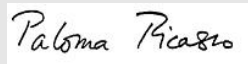


Hoge Raad, 23 januari 1998, Kruidvat v Lancôme



MERKENRECHT

Ompakken luxe-artikelen

[deze maatstaf van het HvJEG is niet uitsluitend bedoeld voor alcoholische dranken met een luxe-imago, maar evenzeer voor andere consumentenartikelen met een dergelijk imago.](#)

Voor zover het onderdeel onder 2.4 tot en met 2.11 mede wil betogen dat het Hof prejudiciële vragen aan het HvJEG had behoren te stellen, aangezien het HvJEG wel concrete criteria heeft aangegeven ten aanzien van farmaceutische producten, maar niet ten aanzien van de categorie waartoe de producten van Lancôme en Cacharel behoren, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Daargelaten dat het Hof wel vrij maar niet verplicht was tot het stellen van prejudiciële vragen, stuit dat betoog af op hetgeen het HvJEG heeft overwogen in paragraaf 33 van zijn arrest van [11 november 1997 in de zaak Loendersloot/Ballantine \(C-349/95\)](#) ten aanzien van producten (daar: alcoholische dranken) met een 'luxe-imago'. Uit deze overweging blijkt dat naar het oordeel van het HvJEG de derde die een dergelijk product opnieuw etiketteert, ervoor moet zorgen dat de reputatie van het merk niet heeft te lijden van een inadequate presentatie van het opnieuw geëtiketteerde product en dat de nationale rechter bij de beoordeling of dit het geval is, onder meer rekening dient te houden met het belang van de merkhouders bij bescherming van het luxe-imago van zijn producten en van de grote reputatie die de merkhouders geniet.

Het lijkt naar het oordeel van de Hoge Raad geen twijfel dat deze maatstaf door het HvJEG niet uitsluitend is bedoeld voor alcoholische dranken met een luxe-imago, maar evenzeer voor andere consumentenartikelen met een dergelijk imago.

PROCESRECHT

Spoedeisend belang

[Spoedeisend belang komt niet te ontbreken vanwege de enkele omstandigheid dat de eisende partij in appel minder voortvarend procedeert dan in een appelprocedure in kort geding in het algemeen wenselijk of gebruikelijk is.](#)

Indien, zoals hier, in kort geding een voorziening wordt gevraagd, die ertoe strekt een einde te maken aan door de eisende partij als stelselmatige inbreuk op een haar toekomend subjectief recht aangemerkte handelingen waarvan zij doorlopende schade ondervindt, ligt het

alleszins voor de hand dat deze partij een spoedeisend belang bij haar vordering heeft. Dit is in de onderhavige zaak in eerste aanleg dan ook begrijpelijkerwijs niet door Kruidvat en Trade Max betwist.

Wordt de gevraagde voorziening geweigerd, niet wegens gebrek aan spoedeisend belang maar — zoals in het vonnis van de President — op materiële gronden, terwijl de gewraakte handelingen niet worden gestaakt, dan dient in beginsel ervan te worden uitgegaan dat de eisende partij, zo zij tijdig in hoger beroep komt en opnieuw een op beëindiging van die handelingen gerichte voorziening bij voorraad vordert, daarbij nog onverminderd een spoedeisend belang heeft.

Niet kan worden aangenomen dat dit spoedeisend belang dan vervolgens zou komen te ontbreken als gevolg van de enkele omstandigheid dat de eisende partij in appel minder voortvarend procedeert dan in een appelprocedure in kort geding in het algemeen wenselijk of gebruikelijk is.

Vindplaatsen: NJ 2000, 544

Hoge Raad, 23 januari 1998

(Roelvink, Royer, Mijnsen, Korthals Altes, Neleman) (...).

1. Kruidvat B.V., te Renswoude,
 2. Trade Max Europe B.V., te Oosterhout,
- eiseressen tot cassatie, adv. mr. C.J.J.C. van Nispen, tegen

1. De vennootschap naar Frans recht Lancôme Parfums et Beauté & Cie S.C., te Parijs, Frankrijk,
 2. De vennootschap naar Frans recht Jean Cacharel S.A., te Parijs, Frankrijk,
 3. De vennootschap naar Frans recht L'Oréal S.A., te Parijs, Frankrijk,
 4. De vennootschap naar Frans recht Les Parfums Cacharel et Cie S.C., te Parijs, Frankrijk,
 5. B.V. Holdingmaatschappij P & B Nederland, te Weesp,
 6. Parfums & Beauté Nederland B.V., te Weesp,
- verweersters in cassatie, adv. mrs. G. van der Wal en E. Grabandt.

(...).

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweersters in cassatie — verder ook gezamenlijk aan te duiden als Lancôme c.s. en afzonderlijk als, respectievelijk, Lancôme, Cacharel S.A., L'Oréal, Cacharel S.C., P & B Nederland en Parfums & Beauté Nederland — hebben bij exploit van 19 februari 1993 eiseressen tot cassatie — verder te noemen Kruidvat respectievelijk Trade Max — in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Utrecht en gevorderd, zakelijk weergegeven:

primair: a. Kruidvat (i) te verbieden nog langer Lancôme- en Cacharelproducten te verkopen of in voorraad te hebben, en (ii) te gebieden nog aanwezige voorraden aan P & B Nederland af te geven; b. Trade Max (iii) te verbieden verpakkingen van Lancôme- en Cacharelproducten te verwijderen en te beschadigen en coderingen te verwijderen, (iv) te verbieden die producten in voorraad te hebben en ten verkoop aan te bieden,

(v) te veroordelen informatie te verschaffen omtrent leveranciers van de door hen verkochte en gekochte Lancôme- en Cacharelproducten;

subsidiar: Kruidvat te veroordelen: (vi) als hiervoor onder (iii), (iv) en (v) is weergegeven; (vii) te verbieden Sagamore-spuitsbusjes te verkopen zonder de wettelijk voorgeschreven waarschuwingstekst; alles op straffe van dwangsommen.

Kruidvat en Trade Max hebben de vorderingen bestreden.

De President heeft bij vonnis van 30 maart 1993 de gevraagde voorzieningen geweigerd.

Tegen dit vonnis hebben Lancôme c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. Zij hebben bij memorie van grieven het geschil beperkt en dienovereenkomstig hun eis verminderd.

Bij arrest van 12 september 1996 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, Kruidvat en Trade Max elk verboden van de verpakkingen van de Lancôme en/of Cacharel producten het cellofaan en/of de klantnummers te verwijderen of te beschadigen, althans zodanig omgepakte producten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben, een en ander op verbeurte van een dwangsom van f 500 per overtreding, met een maximum van f 500 000, des dat de dwangsom wordt verbeurd aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme producten en aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel producten. Het meer of anders gevorderde heeft het Hof afgewezen.

2. Het geding in cassatie

(...)

De [conclusie van de Advocaat-Generaal Bakels](#) strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

(...) Lancôme, Cacharel S.A., L'Oréal en Cacharel S.C. (welke laatste drie vennootschappen hierna ook gezamenlijk in het enkelvoud als Cacharel worden aangeduid) ontwikkelen en produceren parfums en andere schoonheidsproducten. Zij bieden deze producten te koop aan over de gehele wereld, in beginsel via door hen erkende importeurs en groothandelaren.

(...) P & B Nederland en Parfums & Beauté Nederland zijn door Lancôme en Cacharel erkende importeurs voor Nederland van Lancôme producten en Cacharel producten.

(...) De door Lancôme c.s. vervaardigde en in het verkeer gebrachte producten hebben een relatief hoge prijs en worden gerekend tot de markt van luxe schoonheidsproducten.

(...) Trade Max is groothandelaar in parfums en andere schoonheidsproducten. Zij behoort niet tot de kring van de door Lancôme en Cacharel erkende importeurs en groothandelaren.

(...) Kruidvat beheert een keten van drogisterijwinkels in Nederland en België en verkoopt in die winkels onder meer parfums en andere schoonheidsproducten, waaronder producten van Lancôme en Cacharel.

(...) Trade Max verhandelt producten van Lancôme c.s., welke zij niet rechtstreeks van hen betreft, doch via

andere personen en uit landen van buiten Europa, al dan niet behorend tot de distributieketen van Lancôme c.s.

(...) Trade Max verkoopt Lancôme en Cacharel producten aan Kruidvat.

(...) Lancôme c.s. hebben een groot aantal van de door hen in het verkeer gebruikte woord- en beeldmerken gedeponeerd door internationale merkenschrijvingen. In dit geding gaat het om de merken 'Niosôme', 'Sagamore', 'Cacharel', 'Anaïs Anaïs' en 'LouLou'.

(...) Op de verpakkingen van de Lancôme en Cacharel producten zijn, naast een zogenoemde barcode, twee coderingen aangebracht:

a. een batch- of chargennummer, dat in de verpakking is geponst, via welk nummer is te achterhalen tot welke partij het betreffende product behoort;

b. een klant- of productcode in de vorm van een streepjescode, die op de verpakking is gedrukt; via deze code is het voor Lancôme c.s. mogelijk te achterhalen aan wie zij het desbetreffende product hebben verkocht.

(...) Lancôme c.s. verpakken hun producten in kartonnen doosjes met daaromheen cellofaan, dat aan de bovenkant en aan de onderkant is afgesloten.

(...) De door Trade Max verhandelde Lancôme en Cacharel producten zijn door haar ontdaan van de klant- of productcode; deze code is door haar weggesneden of overgeplakt. Trade Max verwijderd voor dit doel het cellofaan van de verpakking. Na de verwijdering van vorenbedoelde code brengt zij op haar beurt weer — ander — cellofaan om het doosje aan.

3.2.1. Stellende dat Kruidvat en Trade Max door hun hiervoor omschreven handelwijze inbreuk maken op de auteursrechten en merkrechten van Lancôme c.s. en ook anderszins onrechtmatig jegens Lancôme c.s. handelen, hebben Lancôme c.s. in kort geding de hiervoor in 1 vermelde voorzieningen gevorderd.

De President heeft de gevraagde voorzieningen geweigerd. Hij overwoog dat weliswaar denkbaar is dat als gevolg van het verwijderen of overplakken van de klant- of productcode en het aanbrengen van nieuw cellofaan over de binnenverpakking de aantrekkelijkheid van het (oorspronkelijke) product wordt aangetast, dan wel dat daardoor de betrouwbaarheid door de consument in twijfel kan worden getrokken, doch oordeelde dat Lancôme c.s. niet aannemelijk hadden gemaakt dat in dit geval de wijziging in de verpakkingen op een zodanige manier heeft plaatsgevonden dat de aantrekkelijkheid en de betrouwbaarheid van de producten zijn aangetast. In het bijzonder oordeelde de President 'dat het door Kruidvat en Trade Max gebruikte cellofaan niet (zichtbaar) van mindere kwaliteit is dan het oorspronkelijk door Lancôme en Cacharel c.s. verwerkte materiaal, terwijl voorts niet is aangetoond dat Kruidvat en Trade Max het cellofaan stelselmatig op een slordige of onaantrekkelijke manier aanbrengen, behoudens wellicht een enkel geval, dat als een 'bedrijfsongeval' kan worden aangemerkt'.

3.2.2. Lancôme c.s. hebben in hoger beroep het geschil beperkt zoals vermeld in 's Hof's rov. 4.1. Hun vierde appelgrief was tegen de hiervoor in 3.2.1 weergegeven oordelen van de President gericht. Ter toelichting voer-

den zij onder meer aan dat het hier gaat om door hen in het verkeer gebrachte merkproducten, waarbij de toestand van de waren is gewijzigd in de zin van art. 13A lid 8 BMW, welke wijzigingen afbreuk zouden kunnen doen aan de goede faam van de merken.

Het Hof heeft eerst die grief behandeld en daarbij aan de hand van de bij de pleidooien aan het Hof getoonde omgepakte producten geoordeeld (rov. 4.7): dat 'door het ompakken wel degelijk de aantrekkelijkheid van de producten is aangetast'; dat 'het opnieuw aangebrachte cellofaan minder glad en strak om de doosjes zit dan bij de originele verpakking het geval is'; dat het geheel 'een slordiger en rommeliger indruk' maakt; dat deze indruk 'wordt verhoogd door het overlakken, c.q. verwijderen van de klantnummers'; dat 'de visuele indruk (...) zodanig minder (is) dat voorshands moet worden geoordeeld dat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken'.

Op deze gronden heeft het Hof de grief gegrond bevonden en aan Kruidvat en Trade Max elk verboden 'binnen vijf dagen na betekening van dit arrest van de verpakkingen van de Lancôme en/of Cacharel producten het cellofaan en/of de klantnummers te verwijderen of te beschadigen en/of daartoe aan derden opdracht te verlenen, althans zodanig omgepakte producten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben'. Het Hof legde voorts een dwangsom op, met bepaling dat de dwangsom wordt verbeurd aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme producten en aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel producten.

3.3. Onderdeel 1 van het middel klaagt erover dat het Hof het door Kruidvat en Trade Max in hoger beroep uitdrukkelijk gevoerde verweer dat Lancôme c.s. in appel geen spoedeisend belang (meer) hadden bij een voorlopige voorziening, niet op een uit de motivering van het arrest kenbare wijze in zijn overwegingen heeft betrokken en aldus hetzij niet aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan, hetzij bij de beoordeling van de vraag of Lancôme c.s. in appel nog een spoedeisend belang hadden, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd.

Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld.

Weliswaar is het Hof in zijn motivering tekortgeschoten door aan het voormelde verweer geen enkele overweging te wijden, doch dit kan op de volgende gronden niet tot cassatie leiden.

Indien, zoals hier, in kort geding een voorziening wordt gevraagd, die ertoe strekt een einde te maken aan door de eisende partij als stelselmatige inbreuk op een haar toekomend subjectief recht aangemerkte handelingen waarvan zij doorlopende schade ondervindt, ligt het alleszins voor de hand dat deze partij een spoedeisend belang bij haar vordering heeft. Dit is in de onderhavige zaak in eerste aanleg dan ook begrijpelijkerwijs niet door Kruidvat en Trade Max betwist.

Wordt de gevraagde voorziening geweigerd, niet wegens gebrek aan spoedeisend belang maar — zoals in het vonnis van de President — op materiële gronden, terwijl de gewraakte handelingen niet worden gestaakt, dan dient in beginsel ervan te worden uitgegaan dat de eisende partij, zo zij tijdig in hoger beroep komt en opnieuw een op beëindiging van die handelingen gerichte

voorziening bij voorraad vordert, daarbij nog onverminderd een spoedeisend belang heeft.

Niet kan worden aangenomen dat dit spoedeisend belang dan vervolgens zou komen te ontbreken als gevolg van de enkele omstandigheid dat de eisende partij in appel minder voortvarend procedeede dan in een appelprocedure in kort geding in het algemeen wenselijk of gebruikelijk is.

Blijkens de stukken van het geding zijn door Kruidvat en Trade Max, behalve de aangevoerde vertraging, geen feiten en omstandigheden aangevoerd, waaruit zou kunnen volgen dat Lancôme c.s. in hoger beroep, na het uitbrengen van de appeldagvaarding of op enig later tijdstip, geen spoedeisend belang meer hadden bij hun vordering. Dit brengt mee dat het Hof mocht aannemen, zoals het klaarblijkelijk heeft gedaan, dat een zodanig belang nog steeds aanwezig was.

De door Kruidvat en Trade Max in hun schriftelijke toelichting op het middel nog naar voren gebrachte omstandigheid dat een bodemprocedure een met betere processuele waarborgen omgeven rechtsgang is, zal onder omstandigheden — in samenhang met andere bijzonderheden, zoals bij voorbeeld de noodzaak van getuigenverhoren — kunnen leiden tot het oordeel dat een zaak zich naar haar aard, gelet op de belangen van beide partijen, in het geheel niet leent voor behandeling in kort geding. Die omstandigheid is echter zonder betekenis voor het antwoord op de vraag of de eisende partij, indien deze in eerste aanleg een spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening had, geacht moet worden dit belang in appel reeds op grond van een te trage wijze van procederen te verliezen.

Tenslotte verdient nog opmerking dat niet uitgesloten is dat een eisende partij in kort geding de voortgang van de procedure in hoger beroep zozeer vertraagt dat zij handelt in strijd met de eisen van een goede procesorde in kort geding en deswege geen aanspraak meer kan maken op de verlangde voorlopige voorziening. Dit hebben Kruidvat en Trade Max in hoger beroep echter niet aangevoerd.

3.4.1. Onderdeel 2 is gericht tegen hetgeen het Hof in zijn rov. 4.6 tot en met 4.8 heeft overwogen.

Het Hof heeft in rov. 4.6 vooropgesteld dat het te dezen gaat om de vraag of door het ompakken sprake is van wijziging van de toestand van de waren, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna HvJEG) van 11 juli 1996 in de gevoegde Paranova-zaken heeft het Hof dienaangaande vooreerst overwogen dat, om te beoordelen of de presentatie van het omgepakte product de reputatie van het merk kan schaden, de aard van het product en de markt waarvoor het is bestemd, in aanmerking moeten worden genomen. In rov. 4.7 heeft het Hof overwogen dat niet bestreden is de vaststelling door de President dat de door Lancôme c.s. vervaardigde producten worden gerekend tot 'de markt van luxe schoonheidsproducten'.

Dit luxueuze karakter, aldus het Hof vervolgens, brengt mee dat ook hoge eisen moeten worden gesteld aan de presentatie van de producten. In aansluiting hierop

heeft het Hof geoordeeld zoals hiervoor in 3.2.2 is weergegeven. In rov. 4.8 heeft het Hof nog toegevoegd, kort samengevat, dat het hier naar zijn oordeel niet om een enkel geval ('bedrijfsongeval') gaat.

3.4.2. Het onderdeel bevat beschouwingen over hetgeen het HvJEG heeft overwogen in zijn arresten van [11 juli 1996 in de zaken Paranova \(C-427/93, C-429/93 en C-436/93\)](#), Eurim-Pharm (C-71/94, C-72/94 en C-73/94) en MPA Pharma (C-232/94). De eerste klacht van het onderdeel is vervat in subonderdeel 2.3, waarin aan het Hof wordt verweten dat het eraan heeft voorbijgezien dat het HvJEG niet heeft volstaan met het formuleren van de door het Hof in zijn rov. 4.6 vooropgestelde, volgens het subonderdeel 'abstracte' regel, maar een aantal door de nationale rechter in acht te nemen concrete criteria en instructies heeft geformuleerd.

Deze klacht mist doel, nu het Hof blijkens zijn rov. 4.7 wel degelijk heeft onderzocht — overeenkomstig het concrete criterium geformuleerd door het HvJEG in voormelde ompakkingsarresten — of de presentatie van het opnieuw verpakte product de reputatie van het merk niet kan schaden door een verpakking van slechte kwaliteit of door een slordige verpakking.

3.4.3. Voor zover het onderdeel onder 2.4 tot en met 2.11 mede wil betogen dat het Hof prejudiciële vragen aan het HvJEG had behoren te stellen, aangezien het HvJEG wel concrete criteria heeft aangegeven ten aanzien van farmaceutische producten, maar niet ten aanzien van de categorie waartoe de producten van Lancôme en Cacharel behoren, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Daargelaten dat het Hof wel vrij maar niet verplicht was tot het stellen van prejudiciële vragen, stuit dat betoog af op hetgeen het HvJEG heeft overwogen in paragraaf 33 van zijn [arrest van 11 november 1997 in de zaak Loendersloot/Ballantine \(C-349/95\)](#) ten aanzien van producten (daar: alcoholische dranken) met een 'luxe-imago'. Uit deze overweging blijkt dat naar het oordeel van het HvJEG de derde die een dergelijk product opnieuw etiketteert, ervoor moet zorgen dat de reputatie van het merk niet heeft te lijden van een inadequate presentatie van het opnieuw geëtiketteerde product en dat de nationale rechter bij de beoordeling of dit het geval is, onder meer rekening dient te houden met het belang van de merkhouder bij bescherming van het luxe-imago van zijn producten en van de grote reputatie die de merkhouder geniet.

Het lijdt naar het oordeel van de Hoge Raad geen twijfel dat deze maatstaf door het HvJEG niet uitsluitend is bedoeld voor alcoholische dranken met een luxe-imago, maar evenzeer voor andere consumentenartikelen met een dergelijk imago.

3.4.4. Onder 2.12 bevat het onderdeel rechtsklachten tegen 's Hof's oordeel dat het luxueuze karakter van de onderhavige producten meebrengt dat aan de presentatie daarvan hoge eisen moeten worden gesteld. Dit oordeel zou in strijd zijn met art. 13A lid 8 BMW in samenhang met art. 7 lid 2 van de Eerste Merkenrichtlijn, uitgelegd in het licht van art. 36 EG-Verdrag. De klachten zijn ongegrond. Zoals valt af te leiden uit het hiervoor weergegeven oordeel van het HvJEG in de

[zaak Loendersloot/Ballantine](#), is het stellen van hoge eisen aan de presentatie van producten met een luxueus karakter geenszins in strijd met voormelde bepalingen. Anders dan het subonderdeel aanvoert, kan niet worden gezegd dat het Hof hier te hoge eisen heeft gesteld.

3.4.5. De in 2.13 aangevoerde klacht berust op een verkeerde lezing van 's Hof's arrest en kan dus reeds bij gebrek aan feitelijke grondslag niet slagen. Zij miskent dat in 's Hof's overwegingen dat de verpakking na het ompakken als geheel 'een slordiger en rommeliger indruk' maakt en dat de visuele indruk 'zodanig minder' is dat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken, besloten ligt het oordeel dat de verpakking na het ompakken een slordige en rommelige indruk maakt, en wel in die mate dat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken.

3.4.6. De klacht van subonderdeel 2.14 kan reeds bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, aangezien de — naar uit het voorgaande volgt — te dezen niet vervulde voorwaarde dat de presentatie na het ompakken geen afbreuk doet aan de reputatie van de merken, cumulatief geldt naast, onder meer, de in het subonderdeel bedoelde eis.

3.5. Onderdeel 3 klaagt in de eerste plaats dat het door het Hof aan Kruidvat en Trade Max opgelegde verbod te ruim is nu het ook rechtmatige handelingen verbiedt, te weten een zodanige manier van ompakken dat de visuele indruk van de omgepakte producten géén afbreuk doet aan de goede faam van de merken.

De klacht mist doel omdat zij miskent dat het in het dictum van 's Hof's arrest geformuleerde verbod moet worden uitgelegd in het licht en met inachtneming van de overwegingen welke tot de beslissing hebben geleid. Voorts klaagt het onderdeel over een te algemene of vage formulering van het verbod, ook indien dit wordt uitgelegd in verband met 's Hof's rov. 4.7 en 4.8. Ook deze klacht faalt. In het licht van 's Hof's rechtsoverwegingen is voldoende duidelijk welke handelingen worden verboden. Mocht over de reikwijdte van het verbod toch een verschil van mening ontstaan, dan zal daarover in een executiegeschil kunnen worden beslist.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Kruidvat en Trade Max in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Lancôme c.s. begroot op f 577,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Bakels

(...)

1. Feiten en procesverloop

1.1 Het gaat in deze zaak kort gezegd met name om de vraag of het opnieuw verpakken (in de stukken: 'ompakken') van merkproducten (parfums en schoonheidsproducten) in het kader van parallelimport, inbreuk oplevert op het merkrecht van Lancôme c.s. (onderdeel 2). Voorts wordt het in kort geding noodzakelijke spoedeisend belang (onderdeel 1) en de relatie

tussen dictum en declaratief aan de orde gesteld (onderdeel 3).

1.2 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan. (a) Verweersters in cassatie sub 1 tot en met 4 (Lancôme c.s.) ontwikkelen en produceren parfums en andere schoonheidsmiddelen. Zij bieden deze producten te koop aan over de gehele wereld, in beginsel via door hen erkende importeurs en groothandelaren. De door Lancôme c.s. vervaardigde en in het verkeer gebrachte producten hebben een relatief hoge prijs en worden gerekend tot de luxe schoonheidsproducten. (b) Verweersters sub 5 en 6 zijn door de andere verweersters erkende importeurs voor Nederland van Lancôme- en Cacharelproducten. (c) Trade Max is groothandelaar in parfums en andere schoonheidsproducten. Zij behoort niet tot de kring van door Lancôme c.s. erkende importeurs en groothandelaren. (d) Trade Max verhandelt producten van Lancôme c.s., verder ook te noemen Lancôme- en Cacharelproducten, welke zij niet rechtstreeks van Lancôme c.s. betreft, doch via derden en uit landen van buiten Europa, al dan niet behorend tot de distributieketen van laatstgenoemden. (e) Trade Max verkoopt door haar ingekochte Lancôme- en Cacharelproducten aan Kruidvat. (f) Kruidvat beheert een keten van drogisterijwinkels in Nederland en België en verkoopt in die winkels onder meer parfums en andere schoonheidsproducten, waaronder producten van Lancôme en Cacharel. (g) Lancôme c.s. hebben een groot aantal van de door hen in het verkeer gebruikte woorden en beeldmerken gedeponeerd door internationale merk-inschrijvingen. In dit geding gaat het om de merken 'Niosôme', 'Sagamore', 'Cacharel', 'Anaïs Anaïs' en 'Lou Lou'. (h) Op de verpakkingen van de Lancôme- en Cacharelproducten zijn, naast een zogenoemde barcode, twee coderingen aangebracht: 1. een batch- of chargennummer, dat in de verpakking is geponst, via welk nummer is te achterhalen tot welke partij het desbetreffende product behoort; 2. een klant- of productcode in de vorm van een streepjescode, die op de verpakking is gedrukt. Via deze code is het voor Lancôme c.s. mogelijk te achterhalen aan wie zij het desbetreffende product hebben verkocht. (i) Lancôme c.s. verpakken hun producten in kartonnen doosjes met daaromheen cellofaan, dat aan de bovenkant en de onderkant is afgesloten. (ii) De door Trade Max verhandelde Lancôme- en Cacharelproducten zijn door haar, Trade Max, ontdaan van de klant- of productcode. Deze code is door Trade Max weggesneden en/of overgeplakt. Trade Max verwijdert voor dit doel het cellofaan van de verpakking. Na de verwijdering van de klant- of productcode brengt zij opnieuw cellofaan aan om het doosje.

1.3 Tegen deze achtergrond hebben Lancôme c.s. eisen in cassatie, Kruidvat en Trade Max, gedagvaard in kort geding voor de president van de rechtbank te Utrecht. Voorzover in cassatie van belang hebben Lancôme c.s. — zakelijk weergegeven — onder meer gevorderd Kruidvat en Trade Max te verbieden — verpakkingen van Lancôme- en Cacharelproducten te verwijderen en te beschadigen en coderingen te verwijderen en — die producten in voorraad te hebben en ten

verkoop aan te bieden; met dien verstande dat deze voorzieningen wat Kruidvat aangaat subsidiair werden gevorderd en dat primair een verderstreckende voorziening werd gevraagd. 1.4 Lancôme c.s. hebben als grondslag voor hun vorderingen — kort weergegeven — het volgende gesteld: (a) Kruidvat en Trade Max plegen inbreuk op hun auteursrechten en merkrechten door zonder hun toestemming de verpakking van hun producten te openen, coderingen te verwijderen en een mindere kwaliteit cellofaan om de doosjes aan te brengen; (b) Kruidvat en Trade Max handelen jegens hen onrechtmatig doordat zij, Lancôme c.s., door het verwijderen van de klant- of productcodes niet meer voldoen aan artikel 4 eerste lid sub d van het Cosmetica-besluit, behorende bij de Warenwet en niet meer in staat zijn hun producten te identificeren, waardoor een zogenaamde 'recall' onmogelijk wordt; (c) Kruidvat en Trade Max tasten door de wijziging of beschadiging van de verpakking de aantrekkingskracht van de Lancôme- en Cacharelproducten aan en zaaien bij de consumenten verwarring omtrent de oorsprong en de echtheid van die producten; (d) Kruidvat en Trade Max doorbreken door hun handelwijze het gesloten distributiesysteem van hen, Lancôme c.s., waardoor zij grote schade (kunnen) lijden.

1.5 Kruidvat en Trade Max voerden gemotiveerd verweer. Zij betwistten onder meer dat de aangebrachte wijzigingen op de verpakkingen inbreuk vormen op de merkrechten van Lancôme c.s., nu de aantrekkelijkheid van de producten niet wordt aangetast en de herkomst daarvan volstrekt duidelijk blijft voor de consumenten.

1.6 De president heeft bij vonnis van 30 maart 1993 de gevraagde voorzieningen geweigerd. Lancôme c.s. werden in de proceskosten veroordeeld. De president heeft daartoe zakelijk weergegeven als volgt overwogen. Door de handelingen van Kruidvat en Trade Max wordt de aantrekkingskracht en het karakter van hun producten niet aangetast. Het verwijderen of overplakken van de klant- of productcode en het vervangen van de oorspronkelijke cellofaan buitenverpakking kan derhalve niet worden beschouwd als een wijziging in de toestand van de waar in de zin van artikel 13 onder A laatste lid BMW. Ook voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op onrechtmatige daad of wanprestatie, dienen zij te worden afgewezen.

1.7 Tegen dit vonnis zijn Lancôme c.s. in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te Amsterdam. Zij hebben daarbij het geschil beperkt tot de vraag of de verwijdering door Kruidvat en Trade Max van de op de Lancôme- en Cacharelproducten aangebrachte klantnummers, waardoor het opsporen van lekken in hun organisatie onmogelijk wordt gemaakt, een inbreuk is op hun auteurs- en/of merkrechten, danwel onrechtmatig tegenover hen is.

1.8 Na memoriewisseling heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd, voorzover aan zijn oordeel onderworpen en, opnieuw rechtdoende, Kruidvat en Trade Max verboden binnen vijf dagen na betekening van (1) het arrest het cellofaan en/of de klantnummers van de verpakkingen van de Lancôme- en/of Cacharelproducten te verwijderen of te beschadigen en/of daartoe aan

derden opdracht te verlenen, althans zodanige opnieuw verpakte producten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben, een en ander op verbeurte van een gemaximeerde dwangsom, met kostenveroordeling. Het hof heeft daartoe zakelijk weergegeven overwogen dat door het opnieuw verpakken wel degelijk de aantrekkelijkheid van de producten is aangetast zodat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken.

1.9 Kruidvat en Trade Max hebben vervolgens tijdig beroep in cassatie ingesteld tegen dit arrest. Zij hebben daartoe een uit drie onderdelen en verscheidene subonderdelen bestaand middel aangevoerd. Lancôme c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun onderscheiden standpunten schriftelijk doen toelichten. Lancôme c.s. hebben geduplicateerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdeel 1

2.1 Onderdeel 1 voert kort samengevat aan dat het hof niet heeft gereageerd op het verweer van Kruidvat en Trade Max dat Lancôme c.s. in appél geen spoedeisend belang (meer) hadden bij de gevraagde voorzieningen, hoewel dit verweer uitdrukkelijk is gevoerd en het voor de ontvankelijkheid van de vordering essentieel is.

2.2 Kruidvat heeft in haar memorie van antwoord sub 6 aangevoerd: (2) ‘Het vonnis van de President van Arrondissementsrechtbank te Utrecht, waarvan beroep, is op 30 maart 1993 geweest. Lancôme c.s. hebben eerst op 22 december 1994 tegen het bestreden vonnis grieven aangevoerd. Niet valt in te zien dat Lancôme c.s. thans nog enig spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening zouden hebben, zodat reeds op deze grond de vorderingen van Lancôme c.s. behoren te worden afgewezen.’

2.3 Bij pleidooi is namens Kruidvat en Trade Max eveneens betoogd dat van een spoedeisend belang geen sprake meer is, gezien de trage procesgang in hoger beroep. Gesteld werd dat het geding inmiddels is getransformeerd in een bodemprocedure, gehuld in het kleed van een kort geding. (3) Daartoe werd niet alleen gewezen op het tijdsverloop tussen dagvaarding en het dienen van grieven, maar ook op het feit dat tussen het nemen van de m.v.a. en het houden van pleidooi opnieuw ruim een jaar is verstreken. Dit pleidooi is (ten minste) drie keer uitgesteld, waarvan twee keer op verzoek van Lancôme c.s.

2.4 Als verweer hebben Lancôme c.s. met name aangevoerd dat zij niet hebben gekozen voor het zogeheten ‘spoedappél’; dat Kruidvat en Trade Max door dit tijdsverloop niet in hun belangen zijn geschaad en dat de tussenliggende periode niet ongebruikt is verstreken aangezien zowel een voorlopig getuigenverhoor is gehouden als schikkingsonderhandelingen zijn gevoerd. (4)

2.5 Ik stel voorop dat de beslissing of eiser in kort geding een spoedeisend belang heeft — welke beslissing diens ontvankelijkheid raakt — van feitelijke aard is. De in die beslissing besloten waardering van de omstandigheden van het geval, waarin ook beleidsaspecten

mogen doorklinken, kan in cassatie slechts worden aangetast als die beslissing onbegrijpelijk is. (5)

2.6 Het ligt op de weg van oorspronkelijk eisers (Lancôme c.s.) hun spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening voldoende aannemelijk te maken. De toetsing geschiedt naar het tijdstip van de beoordeling, (6) hetgeen kan betekenen dat een in eerste instantie nog wel aanwezige spoedeisendheid in hoger beroep komt te ontbreken, onder meer door traag voortprocederen. (7) Het Hof Leeuwarden, ruim veertig jaar geleden (8) oordelend over een geval waarin appellant/oorspronkelijk eiser twintig maanden na het appélexploit van grieven diende — juist zoals in ons geval — overwoog dat door dit lage tempo de beweerde spoedeisendheid een ‘aanfluiting’ was geworden. Tegenwoordig wordt hierover echter enigszins anders gedacht: traag procederen kan volgens de literatuur (9) en jurisprudentie tot op zekere hoogte worden gerechtvaardigd als een goede reden voor dit uitstel wordt aangevoerd.

2.7 Bovendien is in de huidige kort geding praktijk aanvaard dat, hoe groter de zekerheid is dat de in kort geding gevraagde voorziening correspondeert met de beslissing in de bodemprocedure, des te smaller de marge is voor het verweer dat een spoedeisend belang ontbreekt. (10) Deze benadering verdient m.i. ook de steun van de Hoge Raad omdat er geen redelijk belang door wordt gediend een schuldeiser die een (vrijwel) zeker vorderingsrecht heeft, te verwijzen naar de (relatief) trage en dure bodemprocedure.

Zie onlangs evenzo Keijser en Tjoen-Tak-Sen, (11) die wijzen op het verband tussen de vereiste mate van zekerheid omtrent de feiten, spoedeisend belang en ingrijpendheid van de gevraagde voorziening.

2.8 Daartegenover staat echter dat, zoals ook Kruidvat en Trade Max aanvoeren, het kort geding is gericht op het geven van een voorlopige maatregel in een spoedeisende situatie, waarin o.m. voor bewijslevering in beginsel geen plaats is en de wettelijke bewijsregels niet gelden. In zoverre kan worden gezegd dat voor de oorspronkelijk gedaagde een in beginsel redelijk belang op het spel staat zijn stellingen en weren te doen onderzoeken door de bodemrechter, voor wie de procesvoering met meer waarborgen is omgeven. (12)

2.9 Tegen de achtergrond van het vorenstaande dient nu het onderdeel te worden beoordeeld. Daarbij dient als uitgangspunt dat het verweer omtrent de spoedeisendheid stilzwijgend is verworpen, aangezien het hof de vorderingen heeft beoordeeld (en zelfs gedeeltelijk toegewezen).

2.10 Voorzover het onderdeel aanvoert dat het hof dusdoende ‘wellicht’ van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, onderscheidenlijk een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, moet het falen. Indien een speculatieve klacht zoals deze al kan gelden als een behoorlijk voorgesteld cassatiemiddel (ik meen dat dit niet zo is), geldt dat de maatstaf die in dit kader moet worden toegepast, geen andere is dan de tekst van art. 289 Rv vermeldt: dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat het hof dit heeft miskend.

Ik herinner in dit verband aan de duidelijkheid die de Hoge Raad in incasso kort gedingen heeft verschaft (waarbij ik mij ervan bewust ben dat het hier om een ander soort geschil gaat). In 1982 schiep de Raad daartoe het juridisch kader, in navolging van de rechtbank Amsterdam, daarbij als één van de toetsstenen het noodzakelijke spoedeisend belang noemend en oproepend tot terughoudendheid. (13) Enkele jaren later gaf dit het Amsterdamse hof (!) aanleiding tot een zeer terughoudende opstelling, waarin zowel 'een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid' als een dreigende 'financiële noodsituatie' werden verlangd. Deze interpretatie bleek echter niet in overeenstemming met het door de Hoge Raad wenselijk geachte beleid: 'Voor een dergelijke beperking is geen steun te vinden in het recht'. (14) Het college citeerde de — evengoemde — wettelijke norm, attendeerde erop dat deze algemeen luidt en overwoog voorts dat daaraan niet afdoet dat in deze materie (incasso van een geldvordering) het restitutie- en bijzondere aandacht verdient. Op grond daarvan meen ik dat ook in een geval als het onderhavige, de wettelijke norm als toetssteen dient en dat aan een nadere uitwerking of verfijning daarvan geen behoefte bestaat.

Daarbij komt overigens nog dat het onderdeel niet aangeeft welke andere maatstaf dan de wettelijke zou moeten worden gehanteerd, waartoe in het licht van het voorgaande toch wel aanleiding bestaat.

2.11 Moeilijker ligt het echter met de door het onderdeel aangevoerde motiveringsklacht. Het behoeft dunkt mij geen betoog dat het ontbreken van enige motivering voor de stilzwijgende verwerping van het onderhavige verweer een tekortkoming is, die niet kan worden gered door het feit dat — naar vaste rechtspraak — in kort geding geen hoge motiveringseisen mogen worden gesteld.

Gelet op de ernst van de vertraging in de procesvoering en het feit dat deze door Lancôme c.s. wat obligaat (in trefwoorden) is gemotiveerd (zie onder 2.4), wekt het passeren van dit verweer verbazing. Op grond daarvan valt er niets tegenin te brengen als de Hoge Raad zou oordelen dat deze beslissing onbegrijpelijk is zonder nadere toelichting, die ontbreekt.

Anderzijds kan echter worden geredeneerd dat het hof, dat op hierna te bespreken gronden van feitelijke aard — waarvoor geen nader onderzoek nodig was — meende dat de gevraagde voorziening in elk geval ten dele toewijsbaar was, 'klaarblijkelijk' stilzwijgend heeft geoordeeld dat voor het onderhavige verweer onder deze omstandigheden nauwelijks ruimte was. Even 'klaarblijkelijk' heeft het dan geoordeeld dat deze aldus versmalde marge in het gegeven geval niet is overschreden, mede gezien hetgeen Lancôme c.s. ter verklaring van de opgetreden vertraging hebben aangevoerd.

2.12 De onderhavige '60/40-beslissing' valt bij mij uit in laatstgenoemde zin omdat ik de ten gunste van dat standpunt aan te voeren argumenten het zwaarst vind wegen, zodat ik meen dat het onderdeel in al zijn aspecten faalt.

Onderdeel 2

2.13 Onderdeel 2 bevat een aantal rechtsklachten, die met name zijn terug te vinden in de subonderdelen 2.3, 2.11, 2.12, 2.13 en 2.14. Deze klachten hebben betrekking op de gestelde strijd met de ompakkingsarresten van het HvJEG (15) (door het Amsterdamse hof aangeduid als 'de gevoegde Paranova zaken').

2.14 Het is misschien goed deze arresten eerst kort in hun juridisch perspectief te plaatsen. Zij bevinden zich in het spanningsveld tussen de artt. 30 en 36 EG-verdrag, onderscheidenlijk behelzende het verbod van kwantitatieve beperkingen van de handel tussen lidstaten (art. 30) en de daarop toegelaten uitzonderingen, gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van industriële of commerciële eigendom (art. 36), die evenwel geen middel mogen zijn tot willekeurige discriminatie of verkapte beperking van de handel tussen lidstaten.

2.15 Het HvJEG heeft dit spanningsveld inmiddels in een reeks arresten vergaand in kaart gebracht. Zijn beleid in deze is o.m. weergegeven door de A-G Jacobs in diens informatieve conclusie voor de ompakkingsarresten. (16) Eén en ander komt naar ik meen op het volgende neer. (a) Merkenrechtelijk staat het uitputtingsbeginsel voorop. (17) Dientengevolge staat het de merkgerechtigde die zijn product eenmaal in het verkeer heeft gebracht in een van de lidstaten, in beginsel niet vrij de (verdere) verhandeling daarvan in dezelfde of een andere lidstaat tegen te houden met een beroep op zijn merkrecht. (b) Gebruik makend van dit beginsel is in de praktijk de zgn. parallelimport ontstaan, waarvan naar valt aan te nemen ook in de onderhavige zaak sprake is. Telkens wanneer de merkgerechtigde, al dan niet met gebruikmaking van een andere naam en/of een andere verpakking of presentatie van zijn product, in de respectieve lidstaten verschillende prijzen rekent of (via zijn — vaak gesloten — verkooporganisatie) doet rekenen, kan het lonend worden dit product in een 'goedkoop' land in te kopen en vervolgens te importeren en te verkopen in een 'duur' land. De (afnemers van de) merkgerechtigde wordt (worden) dan dus met het eigen product beconcurrerd. (c) Als (in elk geval op papier) van een gesloten verkooporganisatie sprake is, moet aan parallelimport een contractbreuk vooraf zijn gegaan door een van de nationale wederverkopers. (Mede) met het oog daarop zijn merkgerechtigden hun producten gaan coderen, zoals dat ook in deze zaak is geschied (zie onder 1.2(h)), om door proefaankopen het 'lek' in de organisatie te kunnen opsporen en uit te schakelen. (d) De parallelimporteurs die dit weten, reageren daarop door die codes te verwijderen, waartoe de verpakking moet worden geopend en bewerkt, waarna het product opnieuw wordt verpakt. Zo is het ook in de onderhavige zaak gegaan (zie onder 1.2(j)). (e) Vervolgens is in een reeks procedures getracht deze tegenmaatregel verboden te krijgen met een beroep op (een zekere nawerking van) het merkrecht. Hiermee is succes geboekt. Van principiële betekenis was het uit 1978 daterende Hoffmann-La Roche-arrest, (18) dat het opnieuw verpakken van farmaceutische producten betrof. Het Europees hof oordeelde dienaangaande — samengevat weergegeven — dat de merkgerechtigde

het op de markt brengen van een opnieuw verpakt product in beginsel met een beroep op zijn merkrecht kan tegenhouden, tenzij is voldaan aan vier cumulatieve voorwaarden (te stellen en zo nodig te bewijzen door de parallelimporteur): (i) de wijze waarop de merkgerechtigde zijn merkrecht gebruikt, leidt tot kunstmatige afscherming van de onderscheiden nationale markten; (ii) de oorspronkelijke toestand van het product (in de verpakking) blijft ongemoeid; (iii) de merkgerechtigde wordt tevoren van de verhandeling van het opnieuw verpakte product op de hoogte gesteld en (iv) op de nieuwe verpakking wordt vermeld door wie het product opnieuw is verpakt. (f) De ‘ompakkingsarresten’ hebben een verfijning en nadere uitwerking van deze jurisprudentie gebracht ten aanzien van evengoemde voorwaarden (i) en (ii). Het HvJEG overwoog onder meer: (19) ‘Zelfs wanneer de verpakking de naam vermeldt van degene die het product heeft omgepakt, valt niet uit te sluiten dat de reputatie van het merk en dus van de merkhouder toch te lijden kan hebben van een inadequate presentatie van het opnieuw verpakte product. In dat geval heeft de merkhouder een gerechtvaardigd belang, behorend tot het specifieke voorwerp van het merkrecht, om zich tegen de verhandeling van het product te kunnen verzetten. Om te beoordelen of de presentatie van het opnieuw verpakte product de presentatie van het merk kan schaden, moeten de aard van het product en de markt waarvoor het is bestemd, in aanmerking worden genomen. (...) 70. Gezien al deze overwegingen, moeten de prejudiciële vragen aldus worden beantwoord, dat artikel 36 van het Verdrag in die zin moet worden verstaan, dat een merkhouder met een beroep op zijn merkrecht een importeur kan verbieden, een farmaceutisch product te verhandelen dat door de merkhouder of met zijn toestemming in een andere Lid-Staat in het verkeer is gebracht, wanneer die importeur het product heeft omgepakt in een nieuwe buitenverpakking waardoorheen het op de oorspronkelijke verpakking aangebrachte merk zichtbaar is gemaakt, of wanneer hij de inhoud en het uiterlijk van de oorspronkelijke buitenverpakking heeft gewijzigd met behoud van het door de fabrikant daarop aangebrachte merk, tenzij (...)

— de presentatie van het opnieuw verpakte product de reputatie van het merk en van de merkhouder niet kan schaden. Zo mag de verpakking niet defect, van slechte kwaliteit of slordig zijn.’ (g) De ompakkingsarresten voegen dus een nieuwe voorwaarde toe aan het viertal dat in het Hoffmann-La Roche-arrest werd genoemd, namelijk dat door de wijze waarop het product opnieuw is verpakt, de reputatie van het merk en van de merkhouder niet mag worden geschaad. (h) Zeer recentelijk heeft het HvJEG de prejudiciële vragen beantwoord (20) die de Hoge Raad in 1995 stelde in de zaak Loendersloot/Ballantine c.s. (21) Het ging in die procedure om het verwijderen en opnieuw aanbrengen van merketiketten op flessen en verpakkingen whisky die op een ‘goedkope’ nationale markt waren ingekocht.

Nadat het HvJEG zijn — inmiddels vaste — jurisprudentie met betrekking tot het specifieke voorwerp en de herkomstgarantie had geresumeerd, overwoog het ver-

volgens (r.o. 29) dat de merkhouder zich met succes ertegen kan verzetten dat een derde de etiketten, voorzien van zijn merk, verwijdert en opnieuw aanbrengt tenzij (aldus de beantwoording van de door de Hoge Raad gestelde vragen in het dictum van het arrest): (i) een dergelijke uitoefening van het merkrecht bijdraagt tot een kunstmatige afscherming van de nationale markten; (ii) aangetoond wordt dat de oorspronkelijke toestand van het product onverlet is gebleven; (iii) de presentatie van het opnieuw geëtiketteerde product geen schade toebrengt aan de reputatie van het merk of de merkhouder en (iv) de merkhouder tevoren van de verhandeling van zijn opnieuw verpakte product op de hoogte is gesteld.

Men ziet dat dit ‘lijstje’ enigszins verschilt van het Hoffmann-kwartet: de daar vermelde voorwaarde (iv) is verdwenen; de zojuist nog eens geciteerde nieuwe voorwaarde uit de ompakkingsarresten is gebleven. De ‘verdwenen’ voorwaarde geldt blijkens r.o. 30 echter nog steeds met betrekking tot farmaceutische producten (inhoudende dat de merkhouder tevoren in kennis moet worden gesteld van de nieuwe verpakking, dat hij desgewenst een exemplaar van het opnieuw verpakt product dient te ontvangen en dat moet worden vermeld wie verantwoordelijk is voor de nieuwe verpakking).

Dit betekent dat zich in de jurisprudentie van het Europees hof — in zoverre evenals ook Lancôme c.s. stellen — een rasterwerk van algemene gelding begint af te tekenen, nader geconcretiseerd per product(groep). (i) In zijn conclusie voor het Ballantine-arrest had ook A-G Jacobs al verdedigd dat in ‘ompakkingskwesities’ voor verschillende producten uiteenlopende uitwerkingen dienen te gelden, al naar gelang de aard van die producten. In dat kader opperde hij o.m. (22) dat de derde en vierde voorwaarde uit de Hoffmann-zaak wellicht alleen op farmaceutische producten betrekking hebben, waarover die procedure nu eenmaal ging. Deze veronderstelling is in het arrest van het HvJEG gedeeltelijk bewaarheid. Loendersloot had namelijk o.m. aangevoerd dat de voorwaarde, dat de merkhouder in kennis moet worden gesteld van het opnieuw verpakken en verhandelen, alleen van toepassing is op farmaceutische producten. Het hof is dit in zoverre met hem eens dat voldoende wordt geacht dat de derde de merkhouder voorafgaande aan de verkoop van opnieuw geëtiketteerde producten waarschuwt (r.o. 49). (j) De A-G had voorts betoogd dat het Europees hof de grenzen van zijn taak zou overschrijden door uitspraak te doen over alle aspecten van het opnieuw verpakken m.b.t. verschillende soorten producten: ‘Als het hof eenmaal het fundamentele beginsel of de fundamentele beginselen heeft geformuleerd, dient het aan de nationale rechterlijke instanties te worden overgelaten, die beginselen in de bij hen aanhangige gedingen toe te passen.’ (23)

Ook hierin werd hij door het hof gevolgd. Bij de toepassing van de door hem ontwikkelde regels op het onderhavige geval heeft het hof vooropgesteld dat de originele toestand van het product door de nieuwe verpakking niet is aangetast (r.o. 32). De beoordeling of

sprake is van een schadelijke presentatie van het opnieuw geëtiketteerde product wordt — zo volgt uit de desbetreffende overweging — overgelaten aan de nationale rechter. Deze moet daarbij o.m. rekening houden met het belang van Ballantine c.s. om het luxe imago van hun producten te beschermen en de hoge reputatie die zij genieten (r.o. 33).

2.16 Tegen deze achtergrond bespreek ik nu subonderdeel 2.3, waarin wordt betoogd dat het Amsterdamse hof eraan heeft voorbij gezien dat het HvJEG in de genoemde arresten concrete regels heeft gegeven. Subonderdeel 2.11 voegt daaraan toe dat het Amsterdamse hof er goed aan had gedaan om door prejudiciële vragen duidelijkheid van het HvJEG te verkrijgen omtrent de in dit geval in acht te nemen concrete criteria, nu de onderhavige procedure geen farmaceutica betreft maar luxe cosmetica. Door zulks na te laten heeft het Amsterdamse hof, volgens de steller van het middel, het risico in het leven geroepen dat de door hem gehanteerde maatstaf blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

2.17 Omdat het Amsterdamse hof ingevolge art. 177 EG-Verdrag wel bevoegd, maar niet verplicht was prejudiciële vragen te stellen aan het Europese hof, kan deze klacht niet tot cassatie leiden.

2.18 Ook afgezien daarvan is er m.i. geen noodzaak prejudiciële vragen te stellen nu hier sprake is van een ‘acte éclairé’: de vraag is reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing geweest (nl. in de ompakkingsarresten, zoals uitgewerkt in de procedure Loendersloot/Ballantine). Men vergelijkte over de acte éclairé hetgeen het HvJEG in zijn arrest Da Costa en Schaake (24) heeft overwogen: ‘(...) dat immers, wanneer het Hof naar aanleiding van een concreet geval aanhangig bij een nationale rechter, een uitlegging geeft, het er zich toe beperkt de betekenis van de Gemeenschapsnorm af te leiden uit letter en geest van het Verdrag, met dien verstande, dat de toepassing van de aldus geïnterpreteerde norm op dat concrete geval aan de nationale rechter blijft voorbehouden;

dat deze opvatting overeenkomt met de door artikel 177 aan het Hof opgedragen taak welke strekt ter verzekering van de eenheid van uitlegging van het Gemeenschapsrecht in de zes Lid-Staten; (...) (...) dat zulks niet wegneemt dat iedere nationale rechter aan artikel 177 de bevoegdheid blijft ontnemen om, indien hij zulks nodig acht, vragen van uitlegging opnieuw aan het Hof voor te leggen;’

2.19 Het is op zichzelf waar dat de ompakkingsarresten geen luxe cosmetica tot onderwerp hadden, maar anders dan de steller van het onderdeel meen ik dat het HvJEG zo’n detaillierende rol niet voor zich opeist. Dat zou al direct een hoogst onpraktisch stelsel opleveren omdat het hof dan binnen de kortste keren zou worden ondergesneeuwd met in wezen dezelfde zaken die echter telkens verschillende (groepen van) producten betreffen. Zo’n minutieuze bemoeienis wordt ook niet gevegd door letter en geest van het EG-verdrag.

Hetzelfde volgt m.i. uit het onder 2.15(h) en (j) geciteerde passages uit het arrest in de zaak

Loendersloot/Ballantine. Het HvJEG wenst zich in beginsel te beperken tot het aangeven van de hoofdlijn, enigszins geconcretiseerd in ‘lijstjes’.

2.20 Een zekere gelijkenis is op het eerste gezicht aanwezig met het door de Hoge Raad gehanteerde systeem om ten aanzien van de concrete toepassing van open normen (voornamelijk van verbintenisrechtelijke aard) ‘lijstjes’ met gezichtspunten te ontwikkelen. Maar daarmee is de gelijkenis ten einde. Ten eerste dienen de ‘lijstjes’ van de Hoge Raad om de controle van de cassatierechter te verhogen op de concretisering van dergelijke normen door de feitenrechter; zij behelzen gezichtspunten die in beginsel in de motivering moeten worden betrokken. De lijstjes van het HvJEG daarentegen bevatten materiële voorwaarden. Zij dienen dus een enigszins verschillend doel. Ten tweede — last, but not least — eist het Europees hof d.m.v. die lijstjes geen controlerende functie voor zich op die is te vergelijken met de controle die de cassatierechter over de nationale feitenrechters wenst uit te oefenen. Het hof beperkt zich tot de grote lijn in het — door het EG-verdrag gewettigde — vertrouwen dat de (hoogste) nationale rechters die zaken zullen weten te onderscheiden, die kwesties van detaillering te boven gaan.

Het feit dat het HvJEG in de ompakkingsarresten nog enige beschouwingen wijdt aan de producten in geschil maakt dit niet anders, nu de in die procedure opgeworpen vragen daartoe aanleiding gaven. Evenzo het Ballantine-arrest.

Op grond van het vorenstaande meen ik dat de subonderdelen 2.3 en 2.11 falen, evenals de daardoor ingesloten subonderdelen 2.4-2.10, voorzover de onderhavige klachten daarin worden uitgewerkt.

2.21 In subonderdeel 2.12 worden twee klachten naar voren gebracht. In de eerste plaats wordt het rechtens onjuist geacht dat het luxueuze karakter van de ten processe bedoelde producten zou meebrengen dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de presentatie daarvan.

2.22 Uit de ompakkingsarresten volgt, zoals gezegd, dat de onderhavige vraag dient te worden beantwoord met inachtneming van de aard van het product en de markt waarvoor het is bestemd. Het Amsterdamse hof heeft deze maatstaven inderdaad toegepast en het vaststaande feit in aanmerking genomen dat hier sprake is van luxe schoonheidsproducten. Daaruit heeft het afgeleid dat aan de presentatie van deze producten hoge eisen mogen worden gesteld. Daarmee ligt het op één lijn met r.o. 33 van het arrest van het Europees hof in de Ballantine-zaak. Ook de A-G Jacobs had in zijn conclusie voor de ompakkingsarresten (onder 117) trouwens al opgemerkt: ‘Aangezien de functie van het merk deels is, de merkhouders in staat te stellen zijn commerciële reputatie te beschermen, kan men niet stellen dat nooit een beroep op het merk kan worden gedaan om de verdere verhandeling van een product wegens zijn slordige uiterlijk te verhinderen. Het is duidelijk, dat de reputatie van het merk te lijden kan hebben indien het wordt gebruikt voor producten die slecht worden gepresenteerd. Het belang van de presentatie kan verschillen naargelang het soort product. Voor

luxeproducten als parfum en sieraden zal een aantrekkelijke presentatie belangrijker zijn dan voor meer functionele producten als geneesmiddelen.

Ook hier is het de nationale rechter die moet beslissen, of gelet op de feiten het uiterlijk van de opnieuw verpakte producten de reputatie van het merk kan schaden.'

2.23 Ten overvloede vermeld ik dat ook nationaal al steun voor deze opvatting bestond: (25) 'O.i. levert elke vorm van krassen of openbreken van cellofaan e.d. voor merkhouder een gegronde reden op om op te treden, bijv. in het geval van producten die een luxe imago hebben, zoals parfums, lederwaren of dranken zoals champagne, en waarvan vooral de verpakking voor uitstraling van dit imago zorgdraagt.' 2.24 In de schriftelijke toelichting van Lancôme c.s. wordt voorts nog een beroep gedaan op de conclusie van A-G Jacobs inzake Dior/Evora. (26) In die zaak ging het niet om opnieuw verpakken, maar om het gebruik van een merk voor reclamedoelinden. Ter beoordeling van de vraag of de merkgerechtigde zich daartegen met succes kan verzetten is eveneens beslissend of deze reclame schade kan toebrengen aan de reputatie van het merk of de merkhouder. Jacobs concludeerde o.m. dat in het geval van luxeartikelen zoals parfums, deze schade kan bestaan in afbreuk aan het luxueuze imago van de waren. Voorzoveel nog nodig kan dit eveneens (zijdelingse) steun bieden aan het door het Amsterdamse hof gegeven oordeel. 2.25 De slotsom van dit alles is dat het door subonderdeel 2.12 bestreden oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk is gemotiveerd. In zoverre moet dit subonderdeel dus falen.

2.26 In de tweede plaats betoogt het subonderdeel dat het enkele feit dat het opnieuw aangebrachte cellofaan minder strak om het doosje zit dan het oorspronkelijk aanwezige cellofaan, in samenhang met het overplakken c.q. verwijderen van de klantnummers, de conclusie niet kan rechtvaardigen dat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken.

2.27 Nog afgezien daarvan dat het ietwat opmerkelijk is een feit dat in samenhang met een ander feit wordt gepresenteerd, aan te duiden als 'het enkele feit', moet worden gezegd dat het hier gaat om een aan het hof voorbehouden waardering die niet onbegrijpelijk is en voor het overige zozeer is verweven met oordelen van feitelijke aard, dat het in cassatie niet kan worden getoetst.

2.28 In subonderdeel 2.13 wordt erover geklaagd dat het hof een vergelijking heeft gemaakt tussen een aantal originele en een aantal opnieuw verpakte producten. Het hof heeft derhalve een relatief oordeel gegeven in plaats van een absoluut oordeel.

2.29 Zoals blijkt uit het onder 2.15(f) van deze conclusie gegeven citaat heeft het HvJEG in de ompakkingsarresten als regel gegeven dat de verpakking niet defect, van slechte kwaliteit of slordig mag zijn. Men mag dat een 'absolute' regel noemen, als men zich maar realiseert dat het oordeel dat iets 'slordig' is (enz.) noodzakelijkerwijs een referentiekader en daarmee een vergelijking impliceert. Daarom is etiket-

tenplakkerij in dit geval (zoals trouwens meestal) een nogal steriele bezigheid.

2.30 In de onderhavige zaak heeft het Amsterdamse hof op grond van eigen, ter terechtzitting gedane waarneming geoordeeld — anders dan de president — dat door het opnieuw verpakken wel degelijk de aantrekkelijkheid van de producten is aangetast. Vervolgens is het college in vergelijking met de originele producten tot de conclusie gekomen dat de visuele indruk daarvan zodanig minder is, dat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken. Gezien het onder 2.29 opgemerkte impliceert dit oordeel m.i. dat de producten in hun gewijzigde verpakking een slordige en rommelige indruk maken. Zo gelezen, mist het subonderdeel feitelijke grondslag.

Leest men dit oordeel niet in het arrest in, dan blijft het resultaat toch hetzelfde — namelijk dat het subonderdeel faalt — omdat de desbetreffende overweging op voormelde grond geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

2.31 In subonderdeel 2.14 wordt er over geklaagd dat het hof in zijn beoordeling niet heeft betrokken het feit dat de 'noodzaak' om tot herverpakking over te gaan rechtstreeks is terug te voeren op een maatregel van Lancôme c.s. die specifiek en uitsluitend is gericht op het tegengaan van parallelimporten waartegen Lancôme c.s. zich op grond van de uitputtingsregel niet kunnen verzetten. 2.32 Kruidvat en Trade Max missen belang bij deze klacht omdat in dit geding moet worden aangenomen dat niet is voldaan aan de voorwaarde voor rechtens aanvaardbaar opnieuw verpakken dat geen afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van het merk en de merkhouder. Deze voorwaarde geldt cumulatief naast onder meer de door het subonderdeel bedoelde eis dat het opnieuw verpakken ertoe moet strekken om parallelimport mogelijk te maken (onderscheidenlijk daartegen gerichte maatregelen te neutraliseren). Daarom doet het er niet toe of dit laatste het geval is. Ook dit subonderdeel faalt dus, en daarmee het gehele tweede onderdeel.

Onderdeel 3

2.33 Met het derde onderdeel wordt aangevoerd dat het door het hof opgelegde verbod te ruim is nu het ook rechtmatige handelingen verbiedt. Het verbod wordt bovendien te vaag geacht en/of niet controleerbaar en duidelijk bepaald. Voorts houdt het een onvoldoende afbakening in van hetgeen al dan niet onder het verbod begrepen kan worden geacht nu niet duidelijk blijkt wanneer naar 's hofs oordeel opnieuw verpakte producten een zodanig mindere visuele indruk geven dat afbreuk wordt gedaan aan de goede faam van de merken.

2.34 Het hof heeft — in overeenstemming met het gevorderde (27) — Kruidvat en Trade Max verboden 'van de verpakkingen van de Lancôme en/of Cacharel producten het cellofaan en/of de klantnummers te verwijderen of te beschadigen en/of daartoe aan derden opdracht te verlenen, althans zodanig opnieuw verpakte producten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben.'

2.35 De klacht stelt in de kern de vraag aan de orde naar welke maatstaven een rechterlijke beslissing moet worden uitgelegd en meer in het bijzonder de deelvraag, welke de verhouding is tussen het dictum en de rechtsoverwegingen waarop het berust. 2.36 Wat betreft de hoofdvraag (uitleg van het rechterlijk vonnis) zijn in de literatuur twee stromingen te onderkennen. (28) In de subjectieve opvatting gaat het erom de bedoeling vast te stellen (te reconstrueren) van de rechter die de beslissing gaf. (29) De objectieve tegenhanger leert echter dat het erom gaat ‘wat partijen (30) in redelijkheid als bedoeling van de rechter mochten aannemen. (...) Niet dus de interne bedoeling van de rechter is beslissend, maar datgene wat partijen als bedoeling van de rechter mochten opvatten.’ (31)

2.37 Om de volgende redenen schijnt het mij toe dat deze laatste opvatting de voorkeur verdient boven de eerste. (i) De objectieve opvatting past het best bij de wils-vertrouwensleer van titel 3.2 BW, die krachtens art. 3:59 BW ook buiten het vermogensrecht van overeenkomstige toepassing is voorzover de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. (32) (ii) De bedoeling van de vonniswijzende rechter is voor partijen niet anders kenbaar dan uit dat vonnis zelf. Over die bedoeling zal men slechts nader worden geïnformeerd als een tussen partijen betwiste overweging onderdeel uitmaakt van een tussenvonnis dat in een volgend vonnis door de rechter wordt uitgewerkt. Is van een eindvonnis sprake, dan moet men die steun missen. Hetzelfde geldt als van het tussenvonnis direkt wordt geappelleerd. Ook op pragmatische gronden is de subjectieve opvatting daarom weinig aantrekkelijk. Al dan niet onder het mom de bedoeling van de rechter vast te stellen, (33) hebben de appel- en cassatierechter in dergelijke gevallen geen andere keus dan de objectieve leer toe te passen.

2.38 Welke opvatting de Hoge Raad aanhangt, is niet geheel duidelijk. Het uit 1989 daterende standaardwerk Veegens/Korthals Altes/Groen (34) meent — in overeenstemming met de tot dan toe verschenen jurisprudentie — dat de Hoge Raad de subjectieve opvatting aanhangt. Kort na het verschijnen daarvan heeft de Hoge Raad echter in een tweetal niet geannoteerde arresten (35) de objectieve methode gehanteerd: hij overwoog dat een bepaalde passage ‘door partijen redelijkerwijs niet anders kon worden begrepen dan (...) en ook door het hof zelf is verstaan als (...)’

Dit neemt niet weg dat de Raad ook nadien in reeksen arresten met wendingen heeft gewerkt als: ‘Dat aan de rechtbank (...) voor ogen moet hebben gestaan (...)’; (36) ‘De gedachtengang die het hof tot zijn bestreden oordeel heeft geleid, is kennelijk deze geweest (...)’; (37) enz. Opvallend is dat soms zelfs in één en hetzelfde arrest subjectieve en objectieve wendingen voorkomen, (38) zodat de indruk ontstaat dat daarbij onvoldoende wordt stilgestaan.

2.39 Tegen deze achtergrond komt de deelvraag aan de orde van de verhouding tussen dictum en de rechtsoverwegingen waarop het berust. Het onderdeel berust blijkbaar op de gedachte dat het dictum geïsoleerd van de daaraan voorafgaande overwegingen mag worden

gelezen. Zou dat anders zijn, dan maakte het onderdeel immers geen kans van slagen omdat het hof in r.o. 4.7 aangeeft (in het kader van de ‘ompakkings-criteria’) dat het opnieuw aangebrachte cellofaan minder glad en strak om de doosjes zit dan bij de originele verpakking het geval is; dat het geheel een slordiger en rommeliger indruk maakt en dat deze indruk wordt verhoogd door het overplakken, c.q. verwijderen van de klantnummers. In dit licht kan het dictum door partijen redelijkerwijs niet anders worden begrepen — zoals het blijkbaar ook door het hof zelf is verstaan — dan als een verbod opnieuw verpakte producten te verkopen (enz.) voorzover zij voormelde indruk maken.

2.40 De vraag is dus of die achtergrond mag worden meegewogen bij de uitleg van het dictum (anders gezegd: of het dictum moet worden uitgelegd in het licht van het declaratief). En die vraag leidt naar de constatering dat de advocatuur soms een moeilijk vak is. De steller van het onderdeel heeft immers in zijn dissertatie uiteengezet dat en waarom deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord. (39) Twee citaten: ‘Men is het er tegenwoordig over eens dat de vraag wat bij het vonnis is beslist alleen kan worden beoordeeld na kennisneming van de gehele inhoud. (40) (...) ‘Men ziet het: de vraag wat de rechter heeft verboden kan pas worden beantwoord na van het vonnis in zijn geheel te hebben kennisgenomen.’ (41)

2.41 Van Nispen baseert zijn opvatting blijkbaar op Veegens, naar wie hij verwijst. (42) Laatstgenoemde, (43) die spreekt over ‘Het enkele, trouwens vaak op zichzelf onverstaanbare dictum’, zet in het kader van zijn onderwerp, het gezag van gewijsde, uiteen dat dit gezag toekomt ‘aan alle beslissingen die noodzakelijk zijn ter bepaling van de concrete rechtsverhouding van partijen en de eindbeslissing dragen. Het is onverschillig of zij zijn neergelegd in het dictum, dan wel enkel deel uitmaken van de gronden (...)’ (44)

2.42 Mét Van Nispen in zijn dissertatie meen ook ik dat deze opvatting juist is en algemeen geldt voor de uitleg van rechterlijke beslissingen. Zij moet op haar beurt weer worden gezien tegen de achtergrond van de analyse van deze problematiek in Land/Eggens. (45) Eveneens in het kader van het gezag van gewijsde bestrijdt Eggens de opvatting van Anema, volgens wie dictum en declaratief van elkaar gescheiden kunnen worden gedacht, ‘in plaats van het declaratief te begrijpen als de bepaling der rechtsbetrekking en het dictum als de nadere bepaling dier rechtsbetrekking in haar meest pregnante vorm: als bevel aan de gedaagde om te voldoen aan de verbintenis (...) welke de in het declaratief bepaalde rechtsbetrekking inhoudt: (...) het dictum is het declaratief in executabele vorm.’

2.43 Concluderend meen ik dat elke rechterlijke uitspraak naar redelijkheid dient te worden uitgelegd tegen de achtergrond van de door partijen gewisselde processtukken, mede gelet op de systematiek van dat vonnis of die beschikking en de daaraan eventueel al voorafgegane uitspraken in dezelfde of een eerdere instantie alsmede gezien hetgeen dienaangaande naar ervaringsregels gebruikelijk is.

2.44 Hierop stuiten m.i. alle klachten af die in het onderdeel naar voren worden gebracht. Gelezen in samenhang met het declaratief, verbiedt het dictum geen rechtmatige handelingen. Het verbod is niet te vaag, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat in de feitelijke instanties geen specifiek verweer tegen de formulering van het petitum is gevoerd, waarop het dictum is geënt. Het verbod is ten slotte voldoende afgebakend; voorzover daarover tussen partijen in de toekomst onenigheid ontstaat, zal een executiegeschil uitsluitend moeten bieden.

3. Conclusie

Het middel is in al zijn onderdelen ongegrond. Daarom strekt de conclusie tot verwerping van het beroep, met veroordeling van Kruidvat en Trade Max in de op de cassatie gevallen proceskosten.

-
- (1) Naar ik aanneem moet dit worden gelezen als: met ingang van de datum, gelegen vijf dagen na betekening van (... enz.).
 - (2) Een soortgelijke betoog is te vinden in de memorie van antwoord van Trade Max sub 12.
 - (3) Pleitnota mr Vermeulen nr. 4.
 - (4) Pleitnota mr Van der Wal nrs. 1 t/m 3.
 - (5) Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie (1989), nr. 105; *Vademecum Burgerlijk Procesrecht Alg. Deel/Deel 1* (Van Nispen) nr. 46.1.8 en de daar geciteerde rechtspraak; Schenk/Blaauw, *Het kort geding* (1996), p. 6.
 - (6) HR 26 juni 1981, NJ 1983, 612.
 - (7) Zie hierover ook Bruning, *Ars Aequi* (1996), blz. 94 e.v.
 - (8) Arrest van 21 maart 1956, NJ 1956, 581.
 - (9) Meijers/Vermeulen, *Kort geding* (1967), blz. 102; *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Algemeen Deel, Deel 1* (Van Nispen), t.a.p.
 - (10) Evenzo de A-G Ten Kate in zijn c.o.m. (nrs. 21 en 26) voor het ook hierna te noemen arrest HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84.
 - (11) *Civielrecht: praktijk en toekomst* (1997), samenvattende slotparagraaf blz. 158-159.
 - (12) Hierop wordt sterk de nadruk gelegd door H.J. Sniijders, *Troubles en doubles, Intreerede Rotterdam* (1985), blz. 19-21.
 - (13) HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505.
 - (14) HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84.
 - (15) HvJEG 11 juli 1996, Gevoegde zaken C-427/93, C-429/93 en C-436/93 (Paranova); HvJEG 11 juli 1996, Gevoegde zaken C-71/94, C-72/94 en C-73/94 (Eurim-Pharm); HvJEG 11 juli 1996, C-232/94 (MPA Pharma).
 - (16) Met name in de nrs. 37-48 en 59-99.
 - (17) HvJEG 31 oktober 1974, NJ 1975, 58 (Centrafarm/Winthrop).
 - (18) HvJEG 23 mei 1978, NJ 1979, 336.
 - (19) Zie r.o. 65 Eurim-Pharm-arrest.
 - (20) Bij arrest van 11 november 1997, rolnummer C-349/95. Dit arrest is ten tijde van het schrijven van deze conclusie alleen nog in het Frans beschikbaar, zodat de vertaling voor mijn rekening komt.

- (21) HR 3 november 1995, RvdW 1995, 226C.
- (22) Onder 31 en 32 van zijn conclusie.
- (23) Conclusie nr. 33.
- (24) *Gev. Zaken 28-30/62*, Jur. 1963, 63. Zie daarover Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen: na Maastricht*, 1995, blz. 314.
- (25) Gielen/Wichers Hoeth, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* (1993), blz. 179.
- (26) Zaak C-337/95, niet gepubliceerd.
- (27) Zie laatste zin van r.o. 4.9.
- (28) Zie hierover mijn conclusie in de zaak Kandel/Koolhaas Verzekeringen (rolnummer 16.428), waarvan het navolgende een enigszins aangepaste samenvatting is.
- (29) Aldus ten aanzien van een deelvraag, nl. naar het onderscheid eindbeslissing/voorlopige beslissing, — HR 18 december 1942, NJ 1943, 40 ('dat de vraag of zodanige beslissing aanwezig is, niet bepaald wordt door de juridieke inhoud der beslissing, doch uitsluitend door de bedoeling van de rechter, die de beslissing gaf') en — HR 5 maart 1948, NJ 1948, 180 ('dat (...) de vraag of zodanige beslissing aanwezig is uitsluitend wordt bepaald door de bedoeling van de rechter, die de beslissing gaf').
- Evenzo losbladig *Burgerlijke Rechtsvordering* (Wedeven), aant. 4 op art. 337.
- (30) Curs. ook in het origineel.
- (31) H.E. Ras, *Het tussenvonnissen in het burgerlijk procesrecht*, diss. Amsterdam (1966), blz. 163.
- (32) De MvA II op deze bepaling (*Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 251) leert o.m. dat 'overeenkomstige toepassing op bv. procesrechtelijke rechtshandelingen niet zonder meer uit(gesloten is)'.
(33) Het is m.i. juist om deze reden: dat men het één (de subjectieve methode) zegt te doen maar het ander toepast, dat Wedeven (*Losbladig Burgerlijke Rechtsvordering*, aant. 6 op art. 337) spreekt van 'veelal moeizame arbeid van interpretatie van het vonnis', daarbij Scheltema aanhalend (t.a.p. noot 6) die dit 'de grootste moeilijkheid van het hele stelsel' acht.
- (34) Nr. 158.
- (35) HR 23 juni 1989, NJ 1990, 381 en HR 25 september 1992, NJ 1992, 752.
- (36) HR 8 augustus 1997, RvdW 1997, 158 (NJ 1998, 5; red.), r.o. 3.2, voorlaatste alinea.
- (37) HR 5 september 1997, RvdW 1997, 161 (NJ 1998, 63; red.), r.o. 3.4, 3e alinea: r.o. 3.5, laatste alinea.
- (38) In het arrest, vermeld in de vorige noot, wordt in r.o. 3.4, 3e alinea, met de wending gewerkt dat 's hofs gedachtengang op een bepaalde wijze moet worden begrepen: de objectieve opvatting dus.
- (39) Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, diss. Leiden (1978), blz. 407-416.
- (40) A.w. blz. 413.
- (41) A.w. blz. 416.
- (42) In voetnoot 51 op blz. 413.
- (43) Het gezag van gewijsde (1972).
- (44) A.w. blz. 33.

(45) Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Zesde deel, tweede druk (1933), blz. 213-218.