

Hoge Raad, 14 april 2000, HBS Trading v Danestyle

Danestyle Easy Traveller



AUTEURSRECHT - PROCESRECHT

Artikel 27a(1) Aw – Onbeperkte cumulatieve schadevergoeding en winstafdracht past niet binnen het stelsel van het vermogensrecht

Het Hof heeft geoordeeld dat, indien degene op wiens auteursrecht inbreuk is gemaakt op de voet van art. 27a Auteurswet naast schadevergoeding ook winstafdracht vordert, deze beide vorderingen zonder beperking cumulatief toewijsbaar zijn. Dat oordeel berust op een onjuiste uitleg van art. 27a Auteurswet. Wanneer behalve vergoeding van schade, bestaande uit gedeelde licentievergoedingen, tevens afdracht van winst wordt gevorderd, brengt een redelijke, binnen het algemene stelsel van het vermogensrecht passende, uitleg van die bepaling mee dat niet meer dan een bedrag gelijk aan het grootste van die beide bedragen kan worden toegewezen. Dit laat overigens onverlet dat schade van andere aard, niet bestaande uit gedeelde winst met betrekking tot de verkochte inbreukmakende producten, wel toewijsbaar kan zijn naast het bedrag van de tengevolge van de inbreuk genoten winst.

Terughoudendheid bij voorschot schadevergoeding in kort geding – zelfstandig spoedeisend belang bij betaling vereist

Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 22 januari 1982, nr. 11871, NJ 1982, 505, heeft overwogen, is met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats, en moeten dienaangaande naar behoren feiten en omstandigheden worden aangegeven die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is. Deze verzwaring van de motiveringseisen is opnieuw tot uitdrukking gebracht in HR 19 februari 1993, nr. 8112, NJ 1995, 704. Aan die eisen heeft het Hof niet voldaan, nu uit de enkele omstandigheid dat een spoedeisend belang bij het gevraagde inbreukverbod bestaat, niet volgt dat een zodanig belang ook bestaat bij toewijzing van een geldsom als voorschot op een ter zake van reeds gepleegde inbreuken verschuldigde schadevergoeding.

Schadeplichtigheid - Inbreuk verwijtbaar in geval van in openbaar register ingeschreven IE-recht en niet raadplegen register

Zowel in de (lagere) rechtspraak als in de literatuur wordt doorgaans de verwijtbaarheid aangenomen wanneer het intellectuele eigendomsrecht staat ingeschreven in openbare registers en de inbreukmaker heeft nagelaten dit te raadplegen. Met deze opvatting strookt art. 14 lid 2 BTMW, waarin is bepaald dat schadevergoeding niet is verschuldigd voor inbreukmakende handelingen die zijn gepleegd voor de publicatie van het depot. Omgekeerd moet dan worden aangenomen dat de inbreukmaker in beginsel schadelijkt is indien de inbreuk wordt gepleegd na de publicatie van het depot

Vindplaatsen: LJN: [AA5519](#); NJ 2000, 489, m.nt Verkade; IER 2000, nr. 52, p. 128; AMI 2000, m.nt. Deurvorst

Hoge Raad, 14 april 2000

(Roelvink, Heemskerk, Herrmann, Van der Putt-Lauwers en Fleers).

Nr. C98/270HR

Arrest

in de zaak van:

1. H.B.S. TRADING B.V.,
gevestigd te Schagen,
2. SPENDAX B.V., gevestigd te Rotterdam,

EISERESSEN tot cassatie,
advocaat: mr E. van Staden ten Brink,

t e g e n

de vennootschap naar Deens recht DANESTYLE LEISURE ACCESSORIES A/S,

gevestigd te Rodovre, Denemarken,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr H.A. Groen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: Danestyle - heeft bij exploiten van 22 en 23 september 1997 eiseressen tot cassatie - verder te noemen: HBS en Spendax of HBS c.s. - in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Alkmaar en gevorderd bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet, hoger beroep of borgtocht:

Ia. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk te gebieden om onmiddellijk na betekening van het te dezen te wijzen vonnis in de Benelux elke inbreuk op Danestyle's in het lichaam van de dagvaarding omschreven model- en auteursrechten, respectievelijk hun in het lichaam van de dagvaarding omschreven onrechtmatige daad, te staken en gestaakt te houden;

Ib. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk te veroordelen tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f. 1.000,-- voor elke overtreding van het sub Ia gevorderde verbod door HBS c.s., waarbij elke hoofdsteen, die te koop wordt aangeboden, verkocht geleverd, of anderszins ter beschikking van derden wordt gesteld, of voor een dergelijk doel in voorraad wordt gehouden, zal gelden als een afzonderlijke overtreding;

IIa. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk te gebieden om binnen zeven dagen na betekening van het te

dezen te wijzen vonnis aan Danestyle's raadsman te verstrekken een door een registeraccountant gecontroleerde lijst, subsidiair een lijst, waarop vermeld staan de gekochte hoeveelheden van de in het lichaam van deze dagvaarding omschreven inbreukmakende waar, de leverancier ervan, de data waarop en de prijs waartegen deze waar gekocht is, zomede al het andere dat HBS c.s. omtrent de toeleveringskanalen bekend is, de afnemers ervan, het aantal ervan dat HBS c.s. hebben afgezet, de prijs waartegen HBS c.s. hebben afgezet, en de grootte van hun voorraad van de litigieuze waar, zomede kopie'n van alle inkoopfacturen;

Iib. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk te gebieden om binnen zeven dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis alle exemplaren van de in het lichaam van deze dagvaarding omschreven inbreukmakende waar die zich ten tijde van het betekenen van dit vonnis nog onder hun afnemers bevinden terug te kopen of anderszins terug te halen, onder aanbieding aan die afnemers de publieksverkoopprijs, subsidiair de koopprijs vermeerderd met kosten, meer subsidiair de koopprijs, te vergoeden;

Iic. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk te gebieden om binnen veertien dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan Danestyle's raadsman te verstrekken een door een registeraccountant gecontroleerde lijst, subsidiair een lijst, waarop vermeld staan de hoeveelheden van de krachtens het onder Iib omschreven gebod teruggekochte en/of teruggehaalde exemplaren van het in het lichaam van deze dagvaarding omschreven inbreukmakende waar;

Iid. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk te gebieden om binnen veertien dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis alle exemplaren van de inbreukmakende waar die HBS c.s. blijkens de sub IIa en/of Iic omschreven lijst onder zich hebben ten overstaan van een deurwaarder te vernietigen en binnen twee dagen na die vernietiging het proces-verbaal daarvan aan Danestyle's raadsman ter hand te stellen;

Iie. HBS c.s. ieder te veroordelen tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f. 5.000,- voor elke dag dat HBS c.s. in gebreke blijven aan de sub IIa en/of Iib en/of Iic en/of Iid omschreven geboden, of een deel daarvan, te voldoen, waarbij een gedeelte van een dag voor een gehele zal gelden;

III. HBS hoofdelijk te veroordelen tot betaling aan Danestyle van een voorschot op schadevergoeding van f. 50.000,-, althans van een zodanig bedrag als de President in goede justitie zal vermenen te behoren.

HBS c.s. hebben de vorderingen bestreden.

De President heeft bij vonnis van 23 oktober 1997:

1. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk geboden om onmiddellijk na betekening van dit vonnis in Nederland elke inbreuk op Danestyle's in de dagvaarding nader omschreven model- en auteursrechten te staken en gestaakt te houden;

2. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk veroordeeld tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f. 1.000,- voor elke overtreding van het sub 1 gevorderde gebod door HBS c.s., waarbij elke hoofdsteen, die te koop wordt aangeboden, verkocht,

geleverd, of anderszins ter beschikking van derden wordt gesteld of voor een dergelijk doel in voorraad wordt gehouden, zal gelden als een afzonderlijke overtreding;

3. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk geboden om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis aan Danestyle's raadsman te verstrekken een lijst, waarop vermeld staan de gekochte hoeveelheden van de inbreukmakende waar, de data waarop en de prijs waartegen deze waar gekocht is, zomede al het andere dat HBS c.s. omtrent de toeleveringskanalen bekend is, de afnemers ervan, het aantal ervan dat HBS c.s. hebben afgezet, de prijs waartegen HBS c.s. hebben afgezet, en de grootte van hun voorraad van de litigieuze waar, zomede kopie'n van alle inkoopfacturen;

4. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk geboden om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis alle exemplaren van de inbreukmakende waar die HBS c.s. blijkens de sub 3 omschreven lijst onder zich hebben ten overstaan van een deurwaarder te vernietigen en binnen twee dagen na die vernietiging het proces-verbaal daarvan aan Danestyle's raadsman ter hand te stellen;

5. HBS c.s. veroordeeld tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f. 1.000,- voor elke dag dat zij in gebreke blijven aan de sub 3 en/of sub 4 omschreven geboden, of een deel daarvan, te voldoen, waarbij een gedeelte van een dag voor een hele zal gelden, met een maximum tot f. 60.000,-;

6. HBS c.s. in de kosten van het geding veroordeeld;

7. dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;

8. het meer of anders gevorderde geweigerd.

Tegen dit vonnis heeft Danestyle hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 11 juni 1998 heeft het Hof de beslissingen onder 1 en 8 van het bestreden vonnis vernietigd en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

1. HBS c.s. gezamenlijk en elk afzonderlijk geboden om onmiddellijk na betekening van dit arrest in de Benelux elke inbreuk op Danestyle's in de inleidende dagvaarding nader omschreven model- en auteursrechten te staken en gestaakt te houden;

2. HBS c.s. hoofdelijk veroordeeld om aan Danestyle een voorschot op de aan haar verschuldigde schadevergoeding te betalen van f. 50.000,-;

3. dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;

4. het in hoger beroep meer of anders gevorderde afgewezen;

5. het vonnis waarvan beroep, voor zover aan zijn oordeel onderworpen, voor al het overige bekrachtigd;

6. de kosten van het hoger beroep gecompenseerd.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof hebben HBS c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Danestyle heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De **conclusie** van de Advocaat-Generaal Bakels strekt tot vernietiging van het bestreden arrest, met verwijzing van de zaak naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage en met veroordeling van Danestyle in de proceskosten.

3. Beoordeling van het middel

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

Danestyle is rechthebbende op het model van een opblaasbare hoofdsteun, welk model in 1985 bij het Benelux-Bureau voor Tekeningen of Modellen is gedeponeerd en ingeschreven onder nummer 13674-00. De inschrijving is in oktober 1985 gepubliceerd.

HBS en Spendax hebben zonder licentie gelijksoortige hoofdsteunen, afkomstig uit Hong Kong, op de Nederlandse markt gebracht.

HBS en Spendax hebben na sommatie erkend dat deze hoofdsteunen inbreuk maken op het model- en auteursrecht van Danestyle. Zij hebben terstond de verkoop ervan gestaakt, aan Danestyle opgegeven bij wie zij de hoofdsteunen hadden betrokken, en daarbij een lijst van hun afnemers overgelegd.

Danestyle heeft daarmee geen genoegen genomen. In het onderhavige kort geding heeft zij een verbod van verdere inbreukmakende handelingen gevorderd, met een aantal nevenvorderingen, en voorts gevorderd dat HBS en Spendax worden veroordeeld tot betaling van een voorschot van f. 50.000,- op de aan Danestyle verschuldigde schadevergoeding.

De President heeft eerstbedoelde vordering toegewezen, daarbij het verbod echter beperkende tot Nederland. Ook heeft hij de meeste nevenvorderingen, met zekere beperkingen, toegewezen. Hij heeft de gevraagde veroordeling tot betaling van een voorschot evenwel geweigerd.

Het Hof heeft het inbreukverbod uitgebreid tot het gehele Beneluxgebied en HBS en Spendax alsnog hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een voorschot van f. 50.000,- op de door hen aan Danestyle verschuldigde schadevergoeding. Tegen deze laatste beslissing richt zich het middel.

3.2 Het Hof heeft met betrekking tot de vijfde appellatie van Danestyle, die opkwam tegen de weigering van de President om HBS en Spendax tot betaling van een voorschot te veroordelen, in rov. 4.12 van zijn arrest het volgende overwogen:

H.B.S. c.s. betwisten, ten eerste, dat Danestyle een spoedeisend belang bij dit onderdeel van haar vordering heeft. Het - niet betwiste - dringend en spoedeisend belang van Danestyle bij haar vordering tot, kort gezegd, staking van het inbreukmakend handelen van H.B.S. c.s. is echter genoegzaam voor de ontvankelijkheid van (ook) deze vordering."

Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het Hof aldus heeft miskend dat vorderingen tot betaling van een geldsom in kort geding terughoudend dienen te worden benaderd en dat, ingeval in kort geding zowel maatregelen tot staking van inbreukmakend handelen als een voorschot op vergoeding van de te dier zake geleden schade worden gevorderd, ten aanzien van beide vorderingen moet worden getoetst of zich het vereiste spoedeisend belang voordoet. In elk geval, aldus het onderdeel, mag de kort-gedingrechter zich van die toet-

sing niet onthouden op de enkele grond dat het spoedeisend belang bij de vordering tot staken van de inbreukmakende handeling vaststaat.

De klacht is gegrond. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 22 januari 1982, nr. 11871, NJ 1982, 505, heeft overwogen, is met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats, en moeten dienaangaande naar behoren feiten en omstandigheden worden aangewezen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is. Deze verzwaring van de motiveringseisen is opnieuw tot uitdrukking gebracht in HR 19 februari 1993, nr. 8112, NJ 1995, 704. Aan die eisen heeft het Hof niet voldaan, nu uit de enkele omstandigheid dat een spoedeisend belang bij het gevraagde inbreukverbod bestaat, niet volgt dat een zodanig belang ook bestaat bij toewijzing van een geldsom als voorschot op een ter zake van reeds gepleegde inbreuken verschuldigde schadevergoeding.

3.3.1 Het Hof heeft in zijn rov. 4.13 tot en met 4.21 onderzocht of voldoende waarschijnlijk is dat de bodemrechter een schadevergoeding tot, in ieder geval, het bedrag van het gevorderde voorschot zal toewijzen. Onderdeel 2 richt een aantal klachten tegen de wijze waarop het Hof dit onderzoek heeft verricht.

3.3.2 Subonderdeel 2.2 (subonderdeel 2.1 bevat slechts een inleiding) klaagt over 's Hofs oordeel (rov. 4.14) dat HBS en Spendax tevergeefs betwisten dat hun een verwijt kan worden gemaakt van de eventuele door Danestyle geleden schade, aangezien de inbreukmakende handelingen geruime tijd na de publicatie van het depot hebben plaatsgevonden. De klacht faalt op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal Bakels onder **2.16 - 2.18**.

3.3.3 De subonderdelen 2.3 en 2.4 keren zich tevergeefs tegen de rov. 4.15 en 4.16 van het bestreden arrest. Deze overwegingen zijn kennelijk ten overvloede gegeven, nu 's Hofs oordeel dat aan HBS en Spendax een verwijt kan worden gemaakt, wordt gedragen door het in zijn rov. 4.14 overwogene.

3.3.4 Het Hof heeft in zijn rov. 4.18 overwogen dat Danestyle gemotiveerd heeft aangevoerd dat de door haar gederfde licentievergoeding f. 2,50 per exemplaar bedraagt en dat de door HBS en Spendax op de naam- hoofdsteuntjes gemaakte winst in ieder geval f. 1,10 per verkocht exemplaar moet hebben bedragen.

Onderdeel 2.5.1 wijst erop dat die stellingen pas bij pleidooi in hoger beroep zijn aangevoerd, en klaagt dat het Hof heeft miskend dat van een procespartij moeilijk kan worden verlangd gemotiveerd te reageren op hetgeen zij aldus en detail voor het eerst hoort. De klacht faalt reeds omdat uit de gedingstukken niet blijkt dat HBS en Spendax bezwaar hebben gemaakt tegen het aanvoeren van de bedoelde feiten.

3.3.5 Subonderdeel 2.5.2 strekt ten betoge dat de uit 's Hofs rov. 4.18 blijkende gedachtegang ontoereikend is voor een voorlopige schadebegroting: bij de door het Hof gekozen uitgangspunten zouden HBS en Spendax immers niet f. 1,10 winst hebben gemaakt als zij f. 2,50 licentievergoeding hadden moeten betalen. Bovendien,

aldus dit betoog, is de door Danestyle gewenste cumulatie van winstafracht en schadevergoeding niet zo vanzelfsprekend dat daarop in kort geding vooruitgelopen kan worden, en had het Hof nader moeten motiveren dat en waarom het ook op een vordering tot winstafracht vooruit wilde lopen.

Bij de beoordeling van dit betoog moet in aanmerking worden genomen dat het Hof blijkens zijn rov. 4.17 de vordering van Danestyle, die zich beroept op art. 27a lid 1 van de Auteurswet, aldus heeft begrepen dat deze strekt tot vergoeding van schade bestaande uit gedeerde licentievergoedingen, verlies op een gemiste order en verschillende in verband met de inbreuken door Danestyle gemaakte kosten, alsmede tot afdracht van de door HBS en Spendax tengevolge van de inbreuk gemaakte winst. De in 's Hofs rov. 4.18 vermelde bedragen hebben betrekking op de gedeerde licentievergoedingen en de gemaakte winst; in zijn rov. 4.19 heeft het Hof voorts vastgesteld dat HBS en Spendax 18.816 exemplaren hebben (ingevoerd en) verkocht. Aan deze gegevens heeft het Hof in rov. 4.19 de slotsom verbonden dat de schade van Danestyle in ieder geval in de orde van f. 65.000,-- zal liggen". Kennelijk is het Hof dus ervan uitgegaan dat de bodemrechter in ieder geval ter zake van elk der 18.816 verkochte namaakproducten een bedrag van f. 2,50 aan gedeerde licentievergoeding plus een bedrag van f. 1,10 aan af te dragen winst zal toewijzen. Het Hof heeft derhalve geoordeeld dat, indien degene op wiens auteursrecht inbreuk is gemaakt op de voet van art. 27a Auteurswet naast schadevergoeding ook winstafracht vordert, deze beide vorderingen - zo op zichzelf op juiste wijze begroot - zonder beperking cumulatief toewijsbaar zijn. Laatstbedoeld oordeel berust op een onjuiste uitleg van het bepaalde in art. 27a Auteurswet. Indien, zoals hier, behalve vergoeding van schade bestaande in gedeerde licentievergoedingen tevens afdracht van winst wordt gevorderd, brengt een redelijke, binnen het algemene stelsel van het vermogensrecht passende, uitleg van die bepaling mee dat niet meer dan een bedrag gelijk aan het grootste van die beide bedragen kan worden toegewezen. Dit laat overigens onverlet dat schade van andere aard, niet bestaande in gedeerde winst met betrekking tot de verkochte inbreukmakende producten, wel toewijsbaar kan zijn naast het bedrag van de tengevolge van de inbreuk genoten winst.

Het subonderdeel is derhalve gegrond voor zover het erover klaagt dat het Hof ten onrechte de door Danestyle gewenste cumulatie van winstafracht en schadevergoeding vanzelfsprekend heeft geacht.

3.3.6 Subonderdeel 2.6 faalt omdat het miskent dat het Hof in dit kort geding vrij was de bewijslast ten aanzien van het in het subonderdeel bedoelde verweer op HBS en Spendax te leggen, nu het voorshands had aangenomen dat Danestyle als gevolg van de inbreuk schade heeft geleden.

Subonderdeel 2.7 is eveneens tevergeefs voorgesteld, nu het zich richt tegen een overweging ten overvloede.

3.3.7 Subonderdeel 2.8 treft doel voor zover het voortbouwt op subonderdeel 2.5.2, en faalt voor het overige.

3.4 Onderdeel 3 richt motiveringsklachten tegen 's Hofs oordeel (rov. 4.23) dat het restitutierisico niet groot is. De klachten falen op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal Bakels onder 2.43 - 2.45.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 11 juni 1998;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage;

veroordeelt Danestyle in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van HBS en Spendax begroot op f. 1.454,86 aan verschotten en f. 3.500,-- voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Mr Bakels

1. Feiten en procesverloop

1.1. Het gaat in deze zaak om de voorwaarden waaronder in kort geding een voorschot op schadevergoeding wegens modelinbreuk kan worden toegewezen en om de uitleg van art. 27a Aw.

1.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(a) Danestyle is rechthebbende op het model van een opblaasbare hoofdsteun, dat in 1985 is gedeponereerd bij het Benelux-Bureau voor Tekeningen of Modellen. Deze inschrijving is in oktober 1985 gepubliceerd.

(b) HBS en Spendax (HBS c.s.) hebben zonder licentie soortgelijke kussens op de Nederlandse markt gebracht en verhandeld, nadat zij deze uit Hong Kong in Nederland hadden geïmporteerd. Danestyle heeft hen daarop schriftelijk gesommeerd, dit achterwege te laten.

(c) HBS c.s. hebben de rechten van Danestyle terzake van de hoofdsteunen erkend en de verkoop daarvan direct gestaakt. Zij waren echter niet bereid te voldoen aan de overige eisen van Danestyle.

1.3. Tegen deze achtergrond heeft Danestyle bij de president van de Rechtbank te Alkmaar dit kort geding tegen HBS c.s. aangespannen. Daarin vorderde zij op de voet van art. 14 van Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (BTMW) een verbod van verdere inbreukmakende handelingen, met de in dit soort zaken gebruikelijke nevenvorderingen. Daartoe behoorde onder meer een veroordeling van HBS c.s. tot betaling van een voorschot op de door hen verschuldigde schadevergoeding van f 50 000.

1.4. De president heeft bij vonnis van 23 oktober 1997 de vordering tot voornoemd verbod en de meeste nevenvorderingen - zij het met zekere beperkingen - toegewezen. Het inbreukverbod werd beperkt tot Nederland. De vordering tot veroordeling van HBS c.s. tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding werd afgewezen.

1.5. Danestyle is tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te Amsterdam. Zij vorderde dat de in eerste aanleg geweigerde voorzieningen alsnog zouden worden getroffen. Bovendien kwam zij

op tegen de beperkingen die de president heeft verbonden aan de wél getroffen voorzieningen.

1.6. Het hof heeft bij arrest van 11 juni 1998 het bestreden vonnis gedeeltelijk vernietigd en, in zoverre opnieuw rechtdoende, het inbreukverbod alsnog uitgebreid tot de gehele Benelux. Voorts heeft het hof HBS c.s. alsnog veroordeeld tot betaling van het verlangde voorschot van f 50 000, op de aan Danestyle verschuldigde schadevergoeding.

1.7. HBS c.s. hebben tegen dit arrest tijdig cassatieberoep ingesteld. Danestyle heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Van de zijde van HBS c.s. is nog gerepliceerd, terwijl Danestyle heeft gedupliceerd.

2. Beoordeling van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel is uitsluitend gericht tegen de toewijzing van het door Danestyle gevorderde voorschot op de schadevergoeding. Het middel bestaat uit drie onderdelen, die achtereenvolgens de voorwaarden voor toewijsbaarheid van een geldsom in kort geding aan de orde stellen:

1. er moet sprake zijn van onverwijlde spoed bij een onmiddellijke voorziening;
2. het bestaan van de vordering moet voldoende aannemelijk zijn;
3. in de belangenafweging moet het risico van onmogelijkheid van terugbetaling zijn betrokken.

2.2. Onderdeel 1 is toegespitst op het spoedeisend belang. Het komt met een rechts- en motiveringsklacht op tegen rov. 4.12, waarin het hof heeft overwogen:

"HBS c.s. betwisten, ten eerste, dat Danestyle een spoedeisend belang bij dit onderdeel van haar vordering heeft. Het - niet betwiste - dringend en spoedeisend belang van Danestyle bij haar vordering tot, kort gezegd, staking van het inbreukmakend handelen van HBS c.s. is echter genoegzaam voor de ontvankelijkheid van (ook) deze vordering."

Subonderdeel 1.1 bevat slechts een inleiding.

Subonderdeel 1.2 voert aan dat als in kort geding zowel staking van inbreukmakend handelen als een voorschot op schadevergoeding wordt gevorderd, de rechter ten aanzien van beide gevraagde voorzieningen moet nagaan of aan het vereiste van onverwijlde spoed is voldaan.

Subonderdeel 1.3 voegt hieraan toe dat de kort geding-rechter zich in elk geval niet van toetsing van het spoedeisend belang bij het gevorderde voorschot mag onthouden op de enkele grond dat het spoedeisend belang bij de vordering tot staking van de inbreuk vaststaat.

2.3. Voordat ik deze klachten bespreek, stel ik aan de orde (a) de sterk door de lagere rechtspraak beïnvloede leer van de Hoge Raad, (b) de toch weer verder voortgeschreden lagere rechtspraak en een deel van de literatuur en (c) twee verschillende "shortcuts" die in de literatuur en de lagere rechtspraak worden verdedigd. Deze strekken ertoe dat een spoedeisend belang bij de gevraagde nevenvorderingen niet afzonderlijk behoeft te worden aangetoond.

2.4. Ad (a). De grenzen van het kort geding zijn in de loop van de tijd steeds verder opgerekt om in de gebreken van de bodemprocedure te voorzien. Sinds het begin van de jaren tachtig is dit met name het geval ten aanzien van geldvorderingen.

(i) Meijers achtte het nog in strijd met de aan het kort geding inherente beperking een vordering tot schadevergoeding toe te wijzen:

"Dit is meer dan een bevel, het is een vaststelling van rechten, die de rechter in kort geding niet bevoegd is in zijn dictum op te nemen. Wel kan in kort geding een voorschot worden gevraagd op een te betalen schadevergoeding indien vaststaat dat schadevergoeding verschuldigd is, in het bijzonder wanneer de gewone rechter zich daarover reeds heeft uitgesproken. 1"

(ii) In 1982 aanvaardde de Hoge Raad 2 echter op het voetspoor van de in de Amsterdamse rechtbank gegroeide praktijk 3 dat "een geldvordering" (dus niet alleen (een voorschot op) een vordering tot schadevergoeding) in kort geding kan worden toegewezen hoewel "de gevorderde voorziening er in wezen toe strekt betaling te verkrijgen zonder dat omtrent de rechtspositie van pp. ten gronde een uitspraak is gedaan". Wel dient voldaan te zijn aan de voorwaarde van een spoedeisend belang. Voorts behoort belangenafweging plaats te vinden, waarbij met name aandacht moet worden besteed aan het restitutie-risico. Ten slotte is - mede met het oog op dat risico - in het algemeen terughoudendheid op haar plaats, zodat de proceskansen in een bodemprocedure in de afweging moeten worden betrokken.

(iii) Drie jaar later herhaalde de Hoge Raad laatstgenoemde eis niet meer expliciet 4. Hij vernietigde een arrest van het Amsterdamse hof, dat aan de door de Hoge Raad verlangde terughoudendheid gestalte gaf door de cumulatieve eisen te stellen van "een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid" van de vordering en "een financiële noodsituatie" als betaling uitblijft.

(iv) Wél leert de Hoge Raad (nog) dat voor het oordeel dat toewijzing van een voorschot in kort geding uit hoofde van onverwijlde spoed is geboden, "verzwaarde motiveringseisen" gelden. 5 Het gaat hier immers om een slechts voorlopig oordeel op basis van een mogelijk nog onvolledig feitencomplex. 6 Mede gelet op het restitutie-risico, dat extra klemt ten aanzien van geld 7 (dat immers verbruikbaar is en uit zijn aard niet eenvoudig valt te traceren), moet degene die de voorziening verzoekt, daarom feiten en omstandigheden aanvoeren en deze bij tegenspraak aannemelijk maken, waaruit de gestelde onverwijlde spoed bij toewijzing van het voorschot blijkt. 8

2.5. Ad (b). Het is echter de vraag of de praktijk het met deze eis wel zo nauw neemt en of dit de Hoge Raad niet tot heroverweging noopt. De trend is toch steeds meer om in het kort geding mede een vlotte en informele manier te zien ter incasso van in redelijkheid niet te betwisten geldvorderingen. Deze ontwikkeling heeft als volgt gestalte gekregen. Wederom onder impuls van de Amsterdamse rechtbank is, tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak van de Hoge Raad, het incasso-kort geding opgebloeid; aanvankelijk

slechts ten behoeve van "institutionele schuldeisers" en terzake van door hen geleverde goederen en verrichte diensten. 9 Maar al na korte tijd mochten ook particuliere schuldeisers hun geldvorderingen in kort geding aanhangig maken. Complement daarvan was dat de voorwaarde dat het moet gaan om geleverde goederen en verrichte diensten, vervaagde en ten slotte verviel.

2.6. Hierop sluit aan dat in gevallen waarin het waarschijnlijk is dat het in kort geding gevorderde bedrag ook in een bodemprocedure toewijsbaar is, minder zware eisen worden gesteld aan het spoedeisend belang. 10 In dit verband wordt ook wel gesproken van communicerende vaten, waarbij aan de ene kant de mate van waarschijnlijkheid van de vordering staat en aan de andere kant het spoedeisend belang en het restitutie-risico. 11

2.7. Ik merk nog op dat als gevolg van deze ontwikkeling in de praktijk naar mijn indruk, althans bij de grotere rechtbanken, het spoedeisend belang tegenwoordig nauwelijks meer een zelfstandige toetsingsfactor is. Als de vordering waarvan eiser voldoening verlangt, voldoende aannemelijk is, vormt het spoedeisend belang geen belemmering voor het treffen van een voorziening omdat het welhaast per definitie spoedeisend wordt geacht dat een schuldeiser een titel krijgt voor een voldoende vaststaande vordering. Is deze vordering echter twijfelachtig, dan wijst de kortgedingrechter haar nu eens op die grond van de hand en verklaart eiser dan weer niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. Veel lijn valt hierin niet te ontdekken. De keuze wordt bepaald door toevallige omstandigheden als de wijze waarop is geprocedeerd, de plaatselijke beslis-cultuur en persoonlijke voorkeuren.

2.8. Ad (c). Soms worden op bepaalde gevallen toegesneden pogingen ondernomen om te ontsnappen aan de eis van het spoedeisend belang.

Specifiek voor intellectuele eigendomszaken heeft Deurvorst 12 verdedigd dat men deze eis als voorwaarde voor de toewijzing van een voorschot op de schadevergoeding, moet laten varen indien (toch al) enigerlei op de inbreuk gebaseerde voorziening wordt getroffen, zoals een verbod tot verdere inbreuk. Als belangrijkste argumenten voor deze opvatting worden genoemd het ervaringsfeit dat meestal alleen in kort geding wordt geprocedeerd (een bodemprocedure blijft in het algemeen achterwege 13) en de proceseconomische voordelen daarvan. Tevens wordt gewezen op de daaruit voortvloeiende kostenbesparing en verlichting van de werklust van de rechterlijke macht.

Deze opvatting, waarin alleen aan (de beoefenaars van) een bepaald soort zaken een "privilege" wordt toegekend op grond van argumenten die ook ten gunste van andere zaken kunnen worden aangevoerd, kan m.i. niet worden aanvaard. Zij leidt immers tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Hooguit kan daarin een aanwijzing (te meer) worden gezien dat de leer van de Hoge Raad in de praktijk soms knelt, hetgeen aanleiding kan zijn deze verder te versoepelen.

2.9. Een tweede weg die wel wordt bewandeld om aan de eis van het spoedeisend belang te ontkomen, kan

worden toegelicht aan de hand van het volgende geval. In een kort geding ter incasso werd daags voor de behandeling, de hoofdsom telefonisch voldaan. Ter zitting werd als verweer gevoerd dat de nevenvorderingen tot voldoening van rente en incassokosten, niet spoedeisend waren. De president beloofde dit verweer. Anders dan de president oordeelde het hof 14 evenwel, dat er in het algemeen geen reden is om bij de toetsing van de spoedeisendheid onderscheid te maken tussen de hoofdsom enerzijds en de genoemde nevenvorderingen anderzijds. Aangezien een rauwelijkse dagvaarding niet aanvaardbaar is, dienen eerst incassohandelingen te worden verricht, waaraan kosten zijn verbonden. Ook de aanzegging van wettelijke rente heeft mede tot strekking de schuldenaar een prikkel te geven om de vordering te voldoen, aldus nog steeds het hof.

2.10. Ook als men de weg, die de lagere rechtspraak (soms) is ingeslagen, niet onderschrijft, kan men deze beslissing aanvaarden als een verfijning op de leer van de Hoge Raad voor een specifiek geval. Er bestaat immers een zodanig nauwe band tussen de aanvankelijk onvoldaan gebleven geldvordering zelf en de daarmee verbonden nevenvorderingen tot voldoening van rente en incassokosten, dat het spoedeisend belang bij toewijzing van de hoofdvordering, geacht kan worden zich mede uit te strekken tot deze nevenvorderingen.

2.11. Dat het hier niet om een algemene lijn gaat maar om een specifiek geval, valt echter af te leiden uit een geruchtmakende procedure 15 tussen een advocaat die wegens aanranding van de eerbearheid strafrechtelijk werd veroordeeld en de toenmalige behandelend officier van justitie. Omdat de advocaat hardnekkig bleef volhouden dat laatstgenoemde bepaalde stukken uit het strafdossier had verduisterd, vorderde de officier in kort geding een verbod op verdere zodanige uitlatingen alsmede een rectificatie. De advocaat verweerde zich onder meer door aan te voeren dat een spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen ontbrak. President en hof passeerden dit verweer. Het hof oordeelde dat de officier een voldoende spoedeisend belang had bij een verbod op toekomstige vergelijkbare uitlatingen door de advocaat, maar liet het belang bij de gevraagde rectificatie onbesproken. Dit was voor de Hoge Raad aanleiding om het bestreden arrest in zoverre te casseren:

"In aanmerking genomen dat de omstandigheid dat (de officier) een spoedeisend belang heeft bij het gevorderde verbod, niet zonder meer meebrengt dat een spoedeisend belang ook is gegeven ten aanzien van de gevorderde rectificatie, heeft het hof de verwerping van grief 15 niet toereikend gemotiveerd."

In het algemeen gesproken kan dus niet worden gezegd dat, zodra er maar een voldoende spoedeisend belang bestaat bij één van de gevraagde voorzieningen, dit zich mede uitstrekt tot de nevenvoorzieningen. Van geval tot geval zal moeten worden getoetst of en - bij tegenspraak - worden gemotiveerd dat inderdaad een spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening aanwezig is. Dit neemt niet weg dat in een specifiek en door de rechter te motiveren geval, zoals de boven aangehaalde Bossche zaak, de nauwe samenhang tussen

twee voorzieningen, een afzonderlijke toetsing van de nevenvoorzieningen overbodig kan maken.

2.12. Tegen deze achtergrond bespreek ik de subonderdelen 1.2 en 1.3 gemeenschappelijk. De lange aanloop die is genomen, stelt mij in staat die bespreking kort te houden. Het is zonneklaar dat het hof niet lijn-(a) heeft gevolgd. In plaats van te voldoen aan de "verzwaarde motiveringseisen" zoals verlangd door de Hoge Raad, heeft het - in tegendeel - juist overwogen dat een spoedeisend belang bij het gevraagde voorschot, in de gegeven omstandigheden niet nodig is. Ter motivering daarvan heeft het hof zich niet bediend van lijn-(b), maar heeft klaarblijkelijk één van de onder (c) besproken "shortcuts" toegepast. 16 Nu de opvatting-Deurvorst m.i. niet aanvaardbaar is en tussen het gevraagde verbod en het daarnaast verlangde voorschot niet een nauwe samenhang bestaat als onder 2.11 bedoeld, heeft het hof naar het mij voorkomt hetzij van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven, hetzij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het bestreden arrest kan dus reeds op deze grond niet in stand blijven, tenzij de Hoge Raad zou oordelen dat het gevraagde voorschot op de vordering op zichzelf terecht is toegewezen. In dat geval zou hij, onder aanvaarding van de gedachte dat de marge voor het succesvol voeren van het onderhavige verweer omgekeerd evenredig is aan de hardheid van de vordering, die motivering zelf kunnen geven. Ik bespreek daarom ook de andere onderdelen.

2.13. Onderdeel 2 komt met een aantal motiveringsklachten op tegen 's hofs oordeel over de aannemelijkheid van de vordering en de hoogte van het voorschot. Het hof heeft daartoe samengevat weergegeven als volgt overwogen.

(a) HBC c.s. betwisten tevergeefs dat hun een verwijt kan worden gemaakt van de eventueel door Danestyle geleden schade. De inbreukmakende handelingen van HBS c.s. hebben immers plaats gevonden vanaf omstreeks 1994, derhalve geruime tijd na de publicatie van het depot (rov. 4.14).

(b) Daarbij komt dat HBS c.s. zelf stellen het Benelux-register niet te hebben geraadpleegd omdat dit een "te omvangrijk karwei" is (rov. 4.15). Het door HBS c.s. aanvaarde risico dat zij aldus inbreuk op (model)rechten van anderen maken is reëel, nu HBS c.s. in dit soort koopwaar handelen en voorts met regelmaat zaken doen in Hong Kong (rov. 4.16).

(c) Danestyle heeft gemotiveerd aangevoerd dat de door haar gederfde licentievergoeding f 2,50 per exemplaar bedraagt, terwijl de door HBS c.s. op de namaakhoofdsteuntjes gemaakte winst in elk geval f 1,10 per verkocht exemplaar moet hebben bedragen. Bij gebreke van een voldoende betwisting wordt voorschot aangenomen dat deze bedragen reëel zijn (rov. 4.18).

(d) Nu vaststaat dat HBS c.s. 18 816 exemplaren hebben verkocht, zal de schade van Danestyle in elk geval in de orde van f 65 000, liggen (rov. 4.19).

(e) Het had op de weg van HBS c.s. gelegen om hun verweer dat zij de namaakartikelen niet alleen in de Benelux op de markt hebben gebracht, maar ook in

landen waar het hoofdsteuntje geen auteurs- of modelrechtelijke bescherming geniet, aannemelijk te maken. Dit hebben zij nagelaten. Afgezien daarvan hebben zij de namaaksteuntjes in de Benelux ingevoerd en heeft HBS ongeveer 18 816 exemplaren aan Spendax verkocht. Zowel het een als het ander is een inbreuk op de rechten van Danestyle, zodat HBS c.s. in elk geval met betrekking tot dat aantal exemplaren schadeplichtig zijn (rov. 4.20 en 4.21).

2.14. Subonderdeel 2.2 (subonderdeel 2.1 bevat slechts een inleiding) is gericht tegen het onder (a) weergegeven oordeel. Het betoogt dat het hof zijn oordeel omtrent het schuldverweer nader had moeten motiveren.

2.15. Voordat ik het subonderdeel bespreek, merk ik op dat zowel het hof als de steller van het cassatiemiddel kennelijk ervan uitgaan dat een noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid in mededingingszaken is, dat de inbreuk aan de dader kan worden toegerekend. Deze niet geheel onomstreden opvatting is m.i. juist. Niet in te zien valt waarom in dit opzicht zou moeten worden afgeweken van wat in het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen heeft te gelden. 17

2.16. Het subonderdeel faalt. Zowel in de (lagere) rechtspraak als in de literatuur wordt doorgaans de verwijtbaarheid aangenomen wanneer het intellectuele eigendomsrecht staat ingeschreven in openbare registers en de inbreukmaker heeft nagelaten dit te raadplegen. 18 Met deze opvatting strookt art. 14 lid 2 BTMW, waarin is bepaald dat schadevergoeding niet is verschuldigd voor inbreukmakende handelingen die zijn gepleegd voor de publicatie van het depot. Omgekeerd moet dan worden aangenomen dat de inbreukmaker in beginsel schadeplichtig is indien de inbreuk wordt gepleegd na de publicatie van het depot.

In dit licht heeft het hof met zijn bestreden overweging noch blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, noch zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Hetgeen HBS c.s. in appèl ten verwere hebben aangevoerd, doet aan de begrijpelijkheid van 's hofs oordeel niet af.

2.17. Het subonderdeel acht tevens onjuist 's hofs "kenmerklijk uitgangspunt dat (afwezigheid) van schuld bij de beoordeling van de vordering geen enkele rol kan spelen" indien en omdat de inbreuk geruime tijd na de publicatie van het depot heeft plaatsgevonden. Volgens het onderdeel is die schuld van belang voor een eventuele matiging van de schadevergoeding.

2.18. Deze klacht mislukt op twee zelfstandige gronden.

In de eerste plaats berust het onderdeel op een verkeerde lezing van 's hofs beslissing, zodat het feitelijke grondslag mist. Het hof heeft de inbreuk op de rechten van Danestyle immers wel degelijk toerekenbaar geacht (met als argument dat zij heeft plaatsgevonden ná de publicatie en HBS c.s. het register bewust niet hebben geraadpleegd).

Ten tweede hebben HBS c.s. in feitelijke instanties geen beroep op matiging van het voorschot op de schadevergoeding gedaan. Zij kunnen dit niet met succes voor het eerst in cassatie doen, aangezien het hier om

een discretionaire bevoegdheid van de rechter gaat die een afweging vergt van feitelijke aard.

2.19. De subonderdelen 2.3 en 2.4 zijn gericht tegen de onder (b) samengevatte oordelen van het hof.

2.20. De subonderdelen kunnen niet tot succes leiden, reeds omdat zij zijn gericht tegen overwegingen ten overvloede. Het hof heeft de aansprakelijkheid van HBS c.s. immers gebaseerd op de dragende overweging, dat de inbreukmakende handelingen hebben plaatsgevonden geruime tijd na publicatie van het depot. De hiertegen gerichte klacht faalt.

2.21. Subonderdeel 2.5 leidt de bezwaren in die HBS c.s. hebben tegen overweging (c): het door het hof -voorshands - als vaststaand aangenomen feit dat de op de namaakassistentjes gemaakte winst in elk geval f 1,10 per verkocht exemplaar moet hebben bedragen en dat de door Danestyle gederfde licentievergoeding f 2,50 per exemplaar bedraagt.

2.22. Subonderdeel 2.5.1 komt in de kern erop neer dat het hof ten onrechte acht heeft geslagen op voornoemde stellingen van Danestyle, die pas bij pleidooi in appèl zijn aangevoerd. Aldus heeft het hof miskend dat niet van een procespartij kan worden verlangd gemotiveerd te reageren op hetgeen pas in zo'n laat stadium wordt aangevoerd.

2.23. Nieuwe feiten mogen echter in beginsel 19 wel degelijk nog bij pleidooi worden gesteld, ook in hoger beroep, omdat het pleidooi een onderdeel vormt van het processuele debat. De rechter mag feiten die in een zodanig stadium zijn aangevoerd slechts passeren wanneer de goede procesorde zich ertegen verzet ze alsnog in aanmerking te nemen en de wederpartij zich daarop beroept. 20

In het onderhavige geval, waarin is gesteld noch gebleken dat HBS c.s. in appèl bezwaar hebben gemaakt tegen het aanvoeren van deze nieuwe feiten en van een nieuwe grief geen sprake was, diende het hof ze derhalve in aanmerking te nemen.

Overigens verdient in dit verband nog opmerking dat partijen zowel in eerste instantie als in hoger beroep al hadden gedebatteerd over de schade die Danestyle had geleden en dat laatstgenoemde aanvankelijk zelfs een hoger totaalbedrag had genoemd. Zij preciseerde dus slechts haar al eerder ingenomen standpunt; een ontoelaatbare koerswending was niet aan de orde.

Het subonderdeel loopt op dit alles stuk.

2.24. Subonderdeel 2.5.2 acht de door het hof in rov. 4.18 gevolgde redenering innerlijk tegenstrijdig, althans onvoldoende gemotiveerd, omdat duidelijk is dat HBS c.s. bij de door het hof gekozen uitgangspunten niet f 1,10 winst zullen hebben gemaakt als zij f 2,50 licentievergoeding zouden hebben betaald. De door Danestyle gewenste cumulatie van winstafdracht en schadevergoeding is in elk geval niet zo vanzelfsprekend dat daarop in kort geding vooruitgelopen kan worden. Bovendien verwijt het onderdeel het hof te hebben miskend dat het hier niet uitsluitend om schadevergoeding gaat, maar ook om winstafdracht.

2.25. Deze klacht betreft de maatstaven aan de hand waarvan het hof de hoogte van de schadevergoeding voorlopig heeft begroot. Een zodanig oordeel is in cas-

satie slechts beperkt toetsbaar. De Hoge Raad 21 overwoog:

"De tot het vaststellen van een schadevergoeding groepen rechter moet de schade begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. De wijze van begroting is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst (HR 18 april 1986, NJ 1986, 567). Aan de motivering op dit punt kunnen geen strenge eisen worden gesteld. De rechter die over de feiten oordeelt heeft de vrijheid om schade reeds aannemelijk te achten op grond van het vaststaan van feiten waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid en om vervolgens de omvang van de schade te schatten (HR 28 juni 1991, NJ 1991, 746)."

Voorts geldt als uitgangspunt dat de grote vrijheid die de rechter heeft bij de begroting van schade, eens te meer geldt voor de bepaling van een voorschot in kort geding. 22

2.26. In intellectuele eigendomszaken is de omvang van de schade ten gevolge van een inbreuk, bovendien moeilijk vast te stellen. Dit hangt samen met het feit dat bij dergelijke geschillen de schadecomponenten die een gevolg zijn van de inbreuk, veel complexer (te bewijzen) plegen te zijn dan in het geval van bijvoorbeeld zaakschade. 23 De rechter is dan ook vaak genoodzaakt gebruik te maken van de in art. 6:97 BW gegeven bevoegdheid tot schatting van de schade.

2.27. Deze overwegingen lijken te impliceren dat het subonderdeel weinig kans maakt. Toch acht ik het grond. Gezien de zojuist aangehaalde uitgangspunten, behoeft zulks een gedegen motivering. 24

Als vertrekpunt dient de tekst van art. 27a lid 1 Auteurswet 1912. Deze luidt als volgt:

"Naast schadevergoeding kan de maker of zijn rechtverkrigende vorderen dat degene die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt, wordt veroordeeld de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te dragen (...)"

Danestyle heeft al in eerste aanleg betoogd dat de vorderingen tot winstafdracht en tot vergoeding van haar eigen schade, cumulatief kunnen worden ingesteld. Daartoe deed zij onder meer een beroep op art. 27a Aw en de regeling van de schadevergoeding in de Wet Naburige rechten (art. 16). 25 Blijkens de MvT ligt aan art. 27a Aw de volgende gedachte ten grondslag:

"De aan de maker of zijn rechtsverkrijgenden toekomende vordering tot schadevergoeding behoeft in de praktijk niet altijd doeltreffend te zijn, aangezien de schade soms moeilijk is vast te stellen. Zo zal een vordering tot schadevergoeding weinig baten indien de rechthebbende zelf nog geen of weinig winst heeft gemaakt met de exploitatie van het aan hem toekomende auteursrecht.

Behalve schade in de vorm van gederfde winst kan de auteursrechthebbende ook andere schade hebben geleden. Zo kan de waarde van het aan hem toekomende auteursrecht door de inbreuk zijn gedaald. Ook kunnen investeringen aan waarde hebben ingeboet. Het aantonen van deze vormen van schade zal vaak problemen opleveren. Een en ander kan ertoe leiden dat de in-

breukmaker de door hem onrechtmatig genoten winst geheel of gedeeltelijk kan behouden. 26"

2.28. Art. 27a lid 1 Aw moet worden gelezen tegen de achtergrond van art. 6:104 BW, dat bij de invoering van art. 27a Aw nog niet was ingevoerd. Art. 6:104 BW is door de Hoge Raad restrictief uitgelegd. 27 Indien in het geheel geen schade is geleden, is de weg naar toepassing van deze bepaling afgesneden. Voor gevallen waarin aannemelijk is dat schade is ontstaan, maar de omvang daarvan moeilijk kan worden aangetoond, terwijl de dader door zijn handelwijze winst heeft gemaakt, geeft art. 6:104 BW een dubbel vermoeden, namelijk (i) dat door de onrechtmatige daad of wanprestatie schade is veroorzaakt en (ii) dat die schade gelijk is aan de door de dader behaalde winst. 28

2.29. Art. 43 Rijksoctrooiwet gaat een wezenlijke stap verder. Het geeft de benadeelde immers de keuze tussen schadevergoeding en winstafdracht. Tevens kan hij verlangen - anders dan bij toepassing van art. 6:104 BW 29 - dat de inbreukmaker rekening en verantwoording aflegt van de door hem genoten winst. 30 Kiest hij voor dat laatste, dan is het in beginsel onverschillig of de benadeelde door de inbreuk schade heeft geleden. Als de rechter evenwel van oordeel is dat een vordering tot winstafdracht in de gegeven omstandigheden te ver gaat, staat het hem vrij de benadeelde diens keuzerecht te ontnemen en diens vordering te beperken tot vergoeding van de door hem geleden schade. Deze discretionaire bevoegdheid is aan de rechter gegeven om onbillijkheden te voorkomen, waarbij de wetgever met name heeft gedacht aan het geval dat de winst in overwegende mate is bepaald door factoren die aan de inbreukmaker zijn toe te rekenen. 31

2.30. Nóg een stap verder gaat art. 27a lid 1 Aw. Dit artikel geeft immers, naar de letter, aan de benadeelde het recht om zowel schadevergoeding als winstafdracht te vorderen. Blijkens de wettekst zou de rechter geen middelen hebben om aan deze cumulatie een halt toe te roepen. Deze opzienbarende bepaling is als volgt tot stand gekomen. In de oorspronkelijke tekst daarvan stonden in plaats van het woord "naast" de woorden "in plaats van". Dit artikel, werd toegelicht op een manier die met name de leden van de CDA-fractie in het verkeerde keelgat schoot. Het gaat daarbij om de volgende passage:

"Er kunnen zich evenwel omstandigheden voordoen waarin het instellen van een vordering tot afdracht van de genoten winst niet redelijk is. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de winst in belangrijke mate wordt bepaald door omstandigheden die aan de inbreukmaker kunnen worden (lees:) toegerekend, bij voorbeeld de inbreukmaker heeft door een zeer bijzondere verkoopstrategie buitengewoon grote aantallen van het gepirateerde produkt kunnen verkopen."

2.31. Niets bijzonders, zou men zeggen, omdat precies dezelfde motivering ten grondslag ligt aan de voormelde discretionaire bevoegdheid die aan de rechter is toegekend in art. 43 ROW. De leden van de CDA-fractie meenden echter dat deze - aanvankelijk ook hier voorgestelde - bevoegdheid moeilijk te verenigen is met het internationaal gedragen streven van een effec-

tieve bestrijding van piraterij. Daarom stelden zij voor de vorderingen tot schadevergoeding en tot winstafdracht te laten cumuleren. 32 In het eindverslag formuleerden deze leden hun bezwaar nog krachtiger. Indien juist een zeer hoge winst van de inbreukmaker zou leiden tot veroordeling tot een veel lagere schadevergoeding, was naar hun mening sprake van een premie op het maken van inbreuk. 33

De minister hield aanvankelijk nog voet bij stuk 34:

"Er zij op gewezen dat de hoogte van de door de inbreuk genoten winst niet relevant is voor de beoordeling van de vraag of de vordering tot afdracht van deze winst kan worden toegewezen. De omvang van de door de inbreukmaker ten gevolge van zijn onrechtmatige handeling genoten winst kan niet tot de omstandigheden gerekend worden op grond waarvan de rechter tot het oordeel komt dat er al dan niet aanleiding is tot een veroordeling tot afdracht van de genoten winst."

2.32. Maar zijn argumenten maakten onvoldoende indruk. Bij de mondelinge behandeling kreeg de CDA-fractie mede de steun van PvdA en D66, terwijl de VVD zelfs een poging deed om haasjeover te springen door voor te stellen de benadeelde het recht te geven op de totale verkoopprijs van de verkochte inbreukmakende produkten.

Het CDA-lid Koetje lichte zijn bezwaren nogmaals toe 35:

"De minister blijft zich op het standpunt stellen dat er zodanige factoren in het geding kunnen zijn dat het niet redelijk is dat de inbreukmaker tot het afdragen van de winst van zijn piraterij wordt veroordeeld. Dan rest dus schadevergoeding. De zin, die onze aandacht trok, was dat die winst kan ontstaan door "een bijzondere verdienste van de inbreukmaker". In de memorie van toelichting wordt zelfs gewezen op een "bijzondere verkoopstrategie". Die woorden werken toch de indruk dat bedoeld wordt op zeer grote winsten. Naar ons idee wordt hiermee gesuggereerd, dat de schadevergoeding lager kan zijn dan het genoten voordeel. Dit kunnen wij niet anders zien dat als een premie op piraterij (...). Om per geval tot een juiste beoordeling te kunnen komen, zou de mogelijkheid van een gecumuleerde vordering moeten worden geboden. De rechter zou in de gelegenheid moeten zijn, de vordering tot winstafdracht gedeeltelijk toe te wijzen, naast de schadevergoeding. Een amendement van die strekking heb ik inmiddels ingediend. (...)"

Geconfronteerd met voormelde opstelling van de Kamer ging de minister ten slotte om en aanvaardde dit amendement, daarbij nog wél opmerkend:

"Dan hoeft de eiser niet van tevoren een keuze te maken. Hij kan om de combinatie vragen. (...)"

2.33. Het aldus door de Kamer aangenomen amendement-Koetje werd als volgt toegelicht 36:

"Het amendement strekt ertoe de maker of zijn rechtverkriggende in de gelegenheid te stellen om naast schadevergoeding ook afdracht van de gemaakte winst te vorderen van de inbreukmaker. Ook wanneer de gemaakte winst niet geheel kan worden toegerekend aan het inbreukmakend voorwerp zelf heeft de rechter op

basis van dit artikel de mogelijkheid de vordering tot winstafracht gedeeltelijk toe te wijzen, gecumuleerd met een schadevergoeding."

2.34. Spoor en Verkade 37 merken snerend op: "Men herleze deze zin één en andermaal, maar het is de vraag of dat verheldert. 38"

En voorts, na aan de hand van een voorbeeld te hebben becijferd tot wat voor "extreme" resultaten de toepassing van deze bepaling kan leiden 39:

"Tel uit je winst! Zulke resultaten zijn natuurlijk niet bedoeld (dat hopen wij althans), en er is het correctief van art. 6:109 BW. Maar vanuit een oogpunt van zindelijke wetgeving achten wij het zorgelijk dat regering en parlement toelaten dat zulke redeneringen mogelijk worden gemaakt."

2.35. Tot zover de wonderlijke belevenissen van dit wetsartikel. Wat hiervan te denken?

Aanstands vallen twee dingen op. Ten eerste is het opmerkelijk dat de Kamer een nodeloos zwaar middel heeft gehanteerd. Gelet op de dragende gedachte van het amendement, zoals aangehaald onder 2.32, had ermee kunnen worden volstaan de woorden "in plaats van" te laten staan, maar daaraan toe te voegen - in de wettekst of de toelichting - dat de benadeelde kan kiezen voor een totale winstafracht, waartegen de inbreukmaker zich niet met succes kan verweren door aan te voeren dat de benadeelde zelf zo'n hoge winst niet zou hebben gemaakt. 40

Ten tweede is het opmerkelijk dat in de eindfase van de parlementaire behandeling, de Kamer geen enkele aandacht heeft besteed aan de verhouding tot art. 43 ROW, noch aan art. 6:104 BW, dat aan beide bepalingen ten grondslag ligt. In het kader van laatstgenoemde bepaling zijn art. 43 ROW en art. 27a Aw wel kort ter sprake gekomen 41, maar uit niets blijkt dat de Kamer toen heeft bedoeld art. 27a Aw tot een zo bijzonder wapen ("punitive damages" 42) tegen piraterij om te smeden.

2.36. Onder deze omstandigheden meen ik dat art. 27a Aw anders moet worden opgevat dan uit de formulering daarvan lijkt te volgen. Een redelijke wetsuitleg, rekening houdend met de wordingsgeschiedenis van deze bepaling en met verband daarvan tot zowel art. 43 ROW als art. 6:104 BW, brengt mee deze bepaling aldus te verstaan, dat de benadeelde ter keuze hetzij zijn - zo nodig abstract te berekenen - schade vergoed kan krijgen, hetzij afdracht van de door de inbreukmaker gerealiseerde winst kan verlangen. 43 Zoals opgemerkt moet de parlementaire geschiedenis van het artikel aldus worden verstaan, dat het - anders dan bij art. 43 ROW - geen geslaagd verweer is dat de benadeelde zelf een zodanige winst niet had kunnen maken. Aangenomen moet worden dat de benadeelde zijn keuze pas hoeft te maken, nadat de inbreukmaker op verlangen van de benadeelde, rekening en verantwoording heeft afgelegd.

2.37. Richten wij de aandacht nu op de door het subonderdeel bestreden overweging, dan valt op dat het hof bij de berekening van het aan Danestyle toegewezen voorschot, niet alleen de door HBS c.s. gerealiseerde - door het hof geschatte - winst in aanmerking heeft ge-

nomen, maar ook het door Danestyle geleden verlies, welk verlies door het hof abstract is berekend naar de maatstaf van de door Danestyle veronderstellenderwijs te realiseren licentievergoeding. M.i. is dat is in elk geval van het goede teveel. In zijn dissertatie heeft Bloembergen 44 immers voorgesteld juist

"op het terrein van de industriële en intellectuele eigendom een abstract begrip schade in te voeren in die zin, dat de schade steeds tenminste gesteld moet worden op het bedrag, dat de rechthebbende had kunnen bedingen als hij op de gebruikelijke voorwaarden toestemming verleend had."

Hij voerde daartoe drie argumenten aan, waaronder (a) dat een vordering tot een concreet te berekenen schadevergoeding op grote praktische moeilijkheden stuit 45 en (b) dat de inbreukmaker in de regel van zijn onrechtmatig handelen profijt trekt. Bloembergen ziet het toekennen van een naar objectieve maatstaven te berekenen licentievergoeding dus als een vorm van winstontneming, hetgeen mij moeilijk voor tegenspraak vatbaar lijkt. Evenzo de MvA II Inv. bij art. 6:104 BW 46:

"Dogmatisch zou men eraan kunnen twijfelen of hier (bij de vordering tot winstafracht zoals geregeld in art. 6:104 BW - FBB) nog sprake is van vergoeding van "schade", nu van het door de eiser geleden nadeel geabstraheerd wordt. (...) Deze oplossing sluit (echter) aan bij wat voor het huidige recht is verdedigd door Bloembergen (...), die de afgifte van winst als een vorm van abstracte schadevergoeding construeert."

In dit licht is het m.i. onverdedigbaar om de inbreukmaker zowel tot winstafracht te veroordelen als tot voldoening van een licentievergoeding bij wege van schadevergoeding. Aan beide posten ligt immers dezelfde gedachte ten grondslag. Toch is dat precies wat het hof heeft gedaan. Hieraan doet niet af dat het vervolgens een matiging heeft toegepast tot f 50 000. Geen van beide door het hof in zijn berekening betrokken posten is immers op zichzelf groot genoeg om dit bedrag te bereiken.

2.38. Onder deze omstandigheden acht ik het subonderdeel gegrond. Het bestreden arrest kan daarom niet in stand blijven. 47

2.39. De overige (sub)onderdelen behoeven dus geen bespreking meer. Voor de goede orde zeg ik er toch nog in het kort het volgende van.

Subonderdeel 2.6 keert zich tegen rov. 4.20 en de eerste volzin van rov. 4.21. Het acht onjuist het oordeel van het hof dat het op de weg lag van HBS c.s. om hun verweer aannemelijk te maken dat zij de namaakartikelen niet alleen in de Benelux, maar ook in landen waar Danestyle geen auteurs- of modelrechtelijke bescherming geniet, op de markt hebben gebracht. In de visie van het subonderdeel lag het juist op de weg van Danestyle om haar op HBS c.s. verhaalbare schade aannemelijk te maken.

2.40. De klacht faalt reeds omdat HBS c.s. eraan voorbij ziet dat de rechter in kort geding niet gebonden is aan de in het algemeen geldende regels van bewijsrecht. 48 Daarom was het hof vrij om de bewijslast van het verweer van HBS c.s. op laatstgenoemde te leggen,

nu het in rov. 4.18 en 4.19 voorshands had aangenomen dat Danestyle schade heeft geleden door de inbreuk.

2.41. Subonderdeel 2.7, dat opkomt tegen de in rov. 4.21, tweede alinea vervatte overweging, kan evenmin doel treffen. Deze overweging heeft het hof immers ten overvloede gegeven naast het door subonderdeel 2.6 bestreden oordeel. Nu dat onderdeel niet slaagt, faalt onderdeel 2.7 bij gebrek aan belang.

2.42. Subonderdeel 2.8 bevat geen zelfstandige klacht, maar bouwt voort op de voorgaande onderdelen.

2.43. Onderdeel 3 heeft betrekking op het oordeel van het hof terzake van het restitutierisico. Het hof heeft dit om twee redenen niet groot geacht. Allereerst heeft het belang gehecht aan het vaststaande feit van de inbreuk en de in het arrest beschreven uitgangspunten voor de berekening van de door Danestyle in elk geval geleden schade. Hiermee heeft het hof kennelijk bedoeld aan te geven dat de kans klein is dat een bedrag van f 50 000 aan schadevergoeding in een bodemprocedure niet zal worden toegewezen. Daarnaast heeft het hof het niet aannemelijk geacht dat Danestyle niet in staat zal zijn dit bedrag zo nodig terug te betalen.

2.44. Het onderdeel klaagt allereerst over een onvoldoende motivering van dit laatste argument. Het voert daartoe aan dat HBS c.s. zich steeds mede op dit restitutierisico hebben beroepen, zodat van Danestyle mocht worden verwacht dat zij aannemelijk zou maken dat zij zo nodig in staat zou zijn het voorschot terug te betalen.

De klacht kan niet slagen, reeds omdat zij uitgaat van een verdergaande motiveringsplicht dan in kort geding geldt, nu HBS c.s. geen specifieke redenen hebben genoemd waarom moet worden gevreesd dat Danestyle eventueel niet tot terugbetaling in staat zou zijn.

2.45. De klacht over het belang dat het hof heeft gehecht aan de eerstgenoemde grond voor zijn oordeel, faalt reeds omdat de tweede - zojuist besproken - grond, het oordeel omtrent het restitutierisico zelfstandig kan dragen. Overigens onderschrijf ik dat naarmate de toewijsbaarheid van de vordering in een bodemprocedure waarschijnlijker is, het restitutierisico minder snel een beletsel voor toewijzing van een voorschot in kort geding zal vormen. 49

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest, met verwijzing van de zaak naar het Hof Den Haag. Danestyle dient te worden veroordeeld in de proceskosten.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Meijers/Vermeulen (1967) blz. 81.

2 HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505.

3 Zie voor nadere gegevens Heemskerk in zijn annotatie bij het in de vorige vermelde arrest.

4 HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84 (M'Barek- Van der Vloodt).

5 HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704, m.nt. MS in samenhang gezien met het in noot 2 genoemde arrest.

6 Hierop wordt in een enigszins andere context de nadruk gelegd door de A-G Vranken in diens conclusie voor HR 15 december 1995, NJ 1996 509, onder 25.

7 Relativerend over het restitutierisico ten aanzien van geldvorderingen de A-G Asser in diens conclusie voor HR 19 februari 1988, NJ 1988, 658, onder 2.3. Ik onderschrijf zijn betoog, dat erop neerkomt dat het restitutierisico in dit verband geen andere rol dient te spelen dan bij vorderingen in kort geding in het algemeen het geval is en dat het hier gaat om een omstandigheid die tot zijn recht dient te komen in de steeds geboden belangenafweging tussen partijen.

8 Het al aangehaalde arrest HR 22 januari 1982, NJ 1982, 505, m.nt. WHH.

9 Zie voor een overzicht van de aanvankelijk nog ongelijke verbreiding van dit instituut J. Rademaker, Het kort geding ter incasso in de praktijk, Trema 1993-10 blz. 396-401.

10 Al gesignaleerd door A-G Ten Kate in nr. 26 en 29 van zijn conclusie voor HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84. Zie verder Asscher, bundel Onverwijld spoed (1987) blz. 43-44 en Keijser/Tjoen-Tak-Sen, Civiel-snelrecht: praktijk en toekomst (1997) blz. 158 en 159.

11 Gisolf, Kort geding en rechter (1993), blz. 77. Hij kiest als benadering dat, naarmate de vordering meer solide is, het spoedeisend belang bij toewijzing daarvan toeneemt. Vergelijk in dit verband ook Barendrecht, Schade vorderen in kort geding, in: Schademedeum (1995), blz. 53 met verwijzing naar lagere rechtspraak.

12 Deurvorst, Schadevergoeding, voldoening van een redelijke verbruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, diss. (1994), blz. 125 e.v. en 225. In dezelfde richting gaan Barendrecht en Beukers, Berekening van schadevergoeding (1995), blz. 354.

13 Dit uitgangspunt is aangetast sinds HvJ EG 16 juni 1998, NJ 1999, 240 heeft beslist dat het Nederlandse kort geding heeft te gelden als 'provisional measure' in de zin van art. 50 lid 6 van het TRIPS-verdrag en dus niet als 'decision on the merits of the case'.

14 Hof Den Bosch 23 januari 1996, NJ 1996, 589.

15 HR 23 april 1999, RvdW 1999, Y

16 Gelet op de samenstelling van het hof, waarin (onder meer) een hoge mate van IE-deskundigheid aanwezig is, neem ik aan dat het de lijn-Deurvorst heeft willen aanvaarden.

17 Zie eveneens in deze zin: Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988), blz. 313; Gielen/Wichers Hoeth, Merkenrecht (1992), nr. 1234; Deurvorst, diss. blz. 57-66 en Grosheide in zijn noot onder HR 2 mei 1997, NJ 1998, 314.

18 Deurvorst, diss. (1994), blz. 60 en de in noot 82 vermelde rechtspraak; Gerbrandy, a.w. blz. 314 en de daar vermelde rechtspraak; Spoor/Verkade, Auteursrecht (1993), blz. 409; Gielen/Wichers Hoeth, a.w. nrs. 1234 en 1235.

19 Voorzover die nieuwe feiten naar hun strekking een grief inhouden prevaleert evenwel de "in beginsel strakke regel" dat deze bij memorie van grieven dienen te worden aangevoerd en niet in een later stadium van de procedure (HR 1 juli 1988, NJ 1989, 156 (WHH)).

Dat laatste is in de onderhavige zaak echter niet het geval.

20 Aldus onder meer HR 27 september 1991, NJ 1991, 801. In HR 29 september 1995, NJ 1996, 104 werd het stellen van nieuwe feiten bij pleidooi in appel, negen jaar na aanvang procedure, in strijd met een goede procesorde geoordeeld: die feiten zouden een nieuw onderzoek nodig maken waarvoor het geding in dat stadium geen gelegenheid meer bood.

21 HR 5 november 1996, NJ 1996, NJ 1998, 314, m.nt. F.W. Grosheide.

22 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714.

23 Deurvorst, diss. blz. 3 e.v.; Barendrecht/Luit, Inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, in: Berekening van schadevergoeding (1995), blz. 145. Laatstgenoemden beschrijven de mogelijke gevolgen van een inbreuk. Zie voorts de MvT op art. 27a Aw, hierna geciteerd onder 2.27.

24 Zie over deze materie in algemene zin Mon. Nieuw BW B-36 (Spier), nrs. 28-40.

25 Pleitaantekeningen blz. 12.

26 TK 1986-1987, 19.921, nr. 3, blz. 9.

27 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 m.nt. Brunner.

28 Aldus de door Brunner in zijn NJ-noot aan het arrest gegeven uitleg, die ik onderschrijf.

29 In het kader van art. 43 Rijksoctrooiwet geldt echter wel de beperkende eis van desbewustheid. Zie over deze beide verschillen MvA I, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1270.

30 HR 9 november 1990, NJ 1991, 169 komt erop neer dat de benadeelde pas na het afleggen van die rekening en verantwoording behoeft te kiezen of hij schadevergoeding wenst, dan wel winstafdracht.

31 Zie hierover Deurvorst, diss. 170 e.v.

32 TK 1987-1988, 19.921, nr. 5, blz. 5.

33 TK 1987-1988, 19.029, nr. 8, blz. 2.

34 TK 1987-1988, 19.921, nr. 9, blz. 4-5.

35 Parl. Gesch. Aw 1912 (De Vries), blz. 27a.9.

36 TK 1987-1988, 19.921, nr. 11.

37 Auteursrecht (1993), blz. 414.

38 A.w. blz. 415.

39 In het midden moet dan blijven waarom datgene, wat in het kader van art. 43 ROW een redelijk correctief wordt geacht, bij de toepassing van art. 27 Aw juist anathema is.

40 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1267 en MvA I Inv., t.a.p. blz. 1270.

41 Evenzo Spoor/ Verkade, a.w. nr. 282, Deurvorst, diss. blz. 173 en Van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen (1998), blz. 198. Zo men wil kan men ook zeggen dat beide vorderingen cumuleren, met dien verstande dat voordeelstoerekening dient plaats te vinden van het bedrag van de schadevergoeding op de winstafdracht. Dat komt op hetzelfde neer, maar is wellicht meer in lijn met de onder 2.32 aangehaalde citaten.

42 Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. (1965), nrs. 70 en 71.

43 Zie evenzo de onder 2.27 aangehaalde MvT op art. 27a Aw.

44 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1267.

45 Voor toepassing van de onder 2.12 (slot) geformuleerde gedachte is dus geen aanleiding.

46 Recent nog HR 2 oktober 1998, RvdW 1998, 171C. Zie verder Schenk/Blaauw, Kort geding, Algemeen deel (1996), blz. 107 e.v.

47 Zie onder 2.6 van deze conclusie.