

Het Amsterdamse ex-parte verbod *met wederhoor*

D.J.G. Visser¹

Audiri et alteram partem necesse est?

Enkele bespiegelingen naar aanleiding van het Amsterdamse ex-parte verbod met wederhoor.²

Inleiding

In geen enkel land in Europa gebeuren naar mijn weten zo veel gekke nieuwe dingen naar aanleiding van de implementatie van de IE-handhavingsrichtlijn³ als in Nederland.⁴ De eerste reden daarvoor lijkt dat de Nederlandse wetgever vaak het braafste jongetje van de klas is en van alles wijzigt waar andere landen veel bij het oude laten. De tweede reden lijkt dat Nederlandse IE-advocaten én rechters heel creatief blijken in het verzinnen van nieuwe processuele mogelijkheden of problemen. Oudere voorbeelden daarvan zijn uiteraard de roemruchte cross-borders, maar ook bijvoorbeeld ons eindeloze gedonderjaag over artikel 50 lid 6 TRIP's (waar je nu nooit iemand meer over hoort).⁵

Volledige proceskostenveroordeling

Op het gebied van de volledige proceskostenveroordeling⁶ bevinden we ons ook al weer twee jaar in een creatieve rollercoaster. Volledige proceskostenveroordelingen konden en moesten ineens in IE-zaken, advocaten waren heel creatief met het opvoeren van (pizza-)kosten⁷ en rechters minstens zo creatief in het matigen ervan. Daardoor moet iedereen de hele tijd goed opletten door welke hoepels nu weer gesprongen moet worden. (Vergeet u niet, ook als gedaagde, in kort geding uw eigen vordering tot volledige proceskostenveroordeling volledig te motiveren volgens de regels van het Endstra-arrest⁸ en aan te tonen dat het een ingewikkeld of juist een eenvoudig IE-geschil betreft, en waarom de bijbehorende indicatie-tarieven⁹ wel of niet van toepassing zijn én de onderbouwing van de proceskosten vordering van de

¹ Hoogleraar intellectuele eigendom in Leiden en advocaat in Amsterdam.

² Vzr Rb. Amsterdam 26 september 2008, B9 7142, L/JN BF6523, Argeweb B.V./Online Breedband B.V.; Eerste Amsterdamse ex-parte met wederhoor: Vzr. Rb. Amsterdam 2 september 2008, B9 7033, Hoekstra Beheer/Friendship Yacht Company & Hiswa Multimedia B.V.

³ Richtlijn 2004/48/EG van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten.

⁴ Implementatie vond plaats bij Wet van 8 maart 2007 Stb. 2007, 108 inwerkingtreding: 1 mei 2007. B9 3896 De wijziging van het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom (BVIE): Besluit Comité van Ministers d.d. 1 december 2006. Voordien werd er wat betreft de volledig proceskostenveroordeling al een jaar lang uitgbereid richtlijn conform op geanticipeerd. (Zie Visser & Toustanis, *NJB* (29 september) 2006, p. 1940-1946).

⁵ Inmiddels opgenomen in art. 1019i Rv.

⁶ Art. 1019h Rv: "Voor zover nodig in afwijking van de tweede paragraaf van de twaalfde afdeling van de tweede titel van het eerste Boek en in afwijking van artikel 843a, eerste lid, wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet".

⁷ Zie Vzr. Rb. Den Bosch 6 augustus 2007, B9 4496, L/JN BB1252 (Verenigd Koninkrijk/Total Backup), ook bekend als 'Laffare della Trattoria', B9 4750.

⁸ HR 30 mei 2008, L/JN BC2153, r.o. 5.4.1. (Erven Endstra/Nieuw Amsterdam; De Endstra-tapes).

⁹ Eenvoudig kort geding: maximaal €6.000, Overige korte gedingen: maximaal €15.000. De indicatietarieven voor IE-zaken zijn te vinden op www.boek9.nl, B9 6434 en op: www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht/

wederpartij (die pas ter zitting wordt overgelegd¹⁰) gemotiveerd te betwisten én uw eigen proceskostenvordering uitdrukkelijk uitvoerbaar bij voorraad te vorderen?)

Ex-parte verboden

Op het gebied van de ex-parte verboden¹¹ heeft zich in Den Haag inmiddels een bloeiende praktijk¹² ontwikkeld waar de betrokken rechters zichtbaar plezier in hebben. Er wordt per fax een verzoekschrift ingediend en vervolgens gaat de vice-president van dienst bellen met de advocaat van verzoeker en telefonisch wat kritische vragen stellen om te testen of er wel sprake is van een spoedeisend geval van onmiskenbare inbreuk. Blijkt dat niet het geval dan krijgt de verzoeker de mogelijkheid zijn verzoek in te trekken of aan te passen.¹³ Een verzoeker wiens ex-parte verzoek in Den Haag officieel wordt geweigerd, heeft dus vermoedelijk aan de telefoon niet goed geluisterd. Het telefoongesprek is overigens ook bestemd voor het trekken van de agenda in verband met het opheffings-kort geding.¹⁴ Verder wil de Haagse voorzieningenrechter langs die weg bereiken dat het verzoekschrift de rechtbank ook per e-mail wordt toegestuurd, zodat het eenvoudig en integraal in de beslissing kan worden opgenomen.¹⁵

Iedereen weet inmiddels dat dit in Den Haag zo werkt en het systeem lijkt goed te functioneren. Grote ongelukken, waarbij de verzoeker de rechter (telefonisch) zodanig onjuist heeft voorgelicht dat een daarom ten onrechte gegeven ex-parte verbod in een opheffingskortgeding met donderend Haags geweld en schadeclaim achteraf werd ongedaan gemaakt, hebben zich nog niet voorgedaan.¹⁶ Maar je kunt er natuurlijk op wachten dat het een keer gaat gebeuren.

¹⁰ In Den Haag moet de onderbouwing van de kostenvordering *kort voor* de zitting en niet *pas op* de zitting worden overgelegd. Een landelijk beleid ontbreekt en er is ook nog geen patroon in te ontdekken.

¹¹ Art. 1019e lid 1 Rv: “In spoedeisende zaken, met name indien uitstel onherstelbare schade voor de houder van het recht van intellectuele eigendom zou veroorzaken, is de voorzieningenrechter bevoegd een onmiddellijke voorziening bij voorraad te geven op een bij verzoekschrift gedaan verzoek om tegen de vermeende inbreukmaker een bevel uit te vaardigen teneinde een dreigende inbreuk op het recht van intellectuele eigendom van de houder te voorkomen, zonder de vermeende inbreukmaker op te roepen”.

¹² Zie www.boek9.nl, zoek op “ex parte”. Van de andere rechtbanken zijn minder ex-partes bekend. Bij de Rechtbank Amsterdam waren medio oktober in totaal 11 ex parte verzoeken ontvangen.

¹³ “De voorzieningenrechter heeft vervolgens telefonisch contact gehad met de raadsman van verzoeker. Hierbij is een nadere toelichting en een nadere onderbouwing verzocht. De raadsman heeft daarop zijn verzoekschrift aangepast en dit per e-mail naar de voorzieningenrechter gezonden.” Rb. ’s-Gravenhage 20 december 2007, B9 5432, (Ad Hoc/Kagenaar).

¹⁴ Art 1019e lid 3 Rv: “De vermeende inbreukmaker kan vorderen dat de voorzieningenrechter die de beschikking inhoudende het bevel genoemd in het eerste lid heeft gegeven, de beschikking herziet, rechtdoende in kort geding”. In Haagse ex-parte verboden wordt de datum voor een eventueel opheffings-kort geding altijd al vastgelegd, waarbij zo mogelijk rekening wordt gehouden met de verhinderdata van de raadsman van verzoeker, maar logischerwijs niet met die van de rekwesstrant.

¹⁵ In oktober 2008 per e-mail verkregen inlichtingen van de sectie IE van Rechtbank Den Haag.

¹⁶ Een klein tikje deelde de Haagse rechtbank wel al uit: “Krachtens artikel 21 Rv zijn partijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Verzoeksters hebben in strijd met deze bepaling verzuimd in het verzoekschrift melding te maken van een bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt aanhangige nietigheidsprocedure met betrekking tot het Gemeenschapsmodelrecht met registratienummer 000257001-0001. Reeds om die reden dient het verzoek, voor zover het is gebaseerd op dit Gemeenschapsmodelrecht, te worden geweigerd”. De *modelrechtelijke* vordering werd daarop afgewezen, maar de *auteursrechtelijke* vordering werd wél toegewezen. Zie: Vzr. Rb. Den Haag, 6 augustus 2008, B9 7067 (Crocs/Blokker).

Ex-parte met wederhoor

In Amsterdam zijn nog weinig ex-partes geweest,¹⁷ maar worden wij nu al voor de tweede keer geconfronteerd met een openbaargemaakte ex-parte met wederhoor.¹⁸ Dat klinkt als een *contradictio in terminis*.

Bij het eerste ex-parte verzoek met wederhoor ging het om een geschil waarin na een sommatie-brief de betrokken advocaten al met elkaar in overleg waren. Op een gegeven moment besloot één van die advocaten in Amsterdam een ex-parte verbod te vragen en liet dat weten aan haar wederpartij. De andere advocaat nam daarop contact op met de rechtbank met het verzoek om op het ex-parte verzoek gehoord te worden. Dat verzoek werd gehonoreerd en na de ‘zitting’ werd het ex-parte verzoek tegen de cliënt van de advocaat die was gehoord afgewezen (en tegen een derde, niet gehoorde, partij toegewezen).

Deze gang van zaken is m.i. te billijken: zodra de rechtbank over informatie beschikt die tot afwijzing van het verzoek om een ex-parte verbod kan leiden, of een expliciet verzoek dergelijke informatie te mogen verschaffen van een advocaat ontvangen heeft, moet de rechtbank m.i. die advocaat inderdaad horen óf, misschien nog beter, het ex-parte verzoek afwijzen en de zaak verwijzen naar een gewoon of, zonodig, ‘super spoed’ kort geding.

Bij het tweede ex-parte verzoek met wederhoor heeft de Amsterdamse vice-president van dienst aan de advocaat van gerkwestreerde een fax gestuurd met de uitnodiging de volgende dag op een zitting te verschijnen om gehoord te worden over een ex-parte verzoek. De naam van de advocaat van gerkwestreerde was de rechtbank bekend, omdat er tussen dezelfde partijen al een kort geding aanhangig was. Ter zitting schijnt de bewuste vice-president iets gezegd te hebben in de trant van ‘zo doen wij dat in Amsterdam’.

Wat hiervan te denken? Volgens mij is dit een precedent dat geen navolging verdient. Een ex-parte verbod is bedoeld als een maatregel, waarbij, met name omwille van de snelheid,¹⁹ de wederpartij niet wordt gehoord.²⁰ Daar moet de verzoeker ook op kunnen vertrouwen. Indien de rechter twijfels heeft over de ‘onmiskenbaarheid’ van de inbreuk of over de spoedeisendheid, kan hij desgewenst bellen met de advocaat van verzoeker en/of het verzoek afwijzen. Wat hij m.i. niet moet doen is op eigen houtje raadslieden van gerkwestreerde

¹⁷ Eén van de (weinige) eerdere Amsterdamse ex-parte verboden is o.a. kenbaar uit het daarop volgende opheffings-kortgeding: Vzv. Rb. Amsterdam 13 december 2007, B9 5745, LJV BC1556 (Metro Cash & Carry/Levi Strauss).

¹⁸ Er is volgens informatie van de Amsterdamse rechtbank nog een derde *ex-parte* met wederhoor geweest, waar de zaak ter zitting is geschikt.

¹⁹ MvT bij art. 1019e Rv “Ingevolge artikel 9, vierde lid, van de richtlijn dient een procedure ingevoerd te worden waardoor een eiser in kort geding een verbod kan krijgen ter voorkoming van een dreigende inbreuk zonder dat de vermeende inbreukmaker onmiddellijk in die procedure betrokken wordt, dus *ex-parte*. Het moet gaan om passende gevallen, met name wanneer uitstel onherstelbare schade voor de rechthebbende zou veroorzaken. Het zal aan het Hof van Justitie van de EG zijn om uiteindelijk te bepalen wanneer er bij dreigende inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten sprake is van «onherstelbare» schade voor de rechthebbende” (TK 2005–2006, 30 392, nr. 3, p. 23).

²⁰ Anders dan art. 1019b Rv (“Deze maatregelen worden genomen zo nodig zonder dat de wederpartij wordt gehoord, met name indien het aannemelijk is dat uitstel de verzoeker onherstelbare schade zal berokkenen, of indien er een aantoonbaar gevaar voor verduistering of verlies van bewijs bestaat”), kent art. 1019e Rv nadrukkelijk niet de mogelijkheid de wederpartij te horen.

uitnodigen voor een zitting. Dan wordt het een soort fantasie kort geding zonder betekende dagvaarding, waar noch de verzoeker nog de rekwestreeerde op hebben gerekend en ook niet op hebben hoeven rekenen.

Praktijk

Navraag bij de Amsterdamse rechtbank leert dat het beleid aldaar is dat er een 'grijze lijst' bestaat met partijen die hebben gevraagd te worden gehoord als er een ex-parte verzoek tegen hen wordt ingediend. Wanneer een verweerder bij een ex-parte verzoek voorkomt op de grijze lijst, wordt na afweging van de betrokken belangen beslist of de gerekwestreeerde wel of niet gehoord zal worden. Aan de advocaat van de verzoeker wordt kennis gegeven van het voornemen om de wederpartij te horen alvorens op het verzoek te beslissen. Die advocaat kan vervolgens het verzoek intrekken. De zaak gaat dan niet door en de wederpartij hoort niets van het inmiddels weer ingetrokken verzoek. Het komt ook voor dat de verzoeker om inlichtingen wordt gevraagd. De Amsterdamse rechtbank hecht eraan die schriftelijk te ontvangen. De verzoeken om nadere inlichtingen worden gedaan door een beslag medewerker. De rechters gaan niet zelf met de verzoekende advocaat in debat. De Amsterdamse rechtbank stelt zich op het standpunt dat het horen van de verweerder, ook bij een ex-parte verzoek, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de voorzieningenrechter. In hoger beroep kan daarover niet worden geklaagd.

Bij de Haarlemse rechtbank deelt men dit standpunt en verwijst naar de MvT²¹: "De algemene procesrechtelijke regels van het wetboek [van Rv] blijven van toepassing voor zover er in deze titel niet van wordt afgeweken." En horen van beide partijen op een verzoekschrift kan volgens de algemene procesrechtelijke regels van Rechtsvordering natuurlijk altijd. Bij beslagrekeningen die niet aanstonds voor toewijzing in aanmerking komen, handelt Rechtbank Haarlem op een zelfde wijze.

De rechtbank Utrecht doet niet aan zwart en grijs maken, ook niet in IE-zaken. Een ex-parte verbod wordt in Utrecht op basis van de meegezonden stukken beoordeeld. Indien het verzoek niet zonder verhoor toewijsbaar wordt geacht, wordt de verzoekende advocaat daarover telefonisch ingelicht door het secretariaat. De advocaat heeft dan de keus het verzoek in te trekken dan wel het verzoek te handhaven, waarbij de gerekwestreeerde zal worden opgeroepen. Dat wordt dan een quasi-kort geding. Dat laatste heeft men in Utrecht nog niet meegemaakt. Men pleegt er dan een reguliere aanvraag voor een kort geding van te maken.²²

Ik heb mijn twijfels over de wenselijkheid van een dergelijk quasi-kort geding. Ik zou zeggen: bij twijfel gewoon afwijzen en verwijzen naar een 'gewoon' (super spoed) kort geding.

Ex-parte na contact met advocaat wederpartij?

Wat het eerste Amsterdamse ex-parte verzoek met wederhoor betreft, vind ik dat niet de rechtbank, maar de advocaat van verzoeker laakbaar heeft gehandeld. Wat mij betreft is er veel voor te zeggen om in de gedragsregels vast te leggen dat je in beginsel niet een ex-parte verbod mag vragen als je eerst een sommatiebrief hebt gestuurd en zich naar aanleiding daarvan een advocaat heeft gemeld waarmee je in onderhandeling bent. Net zoals je in een dergelijk geval voor het aanvragen van een kort geding datum rekening moet houden met de

²¹ TK 2005–2006, 30 392, nr. 3, p.2.

²² In oktober 2008 per e-mail verkregen inlichtingen van de kort geding unit van Rechtbank Amsterdam, Haarlem resp. Utrecht.

verhinderdata van de wederpartij, kun je een advocaat waar je mee in onderhandeling bent niet meer overvallen met een ex-parte. En als je het wel zou mogen, dan zou je de omstandigheid dat er al contact tussen advocaten is in het verzoek om een ex-parte verbod moeten melden, waarna de rechtbank eventueel de wederpartij zou kunnen horen, maar misschien nog beter: het verzoek op die grond afwijzen.

Wat mij betreft is het van tweeën één: óf een zaak is zo onmiskenbaar inbreuk en zo spoedeisend dat je meteen een ex-parte verbod vraagt, en niet eerst een sommatie-brief stuurt en in onderhandeling gaat met de advocaat van de wederpartij, óf je stuurt wel eerst een sommatie-brief en vraagt de advocaat die zich vervolgens meldt netjes om de verhinderdata en begint een kort geding. Alleen als er plotseling sprake zou zijn van ingrijpend gewijzigde omstandigheden die de spoedeisendheid sterk vergroten, zou dit anders kunnen zijn.

Publicatiebeleid

Een één na laatste aandachtspuntje: het openbaarmakingsbeleid van rechtbanken ten aanzien van toegewezen en afgewezen ex-parte verzoeken. *Toegewezen* ex-parte verzoeken moeten uiteraard niet door de rechtbank openbaargemaakt worden voordat ze aan de wederpartij zijn betekend. *Afgewezen* ex-parte verzoeken houden verzoekers en ook soms gerekwestreerden, liever stil. Rechtbanken lijken ook die afwijzingen evenwel op betrekkelijk willekeurige momenten alsnog op rechtspraak.nl te zetten of rond te sturen. Het zou prettig zijn als daar (landelijk) een duidelijk beleid²³ voor zou komen dat ook zou worden nageleefd.

Kostenveroordeling

Tenslotte de combinatie van de procesrechtelijke IE-speeltjes van dit moment: de volledige proceskostenveroordeling in het ex-parte verzoek,²⁴ van de verzoeker die er niet om heeft gevraagd dat de gerekwestreerde wordt gehoord, in de kosten van die gerekwestreerde, die daar pas ter zitting om vroeg omdat de verzoeker het ook vroeg. Veel gekker moeten we het niet maken.

²³ In Den Haag is het uitgangspunt dat afgewezen 1019e Rv verzoeken *niet* worden gepubliceerd. Toewijzingen, ook gedeeltelijke toewijzingen, worden in Den Haag *wel* gepubliceerd. De publicatie gebeurt wel met vertraging, dat wil zeggen nadat de uiterste termijn om het verbod te betekenen is verstreken. In Amsterdam laat men in het belang van de rechtsvorming zowel toe- als afwijzende beschikkingen publiceren. Eventueel kan gevraagd worden dit anoniem te doen. Of dat verzoek gehonoreerd zal worden is overigens de vraag. In Haarlem is tot nu toe één afwijzing gepubliceerd.

²⁴ De algemene regel is overigens op dit moment dat volledige proceskosten veroordelingen in ex partes *niet* kunnen, maar dat de kosten ervan wel bij de kostenveroordeling in een eventueel opheffingskortgeding kunnen worden meegenomen. Zie: V.z. Rb. Amsterdam 13 december 2007 B9 5745, L.J.N. BC1556 (Metro Cash & Carry/Levi Strauss).