

Wat te doen met de proceskosten uit kort geding na een andersluidend bodemvonnis?

Citeerwijze: Ilse Werts en Wim Maas, *Wat te doen met de proceskosten uit kort geding na een andersluidend bodemvonnis?*, IEF 14656 IE-Forum.nl.

§ 1. Inleiding

Recentelijk is veel aandacht geweest voor de vergoeding van proceskosten bij intrekking van het kort geding in een IE-zaak.¹ Deze voor de praktijk belangwekkende discussie heeft inmiddels geleid tot een arrest van het Haagse hof waarin, kort samengevat, werd geoordeeld dat het intrekken van een kort geding door eiser in een IE-zaak *in beginsel* leidt tot een volledige proceskostenveroordeling ten laste van eiser.² Maar een andere vraag – die minstens even relevant is voor de praktijk – blijft nog altijd onbeantwoord. Wat te doen met de proceskosten uit kort geding na een andersluidend bodemvonnis? Het ‘voelt’ voor vele juristen immers onrechtvaardig indien bij winst in de bodemzaak de uiteindelijk zegevierende partij toch zou blijven zitten met de proceskosten van de kort geding procedure. Zeker in zaken betreffende handhaving van rechten van intellectuele eigendom is het (financiële) belang bij een antwoord op voornoemde vraag voor de betrokken procespartijen evident. Immers, artikel 1019h Rv voorziet in een volledige proceskostenveroordeling, ook in kort geding zaken waarbij slechts een voorlopig oordeel wordt gegeven.³

Hoewel de vraag van groot belang is voor de rechtspraak zijn er in de literatuur en jurisprudentie nauwelijks enige aanknopingspunten te vinden om tot een dogmatisch onderbouwd antwoord te komen. Toch gaan wij in dit artikel een poging wagen. Daarbij sluiten wij aan bij de inmiddels (meer) vastomlijnde doctrine van onrechtmatige executie van een kort geding vonnis.

§ 2. De rechtspraak

De aansprakelijkheid voor de executie van een later terzijde gesteld kort geding vonnis kwam voor het eerst aan de orde in het bekende arrest van de Hoge Raad van 16 november 1984 (*Ciba Geigy/Voorbraak*).⁴ De Hoge

Raad heeft in dit arrest bepaald dat “*degeen die door dreiging met executie zijn wederpartij heeft gedwongen zich naar een in kort geding gegeven verbod te gedragen, onrechtmatig heeft gehandeld wanneer hij, naar achteraf blijkt uit de uitspraak in het bodemgeschil, niet het recht had van de wederpartij te vergen dat deze zich van de desbetreffende handelingen onthield.*” Het onrechtmatige karakter van het handelen van de executant is volgens de Hoge Raad dus gelegen in het de wederpartij dwingen zich aan een voorlopige maatregel te houden, door (het dreigen met) executie daarvan, terwijl de executant blijkens de uitkomst van de bodemprocedure daartoe geen recht had. De schade die daardoor ontstaat wordt veroorzaakt door de schuld van de executant, aangezien hij wist of moest weten dat hij zijn handelen slechts baseerde op een voorlopige maatregel. Schade die de gedaagde door de onrechtmatige (dreiging met) executie van het kort geding vonnis lijdt, dient dan ook te worden vergoed.⁵

Een uitzondering op dit beginsel geldt, op basis van hetzelfde arrest, voor dwangsommen. Dwangsommen die door de niet-naleving van de kort geding uitspraak zijn verbeurd, blijven verschuldigd, ongeacht de uitkomst in de bodemprocedure. De Hoge Raad bepaalde in *Ciba Geigy/Voorbraak* dat “*de partij die door de rechter in kort geding is veroordeeld, zich aan het verbod [dient] te houden zolang dat van kracht is, in dier voege dat het andersluidend oordeel in het bodemgeschil er niet aan in de weg staat dat eenmaal verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven.*” De blijvende verschuldigdheid van dwangsommen is door de Hoge Raad vervolgens bevestigd in zijn arrest van 22 december 1989 (*Kempkes/Samson*).⁶

We kunnen derhalve vaststellen dat op de vraag of, naast de reeds betaalde dwangsommen, ook de reeds betaalde proceskosten verschuldigd blijven, geen

¹ D.F. de Lange, ‘Geen zaak? De positie van de gedaagde bij een ingetrokken (IE-)kort geding. Een vergoeding van de daadwerkelijke proceskosten van de gedaagde’, *BIE* 2013, p. 266-275; D. van Eek, ‘Het procesreglement is leidend. Na het intrekken van een kort geding mag geen proceskostenveroordeling worden uitgesproken, ook niet in een IE-geschil’, *BIE* 2014, p. 128-135.

² Hof Den Haag 25 november 2014, 458406/ KG ZA 14-53; [IEF 14413](#) (Containerbox tegen City Box)

³ Maas, Shannon, de Boer, De Handhavingsrichtlijn, par. 8.6.1, p. 252.

⁴ HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 547, m.nt. Heemskerk en Wichers Hoeth (*Ciba Geigy/Voorbraak*).

⁵ HR 16 november 1984, *NJ* 1985, 547 m.nt. Heemskerk en Wichers Hoeth, *BIE* 1985, 30 (*Ciba Geigy/Voorbraak*), r.o. 3.4.

⁶ HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 434, m.nt. Heemskerk (*Kempkes/Samson*).

antwoord wordt gegeven door de Hoge Raad.

Bijna twintig jaar later vinden we pas een eerste – en vreemd genoeg ook de meest recente – uitspraak terug die deze vraag wel beantwoord. Het hof Leeuwarden mag zich buigen over een zaak waarbij appellante hoger beroep instelt tegen een verloren kort geding vonnis in een poging om de reeds in eerste aanleg betaalde proceskosten terug te kunnen vorderen.⁷ De voorlopige voorziening waartegen appellante het beroep instelt had inmiddels haar kracht verloren. Er was niet tijdig een bodemzaak gestart en appellante had een 'verklaring ex artikel 1019i lid 1 Rv' ingediend ter griffie. Appellante formuleert echter geen grieven tegen het vonnis en wordt mitsdien door het hof niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep. Het hof is vervolgens klaarblijkelijk bereid de rechtspraak een handje te helpen door, onder verwijzing naar de hierboven aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad, ten overvloede als volgt te overwegen: *“[appellante] stelt ingevolge het beroepen vonnis € 9.193,46 aan proceskosten te hebben betaald. Zij meent dat bedrag terug te kunnen vorderen omdat dit vonnis van de voorzieningenrechter haar kracht heeft verloren (bij de griffie van de rechtbank heeft zij een 'verklaring ex artikel 1019i Lid 1 Rv' ingediend). Zulks ten onrechte. Wanneer de eis in de hoofdzaak niet binnen de gestelde termijn is ingesteld en daaromtrent verklaring is gedaan, verliest slechts de voorlopige voorziening haar kracht. Zolang het beroepen vonnis ten aanzien van de proceskostenveroordeling niet wordt vernietigd, kan het desbetreffende bedrag niet als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.(...)”*.

Het hof oordeelt dus dat proceskosten van een kort geding alleen als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd, indien het vonnis in kort geding wordt vernietigd in hoger beroep. Daarmee

veegt het hof de proceskosten en de dwangsommen op één hoop. Wij menen dat dit niet juist is.

§ 4. Maatschappelijke norm?

De Hoge Raad heeft duidelijk verwoord waarom in geval van een andersluidende uitkomst in het bodemgeschil de executie van een in kort geding gegeven verbod, althans het dreigen daarmee, in beginsel onrechtmatig is.⁸ Toch heeft deze uitspraak destijds veel stof doen opwaaien in de literatuur. Door verschillende schrijvers werd betoogd dat het oordeel van de Hoge Raad dat i) enerzijds de executie van een kort geding vonnis na een andersluidend bodemvonnis in beginsel onrechtmatig is, en anderzijds ii) verbeurde dwangsommen in zo'n zelfde geval niet als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd, zich dogmatisch lastig laat verenigen.^{9 10} Wij begrijpen de dogmatische spagaat waarin de geleerden zich bevinden. De Hoge Raad heeft zich ook rekenschap gegeven van deze spagaat door te overwegen dat *“deze oplossing is maatschappelijk méér gerechtvaardigd dan de omgekeerde oplossing, die dáárop neerkomt dat de partij die zich onder dreiging met executie aan het verbod heeft gehouden, in beginsel de schade moet dragen, ook al blijkt achteraf het door de eiser in kort geding gepretendeerde recht niet te bestaan.”* In deze door de Hoge Raad geformuleerde maatschappelijke norm kunnen wij ons goed vinden. Maar kan deze norm ook worden toegepast op de vraag die centraal staat in dit artikel? Is er ook een (soortgelijke) maatschappelijke norm die verplicht tot het vergoeden van de proceskosten in kort geding na een andersluidend bodemvonnis? De meeste schrijvers – en ook het eerder aangehaalde hof Leeuwarden – menen kennelijk van niet en haken ter onderbouwing van dat standpunt aan bij de blijvende verschuldigdheid van dwangsommen.¹¹ Echter, een overtuigende

namelijk slechts summier de grondslag van de vordering van eiser (zijn gepretendeerde recht) getoetst. Het materiële recht ziet volgens Van Schaick daarentegen op de grondslag die achteraf in de bodemprocedure al dan niet blijkt te bestaan. Bij een andersluidend oordeel in de bodemprocedure komen het processuele en materiële recht niet overeen. Aangezien een bodemvonnis een ex nunc werking heeft, kun je volgens Van Schaick niet zeggen dat executie van een achteraf terzijde gesteld kortgedingvonnis onrechtmatig is. Voor de rechtmatigheid van die executie is immers het processuele recht van belang.

¹⁰ Zie voor de discussie over de rechtmatigheid van executie van het kort geding vonnis met name M.B. Beekhoven van den Boezem, 'De dwangsom in kort geding na een andersluidend bodemvonnis', *Trema* 2005, p. 426-434.

¹¹ A.C. van Schaik (De aansprakelijkheid voor het executeren van een kort-gedingvonnis dat in de bodemprocedure terzijde wordt gesteld,

⁷ Hof Leeuwarden, 4 november 2008, LJN BG4887.

⁸ HR 16 november 194, NJ 1985, 547, m.nt. Heemskerck en Wichers Hoeth (Ciba Geigy/Voorbraak). Zie par.2 hierboven.

⁹ Zie in deze zin bijvoorbeeld A.A. van Rossum, *Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1990, p.89; M.B. Beekhoven van den Boezem, 'De dwangsom in kort geding na een andersluidend bodemvonnis', *Trema* 2005, p. 426-434, p. 429. A.C. van Schaik (De aansprakelijkheid voor het executeren van een kort-gedingvonnis dat in de bodemprocedure terzijde wordt gesteld, Zwolle: FED 1987, p. 103) maakt in dit verband onderscheid tussen het materiële en het processuele recht. Het processuele recht heeft volgens hem betrekking op het al dan niet hebben van een recht om te executeren. Dat processuele recht is er op grond van het kort geding vonnis en de afzonderlijke toets die dit kort geding met zich meebrengt. In kort geding wordt

motivering waarom reeds betaalde proceskosten gelijk gesteld kunnen worden aan reeds verbeurde dwangsommen ontbreekt. Integendeel, de na een kort geding door de gedaagde verbeurde dwangsom en de ten laste van diezelfde gedaagde uitgesproken proceskostenveroordeling zijn naar onze mening niet-soortgelijke instrumenten met verschillende doelstellingen. Na een andersluidend bodemvonnis zijn zij dan ook niet hetzelfde lot beschoren. Dat zullen wij hierna nader uiteen zetten.

§ 5. Verschillende instrumenten

Waarvoor dient nu eigenlijk het instrument van de dwangsom? In het arrest Kempkes/Samson scheidt de Hoge Raad hieromtrent meer duidelijkheid. De Hoge Raad oordeelt in rechtsoverweging 3.2 dat: *“het hof heeft miskend dat de vordering van Kempkes betrekking heeft op dwangsommen die zijn verbeurd niet wegens het niet-nakomen van de koopovereenkomst, maar wegens het niet-voldoen aan het in kort geding gegeven rechterlijk bevel (...).”* (onderstreping toegevoegd)¹² Met andere woorden, de verbeurde dwangsommen zijn niet opgelegd om het vermeende recht van eiser te respecteren, maar uitsluitend als prikkel om het vonnis na te leven. Volgens A-G Ten Kate wordt de dwangsom daarom *“niet verbeurd omdat de andere partij materieelrechtelijk gelijk zou hebben, maar omdat de rechter voor de periode dat daaromtrent geen zekerheid (geen beslissing ten principale) bestaat, ter ordening van de situatie zodanig gedrag van de betrokken partij heeft geboden of verboden.”*¹³ In feite ontstaat door het kort geding vonnis een nieuwe verplichting voor de in het ongelijk gestelde partij. Deze verplichting houdt in dat aan het kort geding vonnis gehoor moet worden gegeven op straffe van een dwangsom.

Geldt deze ratio achter het instrument van de dwangsom ook voor de proceskosten? Om deze vraag te beantwoorden, zullen we ook het karakter van de proceskostenveroordeling verder moeten doorgronden. Dat karakter is namelijk tamelijk ingewikkeld. Tijdens de parlementaire behandeling van

artikel 56 (oud) Rv is het karakter van de proceskostenveroordeling misschien nog wel het meest helder weergegeven: *“(...) de toekenning van proceskosten [mag] niet gelijkgesteld (...) worden met toekenning van schadevergoeding als bedoeld in afdeling 6.1.9 Nieuw B.W. Dat de verliezende partij in de proceskosten pleegt te worden veroordeeld, vindt immers niet zijn grond in een verplichting tot schadevergoeding, maar in andere overwegingen die zich aldus laten samenvatten, dat het verbod van eigenrichting en de daarmee samenhangende, vrijwel onbeperkte vrijheid een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen eens anders aanspraken te verdedigen, kan meebrengen dat het gerechtvaardigd is de kosten van het geding, voor zover zij niet ten laste van de overheid blijven, over partijen te verdelen op een wijze waarbij aan overwegingen van procesrisico en procesbeleid mede betekenis wordt toegekend, onder meer om te voorkomen dat de voormelde vrijheid door de vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten in gevaar zou worden gebracht; men zie van Rossem-Cleveringa 1, aantekening 2 bij artikel 56.”*¹⁴ Kortom, een proceskostenveroordeling heeft weliswaar niet het karakter van schadevergoeding, maar is de resultante van – wat wij noemen – een billijkheidsafweging waarbij de (materieel- en/of procesrechtelijke) uitkomst van de zaak centraal staat. De proceskostenveroordeling wordt immers zowel volgens artikel 237 Rv (ambtshalve) als artikel 1019h Rv (desgevorderd) uitgesproken ten laste van de in het ongelijk gestelde partij. De verliezer betaalt dus de (forfaitaire of volledige) kosten van de winnaar. Bij de proceskostenveroordeling doet het er dus wel degelijk toe – in woorden van A-G Ten Kate – wie er *‘materieelrechtelijk gelijk heeft’*. Ook gaat, anders dan bij de dwangsom, van de proceskostenveroordeling geen ordenende werking uit voor de periode dat er nog geen beslissing ten principale is (vgl. de hierboven aangehaalde conclusie van A-G Ten Kate bij HR Kempkes/Samson). Beide instrumenten zijn derhalve wezenlijk anders van karakter.

Zwolle: FED 1987, p. 91 e.v.) meende in 1987 dat alle schade die het gevolg is van de ongerechtvaardigde executie dient te worden vergoed. Echter blijkt die opvatting in elk geval voor dwangsommen achterhaald. Hij is daarop dan ook teruggekomen: A.C. van Schaik, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 235. Over de proceskosten merkt hij evenwel niets op. Soortgelijke vragen spelen ook in het Belgisch recht, zie A. van Oevelen & D. Lindemans, ‘Het kort geding: Herstel van schade bij

andersluidende beslissing van de bodemrechter’, *Tijdschrift voor privaatrecht* 1987, p. 1051-1100. Zij menen dat, naar Belgisch recht, de in kort geding gemaakte proceskosten niet kunnen worden teruggevorderd (p. 1091).

¹² HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 434, m.nt. Heemskerk (Kempkes/Samson), r.o. 3.2.

¹³ A-G Ten Kate bij HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 434, m.nt. Heemskerk (Kempkes/Samson).

¹⁴ *Kamerstukken II* 1980/81, 16593.

§ 6. Terugvorderen proceskosten

Nu we hebben geconcludeerd dat de verbeurde dwangsom en de betaalde proceskosten veroordeling niet gelijk kunnen worden gesteld, en we ook reeds hebben moeten vaststellen dat een kort geding vonnis als titel geldig blijft na een andersluidend bodembeslissing, keren we terug bij de vraag of er wellicht ook een (soortgelijke) maatschappelijke norm is, zoals vastgesteld door de Hoge Raad in *Ciba Geigy/Voorbraak*, die verplicht tot het vergoeden van de proceskosten in kort geding na een andersluidend bodemvonnis. Wij menen van wel. Het is naar onze mening niet maatschappelijk gerechtvaardigd dat de partij die achteraf in het bodemgeschil ten principale gelijk heeft gekregen toch de proceskosten in kort geding zal moeten dragen.

In het kader van IE-handhavingszaken kan als additioneel argument worden aangevoerd dat artikel 3 van de Handhavingsrichtlijn onder meer voorschrijft dat de in de richtlijn genoemde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen eerlijk en billijk, en niet onnodig kostbaar, dienen te zijn. Indien een octrooihouder in kort geding (zowel in eerste aanleg als in hoger beroep) nul op het rekest krijgt, dan kan de proceskostenveroordeling in de tonnen euro's lopen. Indien deze octrooihouder ten principale alsnog gelijk krijgt, dan zou het in strijd met artikel 3 zijn als hij zijn eerder betaalde proceskosten niet zou kunnen terugvorderen. Daarmee zou de handhaving van intellectuele eigendomsrechten in de EU alsnog met een hoge financiële drempel worden geconfronteerd, hetgeen juist niet de bedoeling is van de Handhavingsrichtlijn in het algemeen en artikel 14 in het bijzonder.

Wij menen dan ook dat de hoofdregel zou moeten zijn dat reeds betaalde proceskosten in kort geding kunnen worden teruggevorderd na een andersluidende uitkomst in het bodemgeschil. De rechtsgrond voor deze geldvordering is niet het leerstuk van 'onverschuldigde betaling', want de titel tot betaling blijft in stand maar een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad ex artikel 6:162. Immers, - in lijn met de Hoge Raad in *Ciba Geigy/Voorbraak* - hij die door de (dreiging met de) executie van het kort geding vonnis de in het ongelijk gestelde partij dwingt de

proceskosten te voldoen, terwijl hij, naar achteraf blijkt uit de uitspraak in het bodemgeschil, daartoe niet het recht had, handelt naar onze mening *in beginsel* onrechtmatig.

§ 7. Mogelijke uitzondering op hoofdregel

Betekent dit nu dat naar onze mening reeds betaalde proceskosten altijd moeten worden terugbetaald na een andersluidende bodembeslissing? Neen. Er zijn uitzonderingen denkbaar op de hoofdregel. De kort geding procedure leidt tot een beslissing die het geding niet beëindigt, maar slechts een tijdelijke ordemaatregel brengt voor de periode dat een uitspraak in de bodemprocedure op zich laat wachten. De kort geding procedure geeft derhalve geen definitief oordeel over de *materieelrechtelijke grondslag* die door eiser wordt ingeroepen. Pas in de bodemprocedure zal definitief over deze grondslag worden geoordeeld. De beslissing van de kort geding rechter is derhalve ingegeven door een afweging van belangen, waarbij de (aannemelijkheid van de) materieelrechtelijke grondslag een – weliswaar belangrijke, doch niet immer doorslaggevende – rol speelt.¹⁵ Dit strookt met het feit dat de rechter een zekere vrijheid heeft de proceskosten gemotiveerd vast te stellen met inachtneming van andere relevante omstandigheden dan alleen het oordeel over het gepretendeerde recht. Met andere woorden, er zijn gevallen denkbaar dat, ondanks de andersluidende materieelrechtelijke uitkomst ten principale, de reeds betaalde proceskosten niet kunnen worden teruggevorderd. Wij denken daarbij aan bijvoorbeeld aan een proceskostenveroordeling na een verloren kort geding vanwege het ontbreken van spoedeisend belang. Indien de eiser vervolgens ten principale alsnog materieelrechtelijk in het gelijk wordt gesteld, zouden naar onze mening de eerder betaalde proceskosten verschuldigd blijven.

§ 8. Conclusie

De praktijk wacht op een antwoord. Kan een procespartij de na een verloren kort geding procedure betaalde proceskosten terugvorderen, indien die partij in het bodemgeschil alsnog aan het langste eind trekt? Ons antwoord is: ja. Wij pleiten voor de hoofdregel dat

¹⁵ P.A. Stein, A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, bewerkt door A.S. Rueb, m.m.v. E. Gras, Deventer: Kluwer 2013, p. 137.

hij die een ander dwingt aan hem proceskosten te betalen door (dreiging met) executie van een kort geding vonnis, handelt in beginsel onrechtmatig, indien naar achteraf blijkt in de bodemprocedure hij daartoe niet het recht had. Voor niet-juristen en rechtzoekenden is het onbegrijpelijk – en derhalve maatschappelijk ongerechtvaardigd – dat degene die ten principale in het gelijk is gesteld toch met de

proceskosten zou blijven zitten. Zeker in IE zaken kan dat vanwege de soms enorme proceskostenveroordelingen tot ongerijmde situaties leiden,

Ilse Werts en Wim Maas, Deterink Advocaten en Notarissen