

**Hoge Raad, 30 januari 2009, IWC v Michel**CORBLOK<sup>®</sup>**MERKENRECHT****Gebruik te kwader trouw vereist moedwillig gepleegde inbreuk**

- voor gebruik te kwader trouw dient het te gaan om een "moedwillig gepleegde inbreuk", waarvan niet reeds sprake is wanneer een merkgebruik achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld: de inbreukmaker dient zich van zijn inbreukmakend handelen bewust te zijn geweest, waarvan geen sprake behoeft te zijn in een geval waarin de inbreukmaker zich tegen de hem verweten inbreuk heeft verweerd met een niet bij voorbaat kansloos beroep op een bestaande contractuele rechtsverhouding met de merkhouders welke, naar hij stelt, het gebruik van het teken heeft gerechtvaardigd.

Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de derde grief van IWC - tegen haar veroordeling op de voet van art. 13.A, lid 5, BMW tot afdracht van de winst die zij heeft genoten in de periode tussen het merkdepot van Michel (15 januari 1997) en de betekening van het in rov. 3.1 onder (vi) van het tussenarrest vermelde vonnis (14 juni 1999) - in rov. 4.9 en 4.10 van het bestreden arrest te verwerpen op de grond, kort samengevat, dat sinds de verbreking van hun zakelijke relatie eind 1995 en gedurende de inbreukprocedure tot juni 1999 IWC ernstig rekening ermee had te houden dat haar uiteindelijk merkinbreuk zou kunnen worden verweten, dat het voor haar risico is gekomen dat zij is doorgestaan met het omstrede merkgebruik, alsmede dat hetgeen zij had aangevoerd ten behoeve van haar verweer dat dit gebruik niet te kwader trouw was, dan wel dat de omstandigheden van het geval geen aanleiding gaven tot een veroordeling tot winstafdracht als bedoeld in art. 13.A, lid 5, ontoereikend is om van toewijzing van deze vordering af te zien.

In rov. 4.9 en 4.10 ligt immers besloten dat het hof bij beoordeling van de derde grief ervan is uitgegaan dat voor de toewijsbaarheid van een vordering tot winstafdracht als bedoeld in art. 13A lid 5 BMW - thans: art. 2.21 lid 4 BVIE - voldoende is dat onder de omstandigheden van het geval de merkinbreuk aan de inbreukmaker (achteraf) kan worden verweten, dan wel dat die inbreuk voor zijn risico komt. Blijkens de antwoorden van het Benelux-Gerechtshof moet het voor gebruik te kwader trouw als bedoeld in art. 13A lid 5 evenwel gaan om een "moedwillig gepleegde inbreuk" en is daarvan niet reeds sprake in een geval als het onderhavige waarin een merkgebruik achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld: de inbreukmaker dient zich van zijn inbreukmakend handelen bewust te zijn geweest, waarvan - gezien de antwoorden van het Hof op de vragen 3, 4.a en 4.b - geen sprake behoeft te zijn in een geval waarin de inbreukmaker zich tegen de hem verweten inbreuk heeft verweerd met een niet bij voorbaat kansloos beroep op een bestaande contractue-

le rechtsverhouding met de merkhouders welke, naar hij stelt, het gebruik van het teken heeft gerechtvaardigd.

Vindplaatsen: LJN: [BG4906](#)**Hoge Raad, 30 januari 2009**

(J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, J.C. van Oven en W.A.M. van Schendel)

Arrest

in de zaak van:

ONDEO NALCO NETHERLANDS B.V., rechtsopvolgster van IWC Chemische Produkten B.V., gevestigd te Tilburg, EISERES tot cassatie, advocaat: aanvankelijk mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai, thans mr. M.W. Scheltema,

tegen

de vennootschap naar het recht van de staat New York, Verenigde Staten van Amerika, M. MICHEL COMPANY INC., gevestigd te New York, Verenigde Staten van Amerika, VERWEERSTER in cassatie, advocaat: aanvankelijk mr. C.J.J.C. van Nispen, thans mr. R.A.A. Duk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als IWC en Michel.

**1. Het verloop van het geding**

De Hoge Raad verwijst naar zijn [tussenarrest van 27 oktober 2006, nr. C05/162 NJ 2006, 588](#), voor het daaraan voorafgegane verloop van het geding. Bij dat arrest heeft de Hoge Raad het Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg gesteld over art. 13.A, lid 5, van de BMW.

De door de Hoge Raad bij voormeld arrest gestelde vragen heeft het [Benelux-Gerechtshof bij arrest van 11 februari 2008, NJ 2008, 535](#) beantwoord als hierna in 3.2 vermeld.

**2. Het geding na aanhouding**

De zaak is voor Michel nader toegelicht door mr. Van Nispen, thans advocaat te Amsterdam. IWC heeft geen nadere toelichting gegeven.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing van de zaak naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

**3. Verdere beoordeling van het middel**

3.1 De Hoge Raad heeft in zijn [tussenarrest van 27 oktober 2006](#) de onderdelen 1, 2, 3.2 en 4 ongegrond bevonden. Omtrent de onderdelen 3.1 en 3.3 wordt thans, in het licht van de door het Benelux-Gerechtshof gegeven antwoorden op de hem door de Hoge Raad in dat tussenarrest voorgelegde vragen, als volgt overwogen.

3.2 Het Benelux-Gerechtshof heeft in [zijn uitspraak van 11 februari 2008, nr. A2006/4/9, NJ 2008, 535](#) de door de Hoge Raad gestelde vragen als volgt beantwoord:

*"Met betrekking tot vraag 1:*

*25. Artikel 13.A, lid 5, BMW dient niet aldus te worden uitgelegd dat van "gebruik te kwader trouw" als in die bepaling bedoeld, slechts sprake is in gevallen van pi-*

raterij, opgevat als: moedwillige namaak van merkproducten.

Met betrekking tot vraag 2:

26. Van "gebruik te kwader trouw" als bedoeld in artikel 13.A, lid 5, BMW is slechts sprake in gevallen van moedwillig gepleegde inbreuk.

Met betrekking tot vraag 3:

27. Van moedwillig gepleegde inbreuk is sprake indien degene wiens handelen achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld, zich ten tijde van zijn handelen bewust is geweest van het inbreukmakend karakter daarvan.

Daarbij geldt dat ieder die beroeps- of bedrijfsmatig in het economisch verkeer gebruik maakt van een teken, geacht wordt bekend te zijn met de inhoud van het merkenregister.

Van bewustheid in vorenbedoelde zin is geen sprake indien degene wiens handelen achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld, het verwijt van inbreuk heeft bestreden met een verweer dat in redelijkheid niet als bij voorbaat kansloos kan worden aangemerkt. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien het verweer gebaseerd is op

a) de stelling dat geen sprake is van verwarringsgevaar  
b) de stelling dat zijn gebruik van het teken wordt gerechtvaardigd door een contractuele relatie met de merkhouders

c) de stelling dat de merkinschrijving nietig of het merkrecht vervallen is.

Met betrekking tot vraag 4.a:

28. De in rechtsoverweging 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad onder (a) genoemde omstandigheid kan niet bijdragen aan het oordeel dat van gebruik te kwader trouw geen sprake is. De aldaar met (b) en (c) aangeduide omstandigheden kunnen wel aan dat oordeel bijdragen.

Met betrekking tot vraag 4.b:

29. Alle in rechtsoverweging 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad onder (a), (b) en (c) aangeduide feiten en omstandigheden kunnen worden aangemerkt als "omstandigheden van het geval" die aan toewijzing van de vordering tot winstafdracht in de weg kunnen staan."

3.3 Uit deze beantwoording blijkt dat de rechtsklachten van de onderdelen 3.1 en 3.3 terecht zijn voorgesteld. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de derde grief van IWC - tegen haar veroordeling op de voet van art. 13.A, lid 5, BMW tot afdracht van de winst die zij heeft genoten in de periode tussen het merkdepot van Michel (15 januari 1997) en de betekening van het in rov. 3.1 onder (vi) van het tussenarrest vermelde vonnis (14 juni 1999) - in rov. 4.9 en 4.10 van het bestreden arrest te verwerpen op de grond, kort samengevat, dat sinds de verbreking van hun zakelijke relatie eind 1995 en gedurende de inbreukprocedure tot juni 1999 IWC ernstig rekening ermee had te houden dat haar uiteindelijk merkinbreuk zou kunnen worden verweten, dat het voor haar risico is gekomen dat zij is doorgeslagen met het overstreden merkgebruik, alsmede dat hetgeen zij had aangevoerd ten behoeve van haar verweer dat dit gebruik niet te kwader trouw was, dan wel dat de omstandigheden van

het geval geen aanleiding gaven tot een veroordeling tot winstafdracht als bedoeld in art. 13.A, lid 5, ontoereikend is om van toewijzing van deze vordering af te zien.

In rov. 4.9 en 4.10 ligt immers besloten dat het hof bij beoordeling van de derde grief ervan is uitgegaan dat voor de toewijsbaarheid van een vordering tot winstafdracht als bedoeld in art. 13.A lid 5 BMW - thans: art. 2.21 lid 4 BVIE - voldoende is dat onder de omstandigheden van het geval de merkinbreuk aan de inbreukmaker (achteraf) kan worden verweten, dan wel dat die inbreuk voor zijn risico komt. Blijkens de antwoorden van het Benelux-Gerechtshof moet het voor gebruik te kwader trouw als bedoeld in art. 13.A lid 5 evenwel gaan om een "moedwillig gepleegde inbreuk" en is daarvan niet reeds sprake in een geval als het onderhavige waarin een merkgebruik achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld: de inbreukmaker dient zich van zijn inbreukmakend handelen bewust te zijn geweest, waarvan - gezien de antwoorden van het Hof op de vragen 3, 4.a en 4.b - geen sprake behoeft te zijn in een geval waarin de inbreukmaker zich tegen de hem verweten inbreuk heeft verweerd met een niet bij voorbaat kansloos beroep op een bestaande contractuele rechtsverhouding met de merkhouders welke, naar hij stelt, het gebruik van het teken heeft gerechtvaardigd.

Voorts volgt uit het arrest van het Benelux-Gerechtshof dat, anders dan het hof blijkens rov. 4.10 - kennelijk - van oordeel was, de door IWC in de feitelijke instanties aangevoerde, in rov. 3.4.2 van het tussenarrest onder (b) en (c) weergegeven, feiten en omstandigheden kunnen bijdragen aan het oordeel dat van gebruik te kwader trouw als bedoeld in art. 13.A, lid 5 geen sprake is geweest.

3.4 Ook de motiveringsklacht van onderdeel 3.3 is gegrond, voor zover daarin wordt geklaagd dat het hof zonder nadere motivering de daarin vermelde feiten en omstandigheden - weergegeven in het tussenarrest in rov. 3.4.2 onder (a), (b) en (c) - ontoereikend heeft geoordeeld voor het afwijzen, althans verminderen of matigen, van de vordering tot winstafdracht. Zij kunnen blijkens de uitspraak van het Benelux-Gerechtshof immers worden aangemerkt als "omstandigheden van het geval" als bedoeld in art. 13.A, lid 5.

De klacht met betrekking tot omstandigheid (d) faalt op de gronden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal, genomen na het arrest van het Benelux-Gerechtshof, onder 3.18.1 - 3.18.6.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 24 februari 2005;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt Michel in de kosten van het geding in casu, daaronder begrepen de kosten verband houdende met de behandeling van de zaak bij het Benelux-Gerechtshof, tot op deze uitspraak aan de zijde van IWC begroot op € 542,11 aan verschotten en € 4.800,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, J.C. van Oven en W.A.M. van Schendel, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 30 januari 2009.

---

## Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

Conclusie na arrest Benelux-Gerechtshof  
inzake:

Ondeo Nalco Netherlands BV, rechtsopvolgster van  
IWC Chemische Produkten BV

tegen

Michel Company Inc.

### 1. Inleiding, feiten en procesverloop

1.1. Deze zaak is terug bij de Hoge Raad na de beantwoording door het Benelux-Gerechtshof (daar: zaak A-2006/4) bij arrest van 11 februari 2008 van de prejudiciële vragen die bij (tussen-)arrest van 27 oktober 2006 door de Hoge Raad waren gesteld.(1)

1.2. Ook in dit stuk worden partijen doorgaans aangeduid als IWC, respectievelijk Michel.

1.3. In deze procedure, door Michel aangevangen in 2000, vordert Michel, onder meer, op de voet van art. 13.A, lid 5 Benelux-Merkenwet (oud) winstafdracht wegens gebruik van het merk Corblok dat IWC tussen 15 januari 1997 en 14 juni 1999 heeft gemaakt. Over die winstafdracht gaat het nu nog na het tussenarrest van de HR en het arrest van het BenGH.

1.4. Voor de feiten en het procesverloop tot en met het eerdere arrest van de Hoge Raad van 27 oktober 2006(2), kan verwezen worden naar rov. 1 t/m 3.2 van dat arrest. Uit rov. 6 t/m 8 van het arrest van het Benelux-Gerechtshof blijkt het procesverloop bij dat Hof.

1.5. Michel heeft een 'schriftelijke toelichting na arrest Benelux-Gerechtshof' gegeven.(3)

1.6. Met inachtneming van het arrest van het BenGH dient m.i. vernietiging met verwijzing te volgen.

### 2. De prejudiciële vragen en de beantwoording daarvan

2.1. In het arrest van 27 oktober 2006 heeft de Hoge Raad de onderdelen 1, 2, 3.2 en 4 van het cassatiemiddel verworpen (rov. 3.3 en 3.4.1). Met het oog op de beoordeling van de op de winstafdracht betrekking hebbende onderdelen 3.1 en 3.3 vermeldde de Hoge Raad in rov. 3.4.2 de volgende met (a), (b) en (c) aangeduide, door IWC aangevoerde feiten en omstandigheden:

'(a) IWC heeft de markt voor Corblok buiten de VS en Canada gecreëerd, zodat winstafdracht over het merkgebruik op die markt onredelijk is',

'(b) tussen partijen heeft een jarenlange contractuele relatie bestaan, krachtens welke tussen 1978 en ten minste 1997, het door IWC geproduceerde product door Michel in de VS en Canada werd gedistribueerd, en door IWC, met toestemming van Michel, onder het merk Corblok buiten de VS en Canada, terwijl de afspraken niet (rechtsgeldig) zijn opgezegd, althans niet onder aanbidding van een vergoeding;' [en]

(c) er was een geschil omtrent de vraag of IWC dan wel Michel een merkrecht hield, waarbij IWC reden had te menen dat zij een sterker recht had' [...].

De Hoge Raad stelde de volgende vragen van uitleg van art. 13A lid 5 BMW(4):

'1. Dient art. 13A lid 5 BMW aldus te worden uitgelegd dat van "gebruik te kwader trouw" als in die bepaling bedoeld slechts sprake is in gevallen van piraterij, opgevat als: moedwillige namaak van merkproducten?

2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt: is van "gebruik te kwader trouw" als in die bepaling bedoeld dan slechts sprake in gevallen van moedwillig gepleegde inbreuk?

3. Indien het antwoord op vraag 2 bevestigend luidt: onder welke omstandigheden is sprake van moedwillig gepleegde inbreuk?

4. a. Kunnen een of meer van de hiervoor in 3.4.2 met (a), (b) en (c) aangeduide feiten en omstandigheden bijdragen aan het oordeel dat van gebruik te kwader trouw geen sprake is?

b. Kunnen een of meer van de hiervoor in 3.4.2 met (a), (b) en (c) aangeduide feiten en omstandigheden worden aangemerkt als "omstandigheden van het geval" die aan toewijzing van de vordering tot winstafdracht in de weg kunnen staan?'

2.2. Het Benelux-Gerechtshof heeft deze vragen als volgt beantwoord:

'Met betrekking tot vraag 1:

25. Artikel 13.A, lid 5, BMW dient niet aldus te worden uitgelegd dat van "gebruik te kwader trouw" als in die bepaling bedoeld, slechts sprake is in gevallen van piraterij, opgevat als: moedwillige namaak van merkproducten.

Met betrekking tot vraag 2:

26. Van "gebruik te kwader trouw" als bedoeld in artikel 13.A, lid 5, BMW is slechts sprake in gevallen van moedwillig gepleegde inbreuk.

Met betrekking tot vraag 3:

27. Van moedwillig gepleegde inbreuk is sprake indien degene wiens handelen achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld, zich ten tijde van zijn handelen bewust is geweest van het inbreukmakend karakter daarvan.

Daarbij geldt dat ieder die beroeps- of bedrijfsmatig in het economisch verkeer gebruik maakt van een teken, geacht wordt bekend te zijn met de inhoud van het merkenregister.

Van bewustheid in vorenbedoelde zin is geen sprake indien degene wiens handelen achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld, het verwijt van inbreuk heeft bestreden met een verweer dat in redelijkheid niet als bij voorbaat kansloos kan worden aangemerkt. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien het verweer gebaseerd is op

a) de stelling dat geen sprake is van verwarringsgevaar

b) de stelling dat zijn gebruik van het teken wordt gerechtvaardigd door een contractuele relatie met de merkhouders

c) de stelling dat de merkinschrijving nietig of het merkrecht vervallen is.

Met betrekking tot vraag 4.a:

28. De in rechtsoverweging 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad onder (a) genoemde omstandigheid kan niet bijdragen aan het oordeel dat van gebruik te kwader trouw geen sprake is. De aldaar met (b) en (c) aangeduide omstandigheden kunnen wel aan dat oordeel bijdragen.

Met betrekking tot vraag 4.b:

29. Alle in rechtsoverweging 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad onder (a), (b) en (c) aangeduide feiten en omstandigheden kunnen worden aangemerkt als "omstandigheden van het geval" die aan toewijzing van de vordering tot winstafracht in de weg kunnen staan.'

### **3. Nadere bespreking van de onderdelen 3.1 en 3.3 van het cassatiemiddel**

3.1. Met inachtneming van het antwoord van het Benelux-Gerechtshof staan thans de door IWC aangevoerde onderdelen 3.1 en 3.3 ter verdere bespreking. Beide onderdelen zijn gericht tegen rov. 4.9-4.10 van het bestreden arrest van het Amsterdamse hof, die ik gemakshalve hier nog weergeef:

'4.9 Met de derde grief bestrijdt IWC haar veroordeling tot, kort gezegd, winstafracht aan Michel, als bedoeld in artikel 13 A lid 5 BMW. IWC wil ingang doen vinden dat haar merkgebruik niet te kwader trouw was dan wel dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven als bedoeld in die bepaling.

4.10 Bij de bespreking van deze kwestie wil het hof vooropstellen dat een veroordeling tot winstafracht ingrijpend is en tot verstrekkende consequenties kan leiden. Heel wel denkbaar is dat er omstandigheden zijn die moeten meebrengen dat van toewijzing van een dergelijke vordering wordt afgezien.

Hetgeen IWC in dit verband heeft aangevoerd is evenwel daarvoor niet toereikend. Vast staat dat haar zakelijke relatie met Michel al vanaf eind 1995 verbroken was. Gedurende het overgrote deel van de periode waarvoor de winstafracht wordt verlangd liep de procedure tussen Michel en IWC die is uitgemond in het vonnis van 2 juni 1999. De inleidende dagvaarding werd uitgebracht op 21 februari 1997. Bezwaarlijk kan dan ook worden aanvaard - gelijk hierboven in gelijklopende zin overwogen - dat Michel IWC, zoals zij stelt, in de waan heeft gelaten dat zij geen problemen had met het gebruik door IWC van het merk Corblok, dan wel dat IWC van Michel toestemming had om het merk Corblok te gebruiken voor leveranties aan haar eigen afnemers. In tegendeel, IWC had er ernstig rekening mee te houden dat haar uiteindelijk merkinbreuk zou kunnen worden verweten. Door desalniettemin door te gaan met het omstreden gebruik van het merk Corblok heeft IWC weloverwogen het risico genomen dat haar merkgebruik achteraf inbreukmakend zou blijken te zijn. Die handelwijze dient voor haar risico te komen en weegt zwaar bij de beoordeling van de vraag of winstafracht op haar plaats is.

Al hetgeen naar IWC stelt aan die procedure voorafgegaan is geeft enig inzicht in haar beweegredenen.

Die achtergrond rechtvaardigt echter niet om thans te oordelen dat bij het continueren van merkinbreuk gedurende genoemde procedure geen winstafracht zou

passen. IWC lijkt te miskennen dat in dit geval is komen vast te staan dat het relevante merkrecht gehouden werd door de (Amerikaanse) distributeur en niet door haar als producent, zodat zij niet de vrijheid had om de door haar geproduceerde corrosie-inhibitor buiten Michel om onder de merknaam Corblok af te zetten.

Verder heeft te gelden dat de voor IWC relevante markt beperkt van omvang was, zo'n vijftien tot twintig afnemers, zodat het niet goed valt in te zien waarom zij haar afnemers niet - al was het maar tijdelijk - zonder gebruikmaking van het merk Corblok had kunnen beleveren. [...]

Ook met de derde grief heeft IWC daarom geen succes.' Onderdeel 3.1

3.2. De met een rechts- en motiveringsklacht door onderdeel 3.1 aan de orde gestelde vraag is of het hof met vorenstaande overwegingen kon oordelen dat IWC te kwader trouw - in de zin van art. 13 lid 5 BMW - inbreuk op Michels merk had gemaakt.

3.3. Het onderdeel stelt dat die vraag door het hof ontkenkend beantwoord diende te worden, mede in het licht van de volgende (van vindplaatsen voorziene) stellingen die IWC bij de feitenrechter ter onderstreping van haar goede trouw in de zin van art. 13 lid 5 BMW naar voren heeft gebracht. In rov. 3.4.2, eerste alinea (pp. 9-10) van het tussenarrest heeft de Hoge Raad deze stellingname van onderdeel 3.1 als volgt weergegeven:

'Het [onderdeel] verwijt het hof te hebben miskend dat voor kwade trouw als bedoeld in art. 13A lid 5 BMW meer vereist is dan gewone verwijtbaarheid, en dat daarvoor noodzakelijk is het bestaan van opzet of daaraan grenzende grove schuld. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte niet heeft geoordeeld dat kwade trouw ontbrak, dan wel dat het nader had moeten motiveren waarom sprake was van kwade trouw, in het licht van de door IWC aangevoerde omstandigheden. Het doelt daarbij op een aantal stellingen die IWC in hoger beroep naar voren heeft gebracht en voert aan dat IWC heeft gesteld dat zij te goeder trouw meende een geldig merkrecht, althans een gebruiksrecht met betrekking tot het merk Corblok te hebben, ook al bleken haar argumenten ontoereikend in het geding dat leidde tot het vonnis van 2 juni 1999. Dat die argumenten ontoereikend zijn gebleken, doet er volgens het onderdeel niet aan af dat gesteld noch gebleken is dat IWC niet in feite te goeder trouw was of dat deze argumenten objectief gezien volkomen kansloos waren. Volgens IWC wordt haar goede trouw onderstreept door het feit dat zij onmiddellijk na het vonnis van 2 juni 1999 de gewraakte handelingen heeft gestaakt. Er was sprake van een bona fide zakelijk geschil. Voor het aannemen van kwade trouw is niet voldoende dat IWC zich bewust was van de betwistbaarheid van haar standpunt en daarmee enig risico nam, aldus het onderdeel.'

3.4. Gelet op de beantwoording door het Benelux-Gerechtshof van de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen, slaagt onderdeel 3.1.

Ik onderken dat, blijkens het antwoord op vraag 1, het begrip 'kwade trouw' in art. 13A, lid 5 BMW niet beperkt is tot 'gevallen van piraterij, opgevat als:

moedwillige namaak van merkproducten'. Er kan, blijkens het antwoord op vraag 2, van 'gebruik te kwader trouw' als bedoeld in artikel 13,A, lid 5 BMW ook sprake zijn in andere 'gevallen van moedwillig gepleegde inbreuk'.

Blijkens het antwoord op vraag 3 is van 'moedwillig gepleegde inbreuk' op zijn beurt sprake indien 'degene wiens handelen achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld, zich ten tijde van zijn handelen bewust is geweest van het inbreukmakend karakter daarvan'.

Daarbij geldt weliswaar - nog steeds volgens het antwoord op vraag 3 - 'dat ieder die beroeps- of bedrijfsmatig in het economisch verkeer gebruik maakt van een teken, geacht wordt bekend te zijn met de inhoud van het merkenregister'.

In casu is van (een beroep op) onbekendheid bij IWC met Michels inschrijving in het merkenregister geen sprake.

(Veronderstelde) bekendheid met de inhoud van het merkenregister is evenwel niet beslissend om 'bewust is geweest van het inbreukmakend karakter' respectievelijk 'moedwillig gepleegde inbreuk' aan te nemen. Het Benelux-Gerechtshof vervolgt in zijn antwoord op vraag 3: 'Van bewustheid in vorenbedoelde zin is geen sprake indien degene wiens handelen achteraf inbreukmakend wordt geoordeeld, het verwijt van inbreuk heeft bestreden met een verweer dat in redelijkheid niet als bij voorbaat kansloos kan worden aangemerkt.' Een van de door het Benelux-Gerechtshof (niet limitatief) genoemde voorbeelden waarbij dit zich zal kunnen voordoen is een verweer, gebaseerd op '(b) de stelling dat zijn gebruik van het teken wordt gerechtvaardigd door een contractuele relatie met de merkhouder'. IWC heeft zich op zo'n stelling beroepen.

3.5. Het Amsterdamse hof heeft in zijn rov. 4.10 - naar de kern - geoordeeld:

- dat er in de relevante periode een procedure tussen partijen liep;

- dat Michel IWC dus niet in de waan heeft gelaten dat Michel geen problemen had met het gebruik van het teken;

- dat IWC er ernstig rekening mee had te houden dat haar uiteindelijk merkinbreuk zou kunnen worden verweten;

- dat IWC door niettemin door te gaan met het omstreden gebruik weloverwogen het risico heeft genomen dat haar merkgebruik achteraf inbreukmakend zou blijken te zijn;

- dat die handelwijze dient voor haar risico te komen;

- dat is komen vast te staan dat Michel een relevant beter recht heeft, zodat IWC niet de vrijheid had om de door haar geproduceerde goederen onder de aangevallen merknaam af te zetten; en

- dat de voor IWC relevante markt maar beperkt van omvang was, zodat IWC die ook wel - tijdelijk - zonder gebruikmaking van het aangevallen teken had kunnen beleveren.

3.6. Voor een oordeel dat er sprake is van toerekenbaarheid van de inbreuk aan ICW (met eventueel verplichting tot schadevergoeding ex art. 13,A, lid 4 (oud) BMW(5)) zijn dit juiste en in zoverre ook niet

(meer) ter discussie staande argumenten. Door te volstaan met deze argumenten is het Amsterdamse hof in zijn rov. 4.10 evenwel - naar uit het arrest van het Benelux-Gerechtshof blijkt - ten onrechte voorbij gegaan aan verdergaande eisen, die nodig zijn voor het aanwezig oordelen van 'kwade trouw' in de zin van art. 13,A, lid 5.(6)

3.7. Daarbij blijkt het 'springende punt' te zijn dat het Amsterdamse hof klaarblijkkelijk zijn 'ex post'-visie op de inbreuk en de toerekenbaarheid daarvan aan IWC (waarop in zoverre niets aan te merken valt), heeft geëxtrapoleerd naar een 'ex ante'-oordeel omtrent kwade trouw aan die zijde. Uit het arrest van het Benelux-Gerechtshof blijkt dat dát niet mag. Immers: het nemen, zelfs het bewust nemen van een risico dat achteraf merkinbreuk aanwezig zal worden geoordeeld, impliceert geen kwade trouw zo lang niet is vastgesteld dat het standpunt van de tegenpartij van de (pretense) merkhouder niet 'in redelijkheid als bij voorbaat kansloos' moest gelden, zo blijkt uit dat arrest.(7) Hier geldt m.i. dus veeleer een maatstaf, vergelijkbaar met de (omgekeerde) maatstaf die aangelegd pleegt te worden in het kader van beoordeling van beroepsaansprakelijkheid bij bijv. gesteld verzuim van een advocaat door geen appel in te stellen: zou het appel tóch 'kansloos' zijn geweest?

De post-prejudiciële s.t. van Michel borduurt (onder 5 e.v.) voort op de onjuist gebleken benadering van het Amsterdamse hof.

3.8. Ten overvloede voeg ik aan het vorenstaande toe dat ook het antwoord van het Benelux-Gerechtshof op vraag 4.a van de Hoge Raad, waarin de relevantie van de door de Hoge Raad in rov. 3.4.2 van het tussenarrest onder (b) en (c) genoemde (door IWC gestelde) feiten en omstandigheden voor het oordeel over aanwezigheid van 'kwade trouw' bevestigd is, tot het in nr. 3.6 vermelde resultaat leidt.

Onderdeel 3.3

3.9. De rechts- en motiveringsklacht van onderdeel 3.3 is gericht tegen dezelfde rov. 4.9 en 4.10 van het Amsterdamse hof. Deze klacht is - als door de Hoge Raad in rov. 3.4.3, tweede alinea van het tussenarrest weergegeven (mijn cursivering toegevoegd) -:

'gericht tegen het oordeel van het hof dat de in het onderdeel opgesomde, door IWC in de feitelijke instanties aangevoerde omstandigheden ontoereikend zijn voor het afwijzen, verminderen of matigen van de vordering tot winstafdracht, nu winstafdracht primair is bedoeld als sanctie tegen doelbewuste piraterij, niet voor zakelijke geschillen als hier aan de orde. Althans, zo klaagt het onderdeel, geldt dat winstafdracht in dergelijke gevallen hoogstens kan worden beschouwd als een wijze van begroting van de geleden schade, althans is miskend dat de winst is gemaakt door verkopen in een gebied waarvan niet is gesteld dat Michel of een licentiehouders daar producten onder het merk Corblok in de handel brengt. De even bedoelde omstandigheden zijn, kort gezegd: (a) IWC heeft de markt voor Corblok buiten de VS en Canada gecreëerd, zodat winstafdracht over het merkgebruik op die markt onredelijk is, (b) tussen partijen heeft een jarenlange contractuele relatie

bestaan, krachtens welke tussen 1978 en ten minste 1997, het door IWC geproduceerde product door Michel in de VS en Canada werd gedistribueerd, en door IWC, met toestemming van Michel, onder het merk Corblok buiten de VS en Canada, terwijl de afspraken niet (rechtsgeldig) zijn opgezegd, althans niet onder aanbieding van een vergoeding; (c) er was een geschil omtrent de vraag of IWC dan wel Michel een merkrecht hield, waarbij IWC reden had te menen dat zij een sterker recht had; en (d) de toewijzing van afdracht van brutowinst is onredelijk, nu kosten in aanmerking genomen dienen te worden die IWC daadwerkelijk heeft gemaakt, terwijl Michel niet zulke kosten had en dusdoende een winst opstrijkt die zijzelf niet kon maken en ook IWC niet heeft gemaakt.'

3.10. Ik preciseer van mijn kant nog dat er in het kader van art. 13,A lid 5 BMW sprake is van een 'tweestappen-toets'. Voor een veroordeling tot winstafgifte is (i) vereist 'gebruik te kwader trouw' (als hierboven aan de hand van middelonderdeel 3.1 besproken), én (ii) dat er ook overigens geen sprake van is 'dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven' (onderwerp van onderdeel 3.3). Dat het ook bij (ii) om een rechts criterium gaat, blijkt uit het arrest van het Benelux-Gerechtshof, net als uit de prejudiciële vraagstelling van de Hoge Raad.

3.11. Gelet op de beantwoording door het Benelux-Gerechtshof van de vragen van de Hoge Raad, slaagt m.i. ook onderdeel 3.3.

Het Benelux-Gerechtshof heeft over de desbetreffende vraag 4.b van de Hoge Raad geoordeeld: 'Alle in rechtsoverweging 3.4.2 van het arrest van de Hoge Raad onder (a), (b) en (c) aangeduide feiten en omstandigheden kunnen worden aangemerkt als "omstandigheden van het geval" die aan toewijzing van de vordering tot winstafdracht in de weg kunnen staan.'

3.12. Dat het Amsterdamse hof aan stellingen van IWC als hier bedoeld aandacht heeft gegeven in het kader van de toerekenbaarheidsvraag, blijkt uit het bestreden arrest. Echter, andermaal: zoals uit het bestreden arrest niet blijkt dat hij in het kader van de 'kwade-trouweerste-stap-vraag', de onder (b) en (c) door IWC ingeroepen feiten en omstandigheden heeft meegewogen, blijkt ook niet, dan wel ongenoegzaam dat hij in de sleutel van de 'tweede stap-vraag' de onder (a), (b) en (c) door IWC ingeroepen feiten en omstandigheden(8) heeft meegewogen.

Ik blijf bij hetgeen ik schreef in nrs. 4.57-4.60 van mijn conclusie voor het tussenarrest van de Hoge Raad (mede herinnerend aan hetgeen ik in nrs. 3.5-3.7 hierboven vermeldde).

3.13. Hetgeen (mede) ten deze in de post-prejudiciële s.t. namens Michel (in nr. 7 e.v.) naar voren wordt gebracht, sluit eensdeels aan bij de met het arrest van het Benelux-Gerechtshof niet verenigbare in nr. 3.7 bedoelde 'ex-post-visie' van het Amsterdamse hof (en van Michel zelf, in eerdere dingtalen). Het heeft anderdeels een sterk feitelijk karakter.

Stellingen die Michel in laatstbedoeld opzicht inneemt, kan zij, des geraden, (andermaal) betrekken in de procedure na vernietiging en verwijzing, maar zijn m.i.

niet toereikend om tot verwerping van middelonderdeel 3.3 te kunnen concluderen.

3.14. IWC had zich óók in onderdeel 3.3 óók nog beroepen op de omstandigheid, die de Hoge Raad in rov. 3.4.2 van het tussenarrest als volgt heeft weergegeven: '(d) de toewijzing van afdracht van brutowinst is onredelijk, nu kosten in aanmerking genomen dienen te worden die IWC daadwerkelijk heeft gemaakt, terwijl Michel niet zulke kosten had en dusdoende een winst opstrijkt die zijzelf niet kon maken en ook IWC niet heeft gemaakt'.

3.15. De Hoge Raad achtte het - blijkens rov. 3.4.3, laatste volzin van het tussenarrest - niet nodig om ten deze een vraag van uitleg aan het Benelux-Gerechtshof te stellen, nu de daarmee opgeworpen vraag [van uitleg van art. 13,A, lid 5 BMW] reeds beantwoording had gevonden in het arrest van BenGH 24 oktober 2005, nr. A/2004/5, NJ 2006, 442, BIE 2006, nr. 28, p. 172 (Delhaize/Dior).

3.16. Nu dit in het tussenarrest nog niet geschied is, dient de Hoge Raad zich thans mede uit te spreken over deze 'stelling (d)' van IWC.

3.17. In mijn aan het tussenarrest voorafgaande conclusie heb ik, in onder meer nrs. 4.61-4.63, hierover een visie gegeven.

Die komt op het volgende neer:

- indien 'kwade trouw' in de zin van art. 13,A, lid 5 BMW niet aanwezig wordt geacht, komt men aan deze kwestie niet toe;

- omgekeerd kan de in 'stelling (d)' bedoelde omstandigheid niet dienen ter adstructie van het ontbreken van 'kwade trouw' (dat ligt inmiddels ook besloten in het antwoord van het Benelux-Gerechtshof op vraag 4.a van de Hoge Raad);

- voor zover de rechter overigens terecht zowel 'kwade trouw' als een falend beroep op 'omstandigheden van het geval' (zoals: de door het BenGH in het antwoord op vraag 4.b van de Hoge Raad onder (a), (b) en (c) bedoelde omstandigheden) aanneemt, kunnen argumenten over een geringere winst dan door het BenGH blijkens het arrest Delhaize/Dior bij de uitleg van het winstbegrip voor maatgevend gehouden, geen opgeld doen.

Ik concludeerde toen (in nrs. 4.63-4.64), en ik concludeer ook nu, dat IWC's beroep op de in rov. 3.4.2 van het tussenarrest bedoelde 'stelling (d)' niet tot cassatie kan leiden.

3.18. Met 'voortschrijdend inzicht' meen ik evenwel dat ik deze visie nog nader dien te preciseren.

3.18.1. Ik constateer vooreerst dat in het licht van rov. 12-13 van het arrest Delhaize/Dior (uitsluitend) voor aftrek in aanmerking kunnen komen (i) 'belastingen en kosten die rechtstreeks samenhangen met de verkoop van de desbetreffende waren' en niet (ii) 'andere kosten zoals de algemene kosten, die de gehele onderneming betreffen' (anders gezegd: wél variabele (directe) kosten, maar níét een aandeel in indirecte of overheadkosten(9)).

In de in het tussenarrest van de Hoge Raad in rov. 3.4.2 geciteerde stelling (d) van IWC ('nu kosten in aanmerking genomen dienen te worden die IWC daadwerkelijk heeft gemaakt, terwijl Michel niet zulke

kosten had en dusdoende een winst opstrijkt die zijzelf niet kon maken en ook IWC niet heeft gemaakt'(10)), is niet onderscheiden tussen de met (i) en (ii) aangeduide kostensoorten. Is thans nader onderzoek hiernaar vereist?

3.18.2. Men zou kunnen zeggen dat IWC niet euvel valt te duiden dat het onderscheid in de geciteerde stelling in de cassatiedagvaarding d.d. 24 mei 2005 niet is gemaakt, nu die dateert van (ruim) vóór 24 oktober 2005, de datum van Delhaize/Dior-arrest. Ik constateer evenwel dat in het appel van IWC tegen het vonnis van de rechtbank van 22 januari 2003 géén grief gericht is tegen de wijze van berekenen van de hoogte van de winstafdracht.

In dat vonnis overwoog de rechtbank in rov. 4.16 (mijn cursivering toegevoegd):

'Het hiervoor overwogene leidt er [...] toe, dat de vordering tot afdracht van de winst [...] moet worden toegewezen, zoals in het dictum is vermeld.

De rechtbank zal, gelet op de omstandigheid dat voor de berekening van de omvang van de winst een in overleg aan te wijzen derde zal moeten worden benaderd, de termijn waarbinnen IWC aan het hier vermelde dient te voldoen op zes maanden stellen.

Voorts zal als uitgangspunt voor het winstbegrip dienen te gelden de bruto winst die IWC heeft behaald met haar inbreukmakende handelen verminderd met de aan dit inbreukmakend handelen gerelateerde directe kosten van IWC. Die kosten heeft Michel immers niet behoeven te maken en heeft zij derhalve bespaard.'

Het desbetreffende onderdeel 5.2 van het dictum luidde (mijn cursivering toegevoegd):

'veroordeelt IWC aan Michel binnen zes maanden na betekening van dit vonnis de met de inbreuk genoten winst tussen 15 januari 1997 tot 14 juni 1999 af te dragen, vermeerderd met de wettelijke rente over het te betalen bedrag vanaf de datum van de dagvaarding tot aan de dag van voldoening, waarbij de winst dient te worden berekend door een door beide partijen overeen te komen onafhankelijke registeraccountant van een van de zes grootste accountantskantoren van Nederland, en als winst zal worden aangemerkt de bruto winst die IWC heeft behaald met haar inbreukmakende handelen verminderd met de aan dit inbreukmakend handelen gerelateerde directe kosten van IWC, onder aflegging van rekening en verantwoording dienaangaande;'

3.18.3. De grieven I, II, IV en V van IWC spelen in dit verband geen rol. Grief III klaagde (a) over de door de rechtbank in rov. 4.16 aangenomen toewijsbaarheid van de vordering tot winstafdracht, en in het bijzonder over (b) de daartoe in rov. 4.14 door de rechtbank aangenomen kwade trouw van IWC, alsmede (c) het in rov. 4.15 verworpen beroep van IWC op rechtsverwerking aan de zijde van Michel, respectievelijk de verworpen stelling van IWC, dat de omstandigheid dat zij zelf een eigen markt heeft gecreëerd niet tot de conclusie kan leiden dat het onredelijk is de winst aan Michel af te dragen.

Hier is géén bezwaar gemaakt tegen de door de rechtbank aangegeven wijze van berekening (in de

hierboven in nr. 3.17.2 gecursiveerde passages van het vonnis). Slechts in de toelichting op de grief, onder 7.12, is nog terloops opgemerkt: 'Nu zou op grond van het Benelux merkenrecht IWC alle door haar gemaakte winsten over de jaren 1997-1999 aan Michel moeten afdragen'. Het is niet onbegrijpelijk dat het hof (ook) daarin niet een grief tegen de door de rechtbank aangegeven wijze van berekening heeft gelezen.

3.18.4. Pas bij pleidooi bij het Amsterdamse hof op 1 november 2004(11) is namens IWC expliciet geklaagd over de wijze van berekening van de winst door KPMG. KPMG is de 'onafhankelijke registeraccountant' die ingevolge het vonnis van de rechtbank door partijen was aangewezen om de af te dragen winst te berekenen. KPMG had - na het instellen van het hoger beroep door IWC (exploot van 5 maart 2003), maar vóór het dienen van grieven (8 januari 2004) - over de winstberekening gerapporteerd, en wel op 30 oktober 2003(12) (uitkomend op € 818.000 netto, excl. rente). In de pleitnota van 1 november 2004 wordt erop gewezen dat IWC bij de accountant bezwaar gemaakt had tegen het niet in aanmerking nemen van (ook) kosten van 'huur gebouwen, personeelskosten, boekhoudkundige activiteiten, telecommunicatie etc'. Dit blijkt tevens uit het accountantsrapport zelf, par. 3.3.2.1 (pp. 8-9). Daaruit blijkt voorts dat de accountant dit bezwaar van de hand heeft gewezen, onder verwijzing naar het vonnis van de rechtbank. De accountant heeft als 'aan het inbreukmakend handelen gerelateerde kosten', naast 'kostprijs van de omzet' (grondstoffen, mengloon, opslagkosten, zie par. 3.2.3), slechts aan de omzet toerekenbare distributiekosten, commissies, salariskosten van verkoopmedewerkers, loon- en reis- en verblijfkosten en overige directe verkoopkosten in aanmerking willen nemen (zie par. 3.3.2.1). In genoemde pleitnota onder 10.2 en 10.3 heeft IWC zich daardoor ten overstaan van het hof beklaagd.

3.18.5. Dat klagen kan - nog afgezien van het tijdstip: bij pleidooi - niet als grief gelden. De accountant heeft, zoals hij aangeeft, slechts het door de rechtbank aangegeven criterium - zoals hij dat heeft verstaan - opgevolgd. Tegen het door de rechtbank aangegeven criterium is, als gezegd, niet gegriefd, terwijl in cassatie ook niet geklaagd is dat het hof onbegrijpelijkerwijs van een (onbegrijpelijke) berekening door de accountant is uitgegaan.

3.18.6. Onderdeel 3.3 faalt dus, voor zover het de klacht inhoudt dat het hof niet of onvoldoende aandacht heeft besteed aan de stelling '(d) dat 'de toewijzing van afdracht van brutowinst [...] onredelijk [is], nu kosten in aanmerking genomen dienen te worden die IWC daadwerkelijk heeft gemaakt, terwijl Michel niet zulke kosten had en dusdoende een winst opstrijkt die zijzelf niet kon maken en ook IWC niet heeft gemaakt'. Tegen de door de rechtbank aangegeven wijze van winstberekening was immers geen grief aangevoerd.

3.18.7. Terzijde teken ik nog aan dat het mij voorkomt dat de maatstaf van de rechtbank (en de wijze waarop die is opgevat en uitgewerkt door de accountant) strookt met de berekeningsmaatstaf van het later, op 24

oktober 2005 gewezen arrest van het Benelux-Gerechtshof in de zaak Delhaize/Dior.

3.18.8. Eveneens terzijde herinner ik overigens nog aan het positieve antwoord in het arrest van het Benelux-Gerechtshof in de onderhavige zaak over de relevantie van omstandigheid (a) in het antwoord op vraag 4.b van de Hoge Raad: '(a) IWC heeft de markt voor Corblok buiten de VS en Canada gecreëerd, zodat winstafdracht over het merkgebruik op die markt onredelijk is'. Indien feitelijk juist bevonden, zou dit gegeven (bij wege van een soort 'voor-stap') kunnen leiden tot een resultaat dat mogelijk de relevantie van het onderwerp van stelling '(d)' zou kunnen doen verbleken, althans verminderen (preciezer hoeft ik niet te zijn en wil ik niet zijn), dus óók ten aanzien van de door mij in nr. 3.17.1 onder (ii) bedoelde 'andere' of 'vaste' of 'indirecte' kosten'.

#### 4. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing van de zaak naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

losbl. Schadevergoeding, aant. 10 bij art. 6:104) worden toegepast.

10 Een stellingname die teruggaat op de pleitnota namens IWC van 1 november 2004, nrs. 10.1-10.3; vgl. ook onderdeel 3.3 (blz. 3 onderaan) van het cassatiemiddel. Zie ook hierna nr. 3.18.4.

11 Zie de al genoemde pleitnota van 1 november 2004, nrs. 10.1-10.3, waarnaar onderdeel 3.3 (blz. 3 onderaan) van het cassatiemiddel verwijst.

12 Productie 7 bij Memorie van Antwoord zijdens Michel.

---

1 Het arrest van BenGH 11 februari 2008 is inmiddels gepubliceerd in NJ 2008, 535 m.nt. Ch. Gielen.

2 Zelfde zaaknummer; gepubliceerd in NJ 2006, 558.

3 IWC heeft van een nadere schriftelijke toelichting afgezien. Navraag bij haar advocaat heeft bevestigd dat IWC - anders dan de rolkaart vermeldt - ook niet heeft gerepliceerd.

4 Thans - inhoudelijk overeenstemmend - neergelegd in art. 2.21 lid 4 BVIE.

5 De klacht in onderdeel 2 over de door het (A'damse) hof in rov. 4.8 aangenomen verplichting tot schadevergoeding is in het tussenarrest van de Hoge Raad (rov. 3.3) dan ook verworpen.

6 Hetzelfde geldt voor het oordeel in rov. 4.7 van het (A'damse) hof dat IWC 'zonder daartoe gerechtigd te zijn en in de wetenschap dat Michel merkgerechtigde was het merk Corblok in de Benelux [heeft] gebruikt', waarnaar de pre-prejudiciële s.t. namens Michel in nrs. 31 en 33 verwees. Ook deze in het kader van de voor schadevergoeding vereiste toerekenbaarheid gegeven overweging, gaat - hoewel in die context begrijpelijkerwijs - voorbij aan de argumenten van onderdeel 3.1, volgens welke het hof ten onrechte of onvoldoende begrijpelijk voor winstafdracht vereiste kwade trouw heeft aangenomen.

7 Er laat zich een overvloed aan gevallen denken, waarbij enerzijds aan alle door het Amsterdamse hof hier genoemde elementen voldaan is, maar anderzijds de 'uitslag' afhangt van een min of meer principiële rechtsvraag, of van een moeilijk voorspelbaar feitelijk appreciatie-oordeel van de rechter. Ook al neemt de gedaagde 'welbewust' het risico (etc.) als door het Amsterdamse hof in rov. 4.10 bedoeld, dan is daarmee (dus) nog allerminst 'kwade trouw' gegeven.

8 Zie over de onder (d) bedoelde feiten en omstandigheden hierna nr. 3.14 e.v.

9 Nog anders gezegd: hier mag geen 'integrale kostprijsberekening' (zie daarover bijv. T.E. Deurvorst,