

# Een Netherlands Commercial Court

## 1. Inleiding

De eerste keer dat ik Peter Ingelse ontmoette, was in de rechtszaal, niet lang na zijn aantreden als voorzitter van de Ondernemingskamer. Ik zal die eerste ontmoeting niet snel vergeten, en ik denk Peter evenmin. Namens Mark Bamford had ik de Ondernemingskamer verzocht een enquête te gelasten naar Transmission and Engineering Services Netherlands B.V. ('TESN'). Dat Mark Bamford bevoegd was een enquêteverzoek te doen was niet evident. De aandelen in TESN werden gehouden door twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen, Global Engineering Services N.V. en Castor N.V. De aandelen in die vennootschappen werden elk voor een kwart gehouden door vier *discretionary trusts* naar het recht van Bermuda. Mark Bamford was *primary beneficiary* van twee van de trusts, MB Bermuda Trust 1 ('MB1') en MB Bermuda Trust 2 ('MB2'). Er speelden twee vragen. De eerste vraag was of door de twee Nederlands-Antilliaanse vennootschappen, die geen andere activiteit hadden dan het houden van de aandelen in TESN, heen kon worden gekeken. De tweede was of Mark gezien zijn rechten als *primary beneficiary* van de MB1- en MB2-trust gelijkgesteld kon worden met een certificaathouder in TESN. Die vraag was mede afhankelijk van het trustrecht van Bermuda, dat inhoudelijk gelijk is aan het trustrecht van Engeland en Wales. De Ondernemingskamer had besloten om eerst deze voorvraag, of Mark Bamford enquêtebevoegd was, te behandelen. Om de Ondernemingskamer over Marks rechten onder de trusts voor te lichten had ik aangekondigd om de zaak samen te bepleiten met een Engelse barrister, Brian Green QC. De advocatenwet biedt die mogelijkheid.<sup>1</sup> De bezoekende advocaat heeft dan de keuze tussen het dragen van 'het kostuum dat is voorgeschreven in zijn staat van herkomst', of een Nederlandse toga.<sup>2</sup> Brian koos ervoor, enigszins tot mijn teleurstelling, zijn toga en pruik in Londen te laten en te pleiten in een leentoga van mijn kantoor. Een ander discussiepunt was de taal. Zou Brian in het Engels kunnen pleiten of zou zijn betoog door een tolk moeten worden vertaald? Die beslissing was aan Peter: de rechter die de leiding heeft van de terechtzitting kan bezoekende advocaten toestaan zich van een andere taal te bedienen dan de Nederlandse, indien hij van mening is dat daardoor een goede rechtsbedeling niet wordt geschaad. Hij kan daarbij als voorwaarde stellen dat van een tolk gebruik gemaakt wordt.<sup>3</sup> Gelukkig voor mij oordeelde Peter dat een pleidooi van Brian in het Engels zonder gebruik te maken van een tolk niet aan een goede rechtsbedeling in de weg stond.

Mijn grote zorg was dat wij samen maar een half uur spreektijd hadden gekregen, en Peter had een verzoek om spreektijdverlenging afgewezen. Mijn pleidooi afraffelend was het mij net gelukt om binnen het kwartier te blijven. Vervolgens gaf ik het woord aan Brian, die ik op het hart had gedrukt dat ook hij maar een kwartier spreektijd had. Tot mijn grote schrik be-

\* Mr. Drs. R.M. Hermans is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek. Hij vertegenwoordigt af en toe partijen in enquêtetrajecten en kent Peter Ingelse uit de rechtszaal.

1 Artikel 16e Advocatenwet.

2 Artikel 16e lid 5 Advocatenwet.

3 Artikel 16e lid 6 Advocatenwet.

gon Brian, buitengewoon eloquent, op een wijze waar Engelse barristers patent op hebben, enorm uit te wijden, en na een minuut of vijf was mij duidelijk dat hij wel een klein uur aan het woord zou zijn. Die eloquentie had ook een voordeel, want de gehele Ondernemingskamer, inclusief Peter, zat geboeid te luisteren. Of Peter de tijd was vergeten, of zich gewoon de *once in a lifetime experience* van een geweldig pleidooi van een top-QC<sup>4</sup> in zijn rechtszaal niet wilde laten ontnemen, heb ik nooit geweten, maar hij heeft Brian laten uitpraten. Uiteindelijk heeft Brians mooie pleidooi niet geholpen, want de Ondernemingskamer besliste dat Mark niet bevoegd was een enquête naar TESN te verzoeken.<sup>5</sup> De Hoge Raad was het daarmee eens.<sup>6</sup> Over de beschikkingen van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad kan het nodige worden gezegd, maar dat zal ik hier niet doen.

Aan het pleidooi van Brian in de TESN-zaak moest ik denken toen ik de lezing van Frits Bakker op de Dag van de Rechtspraak las.<sup>7</sup> Hij kondigde aan dat de Raad voor de rechtspraak zich gaat inzetten voor de oprichting van een *Netherlands Commercial Court* ('NCC'): een speciale rechtbank die grote internationale en nationale handelsgeschillen binnen een paar maanden kan afdoen met efficiënte, Engelstalige procedures. Als dat initiatief realiteit wordt, zullen hele procedures in het Engels worden behandeld. Ik denk dat de praktijk hieraan behoefte heeft. In deze bijdrage aan Peters afscheidsbundel zal ik mijn ideeën hierover uiteenzetten.

## 2. Een Netherlands Commercial Court voorziet in een behoefte

Rechtspraak maakt samen leven mogelijk. Dat is het motto van de Raad voor de rechtspraak. Dit motto benadrukt de fundamentele, grondwettelijk verankerde, rol van de rechtspraak in de samenleving. Die rol is belangrijk. Maar de rechtspraak is meer dan dat. De rechtspraak is, in mijn visie, ook een professionele dienstverlener met klanten die, waar het geschilbeslechting in handelsgeschillen betreft, concurreert met overheidsrechtspraak in andere landen en (internationale) arbitrage.

De afgelopen 30 jaar heeft de rechtspraak een enorme ontwikkeling doorgemaakt. Er hebben ongedachte technologische ontwikkelingen plaatsgevonden. Het eindpunt van die ontwikkeling is nog niet in zicht. Met een laptop, een internetaansluiting en een mobiele telefoon kan iedere jurist waar ook ter wereld werken. Het internationale handelsverkeer is explosief gegroeid, met als gevolg dat Engels in grote delen van het bedrijfsleven (inclusief de zakelijke dienstverlening), de voertaal is geworden. Verder is de regeldruk explosief gegroeid. Hele rechtsgebieden die 30 jaar geleden nog niet bestonden of in de kinderschoenen stonden, zoals het effectenrecht, zijn ontstaan, terwijl andere ingrijpend van karakter zijn veranderd. Dit mede omdat de Pavlov-reactie van politici op een crisis of een schandaal bestaat uit het introduceren van meer regels en meer toezicht. Door de ontwikkeling van vooral het Unierecht is het recht bovendien inhoudelijk veel internationaler geworden.<sup>8</sup>

4 Volgens Chambers & Partners in 2012 is Brian 'the Rolls-Royce of chancery barristers'.

5 OK 5 november 2009, JOR 2010/10 m.nt. A. Doorman.

6 HR 8 april 2011, JOR 2011/178 m.nt. A. Doorman.

7 [www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Rechtspraak-zet-in-op-speciale-rechtbank-voor-handelsconflicten.aspx](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Nieuws/Pages/Rechtspraak-zet-in-op-speciale-rechtbank-voor-handelsconflicten.aspx)

8 Vergelijk hierover Marc Loth, De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvinding in een gelaagde rechtsorde, oratie Tilburg University (2014).

Deze ontwikkeling van de rechtspraak heeft ingrijpende veranderingen voor de advocatuur tot gevolg gehad. Advocaten zijn zich gaan specialiseren, in rechtsgebieden en economische sectoren, zonder overigens *one trick ponies* te worden.<sup>9</sup> De markt voor advocatenkantoren is sterk gesegmenteerd. Binnen het segment dat zich richt op de dienstverlening aan grote ondernemingen kan een verdere onderverdeling worden gemaakt. Er zijn grote fullservicekantoren en kleine nichekantoren. Sommige grote fullservicekantoren zijn onafhankelijk, andere maken deel uit van een *global law firm*. Al deze kantoren hebben echter gemeen dat zij veel internationaler zijn dan vroeger. Hun klanten zijn voor een groot deel in het buitenland gevestigd of hebben buitenlandse activiteiten. De communicatie vindt meer en meer plaats in het Engels. Dit mede omdat bij de juridische afdelingen van Nederlandse multinationals steeds meer buitenlandse juristen werken die de Nederlandse taal niet machtig zijn. Door die internationalisering komt de concurrentie voor in Nederland gevestigde advocatenkantoren die zich op de grote Nederlandse ondernemingen richten meer en meer uit het buitenland. De technologische ontwikkelingen hebben ook de vraag naar juridische diensten beïnvloed en zullen die ingrijpend blijven beïnvloeden.<sup>10</sup> Deze ontwikkelingen en de professionalisering van de inkoop van juridische diensten door grote ondernemingen hebben de relatie tussen advocatuur en ondernemingen veranderd. Advocatenkantoren zullen permanent hun toegevoegde waarde voor de ondernemingsdoelstellingen van hun klanten moeten kunnen aantonen. Kantoren die daartoe niet in staat zijn, krijgen het moeilijk.

Die (internationale) concurrentie en de professionalisering van de juridische afdelingen van grote ondernemingen dwingt advocatenkantoren te innoveren en hun werkprocessen aan te passen. Bij alle grote advocatenkantoren staat dit onderwerp hoog op de agenda.

De ontwikkeling die de commerciële advocatuur de afgelopen jaren heeft doorgemaakt, is aan de rechtspraak nagenoeg volledig voorbijgegaan. De dienstverlening door de rechtspraak aan grote ondernemingen in handelsgeschillen is niet verbeterd. Rechters zijn, uitzonderingen daargelaten, geen specialisten maar generalisten, die nadat zij op een bepaald rechtsgebied zijn ingewerkt, veelal snel weer moeten rouleren naar een andere sector. Deze verplichte roulatie is op zich niet nieuw, maar wel problematischer dan vroeger in het licht van de toegenomen complexiteit van het recht, waardoor het belang van (sector-)specialistische kennis is toegenomen. Rechters worden bovendien geconfronteerd met advocaten die wel die (sector-)specialistische kennis hebben. De financiering van de gerechten heeft onmiskenbaar een invloed op de wijze waarop zaken worden behandeld, en draagt niet bij aan de service die de rechtspraak ondernemingen in handelszaken biedt.<sup>11</sup> Drie decennia geleden werden zaken als regel meervoudig behandeld, thans doorgaans enkelvoudig. Voor bewijslevering was er in de vorige eeuw volop gelegenheid, terwijl nu zaken bij voorkeur zonder bewijslevering worden afgedaan, op de grond dat een partij niet aan haar stelplicht zou hebben voldaan. De werkprocessen binnen de gerechten zijn nauwelijks veranderd en de communicatie tussen de rechtspraak en de advocatuur vindt in het internettijdperk nog steeds plaats via de post

9 Dit wordt wel aangeduid met de uitdrukking *T-shaped lawyer*. Zie over dit begrip: *Lessen uit Amerika*, Advocatenblad 2014, aflevering 3.

10 Vergelijk Richard Susskind, *Tomorrow's Lawyers, An Introduction to Your Future*, Oxford University Press 2013.

11 Vergelijk M.J.A.M. Ahsmann, *Bewijs: verschuiving van 'bewijs' naar 'stellen'?*, verslag vergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, 27 november 2009, p. 13.

en de telefax.<sup>12</sup> Het wekt dan ook geen verbazing dat de marktpositie van de Nederlandse rechtspraak is verslechterd. Dat kan ook objectief worden aangetoond door de *Global Competitiveness Reports* van het *World Economic Forum* uit 2014/2015 te vergelijken met die uit 2006/2007.<sup>13</sup> Anekdotisch bewijs voor deze stelling kan bijvoorbeeld worden gevonden uit het grotendeels verdwijnen van de natte praktijk bij de rechtbank Rotterdam. Die praktijk is grotendeels naar Londen gegaan.<sup>14</sup> Gelet op dit alles lijkt nauwelijks voor betwisting vatbaar dat er bij de beslechting van handelsgeschillen door de Nederlandse gerechten aanzienlijk achterstallig onderhoud is ontstaan.

Om het beeld te nuanceren moet worden opgemerkt dat het natuurlijk niet alleen kommer en kwel is. De inhoudelijke kwaliteit van de Nederlandse rechtspraak is, uitzonderingen daargelaten, goed. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspraak zijn boven iedere twijfel verheven. Voorzieningenrechtters kunnen voorzien in snelle en praktische voorlopige voorzieningen. Voorts zijn de doorlooptijden van bodemprocedures de afgelopen jaren verkort (zij het juist niet altijd in complexe handelszaken). In deze afscheidsbundel voor Peter mag bovendien niet onvermeld blijven dat de barristers met wie ik voor de Ondernemingskamer heb gepleit, naast Brian Green QC in de eerste TESN-zaak Fidelis Oditah QC, zeer onder de indruk waren van de kwaliteit en snelheid van de procedure bij de Ondernemingskamer. Er moet echter wel iets gebeuren, en dat de Raad voor de rechtspraak dat inziet en er met het initiatief voor de oprichting van een NCC iets aan wil doen, juich ik toe.

Er is ook een economische rechtvaardiging voor een investering in een NCC. Partijen kunnen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen.<sup>15</sup> Artikel 23 EEX-Verordening, diverse verdragen en artikel 8 Rv bieden partijen de gelegenheid hun geschillen te onderwerpen aan beslechting door een overheidsrechter naar keuze. Dit betekent dat de Nederlandse overheidsrechter concurreert met (internationale) arbitrage en overheidsrechtspraak in andere landen. Sommige landen, zoals het Verenigd Koninkrijk, Ierland, de Verenigde Arabische Emiraten en Singapore, zijn zeer actief om hun land als centrum voor geschilbeslechting te promoten. Nederland heeft in dit opzicht nog weinig initiatief getoond. Den Haag mag dan wel de *legal capital of the world* zijn, die titel verdient het alleen door zijn rol in het beslechten van geschillen op het gebied van het internationale strafrecht en internationale publiekrecht. Voor de beslechting van handelsgeschillen tussen internationale ondernemingen is Den Haag vrijwel irrelevant.<sup>16</sup> Dit betekent dat als grote ondernemingen niet tevreden zijn met het aanbod van de Nederlandse gerechten voor geschilbeslechting in handelszaken, zij eerder zullen kiezen voor arbitrage of een forumkeuze maken voor overheidsrechtspraak buiten Nederland. Dat is voor Nederlandse ondernemingen kostenverhogend. Zonder een kwaliteitsimpuls in de Nederlandse overheidsrechtspraak loopt de Nederlandse overheidsrechter een serieus ri-

12 Dat gaat veranderen als het KEI-programma in werking is getreden. Zie de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, Tweede Kamer 2014-2015, 34059.

13 Deze rapporten zijn te vinden op [www.weforum.org](http://www.weforum.org).

14 Een deel van de teruggang kan ook worden verklaard door het feit dat er door de technische ontwikkelingen veel minder ladingschades zijn dan vroeger.

15 Artikel 1020 Rv.

16 Het initiatief van het in Den Haag gevestigde P.R.I.M.E. Finance, een arbitrage-instituut voor de beslechting van complexe financiële geschillen, is nog niet echt van de grond gekomen. Zie hierover [www.primefinancedisputes.org](http://www.primefinancedisputes.org).

sico marktaandeel te verliezen. Omgekeerd biedt het oprichten van een *NCC* juist kansen. Ik acht het waarschijnlijk dat een *NCC* een aantrekkelijk alternatief kan zijn voor arbitrage of bijvoorbeeld het Londense *High Court*. Kwalitatief goed, neutraal met een praktische, continentale inslag en veel goedkoper dan arbitrage of het *High Court*. Als gekozen zou worden voor Den Haag als vestigingsplaats, kan een *NCC* meeliften op de reputatie van de andere aldaar al aanwezige instellingen. In algemene zin is kwalitatief goede overheidsrechtspraak voor het Nederlandse vestigingsklimaat van groot belang. Als die rechtspraak in het Engels kan plaatsvinden zal dat in de concurrentieslag met andere landen voor het aantrekken van hoofdkantoren, productiefaciliteiten en distributiecentra zeker een voordeel zijn. Daarnaast kan worden gewezen op het economische belang van de juridische sector zelf. Hoe groot dat belang in Nederland is weet ik niet, maar in Engeland gaat het om GBP 20 miljard per jaar.<sup>17</sup> Zoveel zal het in Nederland nooit worden, maar de bijdrage van de juridische sector aan de economie is hoe dan ook substantieel en een investering door de rechtspraak waard. Rechterlijk ondernemerschap biedt kansen.<sup>18</sup>

Uiteraard staat of valt het succes van een mogelijk *NCC* met de mate waarin het gerecht kan voorzien in de behoefte van zijn klanten: grote ondernemingen en de advocaten die hen bijstaan. Daarbij zijn een aantal aspecten van belang: de bevoegdheid, de procesvoering, het bewijsrecht en de interne organisatie. In het bestek van deze bijdrage kan ik niet op al deze aspecten in detail ingaan. Ik volsta met een aantal opmerkingen.

### 3. Bevoegdheid

Indien er een *NCC* zou worden ingevoerd, moet worden vastgesteld in welke zaken dit gerecht bevoegd is.

Partijen kunnen een *NCC* bij overeenkomst als bevoegde rechter aanwijzen. Dat kan vooraf, in de overeenkomst waarmee zij een rechtsrelatie aangaan, of achteraf, als er als een concreet geschil is.<sup>19</sup> In dat laatste geval behoeft het niet alleen om contractuele geschillen te gaan. Partijen kunnen er ook voor kiezen een geschil uit onrechtmatige daad of over de handhaving van IE-rechten aan een *NCC* voor te leggen. Als er een *NCC* komt, zullen de zaken in eerste instantie komen van partijen die ervoor kiezen een concreet geschil aan een *NCC* voor te leggen. Het ligt immers voor de hand dat partijen er pas na verloop van tijd voor zullen kiezen om op voorhand eventuele geschillen aan een *NCC* voor te leggen. Ik heb mij nog afgevraagd of er beperkingen moeten worden opgelegd aan partijen om voor geschilbeslechting door een *NCC* te kiezen. Gezien het uitgangspunt dat een *NCC* bedoeld is voor geschillen in handelszaken, ligt het voor de hand om geschillen met consumenten uit te sluiten. Ik heb mij verder nog afgevraagd of kleine ondernemingen bijzondere bescherming behoeven. Dat lijkt mij niet nodig, omdat deze partijen nu ook al voor geschilbeslechting in arbitrage of voor een

17 Alan Yarrow (The Lord Mayor of the City of London 2014-2015), *Why now is the time for London to be proud of its world-leading legal sector*, City A.M., 9 februari 2015.

18 Vergelijk over de Ondernemingskamer, A. Böcker c.s., *Specialisatie loont?!*, *Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Research Memoranda Raad voor de rechtspraak jaargang 6, nummer 1/2010, p. 299.

19 Partijen zouden ook gezamenlijk in een aanhangige procedure om verwijzing naar een *NCC* moeten kunnen vragen.

buitenlandse rechter kunnen kiezen, onverminderd uiteraard bestaande beschermingsbepalingen, als bijvoorbeeld artikel 6:233 BW.

Daarnaast zou de mogelijkheid kunnen worden geboden om in de statuten van commerciële rechtspersonen op te nemen dat eventuele geschillen tussen de rechtspersoon en de leden, de leden onderling, of de in boek 2 BW geregelde verzoekschriftprocedures door een *NCC* worden beslist. De praktijk zal hieraan behoefte hebben, met name omdat de Hoge Raad heeft beslist dat bepaalde ondernemingsrechtelijke geschillen niet arbitabel zijn.<sup>20</sup> Bijzondere aandacht verdient in dit geval de enquêteprocedure, omdat voor die procedure de Ondernemingskamer is aangewezen. Ik heb er geen enkele twijfel over dat sommige partijen ook in enquêteprocedures de behoefte hebben om in het Engels te kunnen procederen. Ik zou die optie willen bieden. Om dat mogelijk te maken zou de Ondernemingskamer in zaken waarin in het Engels wordt geprocedeerd deel kunnen uitmaken van een *NCC*. Principieel zie ik geen reden waarom dat niet zou kunnen.

Ten slotte zou de wetgever er ook voor kunnen kiezen de beslechting van bepaalde typen geschillen op te dragen aan een *NCC*, bijvoorbeeld als daar specialistische kennis voor nodig is. Naar mijn mening zou dat echter uitsluitend kunnen als de behandeling van het geschil dan in het Nederlands plaatsvindt, behoudens als partijen zelf kiezen voor een behandeling in het Engels. Het gaat mij namelijk een brug te ver als de wetgever partijen zou kunnen dwingen te procederen in een andere taal dan het Nederlands. Dat zou betekenen dat sommige procedures bij een *NCC* dan in het Nederlands zouden moeten plaatsvinden. Dat lijkt mij prima. Een andere mogelijkheid die overdenking vraagt is of het zinvol zou kunnen zijn dat partijen een *NCC* kunnen vragen het geschil als arbitrage te behandelen (waarbij dan de mogelijkheid om vernietiging te vorderen zou moeten worden uitgesloten, hetgeen gerechtvaardigd is omdat de arbiters deel uit maken van een overheidsgerecht). In dat geval is hoger beroep en beroep in cassatie uitgesloten. Partijen zouden ook nog andere argumenten kunnen hebben om een *NCC* te verzoeken als arbiters uitspraak te doen. Arbitrale uitspraken zijn via het Verdrag van New York in meer landen ten uitvoer te leggen dan een vonnis van een Nederlandse overheidsrechter. Verder biedt arbitrage meer ruimte om geheimhouding overeen te komen.

#### 4. Procesvoering op maat

Als er iets is waaraan partijen in complexe handelsgeschillen behoefte hebben is het maatwerk. Partijen hebben, anders dan Frits Bakker in zijn lezing veronderstelde, in het algemeen geen behoefte aan snellere procedures, maar aan procedures waarop zij invloed hebben en die voorspelbaar zijn. Dit betekent dat als partijen het eens zijn over de procesvoering, waaronder begrepen de termijnen, de vragen waarover als eerste moet worden beslist en eventuele voorlopige bewijsverrichtingen, de rechter die wensen in beginsel zou moeten honoreren. Als partijen het echter niet eens zijn over de procesvoering is er behoefte aan een sterke regiefunctie door de rechter. Het is wenselijk dat bij de aanvang van het geschil direct een regierechter wordt aangewezen (die ook deel uitmaakt van de kamer). De regierechter zou direct contact met partijen moeten leggen over de wijze waarop het geding zal worden gevoerd. Als partijen het eens zijn is de rol van de regierechter beperkt tot het vastleggen van de door partijen zelf gemaakte afspraken. Zijn partijen het niet eens, dan kan de regierechter de knoop doorhakken en een beslissing geven ter instructie van de zaak. Verder is het wezen-

<sup>20</sup> HR 10 november 2006, NJ 2007, 561 m.nt. H.J. Snijders.

lijk dat dezelfde rechter of rechters alle beslissingen nemen. In het huidige procesrecht is dit niet het geval. Als partijen een voorlopige voorziening behoeven moeten zij een kort geding aanspannen, dat wordt gehouden ten overstaan van een andere rechter. De provisionele vordering (artikel 223 Rv) zou nieuw leven in moeten worden geblazen. Hetzelfde is het geval als partijen een voorlopige bewijsverrichting wensen (voorlopig getuigenverhoor, voorlopig deskundigenbericht). Het komt de efficiency ten goede als al deze beslissingen komen te berusten bij de regierechter, onverminderd zijn bevoegdheid de behandeling van dergelijke verzoeken of vorderingen over te dragen aan de meervoudige kamer.

## 5. Modernisering van het bewijsrecht

Wil een *NCC* succesvol zijn, dan zal het bewijsrecht en de toepassing daarvan in de praktijk in overeenstemming moeten zijn met het verwachtingspatroon van partijen. Dat betekent dat als een *NCC* wil kunnen concurreren met (internationale) arbitrage en belangrijke buitenlandse gerechten, de mogelijkheden om bewijs te leveren aan moeten sluiten bij de internationale standaarden. Die internationale standaarden kunnen worden ontleend aan de *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* van de *International Bar Association* ('*IBA*'). Deze regels zijn in 2010 herzien en opgesteld door een commissie waarvan zowel praktijkjuristen uit een *common law* als een *civil law* traditie deel uitmaakten. Zij zijn algemeen bekend en aanvaard in de internationale procespraktijk. Zowel het *Singapore International Commercial Court* als de gerechten van het *Dubai International Financial Centre* hebben hun bewijsrecht gebaseerd op de *IBA Rules on the Taking of Evidence*.<sup>21</sup>

Het belang van het introduceren van een op deze regels gebaseerd bewijsrecht kan nauwelijks worden overschat. Dit betekent dat het radicaal anders moet dan thans gebruikelijk is bij de beslechting van handelsgeschillen door de rechtspraak.

In de eerste plaats is het noodzakelijk dat er daadwerkelijk ruimte is voor bewijslevering, en niet eerst in een tussenvonnis wordt beslist of bewijslevering nodig is voor de beslissing (waarbij veel vorderingen of verweren worden afgedaan op het beweerdelijk niet voldaan zijn van de stelplicht). Wel zou men, om nodeloze bewijslevering te voorkomen, de rechter de bevoegdheid kunnen geven bepaalde gronden of verweren af te doen op de grond dat de stelling, aannemende dat die feitelijk juist is, niet tot toewijzing van de vordering of afwijzing daarvan zou kunnen leiden. Dat moet echter de uitzondering zijn en niet, zoals thans vaak, de hoofdregel.

Bewijslevering kan plaats vinden door het overleggen van documenten en andere gegevensdragers, door het horen van getuigen en door het leveren van deskundigenbewijs. Over elk van deze drie typen bewijsmiddelen een enkele opmerking.

Het huidige procesrecht bevat in artikel 843a Rv een beperkte exhibitieplicht. De *IBA Rules on the Taking of Evidence* voorzien in een uitgebreidere *discovery*, die echter weer veel beperkter is dan die in bijvoorbeeld Engeland en de Verenigde Staten. Naar mijn mening is hier sprake van een aanvaardbaar compromis. De kosten van de *discovery* zijn relatief beperkt, terwijl er toch voldoende zekerheid is dat de relevante gegevens op tafel komen en niet, niettegenstaande de in artikel 21 Rv opgenomen waarheidsplicht, door een partij onder tafel kunnen worden geveegd.

21 *Why international courts may be a way forward*, Global Arbitration Review News 16 februari 2015, Law Business Research.

Vervolgens het bewijs door getuigen. In de huidige Nederlandse praktijk wordt er weinig gebruik gemaakt van verklaringen van getuigen. De *IBA Rules on the Taking of Evidence* bevatten regels waaraan die verklaringen moeten voldoen. Dat komt de bruikbaarheid van deze verklaringen ten goede, en zal er hopelijk toe leiden dat meer van deze verklaringen gebruik wordt gemaakt, zodat getuigen niet meer ter zitting moeten worden gehoord. Als de getuigen ter zitting moeten worden gehoord, is het wenselijk dat die getuigen worden ondervraagd door de advocaten van partijen en niet, althans niet in eerste instantie, door de rechter. Alleen als er ruimte is voor *cross examination*, waarbij de getuigen met bewijsstukken kunnen worden geconfronteerd, is voldoende zeker dat ook werkelijk de waarheid op tafel komt. Verder is het wenselijk dat er van de verklaring van de getuige een *verbatim* verslag wordt opgemaakt door een (op kosten van partijen ingeschakelde) *court reporter*. Dat heeft twee voordelen. Allereerst komen in een *verbatim* proces-verbaal de nuances van de afgelegde verklaring veel beter tot zijn recht dan in een door de rechter aan de griffier gedicteerde samenvatting van de verklaring. In de tweede plaats bespaart het de rechter een hoop tijd. Voor een voorlopig getuigenverhoor zou in beginsel geen ruimte moeten zijn.

Ten slotte het bewijs door deskundigen. Het huidige bewijsrecht voorziet zowel in een door de rechter gelast deskundigenbericht (artikel 194 e.v. Rv), als in het horen van deskundigen die door partijen zijn aangedragen (artikel 200 Rv). Deze laatste bepaling is in de praktijk een dode letter. Naar mijn mening ten onrechte. Ik zou er voor willen pleiten dat het in de regel aan partijen is om bewijs door deskundigen te leveren. Vervolgens kunnen die deskundigen door de advocaten van de wederpartij aan *cross examination* worden onderworpen. In vele andere landen beslist de rechter vervolgens op grond van een waardering van het door de partijdeskundigen geleverde bewijs. Er is geen enkele reden waarom dat door een *NCC* niet ook zou kunnen. Als deze mogelijkheid praktijk zou worden, zal dat de noodzaak voor de rechter een gerechtelijk deskundigenbericht te gelasten aanzienlijk doen afnemen. Zeker in complexe zaken is het mijn ervaring dat een gerechtelijk deskundigenbericht de rechter lang niet altijd voldoende aanknopingspunten biedt voor de door hem te nemen beslissing.

## 6. Organisatie

Als slotstuk van deze schets hoe een *NCC* eruit zou kunnen zien nog enkele opmerkingen over de organisatie van een *NCC*.

Wil een *NCC* een succes worden, dan zal de kwaliteit van de rechters boven iedere twijfel verheven moeten zijn. Dat betekent dat niet iedere Nederlandse rechter voor benoeming in een *NCC* in aanmerking kan komen. Rechters in een *NCC* zullen relevante ervaring moeten hebben. Die ervaring kan binnen de rechterlijke macht zijn opgedaan, maar ook (voormalige) advocaten en bedrijfsjuristen zouden deel van het college moeten kunnen uitmaken. Van belang is ook dat een *NCC* beschikt over voldoende specialistische kennis. Die kennis kan van de rechters zelf komen, maar het is niet realistisch dat de rechters zelf in alle opzichten over voldoende kennis beschikken. Raden, zoals die nu toegevoegd zijn aan de Ondernemingskamer, zouden in die specialistische kennis kunnen voorzien. Men zou kunnen onderwegen om in de wet op te nemen dat de voorzitter van een *NCC* kan beslissen dat een zaak niet door een kamer van 3 rechters, maar door een kamer van 3 rechters en 2 raden wordt beslist. Uiteraard zullen de rechters zeer goed het Engels moeten beheersen. Waar nodig zullen zij moeten worden bijgeschoold. Om het internationale karakter van een *NCC* te benadrukken,



zou men ook kunnen overwegen buitenlandse rechters in een *NCC* te benoemen. De *commercial courts* in Singapore en de Verenigde Arabische Emiraten bieden die mogelijkheid. Ik kan mij daarnaast voorstellen dat ook rechter-plaatsvervangers uit de advocatuur en het bedrijfsleven kunnen worden ingezet. De laatste jaren is de rechtspraak steeds terughoudender geworden met het inzetten van rechter-plaatsvervangers, omdat die inzet maatschappelijk niet altijd wordt begrepen. Mijn verwachting is echter dat de partijen die er voor kiezen hun geschillen aan een *NCC* te onderwerpen, zich aan die maatschappelijke bezwaren weinig gelegen laten liggen, maar het als een voordeel zullen zien dat hun geschil mede wordt beslist door een zeer ervaren jurist met ervaring in de advocatuur of het bedrijfsleven.

Een tweede kritische succesfactor is een goed functionerend secretariaat. Net als bij de Ondernemingskamer zouden bij een *NCC* secretarissen moeten worden aangesteld die jurist zijn en relevante ervaring hebben. Bij de aanvang van iedere zaak zal een koppel van een secretaris en een regierechter worden aangesteld, dat zorgt dat er procesvoering op maat kan plaatsvinden. Ik verwijs naar hetgeen ik in paragraaf 4 heb geschreven.

Een derde punt dat moet zijn gewaarborgd is de kwaliteitsbewaking. De kwaliteit van een *NCC* kan in de eerste plaats worden gewaarborgd doordat een *NCC* als regel alle zaken meervoudig afdoet, waarbij de kamer eventueel kan worden aangevuld met twee raden. Bij internationale arbitrage-instituten zoals het ICC is het gebruikelijk dat het secretariaat van het instituut de uitspraken meeleest en eventuele suggesties voor verbetering doet. Het ICC heeft daarvoor de *International Court of Arbitration* in het leven geroepen. Zoiets zou men hier ook kunnen overwegen. Verder is het wenselijk *native speaker editors* aan te trekken, om te zorgen dat het Engels in de correspondentie en de vonnissen aan de hoogste eisen voldoet. Daarnaast kan de kwaliteit worden gewaarborgd door hoger beroep en cassatie open te stellen. Ik zou dat overigens niet verplicht willen stellen. Partijen zouden ook de mogelijkheid moeten hebben om op voorhand hoger beroep en cassatie uit te sluiten.

Een volgend punt dat aandacht behoeft is de vertrouwelijkheid. Er zullen geschillen zijn waar beide partijen er geen behoefte aan hebben hun geschil in het publieke domein uit te vechten. Overheidsrechtspraak is per definitie openbaar. Dat betekent echter niet dat iedere zitting openbaar moet zijn. Artikel 27 Rv biedt enige ruimte om een zitting achter gesloten deuren te houden. Verder is er geen verplichting om zittingen aan te kondigen, anders dan aan partijen. Op die manier kan worden bevorderd dat bij een openbare zitting in de praktijk toch alleen maar de direct betrokkenen aanwezig zijn. Evenmin is er een verplichting om iedere uitspraak direct op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) te publiceren. In de concurrentie met arbitrage speelt vertrouwelijkheid een grote rol. Als een *NCC* hiermee afhankelijk van de omstandigheden pragmatisch zou omgaan, zou dat concurrentienadeel overkomelijk moeten zijn.

Een belangrijk organisatieaspect betreft de financiering. Ik denk dat er consensus bestaat over het feit dat een *NCC* kostendekkend zou moeten zijn. Het valt maatschappelijk niet te verkopen dat in tijden van bezuinigingen op de rechtspraak de overheid, anders dan in een opstartfase, geld zou steken in de oprichting van een *NCC*.<sup>22</sup> Naar mijn mening is dit geen probleem en zullen partijen bereid zijn om een kostendekkend griffierecht te betalen. Daarbij ben ik voorstander van een andere heffingsgrondslag dan het huidige systeem. Wat mij betreft zou met een *pay as you go*-systeem kunnen worden geëxperimenteerd. De kosten kunnen verder worden gedrukt als een *NCC* bepaalde werkzaamheden zou outsourcen, zoals de

22 Gezien de economische voordelen van de oprichting van een *NCC* zou overheidssubsidie wel te rechtvaardigen zijn. Rechtspraak is onderdeel van de juridische infrastructuur van een land. De politieke realiteit is dat een *NCC* niet van de grond zal komen als daar structureel overheidsgeld bij zou moeten.

*court reporting*. Ik verwijs naar paragraaf 5. Ten slotte nog het volgende. Een *NCC* zal zichzelf op de kaart moeten zetten. Dat betekent dat een *NCC* ook zelf een marketingplan moet ontwikkelen en uitvoeren. In het bijzonder de President van het gerecht zal de boer op moeten om een *NCC* onder de aandacht te brengen van de doelgroep. Een goede Engelstalige website met Engelstalige zoekfunctie in haar jurisprudentie is uiteraard onmisbaar. Hiermee wil ik niet zeggen dat een *NCC* zijn marketing alleen zou moeten verzorgen. Uiteraard is het ook aan de Nederlandse balie en de ministeries van Economische Zaken en Buitenlandse Zaken om een *NCC* te promoten. Dat die dat zullen willen doen lijkt mij evident.

## **Afronding**

Als voorzitter van de Ondernemingskamer heeft Peter Ingelse misschien wel de leukste functie in de rechterlijke macht mogen vervullen. Ik hoop dat hij er met voldoening op terug kan kijken. Ik wens hem toe dat hij lang en in goede gezondheid van zijn pensioen mag genieten. En als het ooit mocht komen tot de oprichting van een *NCC*, hoop ik dat hij met plezier zal terugdenken aan het feit dat hij een van de eerste rechters in Nederland was die heeft mogen genieten van een pleidooi in het Engels.