

Ex parte, ex nunc of ex tunc?

In deze bijdrage wordt betoogd dat een ten onrechte gegeven ex parte verbod niet *ex nunc* moet worden opgeheven, maar met terugwerkende kracht, dus *ex tunc* moet worden herzien of vernietigd.

Het ex parte verbod van art. 1019e Rv is een succes. Er wordt veel gebruik van gemaakt en er wordt weinig bezwaar tegen gemaakt. Kennelijk wordt het dus vaak terecht gegeven. Met enige regelmaat wordt het echter ten onrechte gegeven, soms door (flagrant) onjuiste voorlichting van de voorzieningenrechter. In een dergelijk geval dienen de schadelijke gevolgen van een dergelijk ten onrechte gegeven ex parte verbod uiteraard snel en zo volledig mogelijk ongedaan te kunnen worden gemaakt. Daarvoor is het ‘opheffings’-kort geding. De vraag die in de rechtspraak tot nu toe verschillend wordt beantwoord is of dat door opheffing *ex nunc* of herziening of vernietiging *ex tunc* kan of moet gebeuren. Dat is uiteraard vooral van belang als er mogelijk dwangsommen zijn verbeurd.

De tekst van de relevante wetsbepaling 1019e lid 3 Rv luidt als volgt:

“De vermeende inbreukmaker kan vorderen dat de voorzieningenrechter die de beschikking inhoudende het bevel genoemd in het eerste lid heeft gegeven [het ex parte verbod], de beschikking herziet, rechtdoende in kort geding”.

Het artikel vormt een implementatie van artikel 9 van de Handhavingsrichtlijn, dat in het vierde lid bepaalt:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat de in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen in passende gevallen kunnen worden genomen zonder dat de wederpartij is gehoord, met name indien uitstel onherstelbare schade voor de rechthebbende zou veroorzaken. In dit geval worden de partijen uiterlijk onmiddellijk na de uitvoering van de maatregelen hiervan in kennis gesteld.

Op verzoek van de verweerder vindt een herziening plaats, met inbegrip van het recht te worden gehoord, teneinde te beslissen, binnen een redelijke termijn na de kennisgeving van de maatregelen, of deze maatregelen dienen te worden gewijzigd, *herroepen* of bevestigd” (*curs. toegevoegd*).

De Utrechtse voorzieningenrechter heeft in 2010 geoordeeld dat een ten onrechte gegeven ex parte verbod moet worden herzien “aldus, dat het verzochte en in die beschikking toegewezen bevel alsnog wordt geweigerd”. (Vzr. Rechtbank Utrecht, 29 oktober 2010, B9 9203 (All In Fashion / Hedex Fashion)). Dat is een herziening of vernietiging *ex tunc*.

De Haagse voorzieningenrechter oordeelde in 2009 echter anders. Vzr. Rechtbank 's-Gravenhage, 18 december 2009, B9 8486 (Ten Berg's Handelsmaatschappij / Bodum). (Terzijde: dit was een voorlopig oordeel in een Bodum zaak (woordgrapje)):

“Naar voorlopig oordeel heeft een herziening van een beschikking krachtens artikel 1019e lid 3 Rv geen terugwerkende kracht maar treedt de werking ervan pas in met het doen van de uitspraak (of, in het zich hier niet voordoende geval dat de uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, bij het in kracht van gewijsde gaan van de

uitspraak). De wetgever heeft de herzieningsprocedure namelijk willen modelleren naar het opheffingskortgeding als bedoeld in artikel 705 Rv (Kamerstukken II 2005/2006, 30392, nr. 3, p. 23). Ook in die procedure heeft een opheffing naar voorlopig oordeel geen terugwerkende kracht.

Een ander oordeel zou bovendien het risico in zich dragen dat krachtens artikel 1019e Rv gegeven bevelen niet meer worden nageleefd tot de uitspraak in de herzieningsprocedure omdat de gerekwestreerde (mogelijk ten onrechte) van mening is dat het bevel op onjuiste gronden is gegeven. Aldus zou afbreuk worden gedaan aan de effectiviteit en afschrikwekkendheid van de maatregel. Daarmee zou de Nederlandse regeling van ex parte bevelen op gespannen voet komen te staan met artikel 3 van de handhavingsrichtlijn (richtlijn 2004/48/EG), dat uitdrukkelijk bepaalt dat de maatregelen ter handhaving van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, zoals het ex parte bevel, doeltreffend en afschrikwekkend dienen te zijn”.

In dit licht is het niet verbazingwekkend dat de Haagse voorzieningenrechter ook geoordeeld heeft dat eventueel verbeurde dwangsommen ook ingeval van opheffing verbeurd blijven. Zie Vvr. Rechtbank 's-Gravenhage, 14 december 2009, B9 8453 (Kruidvat / Adventure Bags), ov. 4.7:

“Met betrekking tot de eventueel door Kruidvat verbeurde dwangsommen overweegt de voorzieningenrechter dat deze in beginsel verschuldigd blijven, ook als de tenuitvoerlegging van de beschikking op grond waarvan de dwangsommen zijn verbeurd later onrechtmatig blijkt te zijn geweest (vgl. HR 16 november 1984, BIE 1985, 30 (Ciba Geigy/Voorbraak)). Kruidvat heeft niet (voldoende) onderbouwd gesteld waarom dergelijke dwangsommen in dit geval niet verschuldigd zouden zijn. De vordering te bepalen dat eventueel verbeurde dwangsommen niet verschuldigd zijn zal dan ook worden afgewezen”.

Wat hiervan te denken?

Aan de Haagse rechtbank kan worden toegegeven dat in de Memorie van Toelichting bij artikel 1019 Rv wordt verwezen naar de opheffing van beslag:

“De vermeende inbreukmaker die het vonnis met daarin het verbod betekend krijgt, kan in een kort geding de rechter vragen zijn beschikking te herzien. Deze procedure is vergelijkbaar met het opheffingskortgeding nadat beslag is gelegd”.

Er wordt daar gesteld dat de *procedure vergelijkbaar* is met die bij beslag. Uit die verwijzing volgt o.i. echter niet dwingend dat de kwestie van al dan niet terugwerkende kracht op dezelfde manier dient te worden benaderd. Artikel 1019e Rv. spreekt immers van herzien, terwijl bijvoorbeeld artikel 705 Rv. het woord opheffing bevat.

Het tweede argument dat de Haagse rechtbank in dat Bodum-vonnis noemt is het ex parte bevel anders mogelijk niet zou worden nageleefd en afbreuk zou worden gedaan aan de vereiste “effectiviteit en afschrikwekkendheid van de maatregel”. Daar is natuurlijk iets voor te zeggen. Feit is wel dat een vernietiging van een *kort geding* vonnis in *hoger beroep* wel *ex tunc* werkt en dat eventueel verbeurde dwangsommen in dat geval niet verschuldigd zijn. Toch is het verbod in kort geding in de praktijk uiterst effectief en afschrikwekkend. Een gedaagde neemt meestal een volstrekt onverantwoord risico door opzettelijk een kort geding

vonnis te gaan overtreden door er op te gokken dat het vonnis in hoger beroep zal worden vernietigd. Hetzelfde zal meestal gelden voor een ex parte verbod.

In de Kruidvat-zaak verwijst de Haagse Voorzieningenrechter voor haar oordeel dat dwangsommen verbeurd blijven naar de in Nederland bestaande regel dat als in een bodemprocedure komt vast te staan dat een verbod in kort geding onjuist was, terwijl in dat kort geding geen hoger beroep was ingesteld, de dwangsommen uit dat kort geding verbeurd blijven. Die regel bestaat inderdaad, maar daarvan kan gezegd worden dat de gedaagde dan ten onrechte heeft nagelaten om dat hoger beroep in dat kort geding in te stellen. Hij heeft het dan aan zichzelf te wijten. Maar de ‘rekwestreerde’ in een ex parte verbod heeft die optie niet. Het ‘opheffings’-kort geding, zoals het in de wandeling heet, is zijn enige optie.

Het belangrijkste argument vóór vernietiging is natuurlijk de kwetsbaarheid van het ex parte karakter van de maatregel. De rekwestrant kan de voorzieningenrechter in het extreme geval volledig voorliegen. Hij kan een verbod krijgen op basis van volstrekt onjuiste of onvolledige informatie. Uiteraard kan hij daar uiteindelijk, meestal pas in een bodemprocedure, volledig aansprakelijk voor worden gehouden. Als in dat geval de beweerdelijke inbreukmaker, die dan helemaal geen inbreukmaker blijkt te zijn, per ongeluk het verbod overtreedt, of het verbod overtreedt omdat het vrijwel onmogelijk voor hem is om er aan te voldoen, dan blijven verbeurde dwangsommen verschuldigd, ook als de ex parte volledig wordt opgeheven. Dan moet de onschuldige ‘overtreder’ dus een bodemprocedure beginnen om de schade die hij daardoor lijdt op deze te kwader trouw ex parte verbod-aanvrager te verhalen.

Ook in minder extreme gevallen, zelfs in alle gevallen, is het naar onze mening aangewezen om de herziening van een ex parte verbod hetzelfde te benaderen als het hoger beroep in een kort geding, waarbij in de vorm van vernietiging de maatregel ex tunc geacht wordt niet te zijn gegeven en dwangsommen niet zijn verbeurd. Naar onze overtuiging zal dat niet afdoen aan de effectiviteit en afschrikwekkendheid van het ex parte verbod. Je moet immers wel heel zeker van je zaak zijn om een verbod met dwangsom opzettelijk te gaan overtreden. Wel zal het leiden tot een eerlijker verdeling van de proces- en executie-risico’s en -kosten, met name ook bij het al te lichtvaardig, te ruim of met misleiding van de voorzieningenrechter vragen van een ex parte verbod.

Ergo: een ten onrechte verleend ex parte verbod dient *ex tunc* te worden herzien of vernietigd en niet slechts *ex nunc* te worden opgeheven. Dwangsommen zijn in dat geval niet verbeurd.

(De auteurs werken aan een uitgebreidere versie van deze bijdrage waarin de rechtsvergelijking zal worden gemaakt met Duitsland, waar de *Aufhebung* van de *Einstweilige Verfügung* terugwerkende kracht heeft).

Amsterdam, 18 maart 2011

Dirk Visser en Josine van den Berg