

**Hoge Raad, 16 november 1984, Ciba Geigy v Voorbraak****PROCESRECHT – AANSPRAKELIJKHEID****Verbeurde dwangsom**

- [eenmaal verbeurde dwangsommen blijven verschuldigd.](#)

Enerzijds dient de partij die door de rechter in kort geding is veroordeeld, zich aan het verbod 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.

**Aansprakelijkheid executie vonnis**

- [dat degeen die zijn wederpartij gedwongen heeft zich naar een in kort geding gegeven verbod te gedragen, heeft onrechtmatig 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.](#)

Voor de beantwoording van de hier aan de orde gestelde vraag is van belang dat het verbod gegeven door een rechter in kort geding het karakter heeft van een voorlopige voorziening die naar luid van art. 292 Rv geen nadeel toebrengt aan de zaak ten principale. (...). Anderszijds dient in beginsel te worden aangenomen 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. Voorts mag er, gegeven de aard van het kort geding-vonniss, van worden uitgegaan dat degeen die als voormeld met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat hij zijn handelen baseerde op — kort gezegd — een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden. 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.

Vindplaatsen: NJ 1985, 547, m.nt. Heemskerk en Wichers Hoeth; BIE 1985, 30

**Hoge Raad, 16 november 1984**

(Ras, Royer, Van den Blink, Hermans, Boekman)

De vennootschap naar Zwitsers recht Ciba Geigy AG, te Bazel, Zwitserland, eiseres tot cassatie, incidenteel verweerster, adv. Mr. E. Grabandt, tegen

De Chemische Fabriek Brabant J.W. Voorbraak BV, te Rijsbergen, verweerster in cassatie, incidenteel eiseres, adv. Mr. W.A. Hoyng.

**1. Het geding in feitelijke instanties**

Verweerster in cassatie — Voorbraak — heeft bij exploit van 21 febr. 1978 eiseres tot cassatie — Ciba Geigy — gedagvaard voor de Rb. Breda en gevorderd dat Ciba Geigy zal worden veroordeeld tegen finale kwijting te betalen aan Voorbraak f 325 000 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot die der algehele voldoening.

Nadat Ciba Geigy tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de Rb. bij vonnis van 9 okt. 1979 de vordering afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Voorbraak hoger beroep ingesteld bij het Hof's-Hertogenbosch.

Bij arrest van 10 april 1981 heeft het Hof Voorbraak tot getuigenbewijs toegelaten waarna het Hof bij eindarrest van 8 april 1983 het vonnis van de Rb. heeft vernietigd en de inmiddels door Voorbraak vermeerderde vordering betreffende de schade tot 16 aug. 1975 alsnog heeft toegewezen.

De arresten van het Hof zijn aan dit arrest gehecht.

**2. Het geding in cassatie**

Tegen de arresten van het Hof heeft Ciba Geigy beroep in cassatie ingesteld, waarna Voorbraak incidenteel beroep heeft ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Pp. hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van de beroepen.

De zaak is voor pp. bepleit door hun advocaten.

De [conclusie A-G Ten Kate](#) strekt tot verwerping van het principale beroep en tot vernietiging van het bestreden arrest op het incidentele beroep met verwijzing.

**3. Beoordeling van het middel in het principale beroep**

3.1. Het Hof heeft in r.o. 1 van zijn tussenarrest o.m. vastgesteld: 'dat ten verzoeken van Ciba Geigy de Pres. Rb. Breda bij vonnis van 12 juni 1973 Voorbraak — kort samengevat — heeft veroordeeld zich te onthouden van inbreuk op voormeld Nederlands octrooi, zulks op straffe van een dwangsom van f 1000 per overtreding, als hoedanig werd aangemerkt het vervaardigen en/of in het verkeer brengen van een kilo van de stof die onder de beschermingsomvang van het Nederlands octrooinr. 96895 viel; dat Ciba Geigy dit vonnis aan Voorbraak heeft doen betekenen.'

Voorts heeft het Hof in zijn tussenarrest vastgesteld dat door het vonnis van de Rb. Breda van 10 febr. 1976 'achteraf is komen vast te staan dat de Pres., kennelijk door een onjuiste interpretatie van het in het EEG-Verdrag neergelegde recht, ten onrechte het in zijn vonnis van 12 juni 1973 opgenomen verbod heeft gegeven in de gevallen waarin van een parallel octrooi sprake is' (r.o. 8).

3.2. Het Hof heeft geoordeeld dat Ciba Geigy aansprakelijk is voor de schade die Voorbraak heeft geleden doordat zij zich onder de in voormelde betekening gelegde dreiging met executie van dwangsommen heeft gedragen naar het voormelde Presidiale verbod, voor

zover dat mede bestreek de voormelde gevallen waarin van een parallel octrooi sprake was.

Tegen dit oordeel richten zich de onderdelen 2 t/m 5 (onderdeel 1 bevat slechts een inleiding).

3.3. R.o. 4 van het tussenarrest van het Hof — tegen welke rechtsoverweging onderdeel 2 zich richt — moet worden gelezen in samenhang met de r.o. 5 t/m 10 en r.o. 17 van dat arrest. Dit betekent dat r.o. 4 aldus moet worden verstaan dat de partij die haar wederpartij door dreiging met executie dwingt tot het naleven van een in kort geding gegeven verbod, in beginsel — dus behoudens bijzondere omstandigheden — aansprakelijk is voor de schade die de wederpartij lijdt doordat zij zich naar dat verbod heeft gedragen, indien achteraf blijkt dat de rechter in het bodemgeschil anders oordeelt dan de rechter in kort geding

Voor zover onderdeel 2 ervan uitgaat dat het Hof ‘in zijn algemeenheid’ — en dus niet in beginsel — zou hebben geoordeeld dat in een zodanig geval aansprakelijkheid als voormeld bestaat, berust het op een onjuiste lezing van het arrest.

3.4. Voor zover het onderdeel 's Hofs voormeld uitgangspunt bestrijdt, faalt het eveneens.

Voor de beantwoording van de hier aan de orde gestelde vraag is van belang dat het verbod gegeven door een rechter in kort geding het karakter heeft van een voorlopige voorziening die naar luid van art. 292 Rv geen nadeel toebrengt aan de zaak ten principale.

Enerzijds dient de partij die door de rechter in kort geding is veroordeeld, zich aan het verbod te houden zolang dat van kracht is, in die zin dat het andersluidend oordeel in het bodemgeschil er niet aan in de weg staat dat eenmaal verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven.

Anderszijds dient in beginsel te worden aangenomen dat degenen 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. Voorts mag er, gegeven de aard van het kort geding-vonnissen, van worden uitgegaan dat degenen die als voormeld met executie dreigde, wist althans behoorde te weten dat hij zijn handelen baseerde op — kort gezegd — een voorlopige maatregel, zodat de door zijn handelen veroorzaakte schade in beginsel als door zijn schuld veroorzaakt heeft te gelden. 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.

3.5. Onderdeel 3 richt zich tegen de r.o. 6 en 7 van het tussenarrest, die de vraag betreffen of te dezen betekenis toekomt aan de omstandigheid dat Voorbraak geen hoger beroep heeft ingesteld tegen het in kort geding gewezen vonnis.

Uitgangspunt voor de beantwoording van deze vraag moet zijn dat het enkele feit dat de veroordeelde partij geen hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis resp. in het vonnis heeft berust, er niet aan in de weg staat dat de andere partij in een geval als het onderhavige voor de schade van de veroordeelde partij aansprakelijk is. Subonderdeel a van onderdeel 3 faalt dus.

Bijkomende omstandigheden die tot een andersluidend oordeel omtrent de aansprakelijkheid van Ciba Geigy zouden kunnen leiden, heeft het Hof kennelijk niet aanwezig geacht. Van een ‘in algemene termen verwoord oordeel’ (subonderdeel b) is in 's Hofs arrest derhalve geen sprake. Subonderdeel b faalt dus ook.

Het Hof heeft niet — zoals subonderdeel c blijkbaar veronderstelt — geoordeeld dat de tijd, verstreken tussen de uitspraak in kort geding en het aanspannen van een bodemprocedure, nimmer van belang kan zijn voor de vraag van de aansprakelijkheid, maar het heeft, niet van belang oordelend dat Voorbraak eerst ‘na enige tijd’ (r.o. 6) een bodemprocedure heeft aangespannen, tot uitdrukking gebracht dat Voorbraak in het bijzonder niet kan worden verweten dat zij na de uitspraak van [HvJ EG 31 okt. 1974 in de zaak 15/74 \(Centrafarm/Sterling Drug\), NJ 1975, 58](#), te lang heeft stilgezeten. Subonderdeel c faalt dus eveneens.

In r.o. 7 heeft het Hof — in zijn onderzoek naar bijkomende omstandigheden — overwogen dat ‘het door Voorbraak niet aanwenden van een rechtsmiddel tegen het kort geding-vonnissen (...) niet inhoudt dat Voorbraak haar tegenover Ciba Geigy kenbaar gemaakte standpunt, dat het EEG-recht i.c. het territorialiteitsbeginsel doorbrak, prijs gaf’. Aldus overwegende is het Hof niet in zijn motiveringsplicht te kort geschoten, zodat subonderdeel d geen doel treft.

Subonderdeel e gaat uit van een onjuiste lezing van het tussenarrest.

Subonderdeel f behoeft geen bespreking, gezien het hierboven met betrekking tot subonderdeel a overwogene.

3.6. De omstandigheid dat eerst na voormelde uitspraak van het HvJ ‘duidelijk was dat het in kort geding aan Voorbraak opgelegde verbod in strijd was met het EEG-recht’ (onderdeel 4), doet aan de aansprakelijkheid van Ciba Geigy voor de schade van Voorbraak niet af. Dit onderdeel faalt dus ook.

3.7. Onderdeel 5 gaat er blijkens de bij pleidooi gegeven toelichting van uit dat het door Ciba Geigy op de in het onderdeel bedoelde uitspraken van het HvJ gebaseerde betoog nog alleen betrof ‘de vraag of er na 16 aug. 1975 een schadevergoedingsplicht bestond’, en dat dit betoog niet inhield ‘de stelling dat op basis van eerdere uitspraken duidelijk had kunnen zijn aan Voorbraak dat zij mocht importeren’. Het Hof heeft dat betoog echter anders begrepen en wel aldus (het Hof grijpt in r.o. 17 van het tussenarrest terug op de vraag of Ciba Geigy voor de schade tot 16 aug. 1975 aansprakelijk is) dat ‘Ciba Geigy (...) nog wijst op eerdere uitspraken van het HvJ voor de EEG op grond waarvan het Voorbraak toen reeds duidelijk had kunnen zijn dat zij, bij parallel octrooi, vrij kon

importeren'. Die lezing is in het licht van de processtukken niet onbegrijpelijk. Daarop stuit onderdeel 5 af. 3.8. Onderdeel 6 richt zich tegen r.o. 13 van het eindarrest. In deze rechtsoverweging bouwt het Hof voort op de r.o. 10, 11 en 12 van dat arrest, waarin het overweegt dat vaststaat dat Voorbraak de ten processe bedoelde goederen uit Frankrijk betrok en dat het verweer van Ciba Geigy dat Voorbraak niet zou hebben afgenomen van de in het rapport van de accountant Vreijesen genoemde leveranciers Top en De Haene 'niet als serieus is aan te merken'. Het Hof overweegt dan in r.o. 13 'dat Ciba Geigy al evenmin enige concrete omstandigheden of indicatie aanvoert, waaruit enig vermoeden zou kunnen voortvloeien dat Voorbraak in de relevante periode niet zou hebben afgenomen van Top en De Haene' en dat 'door het handhaven van het ten processe bedoelde verbod aan Voorbraak gedurende de relevante periode de mogelijkheid om winst te maken is ontnomen', om aldus te komen tot zijn oordeel dat de schade van Voorbraak bestaat 'in het verliezen van de kans op het behalen van voordeel', waarvan de waarde 'in het rapport Vreijesen cijfermatig juist is berekend'. Daarmede heeft het Hof niets anders willen zeggen dan dat aannemelijk is dat Voorbraak — als Ciba Geigy het verbod niet gehandhaafd had — ook 'in de relevante periode' (evenals daarvoor) goederen als in deze procedure bedoeld van Top en De Haene zou hebben betrokken en met de import daarvan winst zou hebben gemaakt en dat de schade van Voorbraak bestaat uit het teloorgaan van die winstmogelijkheid, welke in het rapport Vreijesen op het juiste bedrag is gewaardeerd.

Voor zover het onderdeel uitgaat van een andere lezing van 's Hof's arrest mist het feitelijke grondslag; voor het overige faalt het omdat het oordeel van het Hof niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, niet onbegrijpelijk is en geen nadere motivering behoefde.

3.9. Onderdeel 7, dat zich richt tegen r.o. 19 van het eindarrest, kan evenmin tot cassatie leiden. Deze rechtsoverweging moet worden gelezen in samenhang met de daaropvolgende r.o. 20, 21 en 22. Het Hof stelt als beginsel voorop dat op Voorbraak de bewijslast van de aan haar schadevordering ten grondslag liggende feiten en omstandigheden rust in geval van betwisting daarvan (r.o. 8) en overweegt in de r.o. 20, 21 en 22 dat de stellingen van Voorbraak met betrekking tot de import en het rechtmatig in de handel gebracht zijn van de stoffen in beginsel genoegzaam zijn (20), dat Ciba Geigy daartegenover 'haar verweer niet, althans niet voldoende gemotiveerd heeft gevoerd en gehandhaafd' (21) en geen 'aan de eisen beantwoordend' bewijsaanbod heeft gedaan (22), op welke gronden het Hof in r.o. 23 de vordering van Voorbraak toewijsbaar oordeelt. De overwegingen hebben derhalve betrekking op de stelplicht van beide pp. De door het onderdeel bestreden r.o. 19 van het Hof heeft in dit verband geen andere betekenis dan dat Voorbraak — die, naar het Hof vaststelde, langs normale weg importeerde uit een land waar Ciba Geigy octrooihoudster is — met het harerzijds gestelde kon volstaan en niet gehouden was verdergaande gegevens te rechercheren en

mede te delen omtrent de oorspronkelijke herkomst van de betrokken goederen nu Ciba Geigy de eerder bedoelde stellingen van Voorbraak niet voldoende concreet en gemotiveerd had betwist.

Aldus gelezen geeft de bestreden rechtsoverweging niet blijk van een onjuist rechtsoordeel, is zij niet onbegrijpelijk en behoefde zij geen nadere motivering.

3.10. Uit het voorgaande volgt, dat het principaal cassatieberoep moet worden verworpen.

#### **4. Beoordeling van het middel in het incidenteel cassatieberoep**

4.1. De in het EEG-Verdrag opgenomen regels betreffende het vrije verkeer van goederen, met name de art. 30 e.v., brengen mede dat de rechthebbende op een octrooi in een lid-staat zich niet op grond van dat octrooi kan verzetten tegen de import van onder de beschermingsomvang van dat octrooi vallende goederen uit een andere lid-staat, indien die goederen in die andere lid-staat door of met toestemming van de rechthebbende op het octrooi in het verkeer zijn gebracht, ook al is in het land van uitvoer het aanvankelijk bestaande parallel octrooi inmiddels geëindigd (HvJ 14 juli 1981 in de zaak 187/80, NJ 1982, 488).

Het middel richt zich dus terecht tegen de r.o. 12 en 14 van het tussenarrest, dat in zoverre niet in stand kan blijven, evenmin als het eindarrest, voor zover daarin besloten ligt dat de vordering van Voorbraak met betrekking tot de schade in de periode aanvangend 16 aug. 1975, is afgewezen (in zoverre richt het incidenteel cassatieberoep zich kennelijk ook tegen het eindarrest).

4.2. Het vorenstaande brengt mee dat het handhaven door Ciba Geigy van het in kort geding gegeven verbod ook na 16 aug. 1975 — het tijdstip waarop het Franse octrooi naar 's Hof's vaststelling expireerde — jegens Voorbraak onrechtmatig was.

De omstandigheid dat in het eerder genoemde vonnis van de Rb. Breda van 10 febr. 1976 ten aanzien van de onrechtmatigheid na de expiratie van het parallel octrooi geen uitspraak is gedaan, staat daaraan niet in de weg, aangezien te dien aanzien de onderhavige uitspraak als beslissing in het bodemgeschil heeft te gelden.

Voorbraak zal zich na verwijzing alsnog kunnen uitlaten over het bedrag van zijn schade in die periode, nu hij na het tussenarrest van het Hof geen aanleiding had op dit punt nader in te gaan. Het Hof zal op dit punt dan alsnog een beslissing moeten geven, zo nodig na bewijsoverleging.

#### **5. Beslissing**

De Hoge Raad:

verwerpt het principaal cassatieberoep;

vernietigt op het incidenteel cassatieberoep de bestreden arresten van Hof 's-Hertogenbosch voor zover daarin de schadevordering van Voorbraak slechts voor wat betreft de periode eindigende 16 aug. 1975 toewijsbaar is geoordeeld;

verwijst de zaak naar het Hof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

verwijst Ciba Geigy in de kosten van het principaal en het incidenteel beroep in cassatie, aan de zijde van

Voorbraak tot aan deze uitspraak begroot op f 306,30 aan verschotten en f 5000 voor salaris.

---

### Conclusie Advocaat-Generaal Ten Kate

1. Geigy (eiseres tot cassatie) is houdster van het Nederlands octrooi (nr. 96895) op een werkwijze voor de bereiding van middelen voor het remmen van plantengroei.

2. Voorbraak (verweerster in cassatie) kocht, naar in cassatie als vaststaand mag worden aangenomen, de van Geigy afkomstige produkten Atrazin en Simazin, die volgens deze werkwijze bereid waren, in Frankrijk en voerde deze vervolgens in Nederland in, daarbij profiterend van de door Geigy voor Frankrijk en Nederland gehanteerde prijsverschillen.

3. Geigy had in Frankrijk een parallel octrooi (nr. 1135848).

4. Op 2 nov. 1972 sommeerde Geigy Voorbraak haar inbreuken op voormeld Nederlands octrooi te staken, waarna op 30 mei 1973 een dagvaarding in kort geding volgde. De Pres. Rb. Breda wees deze vordering bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 12 juni 1973 in voege als na te melden toe: 'Verbieden gedaagde (Voorbraak) inbreuk te maken op eiseresses (Geigy's) Nederlands octrooinr. 96895, met name door de geoctrooieerde werkwijze in of voor haar bedrijf toe te passen of de stof, volgens die werkwijze bereid in of voor haar bedrijf in het verkeer te brengen, verder te verkopen, te verhuren, of te leveren of voor een of ander in voorraad te hebben of wel te gebruiken, zulks op straffe van een dwangsom ten bedrage van f 1000 per overtreding, zulks met dien verstande dat als overtreding wordt aangemerkt het vervaardigen en/of in het verkeer brengen van een kilo van de stof die onder de beschermingsomvang van het Nederlands octrooinr. 96895 valt'.

5. De Pres. verwierp het beroep van Voorbraak op de art. 30-36 EEG-Verdrag, verwijzende naar de territoriale werking van het octrooi.

6. Geigy heeft dit vonnis vervolgens aan Voorbraak doen betekenen; gegevens daaromtrent ontbreken verder. Tegen het vonnis van de Pres. werd geen rechtsmiddel aangewend. Voorbraak heeft de parallel-importen bedoeld onder 2 hierboven gestaakt.

7. Bij arrest van 31 okt. 1974, zaak 15/74 (Centrafarm/Sterling Drug), Jur. 1974, p. 1147, SEW 1975, p. 191 (Baard p. 207 e.v.), NJ 1975, 58 (Red.), AA 1975 (jrg. 24), p. 352 (Cohen Jehoram), BIE 1975 nr. 1, p. 5 (Van Nieuwenhoven Helbach, BIE 1976, p. 2 e.v.) verklaarde het HvJ onder 1 (vgl. r.o. 11 en 15) voor recht: 'De uitoefening door de octrooihouder van het hem bij de wetgeving van een lidstaat verleende recht om het in deze staat in het verkeer brengen van een geoctrooieerd produkt dat in een andere lidstaat door deze octrooihouder of met diens toestemming in de handel is gebracht, te verbieden, zou onvereenigbaar zijn met de regels van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt'.

8. In antwoord op een desbetreffende vraag bij brief van 1 maart 1975 (memorie van grieven p. 6 onder 4) doet Geigy bij brief van 29 juli 1975 antwoorden volgens conclusie van antwoord in de onder 9 hieronder te vermelden procedure: 'Ciba-Geigy kan erkennen, dat zij Voorbraak vermoedelijk niet aansprakelijk kan houden ingeval Voorbraak het navolgende bewijst:

1. dat de door Voorbraak op de Nederlandse markt gebrachte produkten afkomstig zijn van een der EEG-landen;

2. dat de produkten aldaar door Ciba-Geigy of met haar toestemming op de markt zijn gebracht;

3. dat aldaar voor de betreffende produkten een octrooi geldt, dat parallel is aan het Nederlandse octrooinr. 96895'.

9. Gelet op het voorbehoud 'vermoedelijk', vroeg Voorbraak bij dagvaarding van 15 aug. 1975 aan de Rb. Breda een verklaring voor recht, die overigens materieel overeenstemde met dit antwoord.

10. Na de referte te dien aanzien van Geigy (12 of 2 dec. 1975), wees de Rb. deze vordering dienovereenkomstig bij vonnis van 10 febr. 1976 toe, met veroordeling van Geigy in de kosten, nu voormeld antwoord Voorbraak te weinig zekerheid gaf.

11. Op 16 aug. 1975 expireerde het Franse parallel octrooi, naar Voorbraak later ontdekte. Over al dan niet sedert voormeld vonnis hervatte parallel-importen blijkt in dit verband uit de stukken niets.

12. In antwoord op een desbetreffende vraag bij brief van 23 aug. 1976 doet Geigy bij brief van 11 okt. 1976 weten geen bezwaar te zullen maken tegen import van de onderhavige produkten, mits het produkt in één van de EEG-landen in het verkeer is gebracht door of met toestemming van Geigy, ongeacht of in dat land dat parallel octrooi gold.

13. Stellende dat Geigy door het uitlokken en vervolgens tot 11 okt. 1976 handhaven van het in strijd met het EEG-recht gewezen kort geding-vonniss van 12 juni 1973 jegens Voorbraak onrechtmatig handelde, vorderde Voorbraak bij de dit geding inleidende dagvaarding van 21 febr. 1978 ter zake van de over die periode als gevolg van het presidiale verbod gemiste importen een schadevergoeding van f 325 000 bij memorie na niet-gehouden enquête in appel onder overlegging van een accountantsrapport over de door het hof relevant geachte periode (zie onder 15 hieronder) vermeerderd tot f 384 921,52.

14. De Rb. Breda ontzegde deze vordering bij vonnis van 9 okt. 1979.

15. Het Hof te 's-Hertogenbosch overwoog in r.o. 12 van zijn tussenarrest van 10 april 1981, dat naar het EEG-recht het territorialiteitsbeginsel als basis van de bescherming van een nationaal octrooi gehandhaafd blijft, ingeval er geen sprake is van een parallel octrooi in het EEG-land, waaruit de invoer van de desbetreffende stof plaatsvindt. Na het op 16 aug. 1975 expireren van het Franse octrooi (die onder 11 hierboven) mocht Geigy derhalve naar het oordeel van het hof het presidiale vonnis handhaven. De periode, waarover Geigy door handhaving van het presidiale vonnis onrechtmatig handelde jegens Voorbraak en Voorbraak

schade leed, bepaalde het hof op deze grond op de periode lopende van 12 juni 1973 tot 16 aug. 1975. Het hof liet Voorbraak tot bewijs van zijn over die periode geleden schade toe.

16. Bij zijn eindarrest van 8 april 1983 wees het hof ten slotte de vordering, zoals vermeerderd (zie onder 13 hierboven), geheel toe.

17. Het tijdig ingestelde principale cassatieberoep is met een in zeven onderdelen uiteenvallend middel tegen beide voormelde arresten gericht. Het bij conclusie van antwoord ontwikkelde incidentele cassatiemiddel is blijkens de inhoud van de klacht gericht tegen het onder 15 hierboven weergegeven oordeel uit het interlocutoire arrest van het hof en daarmee in zoverre tevens tegen de daarop mede berustende veroordeling bij het eindarrest.

18. Onderdeel 1 van het principale cassatiemiddel bevat — zoals ook bij pleidooi in cassatie toegelicht (pleitnota, p. 4) en door de wederpartij begrepen (pleitnota, p. 10) — slechts een inleiding op de in de volgende onderdelen uitgewerkte klachten. Het behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.

19. Het in onderdeel 2 bestreden uitgangspunt van het hof in r.o. 4 komt mij juist voor, zodat het onderdeel zal falen.

20. Het kort geding heeft een ordenende taak. Op grond van een zowel feitelijk als juridisch voorlopig oordeel met betrekking tot de belangentegenstellingen in geding wordt een zodanige ordenende maatregel gegeven of geweigerd. Het voorlopige schuilt daarin, dat de zaak eerst ten gronde wordt uitgezocht in het geding ten principale, als dit nog volgt Vgl. art. 292 Rv.

21. Aldus kan een partij haar wederpartij door naleving van de gegeven maatregel te (blijven) verlangen dwingen zich bij voorbaat (wellicht: vooruitlopende op het te geven oordeel bij gewijsde in de hoofdzaak) te gedragen naar een rechtssituatie, omtrent het al dan niet bestaan waarvan nog moet worden beslist.

22. Zodanige maatregel blijft in beginsel (vgl. 29–31 hieronder) van kracht — uiteraard afgezien van daartegen met succes aangewende rechtsmiddelen, die de maatregel van de aanvang af doen vervallen — totdat in de hoofdzaak een (andere) beslissing is gevallen die uitvoerbaar bij voorraad is verklaard of in gewijsde is gegaan. In die periode verbeurde dwangsommen wegens niet-naleving van de maatregel blijven bijv. verbeurd. Voor gegevens verwijs ik korthedshalve naar conclusie (p. 1762) voor en noot WHH onder HR 14 maart 1980, NJ 1980, 536; MvA ? bij art. 3.11.5b NBW, Van Zeben, p. 907; Kluwers losbl. ‘Onrechtmatige Daad’ ?, nr. 245 onder 3 en 4; Schenk, ‘Het kort geding’ (1984), p. 115–117; Beneluxhof 14 april 1983, NJ 1983, 615 (m.nt. WHH); conclusie d.d. 24 aug. 1984, nrs. 12545 (voor HR 28 sept. 1984, NJ 1985, 83, m.nt. WHH; Red.) en 12547 (Staat/Balkissoon) omtrent toepassing van art. 405 Rv.

23. Blijkt in de hoofdzaak dat het voorlopige oordeel en daarmee de toegestane maatregel onjuist was, dan staat daarmee anderzijds vast dat de toenmalige eiser en executant van dat vonnis (i.c. was het vonnis betekend) de wederpartij verplicht heeft zich te houden aan een ge-

drag dat uit de werkelijk tussen pp. geldende rechtssituatie niet voortvloeide, terwijl hij zich bij het handhaven van dit in kort geding gewezen vonnis ervan bewust moet zijn geweest, zich althans — gelet op de aard van het kort geding — had behoren te realiseren dat de kwestie tussen pp. nog open was door het ontbreken van een onderzoek en beslissing (of overeenkomst) ten gronde en dat de maatregel slechts berustte op een voorlopig oordeel; zelfs een belangenafweging kan beslissend zijn geweest.

24. Onrechtmatigheid en aansprakelijkheid voor als gevolg daarvan bij de wederpartij ontstane schade zijn aldus in beginsel gegeven. Dit is ook de in het algemeen bovendienzende mening. Voor gegevens verwijs ik naar Kluwers losbl. ‘Onrechtmatige Daad’ ?, nr. 279 onder 2.

25. In andere gevallen waarin vooruitgelopen wordt op een oordeel ten gronde of een definitief oordeel, zoals bijv. bij conservatoir beslag (vgl. art. 729, 735 lid 3, 770a lid 2 in verband met 732 lid 3, 739, 770e Rv) of tenuitvoerlegging van een bij voorraad uitvoerbare uitspraak (vgl. art. 52 lid 2, 53 lid 1 aanhef Rv), wordt evenzeer en op vergelijkbare gronden aansprakelijkheid voor mogelijk veroorzaakte schade aangenomen, indien de beslissing ten gronde of het definitieve eindoordeel anders uitvalt. Vgl. voor gegevens conclusie Mr. Franx (p. 122) voor HR 5 okt. 1979, NJ 1980, 43 (m.nt. GJS); HR 8 okt. 1976, NJ 1977, 485, met uitvoerige noot Heemskerk; Kluwers losbl. ‘Onrechtmatige Daad’ ?, nr. 277 (vgl. ook nr. 43).

26. Nu is in deze laatste gevallen kenmerkend, dat de hoofdzaak spoedig volgt dan wel hangende is, zodat een definitieve beslissing binnen afzienbare tijd te verwachten is. Bij een kort geding kan zich dit ook voordoen. In zodanig geval is duidelijk dat reeds jegens de wederpartij wordt gehandeld zonder eerst het definitieve eindoordeel af te (willen) wachten.

27. Dit is evenwel niet principieel anders, indien een geding in de hoofdzaak eerst veel later volgt, zoals zich dit bij kort geding — zoals ook i.c. — kan voordoen. Beslissend is, of de wederpartij in de betrokken periode in een situatie verkeerde en bleef verkeren, die haar noodzaakte zich naar de voorlopige maatregel te gedragen, althans in een situatie waarin zij rekening moest blijven houden met de mogelijkheid dat ander gedrag tot het verbeuren van de vastgestelde dwangsommen zouden leiden. Vgl. HR 24 febr. 1984, nr. 12184, RvdW 63, BR 1984 p. 508 (Van Rijckevorsel), De Gemeentestem (1984) 6768 (NJ 1984, 669, m.nt. JAB; Red.).

28. In het voortdurende van het verbod schuilt op zichzelf dan ook evenmin een bijzonderheid die tot een ander oordeel zou nopen.

29. Ook zonder dat aan het verbod een einde is gekomen op een wijze als hierboven onder 22 bedoeld, kan een verbod ook om andere redenen zijn kracht verliezen. In dit verband kan o.m. worden gedacht aan het verval van het verbod ingeval voor het verbod maatgevende omstandigheden zijn veranderd Vgl. Van Nispen, ‘Het rechterlijk verbod en bevel’, Prf. Leiden 1978, nr. 254, p. 445 e.v.; Drion in ‘Op de grenzen van

komend recht', Beekhuis-bundel (1969), p. 105; Toelichting Meijers bij art. 3.11.5, Van Zeben, p. 902.

30. Voorts is mogelijk in een executiegeschil de grenzen van het gegeven verbod nader te doen bepalen en zelfs (het voortzetten van) de executie zelf ten toets te brengen, waarbij van belang kan zijn dat de zaak ten gronde aanhangig is of zal worden gemaakt. De mogelijkheden zijn hier slechts beperkt. Vgl. HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (m.nt. WHH).

31. Blijkens het onder 27 aangehaalde arrest mag evenwel de partij, die door haar wederpartij met een voorlopige maatregel als vorenbedoeld wordt bedreigd althans jegens wie het toepassen van een zodanige maatregel in het vooruitzicht is gesteld, zich — ook indien zij ten slotte, gelet op de rechtsontwikkeling en gevestigde rechtspraak, een ander eindoordeel mocht verwachten — ter voorkoming van nog grotere schade voorzichtig opstellen. Zolang een tegengesteld oordeel van de rechter (of de executerende partij) niet verkregen is, zal de partij die aan het door haar verkregen verbod vasthoudt, dan ook niet snel kunnen stellen met een verwijzing naar de steeds bestaan hebbende mogelijkheid een executiegeschil aanhangig te maken, dat de schade als gevolg van het (vrijwillig) naleven van het verbod wegens het nalaten daarvan voor de eigen rekening van de wederpartij zal moeten komen. Vgl. r.o. 17 van het bestreden arrest.

32. Wat hiervan verder zij, zoals onder 19 hierboven gezegd komt mij het uitgangspunt van het hof in r.o. 4 en in zoverre ook r.o. 5 rechtens juist voor.

33. Het blijkt niet dat het hof tot uitdrukking heeft beogen te brengen, dat bij dit oordeel de omstandigheden van het geval geen rol zouden kunnen spelen. Het oordeel is geënt op het geschil, zoals dit aan het hof is voorgelegd. Het hof heeft bovendien in r.o. 6 en 7 van het arrest omtrent ingeroepen omstandigheden overwogen.

34. Onderdeel 2 houdt ook niet de klacht in dat de feiten en omstandigheden van het concrete geval tot een ander oordeel zouden moeten leiden — het onderdeel oppert slechts dat de mogelijkheid bestaat — en geeft al evenmin aan op welke feiten en omstandigheden in dat verband wordt gedoeld. In onderdeel 3 komen de door het hof onderzochte omstandigheden, waarop een beroep was gedaan, aan de orde.

35. Onderdeel 2 mist derhalve als geheel doel.

36. De grondslag van de onrechtmatigheid en van de aansprakelijkheid van Geigy is, zoals hierboven (onder 20–24) heeft mogen blijken, dat zij tegen Voorbraak een op een voorlopig oordeel gebaseerd bevel heeft gehandhaafd, dat in de bodemprocedure onjuist is gebleken. Zowel de procedure, hierboven vermeld onder 10, als de onderhavige waarin evenzeer de juistheid van het destijds gegeven bevel (naast het handhaven daarvan) aan de orde is, is een zodanige bodemprocedure.

37. Aan deze grondslag doet niet toe of af, dat het door Geigy gehandhaafde vonnis een beslissing in eerste aanleg was, waartegen hoger beroep en cassatie ingesteld had kunnen worden.

38. De klachten in onderdeel 3, gebaseerd op het ontbreken van appel door Voorbraak, lopen reeds hierop vast.

39. Ik teken hierbij nog aan dat, voor zover aan deze klachten de gedachte ten grondslag zou liggen dat hoger beroep (cassatie) ongetwijfeld doel zou hebben getroffen, anderzijds niet duidelijk is, hoe zodanige omstandigheid tot disculpatie van het aan Geigy verweten (desondanks) vasthouden aan het vonnis zou kunnen leiden. Wanneer dit niet bedoeld is, voegt het ontbreken van appel geen relevante factor toe. Vgl. nog 41 en 42 hieronder. Geigy kan toch moeilijk aan Voorbraak verwijten dat deze niet voor Geigy tegen haar wens de grondslag van het handelen heeft weggeslagen althans geen pogingen daartoe heeft ondernomen. De aan het EEG-recht ontleende redenen, waarom Voorbraak meende tot de door de Pres. verboden invoer gerechtigd te zijn, waren aan Geigy bekend, terwijl Voorbraak onder de haar bedreigende dwangsommen (men zie hierboven onder 31) voorzichtig mocht handelen.

40. Het boven aangetekende geldt ook voor de klachten in onderdeel 3, voor zover gebaseerd op het uitblijven van een bodemprocedure (men zie voor dit begrip ook onder 36) van de zijde van Voorbraak. Men zie voorts het hierboven onder 27 en 28 opgemerkte. Uitstel van een bodemprocedure kan op goede redenen berusten (aan weerszijden), bijv. dat pp. weten dat over de hen verdeeld houdende kwestie een procedure tussen andere pp. aanhangig is. Waarom Voorbraak hier de meest gereede partij zou zijn de bodemprocedure te starten, is al evenmin duidelijk. Het ingeroepen argument 'schadebeperking' kan daartoe niet dienen, nu Geigy zelf in elk geval zodanige procedure aanhangig kon maken met zodanige verdere maatregelen ter handhaving van haar positie als zij in dat verband nodig achtte. Zoals bleek kan bovendien uitstel o.m. om redenen van proceseconomie gerechtvaardigd zijn.

41. Wel kunnen omstandigheden als vorenbesproken van belang zijn voor het oordeel, dat het gedrag van Voorbraak niet zou voortvloeien uit het bestaan van het kort geding-vonnis, doch uit de eigen opvatting van Voorbraak over hetgeen rechtens in haar relatie tot Geigy zou hebben te gelden of uit andere omstandigheden aan haar zijde. In zodanig geval zou er geen verband tussen het vonnis en de gestelde schade bestaan.

42. De in de subsonderdelen a en f (vgl. ook b en c) van onderdeel 3 ingeroepen stelling dat Voorbraak zou hebben berust (vgl. hierover Eras, NJB 1951, p. 117 e.v., p. 141 e.v.; HR 12 maart 1971, NJ 1971, 228 en 229; HR 10 juni 1977, NJ 1979, 416, ten aanzien van verweer van niet-ontvankelijkheid onder 2), schijnt in deze richting te gaan. Doch het enkele feit dat geen hoger beroep tegen de veroordeling in kg. werd ingesteld — waaraan verschillende redenen ten grondslag kunnen liggen — behoeft nog niet te betekenen dat blijkt van de wil af te zien van de principale stellingen dat de importen naar EEG-recht ook jegens Geigy geoorloofd waren. Het hof stelde in r.o. 7 het tegendeel vast. Dit is een in hoofdzaak door weging van de feiten bepaald

oordeel, dat aan het hof voorbehouden is en in cassatie slechts in beperkte mate getoetst kan worden. Het getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk.

43. Onderdeel 3 loopt in zijn verschillende subonderdelen reeds hierop vast. Ik acht mij in dit licht ontslagen daarnaast de verschillende subonderdelen afzonderlijk te bespreken.

44. Slechts bij subonderdeel d moge nog dienen dat het hof met het voorbehoud in r.o. 7 in de woorden 'met name in het onderhavige geval' te kennen geeft zich gevallen te kunnen indenken waar — anders dan in de onderhavige procedure — meer omstandigheden aan de orde zijn gesteld en gebleken, die een ander oordeel zouden rechtvaardigen. Vgl. hierboven onder 41 en 42. Dit is niet onduidelijk of onbegrijpelijk en behoefde ook geen nadere motivering.

45. Ik meen niet dat aan onderdeel 4 de stelling ten grondslag ligt dat de uitleg, die het onder 7 hierboven geciteerde arrest in de zaak Centrafarm/Sterling Drug aan de art. 30–36 EEG-Verdrag gaf, eerst met ingang van de datum van dat arrest (31 okt. 1974) recht zou zijn. Bij het ontbreken van een zodanig oordeel in dat arrest zou dit ook onjuist zijn geweest. Vgl. Alexander, 'Overgangsbepalingen in prejudiciële uitspraken', 'In Orde' VerLoren van Themaat-bundel (1982), p. 1 e.v., in welk verband nog te citeren valt r.o. 18 uit het aldaar geciteerde arrest *Denkavit Italiana*: 'Een dergelijke beperking is evenwel slechts aanvaardbaar in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven'.

46. Beperking van de terugwerkende kracht van een rechterlijke uitspraak zal in het algemeen haar rechtvaardiging vinden in de vrees bestaande rechtsbetrekkingen te verstoren. Vgl. Alexander t.a.p., p. 13, die voorts in zijn opstel een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie noemt. Vgl. voorts HR 18 jan. 1980, NJ 1980, 463 (m.nt. WHH); HR 27 nov. 1981, NJ 1982, 503 (m.nt. EAAL; m.nt. WHH); HR 11 mei 1984, nr. 12188, RvdW 99 (NJ 1985, 347, m.nt. WMK; Red.), r.o. 3.1.

47. De klacht zal gelezen moeten worden in het licht van de stelling dat wijziging van het recht met terugwerkende kracht een voorlopige tenuitvoerlegging van een overeenkomstig het tevoren geldende recht gewzen uitspraak in beginsel niet onrechtmatig maakt en aldus evenmin in beginsel tot vergoeding van daaruit voortgevloeide schade verplicht. Op zichzelf acht ik deze stelling juist. Vgl. met betrekking tot een zodanige wetswijziging HR 21 mei 1982, NJ 1982, 528 (conclusie p. 1846 l.k./r.k.).

48. In het licht van het aangetekende onder 45 en 46 zou ik dit evenwel niet spoedig met betrekking tot interpretatie van rechtsregels door de rechter willen aannemen. I.c. geldt dit temeer, nu het Centrafarm/Sterling Drug arrest in het kader van de rechtspraak van het HvJ niet met iets geheel nieuws kwam doch integendeel een reeds uitgezette lijn op het vlak dat de lidstaten van de EEG één gemeenschappelijke markt vormen, doortrok. Vgl. r.o. 9–13 en verklaring voor recht onder 1 van HvJ 8 juni 1971, zaak 78–70 (DGG/Metro), Jur. 1971, p. 487, SEW

1971, p. 678 (Wertheimer p. 659). Hieraan doet niet af, dat over de betekenis van dit arrest met betrekking tot octrooien meningsverschil bestond. Men zie hierover de conclusie onder 3 noten 10 en 11 van mijn ambtgenoot Mok voor HR 13 jan. 1984, nr. 12 140, RvdW 28. Van wijziging van recht door het Centrafarm/Sterling Drug arrest was in dit licht in ieder geval geen sprake.

49. Het feit dat er tussen pp. destijds een reeel geschil over uitleg van het geldende recht bestond, doet er niet aan af dat Geigy na het winnen van het kort geding Voorbraak aan haar zienswijze heeft gehouden alvorens tussen pp. een beslissing ten gronde te dien aanzien was gevallen, terwijl die zienswijze onjuist is gebleken. Hier geldt weer gelijkelijk het hierboven aangetekende, zodat deze omstandigheid daaraan niets toevoegt.

50. Ook onderdeel 4 faalt derhalve. In r.o. 8 van het bestreden arrest stelde het hof trouwens in overeenstemming met het hier voorafgaande centraal dat de Pres. destijds kennelijk geleid is geweest door een onjuiste interpretatie van het in het EEG-Verdrag neergelegde recht.

51. Bij de klacht in onderdeel 5 — ook zoals toegelicht bij pleidooi (pleitnota onder 7) — mist Geigy belang, nu het hof het verweer, waarvan in de klacht gesteld wordt dat het zo niet gevoerd is, niet gegrond bevonden heeft en een verweer in deze vorm dus ook niet tot gevolgen heeft geleid. Er is geen klacht — zo daar al gronden voor zouden zijn — dat bij een juiste opvatting van dit verweer het hof tot een andere uitkomst (in het voordeel van Geigy) had moeten komen. In ieder geval heeft het hof in r.o. 17 ook overwogen over de in het onderdeel bedoelde vraag tot welke datum Voorbraak in redelijkheid aanspraak kon maken op schadevergoeding en met name, of de in r.o. 16 aangenomen datum in dat licht wel gehandhaafd kon worden.

52. Onderdeel 6 van het principale middel is gericht tegen r.o. 13 van het eindarrest. Het gaat in r.o. 13 over de vraag, of schade geleden is en tot welke omvang. Vgl. r.o. 19 van het tussenarrest. De klacht is gericht tegen het door het hof gevolgde systeem.

53. Het probleem, waarvoor het hof stond, omschreef Meijers in zijn noot onder HR 5 nov. 1936, NJ 1937, 250 als volgt: 'Wanneer iemand beweert, dat een onrechtmatige daad hem schade berokkend heeft, hierin bestaande dat een voor hem voordeelige handeling niet geschied is, welke zonder de onrechtmatige daad wel zou geschied zijn, dan staat hij steeds voor een bewijs, dat streng genomen niet te leveren is. Men kan hier nooit verder dan een groote mate van waarschijnlijkheid komen ...'.

54. Allereerst zal moeten worden vastgesteld dat als gevolg van de onrechtmatige daad geleden winstderiving aannemelijk is, in grote mate waarschijnlijk is. Vgl. Schut, 'Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid', Prf. VU Amsterdam 1963, p. 161. Het hof heeft dit gedaan in r.o. 10–13 van het eindarrest. Dat het hier om een schatting gaat en niet om het vaststellen van een concreet feit, heeft het hof tot uitdrukking gebracht door te spreken over 'kans'. Vgl. ook HR 25 sept. 1981, NJ 1982, 255 (m.nt. CJHB).

55. Vervolgens heeft het hof in r.o. 13 onderzocht op welke omvang de bedoelde winstderving gesteld zou moeten worden. Hier heeft het hof de berekening overgenomen uit het rapport Vreijzen, dat Geigy — naar het hof overweegt — als cijfermatig juist had erkend.

56. Voor zover in onderdeel 6 wordt betoogd, dat het hof meer concreet dan onder 54 hierboven omschreven had dienen te onderzoeken en vast te stellen, of het gestelde voordeel, indien het onrechtmatig handelen achterwege gebleven ware, behaald zou zijn, wordt de hier bestaande problematiek miskend en een te ver gaande eis gesteld. Voor zover in het onderdeel bedoeld is, dat het hof de onder 54 omschreven weg niet gevolgd zou hebben, komt mij dit, zoals reeds onder 54 gezegd, ongegrond voor.

57. Vgl. voor verdere gegevens Kluwers losbl. 'Onrechtmatige Daad'?, nrs. 127, 128, 154. Het hof, zich ten slotte oriënterende op de leer van de 'kans' in het laatstaangehaalde nr. 154 besproken, heeft i.c. niet nagelaten vast te stellen dat de winstderving aannemelijk was. Het betreft hier een van die gevallen waarin de materieelrechtelijke benadering van de schade via 'kans' met de materieel meer concrete benadering door de daarbij nodige oplossing van de bestaande bewijsproblemen praktisch ineenvloeiën.

58. In de in onderdeel 7 van het principale cassatiemiddel bestreden r.o. 19 van het eindarrest gaat het om een der overwegingen betreffende de stelplicht- en de bewijslastverdeling tussen pp. omtrent de vraag, of de uit Frankrijk ingevoerde of in te voeren produkten door Geigy zelf of een van de met haar juridisch of economisch gelieerde ondernemingen daar op de markt zijn gebracht. Vgl. voorts r.o. 14, 15, 20–22 van het eindarrest.

59. Het punt is dan, hoever de stelplicht gaat van degenen, die inbreuk op een octrooi wordt verweten en die zich verweert met de stelling dat de door hem verhandelde waren door de octrooihouder zelf of een met hem juridisch of economisch gelieerde onderneming op de relevante markt zijn gebracht, indien de wederpartij daartegenover met een algemene ontkenning volstaat.

60. Te ver gaat — aldus het hof — in een zodanig geval steeds van de importeur te vergen dat hij van stonde af aan rechercheert en kan mededelen de keten van handelaren vanaf de octrooihouder, langs wie het produkt op de markt is gekomen. I.c. waren er, gezien r.o. 14 en 15 waaraan r.o. 19 ook aanhaakt in de slotzinsnede (vgl. 62 hieronder), redenen om aan te nemen dat dit zo was, terwijl Geigy niets relevants aanvoerde — aldus het hof — om daarover anders te denken en om van Voorbraak te vergen dat zij meer stelde en zo nodig zou bewijzen.

61. Aldus blijkt niet dat het hof in r.o. 19 — welke overweging in het onderdeel ten onrechte niet in voormeld verband wordt gelezen — van een andere rechtsopvatting dan in het onderdeel verdedigd, is uitgegaan, nl. dat in beginsel op de wederpartij van de octrooihouder hieromtrent de stelplicht en in ieder geval — behoudens vermoedens — het bewijsrisico ligt. Vgl. omtrent vergelijkbare problemen bij merken: BGH 6 juli 1979, NJ 1980, 344 (m.nt. LWH), BIE 1980, nr.

1, p. 2; HR 21 april 1978, NJ 1979, 194 (conclusie p. 570 e.v.), BIE 1978, nr. 40, p. 212.

62. De laatste klacht van het onderdeel loopt ook hierop vast, terwijl de voorlaatste klacht uit het oog verliest de reeds onder 60 hierboven aangegeven samenhang met r.o. 14 en 15, waaruit — evenals uit de overweging dat Voorbraak langs normale weg importeerde uit een land waar Geigy octrooihouder is — het naar 's hofs oordeel bestaan van een positieve aanduiding blijkt.

63. Het incidentele cassatiemiddel is gegrond. Men zie HvJ 14 juli 1981, zaak 187/80 (Merck en Co. Inc./Stephar BV en P.S. Exler), Jur. 1981, p. 2063, SEW 1982, p. 191 (Ludding p. 192), NJ 1982, 488, TVVS 1982, p. 24, 25 (m.nt. MRM). Het betreft hier tenminste een 'acte éclairé' (vgl. bijv. Dubbink in 'Een goede procesorde' Haardt-bundel 1983, p. 158 onder c), zodat Uw Raad ter zake geen vragen van uitlegging aan het HvJ te Luxemburg behoeft voor te leggen.

64. Uit het arrest zelf blijkt, dat deze uitspraak geheel in de lijn ligt van de eerdere arresten. Vgl. voor een overzicht de reeds onder 48 aangehaalde conclusie onder 3 van mijn ambtgenoot Mok voor HR 13 jan. 1984, nr. 12140, RvdW 28. Vgl. ook HvJ 14 sept. 1982, zaak 144/81 (Keurkoop BV/Nancy Kean Gifts BV), Jur. 1982, p. 2853, NJ 1983, 582 (m.nt. LWH), Bie 1983, 9 (Verkade), SEW 1983, p. 418 (Eeckman p. 424), in het bijzonder r.o. 25.

65. Ook hier geldt derhalve het aangetekende onder 45–49 naar aanleiding van onderdeel 4 van het principale middel, waarheen ik verder moge verwijzen.

66. De tegenwerping dat het k.g.-vonnis niet door een hoofdzaak is achterhaald (en dus in zoverre in dit geding niet als ten onrechte gegeven kan worden beschouwd) voor wat betreft de periode vanaf het expireren van het Franse octrooi (men zie onder 11 hierboven) — de verklaring voor recht in het door de Rb. Breda gewezen vonnis van 10 febr. 1976 (men zie onder 9 en 10 hierboven) was overeenkomstig het gevorderde beperkt tot het geval dat in Frankrijk een parallel octrooi bestond — ziet over het hoofd dat — zoals reeds gezegd onder 36 en 40 — de onderhavige vordering tot schadevergoeding tevens de beslissing in de hoofdzaak te dien aanzien inhoudt.

67. Over de hier bedoelde periode zal dus, na vernietiging door Uw Raad van dit bestreden oordeel in het tussenarrest en onder handhaving van de beslissingen in het eindarrest voor het overige door de rechter naar wie de zaak zal worden verwezen, alsnog bezien moeten worden, of door Voorbraak als gevolg van het handhaven door Geigy van het presidiale vonnis schade is geleden en tot welke omvang.

Het principale beroep ongegrond en het incidentele beroep gegrond bevindend, concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest in voege als voormeld, met verwijzing en verdere beslissing naar Uw Raad vermeent te behoren.