1790\]](#) de voornamelijk rechtseconomische literatuur over dit onderwerp wordt gehanteerd, vooronderstelt dat rechtspraak een product is. Natuurlijk kan de geschillenbeslechting door overheidsrechters, evenals die door private geschillenbeslechters, worden gezien als een dienst ten behoeve van burgers en bedrijven die een conflict hebben. Dit is sinds het hierboven (nr. 35) gerefereerde paper van Landes en Posner een gedachte die steeds meer opgang heeft gevonden¹⁹⁰. Ook in het rapport van de Raad voor de rechtspraak over specialisatie (zie nr. 51) werd op de dienstverlenende rol van de overheidsrechtspraak gewezen, waarbij er sprake is van concurrentie tussen de dienstverleners.

66. De vergelijking met een bedrijfsmatig geproduceerd product dringt zich ook op als men kijkt naar hoe nationale overheden, maar ook de Europese wetgever, zich inzetten om procedures efficiënter en goedkoper te maken. Efficiency is al vele jaren het sleutelwoord in de discussies over de hervorming van het burgerlijk procesrecht. Zo worden gerechten in Nederland sterk afgerekend op productietargets. Een in 2012 door Nederlandse rechters opgesteld manifest, waarin zij hun zorg uitspreken over de kwaliteit van de rechtspraak onder druk van de productieafspraken, werd door vele honderden rechters ondertekend. In de discussies over vergroting van de efficiency en mogelijke internationale competitie moet niet uit het oog worden verloren dat rechtspraak niet zomaar een ‘product’ is dat bestaat uit zo snel en goedkoop mogelijk een uitspraak leveren. De civiele procedure dient ook en vooral ter verwezenlijking van het materiële recht en heeft tevens een rechtsordenende functie.¹⁹¹ Het is een proces waarin rechtsvorming en – tot op zekere hoogte – waarheidsvinding, een plaats hebben en moeten hebben. In dit opzicht onderscheidt overheidsrechtspraak zich ook van private geschillenbeslechting, zoals arbitrage, waar in beginsel alleen de belangen van procespartijen op het spel staan en het voorliggende geschil wordt beslecht.

Daarbij moet echter ook worden gerealiseerd dat een effectieve – en dus een vlotte – rechtspleging een recht is dat in art. 47 van het Handvest en art. 6 EVRM wordt gewaarborgd. Het maakt daarmee integraal deel uit van de fundamentele rechten die de civiele procedure moeten dragen.

¹⁸⁹ Zie nr. 38-39 hierboven.

¹⁹⁰ Zie nr. 35 hierboven.

¹⁹¹ Xandra E. KRAMER, *Uniform Law Review* 2014 (vn. 11), p. 220-221.

2. Partijautonomie en *race to the bottom* in het procesrecht?

67. Bij de positie van partijen in de discussie over judiciële competitie moet, zoals hierboven (nr. 42) werd betoogd aan de hand van WAGNER, een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat partijen gezamenlijk een door hun gewenst gerecht kiezen en de eenzijdige keuze door de eiser [1791] tussen alternatief bevoegde gerechten. De belangen van partijen lopen immers lang niet altijd parallel.¹⁹² Een forumshoppende eiser zal kiezen voor het gerecht dat zijn belangen het beste dient of soms zelf, uit oogpunt van procestactiek, de positie van de verweerder bemoeilijkt. Hierbij zullen niet altijd de objectieve kwaliteiten van het verkozen gerecht centraal staan, maar zal de eiser eenzijdig zijn kansen inschatten. Dit kan, zoals WAGNER betoogt, tot een *race to the bottom* leiden.¹⁹³ In het geval van een bilaterale rechtskeuze – zo is de gedachte – zullen zij voor het beste gerecht kiezen. Dit leidt dan tot een *race to the top*. Partijen zullen in het algemeen kiezen voor het gerecht dat hun gezamenlijke en van een concreet conflict onafhankelijke belangen het beste behartigd.¹⁹⁴

68. Hierbij kunnen een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste is het de vraag in hoeverre er sprake is van een volledige, tweezijdige vrijheid. In het geval van een contractuele forumkeuze zullen onderhandelingsacties en onderhandelingsmacht van één van de partijen een rol spelen. In de literatuur is in dit kader verder terecht gewezen op een het gevaar van een informatie asymmetrie.¹⁹⁵ Niet zelden zal de ene partij beter geïnformeerd zijn dan de ander en er bestaat het risico van een vertegenwoordigingsprobleem (*agency problem*) in de relatie advocaat-bedrijf zijn, waarbij advocaten eigen belangen hebben of alleen over bepaalde informatie beschikken. De vraag is dan ook of er niet ook andere factoren dan het zijn van het (objectief) ‘beste gerechtelijke systeem’ een rol spelen. Dit is ook een kritiek die het Nederlandse systeem van WCAM treft. Het zijn niet de slachtoffers *zelf* die de WCAM-schikking en procedure opzoeken, maar primair het schadeveroorzakende bedrijf. Dat die slachtoffers als belanghebbenden een opt-out recht hebben, is – in ieder geval voor de bevoegdheidskwestie – dan maar een schrale troost.

69. Afgezien van de kwestie unilaterale of bilaterale keuze, is het de vraag of er in het civiel procesrecht sprake zal zijn van een *race to the bottom*. Zoals hierboven (nr. 34) aan de orde kwam, is het ook voor het materiële recht betwist in hoeverre er een *race to the bottom* plaatsvindt. Voor het burgerlijk procesrecht kan ten eerste worden betwist of landen bewust de kwaliteit van hun procedures verlagen teneinde procespartijen aan te [1792] trekken.¹⁹⁶ Visscher wijst erop dat partijen niet direct het toepasselijke procesrecht kunnen kiezen, maar alleen via de omweg van de forumkeuze, dat ‘slecht’ procesrecht ook weer extra transactiekosten (bijvoorbeeld voor hoger beroep) met zich meebrengt en dat het ook niet aannemelijk is dat dit internationale procespartijen aantrekt.¹⁹⁷ De wens van een snel en goedkoop recht kan, zoals hierboven (nr. 66) besproken ten

¹⁹² Zie ook nr. 48 hierboven.

¹⁹³ Gerhard WAGNER, “Dispute Resolution as a Product” (vn. 9), p. 373-376.

¹⁹⁴ Zie ook de hierboven in nr. 63 genoemde innovatie en kwaliteitsimpuls die competitie kan geven.

¹⁹⁵ Jens DAMMANN en Henry HANSMANN, *Cornell Law Review* 2008(1) (vn. 94), p. 15-18.

¹⁹⁶ Louis VISSCHER, “A Law and Economics View on Harmonization of Procedural Law”, in: X.E. Kramer en C.H. van Rhee (Eds.), *Civil Litigation in a Globalising World* (Den Haag/Heidelberg: Asser Press/Springer 2012), p. (65) 86; Zampia VERNADAKI, “Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations”, *Journal of Contemporary European Research* 2013, p. (197) 303.

¹⁹⁷ Louis VISSCHER, “Law and Economics View” (vn. 196), p. 303-304.

aanzien van hoge productienormen, wel de kwaliteit van de rechtspraak, onder druk zetten.¹⁹⁸ Dit kan zowel zien op de naleving van procedurele normen als op de toepassing van het materiële recht, en daarmee de kwaliteit van de uitspraak.

C. JUSTITIËLE COMPETITIE GETOETST AAN DE EU-DOELSTELLINGEN

1. *Competitie en de Europese justitiële ruimte*

70. Het lijkt evident dat er een zekere spanning bestaat tussen enerzijds een judiciële competitie tussen de lidstaten en anderzijds de Europese rechtsruimte waarin wederzijds vertrouwen, samenwerking en coördinatie centraal staan, en *forumshopping* vanuit een principiële gelijkwaardigheid wordt bestreden. Voor de beantwoording van de vraag of competitie daadwerkelijk in strijd is met de Europese civiele rechtsruimte of anderszins problematisch is, moet naar de doelstellingen van de Europese civiele rechtsruimte worden gekeken.

De overkoepelende doelstelling van deze samenwerking is de verwezenlijking van de Europese justitiële ruimte, waarbij de vereenvoudiging en vergemakkelijking van het juridische klimaat van de burger centraal staan (zie nr. 7-9 hierboven). De premisse van wederzijds vertrouwen, gelijkwaardigheid, de coördinatie en samenwerking moeten vooral worden gezien als middelen om deze doelstelling te bereiken en niet als doelen op zich. Het probleem van de strikte regels gebaseerd op de principiële gelijkwaardigheid en wederzijds vertrouwen is vooral dat sommige systemen in de praktijk helemaal niet zo goed functioneren. In veel lidstaten zijn de kosten van procedures hoog, duren de procedures nog steeds lang, en in sommige lid-[1793]staten spelen er andere problemen binnen de rechterlijke macht, waaronder een gebrekkige onafhankelijkheid van de overheid en corruptie.¹⁹⁹

2. *Leidende EU-beginselen en het economisch beleidsperspectief*

71. Getoetst moet worden in hoeverre de beginselen van de Europese justitiële samenwerking, zoals hierboven (nr. 18-28) uitgewerkt, zich verzetten tegen competitie voor internationale geschillen tussen de lidstaten. Ten eerste het beginsel van wederzijds vertrouwen en de principiële gelijkwaardigheid van de systemen. Nog afgezien van wat in het vorige nummer werd gesteld over de functie en soms praktische problemen van dit beginsel, zou ik willen poneren dat competitie hiermee niet in strijd mee hoeft te zijn. Het beginsel van wederzijds vertrouwen en de gelijkwaardigheid zijn vooral van belang in het internationaal bevoegdheidsrecht en erkennings- en tenuitvoerleggingsrecht. Zolang de lidstaten deze regels respecteren en toepassen in overeenstemming met de doelstellingen en de rechtspraak van het Hof van Justitie, is er geen enkel bezwaar. Voor zover in het kader van de *battle of the brochures* het eigen rechtssysteem als beter wordt bestempeld dan dat van een andere lidstaten, is dat niet juridisch bezwaarlijk, maar is het in het licht van de Europese gedachte wellicht niet nastrevenswaardig.

¹⁹⁸ Zie ook nr. 66 hierboven met betrekking tot Nederland.

¹⁹⁹ Zie bijv. European Commission, EU Anti-corruption report, COM(2014) 38 final, 3 februari 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=COM:2014:0038:FIN>. Zie in deze context ook Xandra. E. KRAMER, “Private International Law Responses to Corruption: Approaches to Jurisdiction and Foreign Judgments and the International Fight against Corruption”, in: *International Law and the Fight against Corruption*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (Den Haag: Asser Press 2012), p. 99.

72. Wat betreft het beginsel van een gelijke en effectieve toegang kan het volgende worden opgemerkt. De meer concrete uitingen die vooralsnog aan de competitie zijn gegeven, bestaan uit de invoering van internationale handelsrechten (specialisatie), de mogelijkheid om in het Engels te procederen, bepaalde bijzondere procedures, alternatieve geschillenbeslechtsmechanismen en andere maatregelen die procedures vergemakkelijken en versnellen. Dit sluit aan bij het EU-beleid van een effectieve toegang tot de rechter en de totstandbrenging van bijzondere eenvormige procedures voor grensoverschrijdende gevallen. Van belang is dat deze gelijkelijk toegankelijk zijn voor bedrijven in de EU en dus bijvoorbeeld niet mogen differentiëren in griffierechten of andere kosten, afhankelijk van de herkomst van procespartijen.

73. De doelstelling van bevorderen van de rechtszekerheid en voorspelbaarheid door de verschillende wetgevingsinstrumenten, komt op geen enkele wijze in het geding door justitiële competitie. Het spreekt vanzelf dat dit geldt voor zover lidstaten de hier in het geding zijnde bevoegdheidsregels [1794] naar behoren toepassen, inclusief de regels die gelden voor litispending en forumkeuzes.

74. Justitiële competitie vindt vanzelfsprekend haar grenzen in het respect voor de fundamentele procedurele rechten, zoals die in het Handvest en het EVRM zijn neergelegd. De mede door concurrentieoverwegingen doorgevoerde efficiency in het procesrecht van de verschillende lidstaten, kan in dit opzicht alleen maar worden toegejuicht nu dit een procesvoering binnen een redelijke termijn bevordert. In dit kader moet nogmaals worden onderstreept dat snelle en goedkope procedures niet het enige doel moeten zijn van een op competitie gericht justitiebeleid. Een eerlijke rechtspleging moet zonder meer worden gewaarborgd.

75. Verder is van belang dat de verschillen vormen van competitie tussen de lidstaten, zoals ook het hierboven beschreven Nederlandse beleid laat zien, primair ingegeven worden door economische motieven. In die zin kan gezegd worden dat een zekere competitie juist goed aansluit bij het sinds de economische crisis door de EU gevoerde 'Justice for Growth' beleid.²⁰⁰ Het is ook de Europese Commissie zelf die met het EU Scorebord voor Justitie de verschillen tussen de lidstaten blootlegt en daarmee wellicht de concurrentie aanwakkert.²⁰¹

3. Een blik op de Verenigde Staten

76. Hierboven werd reeds een aantal keer gerefereerd aan *interstate competition* ofwel de competitie tussen de staten van de Verenigde Staten naar aanleiding van de oprichting van *business courts*. De literatuur hierover betreft veelal het functioneren van deze gerechten of afdelingen binnen gerechten en de mate van competitie tussen deze gerechten. In de mij bekende literatuur heb ik geen normatieve discussies aangetroffen die zien op de vraag of een dergelijke competitie wenselijk is of hoe zich dit verhoudt tot eventueel federaal beleid. Dit kan wellicht worden verklaard uit het feit dat, zoals bekend, het privaatrecht in beginsel het exclusieve domein van de

²⁰⁰ Zie hierboven nr. 17.

²⁰¹ Zie hierboven nr. 38.

staten is.²⁰² Zo is ook het internationaal bevoegdheidsrecht beginsel statelijk recht, al heeft het federale recht hier onder meer door de *due process clause* een grote invloed. De *full faith and credit clause*, die tot op zekere hoogte te vergelijken is met het beginsel van wederzijds vertrouwen zoals we dit in de [1795] EU hebben, is echter voor zover mij bekend, nooit in verband gebracht met of in stelling gebracht tegen een statelijk competitiebeleid.

4. Conclusie

77. Geconcludeerd kan worden dat een zekere competitie in de beslechting van grensoverschrijdende geschillen op zich niet onwenselijk is. Het is goed dat een land zich bewust is van het functioneren van zijn gerechtelijke systeem ten opzichte van dat van andere landen. Het kan dan waar nodig met een open oog voor goede wetgeving en praktijken in andere landen verbeteringen en innovaties doorvoeren. En dan niet alleen kwantitatief, maar ook kwalitatief. Dit komt ook de economie ten goede en de wereldwijde concurrentiepositie van Europa. De rechterlijke macht is echter geen bedrijf dat paperclips produceert, en een ongebreidelde competitie tussen gerechten, geregistreerd vanuit de overheid, acht ik niet wenselijk. In de Europese civiele rechtsruimte is een openlijke strijd om grote commerciële partijen en spraakmakende grensoverschrijdende zaken als zodanig niet nastrevenswaardig.

V. AFSLUITENDE OPMERKINGEN

A. COLLECTIEVE EN INDIVIDUELE BELANGEN: DE ROL VAN DE EU

78. Voor zover er een spanning zou bestaan tussen judiciële competitie en de uitgangspunten van de Europese rechtsruimte, is er geen klipklare oplossing om deze weg te nemen. Het kan lidstaten niet verboden worden om hun gerechtelijk systeem te propageren en zaken naar zich toe te trekken, vanzelfsprekend zolang zij binnen de grenzen van de EU-regels blijven. Evenmin kan procederende partijen worden belet de hun verschaftte unilaterale en bilaterale keuzevrijheid ten volle te benutten. Een geruststelling is wellicht dat de competitie in de civiele rechtspleging tussen de lidstaten geen wijdverbreid fenomeen is. Slechts een beperkt aantal lidstaten is hierin actief, met name de grote en West-Europese landen. Vanuit de noordelijke landen en het oogpunt van de alternatieve geschillenbeslechting is opgemerkt dat de competitieve positie onder ‘druk’ van Europese harmonisatie op dit terrein verloren kan gaan.²⁰³ Maar verder heb ik geen aanwijzingen dat dit fenomeen in de Noord-Europese landen een rol van belang [1796] heeft. Hetzelfde geldt voor de Oost-Europese landen, waar in de afgelopen decennia de nadruk op vernieuwing van het

²⁰² Dit geldt in beginsel ook voor het procesrecht van de statelijke gerechten, al hebben de Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) ook het nationaal procesrecht verregaand geharmoniseerd. Dit is echter een proces van spontane harmonisatie geweest. Zie hierover Paul R. DUBINSKY, “United States: Harmonisation and Voluntarism. The Role of Elites in Creating an Influential National Model, the Federal Rules of Civil Procedure”, in: X.E. Kramer en C.H. van Rhee (Eds.), *Civil Litigation in a Globalising World* (Den Haag/Heidelberg: Asser Press/Springer 2012), p. 223-245.

²⁰³ Anna NYLUND, “European Integration and Nordic Civil Procedure”, in: Laura Ervo en Anna Nylund (Eds.), *The Future of Civil Litigation: Access to Courts and Court-annexed Mediation* (Heidelberg: Springer 2014), p. (31) 48 “Also, national systems might lose their relative competitive edge with European developments. For instance, regulation on mediation stopping statutory limitations might make mediation more attractive in member states than in states not having such rules. Consequently, the choice of forum, or the choice of using mediation prior to litigation, might be affected.”

procesrecht en de gerechtelijke infrastructuur heeft gelegen. Ook in de Zuid-Europese landen, die in de afgelopen jaren flink zijn geraakt door de financiële crisis, blijkt niet van een actieve rol in de internationale judiciële competitie. Deze landen scoren in de verschillende internationale en Europese *rankings* overigens vaak lager en zijn internationaal over het algemeen weinig competitief vanwege de lange duur van de procedures.

79. Niettemin is er sprake van competitie in verschillende lidstaten en vanuit mededingingsperspectief is juist het feit dat alleen enkele grote en economisch sterkere landen een dominante rol spelen een punt van aandacht. Opvallend is dat juist deze landen het in de verschillende internationale *rankings* goed doen. Zo neemt in de *WJP Rule of Law Index* op het onderdeel *Civil Justice* van 2014 Nederland een tweede plaats in, Duitsland de derde positie, het Verenigd Koninkrijk de veertiende plaats en Frankrijk de achttiende plaats.²⁰⁴ Het is goed mogelijk dat de aandacht voor de concurrentiepositie hieraan bijdraagt. Overigens zijn de noordelijke staten in deze index onbetwiste koplopers: wat betreft *Civil Justice* neemt (niet-EU lidstaat) Noorwegen de eerste plaats in, Denemarken de vierde en Zweden de vijfde.

80. De belangrijkste rol van de EU in deze is het bewaken en bevorderen van het gelijke speelveld voor de betrokken actoren en de lidstaten. De competitieve lidstaten zullen primair hun individuele belangen behartigen en minder de collectieve belangen van de Europese civiele rechtsruimte. Het is dan aan de EU om toe te zien dat een sterke competitie door de ene lidstaat niet ten koste gaat van de andere lidstaat en dat individuele procespartijen niet in hun keuzemogelijkheden worden beknot of benadeeld. Het creëren van een gelijk speelveld impliceert dan wellicht meer regulering en een verdere harmonisatie.²⁰⁵

B. HET HARMONISATIEPERSPECTIEF

81. Hoe gecompliceerd een verdere harmonisatie van het procesrecht in het huidige tijdsgewricht is, heeft ook de jarenlang slepende EU discussie over collectief verhaal aangetoond. Hierin culmineerde een veelheid aan nationale rechtsregels en -culturen, beleid en belangentegenstellingen, in het onvermogen om tot Europese regelgeving te komen. Wel zijn met de Mededeling betreffende een horizontaal kader en de Aanbeveling collectief [1797] verhaal de eerste stappen gezet.²⁰⁶ Belangwekkend in dit kader is dat na lange onderhandelingen de Overeenkomst betreffende een Europees octrooigerecht tot stand is gekomen. De hierbij horende *Rules of Procedure* die nu als ontwerp voorliggen, vormen een alomvattend systeem van procesrecht voor Europese octrooizaken. Deze zullen – naar mag worden gehoopt – een einde maken aan de praktische en juridische problemen rond de behandeling en afstemming van Europese octrooizaken. Tegelijkertijd zal het goeddeels een einde maken aan *forumshopping* van rechthebbenden en (vermeende) inbreukplegers en de competitie tussen de gerechtelijke procedures in de lidstaten.

²⁰⁴ Zie <http://data.worldjusticeproject.org/>.

²⁰⁵ Zie ook hierboven nr. 14, 23 en 24.

²⁰⁶ Europese Commissie, Mededeling “Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal”, COM(2013) 401 def., 11 juni 2013, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=COM:2013:0401:FIN>, en Aanbeveling “Collectief verhaal” (vn. 24).

82. Een algemeen probleem van de Europese civiele rechtsruimte en het procesrecht is dat de harmonisatie beperkt en *ad hoc* is. De inperking van de competentie op de voet van art. 81 VWEU tot grensoverschrijdende zaken, de opstelling van de lidstaten hierin, het gebrek aan visie van de Europese wetgever, maar ook de complexiteit van de materie en de meerlagige rechtsstructuur zijn hier debet aan. In mijn Rotterdamse oratie van 2012 schetste ik het beeld van een huis waarvan de fundamenteën wat wankel zijn en waar iedere verdieping er weer heel anders uitziet, zonder een duidelijke structuur of coherentie. Ik heb de staat van de harmonisatie van het Europees burgerlijk procesrecht bij die gelegenheid aangeduid als *procedureel deconstructivisme*. Dit draagt voorsnog weinig bij aan het creëren van een gelijk speelveld voor alle actoren en de gedachte dat de Europese civiele rechtsruimte ook echt één ruimte is.

Daarnaast heeft een aantal instrumenten, zoals de eenvormige procedures voor betalingsbevelen en *small claims*, een optioneel karakter. Dit creëert ook een mogelijkheid van verticale competitie tussen de nationale en Europese procedures. Dit is naar mijn oordeel echter geen ongewenste vorm van competitie. Het biedt wellicht juist de best mogelijke combinatie van het creëren van een *level playing field* (al is de keuze dan beperkt tot de eisende partij) en een niet verder dan noodzakelijke interventie, zeker in een tijd waar niet alle neuzen dezelfde kant op staan.²⁰⁷ [1798]

C. TOT SLOT

83. Het fascinerende fenomeen van competitie in de civiele rechtspleging, die door de financiële crisis een impuls heeft gekregen en wellicht wordt aangewakkerd door de tendens van *ranking the justice systems*, vormt naar mijn oordeel geen bedreiging van de justitiële samenwerking in civiele zaken in Europa. Zij geeft een extra dimensie aan het steeds veranderende landschap van het Europees burgerlijk procesrecht, de interactie tussen de lidstaten en de wisselwerking tussen het Europese en nationale recht. Enige vorm van competitie op dit terrein vormt een stimulans voor de individuele lidstaten om hun procesrecht te verbeteren en kan daarmee de samenwerking, gebaseerd op wederzijds vertrouwen in elkaars rechtssysteem, juist ook versterken. Wederzijds vertrouwen kan immers alleen groeien als de lidstaten er over een weer op mogen rekenen dat de rechterlijke macht goed is toegerust, procedures adequaat zijn en er een effectieve rechtspleging is. De verdere ontwikkeling van het Europees burgerlijk procesrecht is hiermee gebaat. Niettemin is enige waakzaamheid geboden. Een grote competitiedrang kan de gelijkwaardigheid en de bereidheid om samen te werken, bijvoorbeeld rechtsmacht ‘af te staan’ als dat door de bevoegdheidsregels ingegeven is of verdergaande harmonisatie, doen afnemen. Justitiële competitie moet bijdragen aan economische welvaart en een kwalitatief goed rechtssysteem, en dient hand in hand te gaan met justitiële coöperatie. [1798]

²⁰⁷ Zie voor een analogie met het rechtspersonenrecht Martina ECKARDT en Wolfgang KERBER, “Developing Two-tiered Regulatory Competition in EU Corporate Law: Assessing the Impact of the *Societas Privata Europaea*”, *Journal of Law and Society* 2014, p. 152-177.

[1803]

ENGLISH SUMMARY

In several European countries, policy is increasingly aimed at attracting high interest international commercial litigation. For instance, some countries have enabled or proposed to litigate in the English language, in part in response to the apparent attractiveness of English courts. Also by introducing commercial courts and specific procedures, countries seek to make their civil justice systems attractive to litigants. A number of countries openly advertises their courts systems by means of targeted brochures. These manifestations of regulatory competition in the European context are remarkable against the background of the intensified judicial cooperation in cross-border civil matters and the gradual harmonisation of procedural law. The central question in this paper is how civil justice competition relates to the European judicial area.

For this purpose, the paper first investigates the objectives, foundations and principles of the European civil justice area (II). European judicial cooperation is based on the principle of mutual trust and relies on the equality of legal systems. Other pillars that can be identified are equal access to justice, effective enforcement, legal certainty and respect for fundamental procedural rights.

Next, regulatory competition in general, and civil justice competition in particular is explored, and illustrated by examples of policy and legislative activities in the Netherlands (III). The phenomenon of judicial competition seems to be part of a global trend to understand the law in economic terms and to compare legal systems, as is also evidenced by the rankings of the World Economic Forum and the World Justice Project (Rule of Law Index). In Europe, since 2010 the economic importance of legal measures plays a central role, and since several years the European Commission publishes the EU Justice Scoreboard. It should be noted however, that the phenomenon of regulatory competition in civil litigation is still limited. Only a limited number of countries is actively involved, and parties' choices often seem to be guided by familiarity with that system or neutrality, or the choice of forum is connected with a choice of law.

Finally, the paper analyzes the relationship and the potential tension between civil justice competition and the European civil justice area (IV). It is concluded that judicial competition as such is not contrary to the principles of the European judicial area. It can contribute to a healthy competition that may have economic benefits and may boost the quality of dispute resolution systems. The fear of a *race to the bottom* seems not to be well-founded since generally countries and parties do not have an interest in lowering the quality of civil procedure. Civil justice competition does not hamper European judicial cooperation either; on the contrary, it could enhance the premise of mutual trust. Nevertheless, the primacy of valuing the law in economic terms and the drive for competitive require consideration. A one-sided focus on rapid and inexpensive justice might put pressure on the procedural and substantive quality of justice. To the extent that there is a tension with the principles and rules of the European area of justice it is for the EU legislature to monitor and secure the level playing field for the actors, where necessary through harmonisation.