

Geen zaak?

De positie van de gedaagde bij een ingetrokken (IE-)kort geding. Een pleidooi voor vergoeding van de daadwerkelijke proceskosten van de gedaagde.

Daan de Lange* **

1 Inleiding

1. De meeste (IE-)advocaten zal het wel een keer overkomen zijn.¹ Je staat een gedaagde bij in een (IE-)kort geding. Je hebt de producties ingediend, misschien wel met een conclusie van antwoord en bent druk bezig de pleitnota op te stellen. Dan belandt er een fax op je bureau. De eiser heeft de zaak ingetrokken.

2. Art. 9.1 van het Procesreglement kort gedingen rechtbanken, sector civiel/familie² bepaalt:

‘De eisende partij kan de procedure intrekken tot het moment dat de zaak is uitgeroepen. In dat geval spreekt de voorzieningenrechter geen proceskostenveroordeling uit.’

3. Betekent dit dat de eiser echt tot zo laat zijn zaak kan intrekken? En hoe zit het dan met de gemaakte kosten, die aanzienlijk kunnen zijn?³ Als de zaak was doorgegaan en was gewonnen, waren deze kosten bij een IE-zaak voor vergoeding ex art. 1019h Rv in aanmerking gekomen. Blijft de gedaagde nu met lege handen achter?

* Mr. D.F. de Lange is advocaat te Amsterdam.

** Ik zou graag mijn kantoorgenoten Jan Brinkhof en Jan Pot willen danken voor hun commentaar en kritiek op (een) eerdere versie(s) van dit stuk, alsmede student-stagiaires Stijn Werdmölder en Liselotte Cortenraad voor hun bijdrage. De tekst van dit artikel is afgerond op 30 mei 2013.

1 De aanleiding voor dit stuk is een aantal zaken in mijn praktijk waar precies dit speelde. Ik probeer in dit artikel de door mij in de praktijk ondervonden problematiek zo objectief mogelijk te behandelen. Niettemin vraag ik de lezer, vanwege de aanleiding voor dit stuk, kritisch te zijn. Ik houd mij graag aanbevolen voor alle tegenargumenten.

2 Onder meer te vinden op: <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Procesreglementkortgedingprocedureso90703.pdf>. In het navolgende zal simpelweg van ‘het Procesreglement’ worden gesproken.

3 De gedaagde heeft bijvoorbeeld (in een merkenzaak) een markt-onderzoek laten uitvoeren, of (in een octrooizaak) een onderzoek naar de stand van de techniek laten uitvoeren en deskundigen ingeschakeld.

4. In de praktijk en uit de hierna te bespreken schaarse gepubliceerde rechtspraak blijkt dat de eiser, ook in IE-zaken, inderdaad wordt toegestaan tot kort voor de zitting zijn eis in te trekken en dat de gedaagde dan geen vergoeding krijgt van zijn kosten. Ik vraag mij af of dit juist is.

5. In het onderstaande zal ik de rechtspositie van de gedaagde in een ingetrokken IE-kort geding behandelen. Om twee redenen ga ik uit van een ingetrokken IE-kort geding. Op een IE-kort geding is het regime van de volledige, mits redelijke en evenredige proceskostenveroordeling van art. 14 Handhavingsrichtlijn⁴ en de implementatie daarvan in art. 1019h Rv van toepassing. Als de zaak was doorgegaan, was er een volledige kostenveroordeling uitgesproken. In een niet IE-procedure was hooguit een forfaitaire kostenveroordeling uitgesproken volgens het liquidatietarief.⁵ Bij een ingetrokken IE-kort geding spelen de reeds gemaakte kosten dus een significante rol. De tweede reden is dat aan de Handhavingsrichtlijn nog enkele additionele argumenten worden ontleend, die niet gelden in niet-IE-kort gedingen. Ik meen echter dat de strekking van mijn betoog ook zou moeten gelden voor andere kort gedingen dan IE-kort gedingen.

6. Ik zal hieronder (1) betogen dat als de eiser⁶ het door hem aangespannen IE-kort geding intrekt, er op grond van art. 249 lid 2 Rv en/of art. 1019h Rv een verbintenis ontstaat tot vergoeding van de volledige, mits redelijke en evenredige proceskosten van de gedaagde. (2) Verder zal ik betogen dat als de eiser niet vrijwillig deze verbintenis nakomt, de gedaagde de bevelschriftprocedure van art. 250 lid 4 Rv zou moeten kunnen volgen om een executoriale titel jegens de eiser te verkrijgen voor deze kosten. De daarmee gemoeide kosten komen ook voor vergoeding ex art. 1019h Rv in aanmerking.

2 De regelgeving over het kort geding

7. Het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (‘Rv’) kent zeven artikelen (art. 254 t/m 260) die specifiek over het kort geding gaan. Deze artikelen vormen onderdeel van titel 2 van Rv (art. 78 t/m 260 Rv), waarin de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg wordt behandeld. Daaruit volgt, en art. 78 lid 1 Rv bepaalt dit nog eens expliciet, dat de algemene regels over de dagvaar-

4 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, PB L 157 van 30 maart 2004, blz. 45–86.

5 Ter vergelijking: de regeling ‘indicatietarieven in IE-zaken’ noemt een bedrag van maximaal € 6.000 voor eenvoudige kort gedingen en van € 15.000 voor overige kort gedingen. In octrooizaken, waar de indicatietarieven niet voor gelden, belopen de kostenveroordelingen in de regel een veelvoud hiervan. De regeling liquidatietarieven (o.m. te vinden op: <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Pages/Liquidatietarief-rechtbanken-en-gerechtshoven.aspx>) meldt over het kort geding: “Naar het belang en de aard van de zaak wordt in andere gevallen aan salaris een bedrag vanaf € 816 geliquideerd met een maximum van € 9.475”.

6 Voor de leesbaarheid zal ik niet telkens spreken van ‘voormalige eiser’ of ‘voormalig gedaagde’. Ik zal de procespartijen ook na intrekking simpelweg blijven aanduiden als ‘eiser’ en ‘gedaagde’.

dingsprocedure in eerste aanleg ook van toepassing zijn op het kort geding, uiteraard voor zover de bepalingen die specifiek het kort geding betreffen, daarvan niet afwijken en voor zover de algemene regels niet onverenigbaar zijn met de aard van het kort geding en de daarin vereiste spoed.⁷

8. Het al eerder genoemde Procesreglement geeft nadere regels voor de wijze van procesvoering in kort geding. Het Procesreglement is niet vastgesteld door een orgaan dat daartoe bij of krachtens de wet de bevoegdheid heeft gekregen.⁸ Zoals de considerans bij het Procesreglement meldt, is deze regeling tot stand gekomen in het kader van het LOVC, het Landelijk Overleg Voorzitters van de Civiele Sectoren van de rechtbanken. Het Procesreglement is daarom geen algemeen verbindend voorschrift, dus geen wet in materiële zin.⁹ Het Procesreglement kan daarom geen afbreuk doen aan de bepalingen in Rv, omdat dit wetboek wél een wet in formele en materiële zin betreft. Het Procesreglement kan overigens worden gezien als een beleidsrichtlijn, waaraan justitiabelen rechten kunnen ontleenen. Om deze reden is het Procesreglement wel als recht in de zin van art. 79 RO te beschouwen en kan over de toepassing of de uitleg worden geklaagd in cassatie.¹⁰

3 Beëindiging van procedures; verhouding tussen Rv en Procesreglement

9. Art. 125 lid 1 Rv bepaalt dat een geding aanhangig is vanaf de dag van dagvaarding. Dit geldt zowel voor een bodemprocedure als een kort geding.¹¹ Art. 246 t/m 253 Rv bepalen hoe partijen een aanhangige zaak kunnen beëindigen voordat de rechter uitspraak doet.

10. Zolang de gedaagde niet voor antwoord heeft geconcludeerd, kan de eiser de zaak eenzijdig beëindigen door 'afstand van instantie' te doen (art. 249 lid 1 Rv). Art. 249 lid 2 bepaalt daarbij dat de eiser verplicht is de proceskosten van de gedaagde te betalen. Dit is geen constitutieve voorwaarde voor het doen van afstand van instantie. Er ontstaat een vordering van de gedaagde op de eiser ter zake van de gemaakte proceskosten.¹² Afstand van instantie wordt gedaan door een akte ter rolle, onder overlegging van een daartoe strekkende volmacht (art. 250 lid 1 en 2 Rv). De rechter kan terzake van de kosten op verlangen van de gedaagde een bevelschrift uitvaardigen (art. 250 lid 5 Rv).

7 Zie Tonkens-Gerkema 2012, (T&C Rv), inleidende aantekening 4a bij titel 2, afdeling 14 (het kort geding), pg. 567.

8 Dit geldt ook voor de andere regelingen zoals het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken (het landelijke rolreglement) en Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven. Zie over deze materie uitgebreid: Karlijn Teuben, *Rechtshandelingen in het burgerlijk (proces)recht*, diss. Leiden 2005.

9 Het Procesreglement is – uiteraard – ook geen wet in formele zin, omdat het niet door de eerste en tweede kamer is goedgekeurd.

10 Vaste rechtspraak sinds Hoge Raad 28 juni 1996, LJN: ZC2117, NJ 1997, 495 (De Nieuwe Woning/De Staat). Zie verder bijvoorbeeld Hoge Raad 14 januari 2005, LJN: AR5752, NJ 2005, 481.

11 Zo ook Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, artikel 254 Rv, aant. 13.

12 Dit volgt uit art. 250 lid 4 en 5 Rv. Zo ook Van Maanen/Van Dam-Lely 2012, (T&C Rv), art. 249 Rv, aant. 3a en Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 249-250 Rv, aant. 5.

11. Als de eiser van de zaak af wil nadat de gedaagde heeft geantwoord, kan dit niet meer eenzijdig. Hij zal een regeling met de gedaagde moeten treffen, waarna op verlangen van beide partijen de zaak op de rol wordt doorgehaald (art. 246 Rv).

12. De bijzondere bepalingen over het kort geding bevatten geen regeling over beëindiging. In beginsel gelden dus de algemene dagvaardingsregels daarover (art. 246 – 253 Rv) ook in kort geding, tenzij de aard van het kort geding zich daar tegen zou verzetten. Wel bepaalt art. 9 lid 1 Procesreglement als gezegd dat 'de eisende partij de procedure [an] intrekken tot het moment dat de zaak is uitgeroepen'. Hoe verhoudt dit zich met art. 249 Rv?

13. Als gezegd betreft het Procesreglement geen algemeen verbindend voorschrift. Het Procesreglement kan dus geen afbreuk doen aan de wettelijke regeling van Rv. Art. 9 lid 1 Procesreglement moet dus in lijn met de regeling uit Rv worden uitgelegd, wil deze bepaling kunnen worden toegepast. Als dat niet lukt, kan deze bepaling als niet-algemeen verbindend voorschrift geen effect sorteren en moet worden teruggevallen op de regeling in Rv zelf. Bijvoorbeeld: art. 125 Rv bepaalt ook voor een kort geding dat een procedure aanhangig is vanaf de dag van dagvaarding. Het Procesreglement kan deze aanhangigheid niet beëindigen met een niet op de wet gebaseerde regeling.

14. Naar mijn mening kan art. 9 lid 1 Procesreglement worden uitgelegd in lijn met de regeling in Rv, namelijk als de uitwerking voor het kort geding van art. 249 lid 1 Rv.

15. Er is wel een aantal verschillen tussen beide regelingen. Ik loop deze langs. In art. 249 Rv wordt gesproken van 'afstand van instantie', terwijl art. 9 lid 1 Procesreglement het heeft over het 'intrekken'. Dit verschil in benaming lijkt mij niet cruciaal. Beide bepalingen geven de eiser de bevoegdheid tot een bepaald moment eenzijdig, zonder opgave van redenen, de procedure te beëindigen. Wat effect betreft zijn zij dus overeenkomend.

16. Andere verschillen kunnen worden herleid tot de aard van het kort geding. Zo moet bij afstand van instantie ex art. 249 lid 1 Rv een akte ter rolle worden genomen terwijl bij intrekking ex art. 9 lid 1 Procesreglement een schriftelijk bericht volstaat. Omdat het kort geding geen rol kent (althans in eerste aanleg), geschieden proceshandelingen die in een bodemprocedure ter rolle plaatsvinden, bij een kort geding veelal per brief (denk bijvoorbeeld aan het in het geding brengen van producties). Hetzelfde geldt voor art. 250 lid 1 Rv dat voorschrijft dat de advocaat een volmacht moet overleggen bij afstand van instantie. Een corresponderende bepaling ontbreekt bij art. 9 lid 1 Procesreglement. Dit verschil kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het flexibele en informele karakter van het kort geding. Een formele volmacht past daar niet bij (nog even afgezien van het beginsel dat een advocaat op zijn woord wordt geloofd).

17. Andere bepalingen in Rv en het Procesreglement ondersteunen de parallel tussen art. 249 Rv en art. 9 lid 1 Procesreglement. Zo geeft art. 246 e.v. Rv een regeling voor het beëindigen van dagvaardingsprocedures nadat is geantwoord; dit kan alleen met instemming van beide partijen. Een corresponderende bepaling kan worden gevonden in art. 14 Procesreglement, dat bepaalt dat na het uitroepen van de zaak beëindiging alleen eenstemmig kan.

18. Het meest relevante verschil tussen art. 249 Rv e.v. enerzijds en art. 9 lid 1 Procesreglement anderzijds, zit wat mij betreft in het moment tot wanneer de eiser eenzijdig de procedure kan beëindigen. Volgens art. 249 lid 1 Rv kan dit zolang de gedaagde niet van antwoord heeft gediend, en volgens art. 9 lid 1 Procesreglement tot aan het uitroepen van de zaak.¹³ Dit lijkt te impliceren dat volgens art. 9 lid 1 Procesreglement in kort geding een eiser ook nog de zaak kan intrekken, nadat een gedaagde een conclusie van antwoord heeft gediend. In lang niet elk (IE-)kort geding neemt een gedaagde een conclusie van antwoord, maar zeker in omvangrijke IE-zaken ziet men dit zeer geregeld. In vrijwel alle zaken zal een gedaagde wel voorafgaand aan de zitting producties indienen, waaruit, in samenhang met de toelichting daarop, het verweer van de gedaagde blijkt. Dit kan voor een kort geding zeer wel als een conclusie van antwoord worden beschouwd.

19. Vanwege dit verschil in moment tot wanneer de eiser de procedure éézijdig kan beëindigen, zou zeer wel kunnen worden betoogd dat art. 9 lid 1 Procesreglement op dat punt niet in overeenstemming is met Rv. Dit zou als gevolg hebben dat niettegenstaande art. 9 lid 1 Procesreglement in kort geding de eiser niet langer éézijdig de zaak kan beëindigen nadat de gedaagde heeft antwoord.¹⁴

20. Ik kan me echter voorstellen dat het verschil in tijdstip waarop intrekking nog mogelijk is, ook kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het karakter van het kort geding en met name het flexibele en informele karakter ervan. Het bezwaar dat deze regeling lichtvaardig dagvaarden in de hand werkt (de eiser brengt zonder deugdelijk onderzoek een dagvaarding uit en trekt deze weer in als gedaagde serieus verweer voert), kan worden ondervangen als de eiser bij het intrekken van de zaak de kosten van de gedaagde moet vergoeden (ik zal hieronder betogen dat dit het geval is).

21. Resumerend: ondanks een aantal verschillen tussen art. 249 Rv en art. 9 lid 1 Procesreglement, kan deze laatste bepaling als een uitwerking van de eerste bepaling worden gezien. Het zou niettemin mijn voorkeur hebben als art. 9 lid 1 Procesreglement zou worden her-

13 Overigens een in boek 1, titel 2 Rv (de regeling over dagvaardingsprocedures) niet nader gedefinieerde handeling. Ik kan alleen in art. 486 lid 2 Rv deze term vinden.

14 Waaronder naar mijn mening ook het overleggen van producties moet worden beschouwd.

schreven om deze meer in lijn met de wet te brengen. Daarbij zou bij voorkeur ook de hieronder nader te bespreken tweede volzin van deze bepaling moeten worden geredigeerd. Als art. 9 lid 1 Procesreglement niet als de uitwerking van een wettelijke regeling over de beëindiging van procedures kan worden gezien, prevaleert de wet en komt daarmee art. 249 Rv opnieuw in beeld. Een niet-algemeen verbindend voorschrift kan immers de wet niet opzij zetten.

4 De vergoeding van kosten

22. Art. 249 lid 2 Rv bepaalt dat de eiser bij afstand van instantie de proceskosten van de gedaagde moet betalen. Geldt deze verplichting dan ook bij het intrekken van een kort geding?

23. In de schaarse (ongepubliceerde) rechtspraak¹⁵ wordt een aantal redenen aangevoerd waarom de gedaagde géén recht zou hebben op vergoeding. Deze argumenten overtuigen mij niet. Alvorens ik hier nader op in ga, zal ik kort uiteenzetten waarom naar mijn mening de gedaagde op grond van de wet wel recht heeft op vergoeding van zijn kosten.¹⁶

24. Als – zoals ik hierboven heb betoogd – art. 9 lid 1 Procesreglement als een uitwerking van art. 249 Rv moet worden gezien, vloeit daar in beginsel ook de toepasselijkheid van art. 249 lid 2 Rv uit voort.¹⁷ De wettelijke bepalingen over het kort geding bevatten geen afwijkende regeling en de tweede volzin van art. 9 lid 1 Procesreglement, die zegt dat bij intrekking de voorzieningenrechter geen proceskostenveroordeling uitspreekt, kan daar als niet-algemeen verbindende regeling niet aan afdoen (zie hierna). Evenmin is art. 249 lid 2 Rv strijdig met de aard van het kort geding. Immers, de eiser kan nog steeds op een snelle en simpele manier de procedure beëindigen. Er hangt alleen een prijskaartje aan.

25. Misschien moet de vraag worden omgedraaid. Waarom zou art. 249 lid 2 Rv niet kunnen worden toegepast in kort geding? Waarom zou in een kort geding een gedaagde met zijn kosten moeten blijven zitten? Bij een omvangrijk IE-geschil kunnen deze kosten (zeer) aanzienlijk zijn. Naar mijn mening zou dit tot een onaanvaardbaar verschil leiden in rechtspositie tussen de eiser en de gedaagde. Het lijkt mij in strijd met de goede procesorde als de eiser de gedaagde (on-

15 Ik heb drie gepubliceerde uitspraken gevonden die relevant zijn (zie hieronder).

16 Er is dus naar mijn mening sprake van een verbintenis uit de wet, te weten art. 249 lid 2 Rv (alsmede het hierna te bespreken art. 1019h Rv). Ik denk niet dat art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad, een grondslag vormt. Het intrekken van een kort geding zal in het algemeen niet als onrechtmatig kunnen worden gekwalificeerd nu zowel art. 249 lid 1 Rv als art. 9 lid 1 Procesreglement het éézijdig beëindigen van een zaak expliciet toestaan. Het gebruik maken van deze bevoegdheid zal in de regel rechtmatig zijn.

17 Vgl. bijvoorbeeld Blaauw, *Het kort geding*, A. Algemeen deel (7e druk), pg. 146, die schrijft dat de regelingen van afstand van instantie en verval van instantie in beginsel in kort geding van toepassing zijn.

bepikt) op kosten kan jagen zonder dat de gedaagde hiervoor vergoeding kan vorderen bij intrekking van de zaak. Bovendien zou dit lichtvaardig dagvaarden in de hand werken.

26. Ik zal hieronder de verschillende argumenten tegen toepassing van art. 249 lid 2 Rv in kort geding bespreken.

(1) Niet aanhangig?

27. In een ongepubliceerde zaak die ik zelf behandelde, werd het bestaan van een vordering strekkende tot vergoeding van de door gedaagde gemaakte kosten door de voorzieningenrechter verworpen met het argument dat de zaak tot aan het uitroepen van de zaak nog niet aanhangig was. Dit is onjuist. Art. 125 Rv bepaalt dat de zaak aanhangig is vanaf de dag van dagvaarding. Deze bepaling geldt ook in kort geding, zoals hierboven uiteen gezet.

(2) Art. 9 lid 1 Procesreglement tweede volzin?

28. Art. 9 lid 1 Procesreglement bepaalt:

‘De eisende partij kan de procedure intrekken tot het moment dat de zaak is uitgeroepen. In dat geval spreekt de voorzieningenrechter geen proceskostenveroordeling uit.’

29. Mr. M. den Besten¹⁸ leidt uit de tweede volzin af dat de gedaagde geen recht heeft op vergoeding van zijn kosten. Mij komt dit onjuist voor. Het Procesreglement is, zoals hierboven toegelicht, geen algemeen verbindend voorschrift en kan geen afbreuk doen aan door de wet toegekende rechten, zoals art. 249 lid 2 Rv. Als er strijd is met de wet, prevaleert de wet.

30. Bovendien hoeft art. 9 lid 1 tweede volzin Procesreglement niet zo te worden uitgelegd als mr. Den Besten voorstaat. Er staat niet dat de gedaagde geen recht heeft op vergoeding van zijn proceskosten. Er staat alleen dat de voorzieningenrechter bij het intrekken van de zaak geen kostenveroordeling uitsprekt. Net zomin overigens als de rechter een kostenveroordeling uitsprekt wanneer een eiser in een bodemzaak afstand van instantie doet ex art. 249 lid 1 Rv. Art. 9 lid 1 tweede volzin Procesreglement sluit niet uit dat gedaagde weldegelijk een vordering heeft, waarvoor hij via een aparte procedure en eventueel bij een andere rechter een titel kan krijgen.

(3) Intrekking geen afstand van instantie (rechtstreeks dan wel analogisch)?

31. In Rb Utrecht 11 maart 2009, LJN: BH7513, JBPr 2009/51¹⁹ werd art. 249 Rv niet van toepassing geacht op een ingetrokken kort geding.²⁰ Dit betrof overigens geen IE-geschil, voor zover kenbaar uit de uitspraak. De voorzieningenrechter overwoog (r.o. 2.2) dat intrek-

king op voet van art. 9 lid 1 Procesreglement een niet in de wet geregelde figuur is, die niet kan worden aangemerkt als afstand van instantie in de zin van art. 249 lid 1 Rv. Daarom komt de gedaagde geen rechtstreeks beroep toe op de kostenbepaling van art. 249 lid 2 Rv.

32. Naar mijn mening kan en moet art. 9 lid 1 Procesreglement wél worden gezien als de toepassing van art. 249 lid Rv in kort geding. De Utrechtse voorzieningenrechter had moeten onderzoeken of hij art. 9 lid 1 Rv (als een niet-algemeen verbindend voorschrift) kon inpassen in het wettelijke systeem. Als dat niet lukt, moet deze – in de woorden van de voorzieningenrechter – ‘niet in de wet geregelde figuur’ worden gepasseerd en moet de wet worden toegepast. In geen geval kan aan een ‘niet in de wet geregelde figuur’ voorrang worden gegeven boven de wet, zoals de voorzieningenrechter doet.

33. De Utrechtse voorzieningenrechter overwoog verder dat ook een eventuele analogische toepassing niet baat. Dit omdat art. 249 lid 2 Rv geen vergoeding voor voorbereiding proceshandelingen zou insluiten, maar alleen voor daadwerkelijk verrichte proceshandelingen. Omdat de eiser de zaak had ingetrokken voor het uitroepen van de zaak, had de gedaagde formeel nog geen handelingen verricht. De voorzieningenrechter verwijst voor deze opvatting naar T&C Rv, art. 249 Rv, aant. 3 onder b.

34. Dit argument overtuigt mij evenmin. Het komt erop neer dat de gedaagde geen vergoeding van zijn kosten krijgt omdat de eiser hem heeft ‘belet’ de handeling, waarvoor hij al die kosten had gemaakt, formeel te verrichten. Daar zit iets paradoxaals in. Art. 249 lid 2 Rv heeft het niet over kosten voor proceshandelingen die formeel zijn verricht. Het commentaar waar de voorzieningenrechter naar verwijst, stelt de zaken ook niet zo stellig als de voorzieningenrechter het doet voorkomen. Met name wordt niet gesteld dat alleen formeel verrichte handelingen voor vergoeding in aanmerking komen. Er wordt in het commentaar aangenomen dat de gedaagde bij het intrekken nog geen handelingen heeft verricht. Andere commentaren onderschrijven het standpunt van de voorzieningenrechter niet.²¹

35. Wat er ook van zij, voor IE-zaken is dit argument niet doorslaggevend. Daar geldt het beginsel dat de redelijke en evenredige kosten moeten worden vergoed; een beperking tot kosten voor handelingen die ook formeel zijn verricht, bestaat er niet.²² Hier kom ik nog op terug.

21 Zie bijvoorbeeld Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 249-250 Rv., aant. 6.

22 Zie in dit verband de hieronder te bespreken uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 4 juni 2007, Pintail International B.V. tegen Gemini Medical Textiles Europe B.V., zaaknummer / rekestnummer: 288139 / HA RK 07-556, IEF 4132. Verder ook: Rechtbank Den Haag, beschikking van 19 januari 2010, HA RK 09-572, TNT Holdings B.V. tegen Logispring Management Services Company LLC c.s., IEPT20100119.

18 M. den Besten, punt 3 van zijn noot onder Rb Utrecht 11 maart 2009, LJN: BH7513, JBPr 2009/51. Dit betrof geen IE-zaak.

19 Met een instemmende noot van mr. M. den Besten.

20 In dezelfde ook: Rechtbank Almelo, sector kanton, locatie Enschede, 13 november 2012, LJN BY 2979.

(4) geen vergoeding omdat gedaagde bij winst alleen forfaitaire vergoeding krijgt?

36. In Vrz. Rb 's-Gravenhage 8 oktober 2008, nr. 317025 / KG ZA 08-1007, NJF 2008, 487²³ werd ook geoordeeld dat art. 9 lid 1 Procesreglement aan een veroordeling van de eiser in de kosten van gedaagde in de weg staat. Dit was ook geen IE-zaak. De voorzieningenrechter zag onder ogen dat (art. 9 lid 1 van) het Procesreglement een niet-algemeen verbindend voorschrift is, maar oordeelde dat deze regeling niet strijdig was met de wet. Dit omdat in de praktijk bij bodemprocedures ook slechts veelal een deel van de werkelijke kosten wordt toegekend, volgens een forfaitair stelsel. Bovendien kenmerkt een kort geding zich mede door een zo gering mogelijk aantal formele regels, hetgeen een beperking van de mogelijkheden om voort te procederen over andere aspecten dan de zaak zelf rechtvaardigt, aldus de voorzieningenrechter (r.o. 2.4).

37. Ik vind deze redenering niet overtuigend. Het maakt nogal wat uit of een gedaagde – met toepassing van art. 249 lid 2 Rv – een deel van zijn kosten vergoed krijgt, of – met toepassing van art. 9 lid 1 Rv, tweede volzin – helemaal niets. Zo bezien lijkt er – anders dan de voorzieningenrechter meende – weldegelijk strijd te zijn tussen deze regelingen. Zoals hierboven al toegelicht, vermag ik voorts niet in te zien waarom het informele karakter van het kort geding met zich zou moeten brengen dat de gedaagde in het geheel geen vergoeding krijgt. Dat zou bovendien betekenen dat de rekening voor dit informele karakter geheel en al bij de gedaagde wordt neergelegd. Verder geldt dat ook als men de redenering van de voorzieningenrechter wèl zou onderschrijven, deze niet opgaat voor IE-zaken, waar het de regel is dat juist wel de volledige, mits redelijke en evenredige, proceskosten moeten worden vergoed.

38. Samenvattend: de gepubliceerde lagere rechtspraak wijst toepassing van art. 249 Rv af. De gebezigde redeneringen vind ik niet sterk en gaan bovendien veelal niet op voor IE-zaken, waar de wet voorschrijft dat als regel de volledige, mits redelijke en evenredige, proceskosten worden vergoed.

5 Art. 1019h Rv

39. Naar mijn mening kan naast art. 249 lid 2 Rv art. 1019h Rv een tweede grondslag vormen voor vergoeding van de door gedaagde gemaakte proceskosten in een ingetrokken IE-kort geding.²⁴ Deze bepaling schrijft voor dat de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd wordt veroordeeld in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten van de in het gelijk gestelde partij. Het is de implementatie van art. 14 van de Handhavingsrichtlijn.

40. Moet de eiser als de in het ongelijk gestelde partij worden beschouwd wanneer hij de door hem aangespannen zaak intrekt? Naar mijn mening wel. Ik zie geen goede reden de eiser niet als de in het ongelijk gestelde partij te beschouwen. De eiser trekt éézijdig de zaak in, waarmee hij dus te kennen geeft dat hij van zijn eis afziet. De zaak eindigt zonder dat de vorderingen van de eiser (ook maar gedeeltelijk) zijn toegewezen.²⁵ Materieel is het eindresultaat niet anders dan als de rechter alles had afgewezen. In beide gevallen staat de eiser met lege handen. Hij moet dus materieel als de verliezende partij worden beschouwd.

41. Men zou hiertegen in kunnen brengen dat er in het geval van intrekking van de zaak geen rechterlijke uitspraak is geweest en er dus ook niet kan worden gesproken over een partij die in het ongelijk is gesteld. Dit argument spreekt mij niet aan. Het zou bij toepassing van art. 1019h Rv om de materiële uitkomst van het geschil moeten gaan. Als de eiser niet krijgt toegewezen waarvoor hij de procedure is begonnen, dan is hij de verliezer. Dan maakt het niet uit als de rechter hem zijn vordering ontzegt, of dat hij zelf voortijdig de handdoek in de ring gooit, door zijn zaak in te trekken of bijvoorbeeld zijn vordering tot nihil te reduceren.²⁶ De verplichting tot het betalen van de werkelijke proceskosten zou worden gefrustreerd als de eiser bij het voortijdig intrekken van de zaak de proceskosten van de gedaagde niet hoefde te vergoeden.

42. In een tweetal uitspraken heeft de Haagse rechtbank geoordeeld dat een partij die de zaak vroegtijdig intrekt, als de in het ongelijk gestelde partij moet worden beschouwd. In de zaak Pintail/Gemini van 4 juni 2007²⁷ overwoog de rechtbank 's-Gravenhage als volgt (r.o. 3.1):

‘Met Pintail moet ervan worden uitgegaan dat bij afstand van instantie de eiser als in het ongelijk gesteld is te beschouwen in de zin van artikel 14 Handhavingsrichtlijn (Rl. 2004/48/EG). Doel van dat artikel is immers te verzekeren dat bij een procedure als voormelde octrooizaak de in het ongelijk gestelde partij in redelijke en evenredige kosten wordt veroordeeld (tenzij de billijkheid zich daartegen zou verzetten), welk doel zou worden gefrustreerd indien wel reeds dergelijke kosten zijn gemaakt door de gedaagde partij maar de eiser vergoeding daarvan kan voorkomen door de zaak vroegtijdig *in te trekken*. Evenmin zou een andere uitleg te rijmen zijn met het feit dat indien de procedure was voortgezet en de eisende partij in het ongelijk zou zijn gesteld, hij wel in de kosten conform artikel 14

23 In zijn noot onder de Utrechtse beslissing verwijst Den Besten ook (instemmend) naar deze uitspraak.

24 Vanzelfsprekend heeft deze additionele grondslag – anders dan het eerdere grondslag van art. 249 lid 2 Rv – geen betrekking op niet-IE-zaken.

25 De casuspositie waarin voorafgaand aan de zitting de gedaagde de eiser (gedeeltelijk) tegemoetkomt, behandel ik hieronder.

26 Zie over het reduceren van de vordering tot nihil: rechtbank Den Haag 23 februari 2011, IEPT20110223, Interface tegen Desso, r.o. 4.2.

27 Rechtbank 's-Gravenhage 4 juni 2007, Pintail International B.V. tegen Gemini Medical Textiles Europe B.V., zaaknummer / rekestnummer: 288139 / HA RK 07-556, IEF 4132.

Handhavingsrichtlijn zou zijn veroordeeld.’ (onderstreping DdL).

43. De rechtbank veroordeelde de voormalig eiser Gemini in de kosten van voormalig gedaagde Pintail, die conform art. 1019h Rv werden vastgesteld EUR 18.186,33.

44. Vergelijkbare overwegingen vindt men terug in een beslissing van 19 januari 2010 van de rechtbank Den Haag²⁸ (TNT/Logispring), r.o. 3.2 en 3.3:

‘3.2. Artikel 249 lid 2 Rv biedt ruimte voor vergoeding van werkelijk gemaakt kosten, ook als de conclusie van antwoord formeel niet genomen is. Artikel 249 lid 2 Rv verplicht immers de eiser die afstand van instantie doet de door gedaagde in verband met de procedure reeds gemaakte proceskosten te vergoeden. Het feit dat gedaagden een proceshandeling – in dit geval het nemen van een conclusie van antwoord – formeel niet hebben verricht, staat niet aan vergoeding van de kosten in de weg, omdat, getoet op het late tijdstip waarop afstand van instantie is gedaan en waarop aan gedaagden is aangekondigd dat zulks zou geschieden, gedaagden de kosten voor de voorbereiding van die proceshandeling niet redelijkerwijs hebben kunnen voorkomen.

3.3. Uitgangspunt is voorts dat bij afstand van instantie de eiser als in het ongelijk gesteld is te beschouwen in de zin van artikel 1019h Rv. Doel van dat artikel is immers te verzekeren dat bij een procedure als voormelde merkenrechtelijke zaak, de in het ongelijk gestelde partij in de redelijke en evenredige kosten wordt veroordeeld (tenzij de billijkheid zich daartegen zou verzetten). Dit doel zou worden gefrustreerd indien de eiser vergoeding van dergelijke kosten die wel reeds door de gedaagde partij zijn gemaakt kan voorkomen door de zaak vroegtijdig *in te trekken*. Evenmin zou een andere uitleg in redelijkheid te rijmen zijn met het feit dat, indien de procedure was voortgezet en de eisende partij in het ongelijk zou zijn gesteld, hij wel in de kosten conform artikel 1019h Rv zou zijn veroordeeld.’ (onderstreping DdL).

45. Beide uitspraken hadden betrekking op een procedure ex art. 250 lid 4 Rv na afstand van instantie door de eiser in een bodemprocedure, maar gelden naar mijn mening ook voor een ingetrokken kort geding. De gebezigde redenering is ook van toepassing op een kort geding. Ook bij een kort geding zou het recht op een kostenvergoeding op ontoelaatbare wijze worden gefrustreerd als de eiser eenzijdig de zaak kan intrekken, zonder dat hij de gemaakte kosten moet vergoeden. Ik wijs er bovendien op dat in beide zaken wordt gesproken van het ‘intrekken’ van de zaak, terwijl het in die zaken formeel afstand van instantie betrof (zie de onderstreepte passage). Dit duidt er op dat in beide

zaken de rechters geen relevant verschil zagen tussen ‘afstand van instantie’ bij een bodemprocedure en ‘intrekken’ bij een kort geding, in ieder geval voor wat de kosten betreft. Bovendien maakt de Handhavingsrichtlijn voor de kostenvergoedingen ook geen onderscheid tussen bodemprocedures en kort geding. In beide gevallen beëindigt de eiser eenzijdig de door hem aangespannen procedure en in beide gevallen behoort de gedaagde niet met de kosten te blijven zitten.

46. Ik bepleit dat – in lijn met de hierboven aangehaalde rechtspraak – de eiser die de zaak eenzijdig intrekt, in beginsel als de in het ongelijk gestelde partij wordt beschouwd. De reden is dat de vervolprocedure, waarin het over de kosten gaat (zie hierna), zo simpel mogelijk moet worden gehouden. Alleen de hoogte van de kosten zouden daarin een onderwerp van debat mogen zijn. Zonder dit uitgangspunt moet in de kostenprocedure nog worden gestreden over de vraag of eiser die de zaak heeft ingetrokken eigenlijk wel de verliezer is. Daarmee neemt een kostenprocedure als snel de vorm aan van een inhoudelijk debat over de merites van de zaak die juist was ingetrokken. Dit is weinig efficiënt.

47. Maar hoe zit het in gevallen waarin de eiser, voordat het tot een zitting kwam, zijn zin kreeg? Bijvoorbeeld: de gevraagde onthoudingsverklaring werd uiteindelijk alsnog door de gedaagde getekend. Dan is de eiser toch niet als de in het ongelijk gestelde partij te beschouwen?

48. Als een gedaagde in de aanloop naar de kort geding zitting de eiser tegemoet komt, zal dit veelal de vorm van een schikking aannemen. De partijen zullen in dat kader afspreken dat de zitting geen doorgang meer behoeft. In dergelijke gevallen is er geen sprake van eenzijdig intrekken door de eiser.

49. Stel dat de gedaagde aan een deel van de vordering voldoet (hij tekent bijvoorbeeld alsnog de gevraagde onthoudingsverklaring, maar betaalt geen proceskosten), zonder dat dit onderdeel is van een regeling waarmee het geschil wordt beëindigd. Een in de praktijk waarschijnlijk weinig voorkomend geval. Maar mocht dit zich wèl voordoen, dan zou ik menen dat de eiser onverstandig handelt door in dergelijke gevallen de procedure in te trekken (het is wellicht zelfs een beroepsfout van de raadsman van de eiser). De eiser heeft immers nog een belang om door te gaan met de procedure in de kostenvergoeding op de gedaagde uit hoofde van art. 1019h Rv.²⁹ Hij heeft in veel gelijk gekregen, maar nog niet in alles.

50. Uiteraard zullen er atypische casusposities zijn waarin de rechter wèl naar de materiële rechtsverhouding moet kijken om te beoordelen wie de in het ongelijkgestelde partij is. Maar het uitgangspunt zou de processuele houding moeten zijn.

²⁸ Rechtbank Den Haag van 19 januari 2010, HA RK 09-572, TNT Holdings B.V. tegen Logispring Management Services Company LLC c.s., IEPT20100119.

²⁹ Zie: bijvoorbeeld A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 6.9, p. 124.

51. Als art. 1019h Rv als grondslag voor een kostenvergoeding wordt beschouwd, moeten deze kosten logischerwijs met inachtneming van dat zelfde artikel worden vastgesteld, dat wel zeggen dat de volledige mits redelijke en evenredige kosten moeten worden vergoed. Als art. 249 lid 2 Rv als grondslag wordt genomen, moeten deze kosten – in IE-zaken – eveneens volgens art. 1019h Rv worden vastgesteld, zoals gebeurde in de hierboven besproken rechtspraak van de Haagse rechtbank.³⁰

6 Hoe kan de gedaagde een titel verkrijgen?

52. In het voorafgaande ben ik tot de tussenconclusie gekomen dat de gedaagde bij een door de eiser ingetrokken (IE-)kort geding een vordering heeft op de eiser ter voldoening van de redelijke en evenredige proceskosten. Dit op basis van art. 249 Rv en/of art. 1019h Rv.

53. Als men die tussenconclusie onderschrijft, rijst vervolgens de vraag hoe gedaagde deze vordering kan incasseren, gesteld dat de eiser niet vrijwillig wil betalen. Welke rechtsingangen staan de gedaagde ter beschikking om een executoriale titel te verkrijgen?

6.1 Toepassing van art. 250 lid 4 Rv

54. Ik bepleit dat de gedaagde een beroep kan doen op de procedure van art. 250 lid 4 Rv. Deze bepaling luidt:

‘Ter zake van de betaling van de kosten vaardigt de rechter op verlangen van de gedaagde een bevelschrift uit. Het bevelschrift is uitvoerbaar bij voorraad.’

55. Als men mijn eerdere betoog onderschrijft dat de regels in art. 249 en 250 Rv over afstand van instantie toepassing vinden bij het intrekken van een kort geding op voet van art. 9 lid 1 Procesreglement, vloeit hier automatisch uit voort dat lid 4 van art. 250 Rv ook toepassing vindt.

56. Ook als men hier niet van overtuigd is (maar wel onderschrijft dat de gedaagde uit hoofde van art. 1019h Rv een vordering heeft), zie ik grond voor toepassing van art. 250 lid 4 Rv (eventueel bij wijze van analogie). Art. 250 lid 4 Rv roept een eenvoudige procedure over de proceskosten in het leven. Van Maanen/Van Dam-Lely³¹ schrijven dat uit de in dat artikellid gebezigde term ‘verlangen’ volgt “dat noch de formaliteiten van een vordering, noch die van een verzoek in acht genomen behoeven te worden. Een briefje aan de rechter volstaat”.

57. De Handhavingsrichtlijn schrijft in art. 3 lid 1 voor dat de procedures ter verwezenlijking van de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn “eerlijk en billijk” dienen te zijn en “niet onnodig ingewikkeld of kostbaar” mogen zijn. Krachtens rechtspraak van het Hv rust op nationale rechterlijke instantie de verplichting *al het mogelijke* te doen om de nationale wet- en regelgeving – dus met inbegrip van art. 250 lid 4 Rv – zo uit te leggen dat de volle werking van het EU-recht (zoals de Handhavingsrichtlijn, inclusief art. 14 daarvan) en de daarmee nagestreefde doelstelling wordt verzekerd.

58. De Hoge Raad vatte de rechtspraak van het HvJ hierover recentelijk (HR 21 september 2012, LJN: BW5879, NJ 2012/532 (ACI c.s./Stichting de ThuisKopie)) nog als volgt samen:

“5.1.2 Bij de beoordeling van deze klacht dient tot uitgangspunt dat art. 16c Aw de implementatie vormt van een richtlijnvoorschrift. Dat brengt mee dat de nationale rechter, die verplicht is binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren bij de beslechting van het bij hem aanhangige geding, zoveel mogelijk het nationale recht dient uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken. De rechter dient daarbij ervan uit te gaan dat de wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Ofschoon de richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht wordt begrensd door algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en niet kan dienen als grondslag voor een contra legem uitleg van het nationale recht, vereist zij niettemin dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, in overeenstemming met het nationale recht en de daarin erkende uitlegmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn en de daarmee nagestreefde doelstelling te verzekeren (HV JEU 4 juli 2006, C-212/04, LJN AY0534, NJ 2006/593 (Adeneler))”.

59. Toepassing van art. 250 lid 4 Rv op de proceskosten uit een ingetrokken kort geding, helpt dus de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn te verwezenlijken.

6.2 Bodemprocedure geen reëel alternatief voor art. 250 lid 4 Rv

60. Het aanspanning van een kort geding tot voldoening van de kosten zal in het algemeen geen optie zijn omdat het een vordering tot betaling van een geldsom betreft, waarbij het spoedeisend belang vaak zal ontbreken.³² Het enige alternatief voor toepassing van art. 250 lid 4 Rv is het aanspannen van een normale bodemprocedure. Een bodemprocedure is echter een

³⁰ Zie: rechtbank Den Haag 4 juni 2007, Pintail International B.V. tegen Gemini Medical Textiles Europe B.V., zaaknummer / rekestnummer: 288139 / HA RK 07-556, IEF 4132, en rechtbank Den Haag 19 januari 2010, HA RK 09-572, TNT Holdings B.V. tegen Logispring Management Services Company LLC c.s., IEPT20100119.

³¹ Van Maanen/Van Dam-Lely 2012, (T&C Rv), art. 250 Rv, aant. 1d (pg. 558).

³² Zie voor het spoedeisend belang bij een geldvordering bijvoorbeeld: HR 28 mei 2004, LJN AP0263, NJ 2004, 602.

veel langzamere en complexere procedure (en daarmee dus een kostbaardere procedure) dan de procedure van art. 250 lid 4 Rv. Als voor verhaal van de kosten alleen een bodemprocedure kan worden aangespannen, doet dit afbreuk aan de doelstellingen van de Handhavingsrichtlijn, zoals verwoord in art 3 lid 1 daarvan.

61. Bovendien leidt dit tot een niet te rechtvaardigen verschil met de kostenregeling voor een éézijdig beëindigde bodemprocedure. Voor de kosten uit een bodemprocedure zou wèl de simpele route van art. 250 lid 4 Rv openstaan, terwijl voor het verhaal van de kosten uit een simpeler en informeler kort geding alleen een complexe bodemprocedure mogelijk zou zijn. Dit is de omgekeerde wereld. Niet alleen staat dit op gespannen voet met de Handhavingsrichtlijn (alsmede de logica en het gezond verstand), ook nemen daarmee de processuele lasten voor partijen en de rechter alleen maar toe. Dit alles pleit ervoor de route van art. 250 lid 4 Rv ook open te stellen voor de kosten uit een ingetrokken kort geding.

62. Ik merk nog op dat in de literatuur ook wel toepassing van art. 127 Rv is verdedigd als een mogelijkheid voor een gedaagde zijn kosten vergoed te krijgen.³³ Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid voor de gedaagde een zaak zelf op de rol te laten inschrijven als de eiser dit nalaat en te vorderen dat hij van de instantie wordt ontslagen met veroordeling van de eiser in de kosten. Deze bepaling laat zich minder eenvoudig op een kort geding toepassen dan art. 250 lid 4 Rv. De gedaagde moet immers de zaak op de rol inschrijven, en er zijn geen rolzittingen bij een kort geding, althans niet in eerste aanleg. Ik sluit toepassing van art. 127 Rv niet uit, maar omdat art. 250 Rv naar mijn mening de meest eenvoudige optie is, neig ik ernaar aan die regeling de voorkeur te geven.

6.3 Instellen IE-procedure ten gronde geen reële alternatief

63. Wellicht bestaat de gedachte dat het geschetste probleem van de gedaagde theoretisch van aard is en dat dit probleem zich op een pragmatische wijze laat oplossen. Waarom spant de gedaagde niet gewoon zelf een procedure aan tegen de eiser, waarin hij bijvoorbeeld een verklaring voor recht van niet-inbreuk of de nietigheid van het door de eiser ingeroepen recht vordert? In deze procedure kunnen de eerder gemaakte kosten dan worden 'meegenomen'. Naar mijn mening is dit in veel gevallen geen reële optie.

64. Eerst een dogmatisch bezwaar. De gedaagde heeft een geldvordering op de eiser. Het is de omgekeerde wereld als hij gedwongen zou zijn ter incasso van deze (simpele) geldvordering, een volledige, inhoudelijke

IE-procedure te moeten voeren. Denk bijvoorbeeld aan een complexe octrooizaak waar geldigheid en inbreuk aan de orde zijn. Ook wil de gedaagde misschien wel helemaal geen oordeel ten gronde over het IE-geschil. Hij wil gewoon een titel voor zijn geldvordering. Waarom zou hij daarvoor een procedure over een ander onderwerp moeten voeren? Het is noch in het belang van de rechtzoekende, noch van de rechtspraak als geheel, als er nodeloos complexe procedures worden gevoerd, waar niemand op zit te wachten.

65. De gedaagde moet aanzienlijke kosten maken als hij gedwongen zou zijn het IE-geschil ten gronde uit te procederen om (alleen maar) zijn kosten in het ingetrokken kort geding vergoed te krijgen. Deze kosten zullen zijn eerdere kosten uit het ingetrokken kort geding veelal aanzienlijk overtreffen. Voor de gedaagde bestaat altijd het risico dat hij de IE-bodemprocedure onverhoopt tóch verliest. Zijn kostenvordering uit het ingetrokken kort geding komt daarmee niet met terugwerkende kracht te 'vervallen'. Maar hij krijgt zijn kosten niet vergoed. Integendeel; hij krijgt een kostenveroordeling tegen zich uitgesproken.³⁴ De gedaagde loopt dus niet alleen het risico dat hij zijn kosten uit het ingetrokken kort geding niet vergoed krijgt. Hij loopt ook het risico tegen een (veel hogere) kostenveroordeling in de bodemprocedure op te lopen, bovenop zijn eigen kosten.

66. Ook als de (voormalig) gedaagde de bodemzaak wint, is het nog maar de vraag of hij recht heeft op vergoeding van deze kosten volgens art. 1019h Rv. Stel dat zijn voornaamste argument de ongeldigheid van het ingeroepen IE-recht was. Na het Bericap-arrest van het HvJ³⁵ werd de vraag opgeworpen of nietigheidsprocedures wel kwalificeren als zaken waarop de Handhavingsrichtlijn van toepassing is. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft in de zaak Danisco/Novozymes³⁶ weliswaar geoordeeld dat een nietigheidsactie in reactie op een inbreukdreiging als een 'voortuitgeschoven inbreukverweer' moet worden beschouwd en als zodanig onder het kostenregime van art. 14 Handhavingsrichtlijn en art. 1019h Rv valt. Recentelijk heeft de Haagse rechtbank deze uitspraak toegepast in de zaak FX Prevent tegen Wagner.³⁷ Deze rechtspraak is echter nog niet met zoveel woorden bevestigd door de Hoge Raad en/of het HvJ.³⁸ Er bestaat dus nog steeds een (klein) risico dat de gedaagde, ook bij winst zijn daad-

33 Zie o.m. Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* (vijfde druk, 2011), pg. 376 en de op die pagina in voetnoot 46 genoemde bronnen. Anders o.m. Rb Zwolle, 18 januari 2007, JBP 2007/55, m.nt. prof. mr. F.A.W. Bannier; Vrz. rechtbank Den Haag 8 oktober 2008, nr. 317025 / KG ZA 08-1007, NJF 2008, 487.

34 Dit illustreert dat het onjuist is als de kosten uit hoofde van een ingetrokken kort geding in een inhoudelijke IE-zaak moeten worden gevorderd.

35 HvJ EU 15 november 2012, C-180/11, IEPT20121115. De rechtbank Den Haag heeft zich de vraag gesteld hoe dit arrest uitpakt voor reconventionele nietigheidsvordering en o.m. in de zaken Apple/Samsung van 28 november 2012, IEPT20121128 en Remu/Knoop van 16 januari 2013, IEPT20130109, partijen de gelegenheid gegeven zich hierover uit te laten.

36 Gerechtshof Den Haag, Danisco/Novozymes, rolnr. 200.094.921/01, LJN: BZ1902, IEF 12381.

37 Rb Den Haag, 8 mei 2013, IEPT20130508.

38 Hoewel het arrest van de Hoge Raad van 22 juni 2012, LJN: BW0393, NJ 2012, 397 (Knooble / Staat & NNI) er wel op wijst dat de Hoge Raad dezelfde mening is toegeedaan als het Hof.

werkelijke kosten in zowel de gewonnen bodemzaak als het ingetrokken kort geding niet vergoed krijgt, maar alleen een forfaitaire vergoeding volgens het liquidatietarief.

67. Dit zijn serieuze risico's, waardoor menig gedaagde – terecht – af zal zien van deze route. Ik geloof dus niet dat het instellen van een IE-vordering ten gronde een oplossing biedt voor het verkrijgen van een kostenvergoeding, nog even daargelaten dat een dergelijke procedure moeilijk kan gelden als “niet onnodig ingewikkeld of kostbaar”, zoals art. 3 lid 1 Handhavingsrichtlijn eist.

6.4 Kosten in de kostenprocedure

68. Laten we aannemen dat men voor de kosten uit een ingetrokken kort geding een executoriale titel kan verkrijgen in een art. 250 lid 4 procedure (of anders in een bodemprocedure of volgens art. 127 Rv). Komen de kosten die worden gemaakt in een dergelijke kostenprocedure voor vergoeding in aanmerking? Ik meen dat het arrest Realchemie/Bayer CropScience van het HvJ³⁹ daar aanknopingspunten voor biedt.

69. In die zaak speelde het volgende. Bayer CropScience had kosten toegewezen gekregen in een Duitse IE-zaak tegen wederpartij Realchemie uit Nederland. Realchemie wilde deze kosten niet vrijwillig voldoen. Omdat zich mogelijk in Nederland vermogensbestanddelen van Realchemie bevonden, verzocht Bayer CropScience op de voet van art. 38 e.v. van de EEX-Verordening⁴⁰ erkenning van de Duitse beslissingen in Nederland. Realchemie tekende verzet aan en stelde vervolgens beroep in cassatie in tegen de exequaturverlening. Bayer CropScience moest dus een aanvullende rechtsgang doorlopen om haar kosten vergoed te krijgen. Op een prejudiciële vraag van de Hoge Raad antwoordde het HvJ dat de kosten van deze exequaturprocedure ook vallen onder het bereik van art. 14 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48), waarvan art. 1019h Rv de implementatie is. Dit is te vergelijken met de hierboven besproken situatie. De gedaagde heeft een proceskostenvordering ex art. 1019h Rv, maar hij moet nog een aanvullende rechtsgang doorlopen om een executoriale titel voor deze kosten te krijgen.

70. Als eenmaal is geaccepteerd dat de rechtsgang van art. 250 Rv kan worden toegepast, zullen deze kosten minimaal zijn. Een brief met een kostenspecificatie – waaraan dezelfde eisen zouden moeten worden gesteld als bij een gewone IE-procedure – volstaat. Als er echter een uitgebreid debat plaatsvindt over de toepasselijkheid van deze regeling (en/of de vraag of de gedaagde

wel recht heeft op vergoeding van zijn kosten), zouden de kosten echter substantieel kunnen zijn.

7 Rechtsmiddelen art. 250 lid 4 Rv

7.1 Staat een rechtsmiddel open?

71. Uit de hierboven besproken rechtspraak blijkt dat rechters niet geneigd zijn art. 250 lid 4 Rv toe te passen bij een verzoek van gedaagde om vergoeding van zijn kosten bij een ingetrokken kort geding. Staat er dan een rechtsmiddel tegen deze weigering open voor de gedaagde? Of – in het omgekeerde geval – als de rechter dit artikel wel toepast, kan de eiser dan nog iets doen?

72. Rv geeft geen algemene regeling over de rechtsgang bij ‘bevelschriften’. Art. 250 Rv zelf bevat ook geen bepalingen over rechtsmiddelen. Van Maanen/Van Dam-Lely⁴¹ wijzen erop dat art. 250 lid 4 Rv bepaalt dat het bevelschrift uitvoerbaar bij voorraad is. Dit suggereert dat er wel een rechtsmiddel open staat. Uitvoerbaar bij voorraad verklaring van een vonnis doorbreekt immers de regel dat appèl tenuitvoerlegging van een vonnis schorst (art. 350 lid 1 Rv). Als er géén rechtsmiddel zou openstaan, heeft uitvoerbaarheid bij voorraad weinig nut. T.F.E. Tjong Tjin Tai concludeert daaruit dat het bevelschrift moet worden opgevat “als een vonnis c.q. arrest in de zaak, waarvan overeenkomstig de gewone regels hoger beroep en cassatieberoep openstaat”.⁴²

73. De term ‘bevelschrift’ wordt ook op andere plekken in Rv gebruikt. Tot een duidelijker beeld over de procesgang inzake ‘bevelschriften’ leidt dit niet. Zo bepaalt art. 237 lid 4 Rv dat de rechter voor de kosten die na de uitspraak zijn ontstaan (de nakosten) een bevelschrift uitvaardigt. Daarbij is een hogere voorziening expliciet uitgesloten. De andere artikelen in Rv waar wordt gesproken van ‘bevelschrift’⁴³ melden niets over hoger beroep en cassatie. Ook komt deze term in andere wettelijke regelingen voor. Bijvoorbeeld art. 37 lid 2 e.v. Wet tarieven in burgerlijke zaken, dat de mogelijkheid schept voor de advocaat een bevelschrift te verkrijgen terzake van een niet betaalde declaratie. Art. 40 daarvan bepaalt dat hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten en alleen verzet openstaat.

74. Aan deze andere bepalingen over bevelschriften kunnen naar mijn mening geen (doorslaggevende) argumenten worden ontleend voor het al dan niet openstaan van een rechtsmiddel tegen een bevelschrift ex art. 250 lid 4 Rv.⁴⁴ Er is wat voor te zeggen een procedure

39 Arrest van het Hof van Justitie van 18 oktober 2011, C-406/09, NJ 2013/25, IER 2012/20, IEPT20111018. Het vervolgarrest van de Hoge Raad is van 14 december 2012, LJN: BX7456; B9 11949.

40 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, publicatieblad Nr. L 012 van 16/01/2001 blz. 0001 – 0023.

41 Van Maanen/Van Dam-Lely 2012, (T&C Rv), art. 250 Rv, aant. 1d (pg. 558).

42 Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 249-250 Rv., aant. 6.

43 Zie o.m. art. 199 lid 2, art. 485, art. 489, art. 490b lid 4 en art. 704 lid 2 Rv.

44 Uit het gegeven dat de wet een aantal keer bepaalt dat hoger beroep tegen een bevelschrift is uitgesloten en in Rv nergens een regeling wordt verschaft voor hoger beroep inzake bevelschriften, kan het argument worden afgeleid dat een hogere voorziening dus voor alle bevelschriften is uitgesloten. Het argument kan ook de andere kant op worden gemaakt. Als een hogere voorziening voor bepaalde bevelschriften expliciet is uitgesloten, is het niet uitgesloten voor de andere bevelschriften.

ex art. 250 lid 4 Rv te beperken tot één instantie. Het betreft immers een eenvoudige procedure waar – alleen – een beslissing over de kosten voorligt. Eerst appèl en dan nog cassatie is wel wat veel van het goede. Om deze reden zou mijn voorkeur uitgaan naar een rechtsgang in één instantie. Nu art. 250 lid 4 Rv echter het instellen van een rechtsmiddel niet uitsluit en het gebruik van woorden ‘uitvoerbaar bij voorraad’ er eerder op wijst dat een hogere voorziening mogelijk is, houd ik het erop dat – in lijn met de normale gang van zaken in dagvaardings- en verzoekschriftprocedures – wel appèl en cassatie openstaan (uiteraard mits het gevorderde bedrag boven de appèlgrens van art. 332 Rv ligt).

75. Ook als geen hogere voorziening tegen een beslissing ex art. 250 lid 4 Rv mogelijk is, betekent dit niet dat appèl of cassatie categorisch is uitgesloten. Een rechtsmiddelenverbod kan worden doorbroken wanneer de rechter de regeling waarop het verbod betrekking heeft (a) ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, (b) of juist ten onrechte heeft toegepast en/of (c) heeft toegepast met verzuim van fundamentele rechtsbeginselen.⁴⁵

76. Grond (a) lijkt goed toepasbaar op situaties waarin de rechter oordeelt dat art. 250 lid 4 Rv geen toepassing vindt, omdat er geen sprake zou zijn van afstand van instantie, zoals in de hierboven aangehaalde lagere rechtspraak. Via deze route zou de rechtsvraag of art. 249 en 250 Rv toepassing vinden bij een ingetrokken IE-kort geding, aan een hogere instantie en uiteindelijk de cassatierechter kunnen worden voorgelegd. Grond (b) zou kunnen worden gebruikt door de (voormalige) eiser als de rechter naar zijn mening dit artikel ten onrechte wèl toepast.

77. De jurisprudentie over het doorbreken van een rechtsmiddelenverbod gaat niet op wanneer de klacht louter de hoogte van het toegekende bedrag betreft (bijvoorbeeld de gedaagde vordert bedrag X en de rechter wijst minder toe). Tegen de inhoudelijke toepassing van art. 250 lid 4 Rv kan men alleen klagen als een rechtsmiddel openstaat.

7.2 Termijn en wijze instellen rechtsmiddel

78. De volgende vraag is op welke wijze appèl en cassatie moeten worden ingesteld en welke termijnen daarbij in acht moeten worden genomen. Als gezegd, bepaalt de wet daar niets over.

.....
45 Vaste rechtspraak sinds HR 29 maart 1985, LJN AG4989, NJ 1986, 242, m.nt. WHH en LWH (Enka/Du Pont). Snijders-Wendels, *Civiel appel*, 2009, behandelt dit in nr. 315 e.v., waarbij echter een andere volgorde wordt aangehouden. Zie recent ook: HR 21 september 2012, LJN BW4896, JBPR 2012/68 en de conclusie van A-G Wuisman bij deze zaak, nr. 2.9. Hij verwijst naar verdere literatuur over het doorbreken van het rechtsmiddelenverbod bij: Asser-Procesrecht (Bakels, Hammerstein, Wesseling-van Gent), deel 4 – Hoger beroep, 2009, nrs. 24 en 25; Hugenholtz-Heemkerk, *Hoofdpijnen*, 2009, nr. 156; F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep*, serie *Recht en Praktijk* nr. 138, 2005, blz. 40 e.v. en *Civiel Appèl*, *Monografieën Burgerlijk Procesrecht*, 2007, nrs. 2.8.1-2.8.3; Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, 2011, nrs. 72 en 73.

79. Eerst de wijze van het instellen van een rechtsmiddel. Zoals hierboven aangegeven, wordt een bevelschrift ex art. 250 lid 4 Rv afgegeven op ‘verlangen’ van een partij en hoeft het stuk niet te voldoen aan de formele eisen van een dagvaarding of een verzoekschrift. Het betreft dus noch een dagvaardings-, noch een echte verzoekschriftprocedure. Volgens welke regels moet dan appèl en cassatie worden ingesteld? Volstaat ook bij deze instanties een gewone brief, het stuk waarmee het geding is ingeleid? Ik zou menen dat dit voldoende is. Als (niet helemaal correcte) vuistregel moeten appel en cassatie op dezelfde wijze worden ingesteld als de eerste aanleg.⁴⁶ Echter, zekerheidshalve zou men kunnen overwegen de vormvereisten van een beroepschrift aan te houden, als de wijze van procederen waarmee (verreweg) de meeste verwantschap is.

80. Dan de termijnen. De algemene appèl- en cassatietermijn voor zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures is drie maanden (art. 339 lid 1 en art. 358 lid 2 Rv respectievelijk art. 402 lid 1 en 426 lid 1 Rv). Het ligt voor de hand deze termijn ook aan te houden bij appèl en cassatie van een beslissing ex art. 250 lid 4 Rv. Toepassing van de termijnen voor appèl of cassatie in een kort geding (4 respectievelijk 8 weken, aldus art. 339 lid 1 en art. 402 lid 2 Rv) ligt niet in de rede. De procedure ex art. 250 lid 4 Rv heeft weliswaar betrekking op de kosten uit een kort geding maar kwalificeert zelf niet als een kort geding. Ook heeft de regelingen voor het kort geding betrekking op een dagvaardingsprocedure, waar de procedure ex art. 250 lid 4 Rv weinig verwantschap mee heeft, nu er immers geen dagvaarding aan de wederpartij wordt uitgebracht, maar er alleen een schriftuur aan de rechter wordt gericht.

8 Conclusie

81. Ik heb hierboven betoogd dat een gedaagde bij een ingetrokken (IE-)kort geding recht heeft op vergoeding van de volledige, mits redelijke en evenredige kosten die hij heeft gemaakt tot aan het moment van intrekking. Art. 249 lid 2 Rv en art. 1019h Rv (al dan niet in combinatie met elkaar) kennen hem dit recht toe; art. 9 lid 1 *Procesreglement* kan daar geen afbreuk aan doen. Vanwege de – in mijn ogen – onjuiste rechtspraak waar deze bepalingen aanleiding toe heeft gegeven, heeft het mijn voorkeur als art. 9 lid 1 *Procesreglement* wordt herschreven om de bewoording meer in lijn met de wet te brengen. Voorts zou de weg van art. 250 lid 4 Rv open moeten staan om een executoriale titel te verkrijgen voor deze proceskostenvordering. De kosten in deze procedure komen ook voor vergoeding volgens art. 1019h Rv in aanmerking.

Amsterdam, 30 mei 2013

.....
46 Snijders-Wendels, *Civiel appel*, 2009, nr. 24 en 28.