

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.096.763
(zaaknummer rechtbank Utrecht 277685)

arrest van de zesde kamer van 9 april 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Adventure Bags B.V.,
gevestigd te Steenwijk,
appellante in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
hierna: Adventure Bags,
advocaat: mr. A.P. Maes,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Kruidvat Retail B.V.,
gevestigd te Renswoude,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
hierna: Kruidvat,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 1 december 2010 en 15 juni 2011 die de rechtbank Utrecht tussen Adventure Bags als eiseres in conventie, verweerster in (voorwaardelijke) reconventie en Kruidvat als gedaagde in conventie, eiseres in (voorwaardelijke) reconventie heeft gewezen. Het (eind)vonnis van 15 juni 2011 is gepubliceerd onder LJN: BQ7630.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Adventure Bags heeft Kruidvat bij exploit van 4 juli 2011 aangezegd van dat vonnis van 15 juni 2011 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Kruidvat voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft Adventure Bags twaalf grieven tegen het besloten vonnis aangevoerd, bewijs aangeboden en producties in het geding gebracht. Zij heeft

gevorderd dat het hof het bestreden vonnis in conventie en in reconventie zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest, de vorderingen van Adventure Bags in conventie alsnog zal toewijzen en de vorderingen van Kruidvat in reconventie alsnog zal afwijzen, alsmede Kruidvat zal veroordelen in de proceskosten van de eerste aanleg in conventie en reconventie en van het hoger beroep, met bepaling dat indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na het arrest zijn voldaan, Kruidvat de wettelijke rente over de proceskosten is verschuldigd.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft Kruidvat verweer gevoerd, bewijs aangeboden en een productie in het geding gebracht. Zij heeft geconcludeerd dat het hof Adventure Bags in haar hoger beroep niet-ontvankelijk zal verklaren, dan wel dat hoger beroep zal afwijzen, met veroordeling van Adventure Bags in de kosten van [het hof leest] het hoger beroep.

2.4 Bij dezelfde memorie heeft Kruidvat incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 15 juni 2011 en heeft zij daartegen één grief aangevoerd. Zij heeft gevorderd dat het hof het vonnis zal vernietigen, waarna het hof het proces onder rechtsverwijping 4.65 is overwogen, en Adventure Bags zal veroordelen, uitvoerbaar bij voorraad, om aan Kruidvat te betalen een bedrag van € 50.565,16 inclusief de over dit bedrag verschuldigde rente, alsmede de proceskosten in beide instanties.

2.5 Bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep, tevens akte, heeft Adventure Bags verweer gevoerd, producties overgelegd en geconcludeerd dat het hof Kruidvat in het incidenteel appel niet-ontvankelijk zal verklaren, althans het door Kruidvat gevorderde zal afwijzen, kosten rechtens.

2.6 Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd en heeft het hof arrest bepaald.

2.7 Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (*Staatsblad* 2012, 313) wordt in deze voor 1 januari 2013 aanhangig gemaakte zaak uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem.

3. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven onder 2.1 tot en met 2.19 van het bestreden vonnis van 15 juni 2011.

4. De beoordeling in hoger beroep

4.1 In eerste aanleg heeft Adventure Bags in conventie betaling gevorderd van enkele niet voldane facturen voor tassen en portemonnees die Kruidvat bij haar heeft besteld ter waarde van € 611.463,29 alsmede van enkele bedragen ter zake van proceskosten, dwangsommen en buitengerechtelijke kosten. Kruidvat heeft de verschuldigheid van deze bedragen deels

facturen tot een bedrag van € 504.143,17 (mazzes in juni en augustus 2007, gesloten producties), waarvan zij de verschuldigheid niet betwist, alsmede de proceskosten van € 1.055,00 beroept Kruidvat zich op verrekening met haar eigen, in reconventie ingesteld

vorderingen die strekken tot vergoeding van de schade die Kruidvat stelt te hebben geleden doordat Adventure Bags niet heeft voldaan aan haar garantieverplichting om slechts goederen te leveren die geen inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten van derden.

4.2 In het bestreden vonnis heeft de rechtbank het beroep van Kruidvat op ontbinding en verrekening gehonoreerd, de gevorderde dwangsommen afgewezen en de vordering in reconventie tot een bedrag van € 548.713,75 inclusief een rentepost van € 3.226,69 toewijsbaar geoordeeld. Zij heeft Adventure Bags vervolgens, na toepassing van de door Kruidvat ingeroepen verrekening, veroordeeld om aan Kruidvat te betalen een bedrag van € 216.125,14 met wettelijke rente en de proceskosten van de onderhavige procedure in eerste aanleg. Tegen deze oordelen zijn de grieven in het principale hoger beroep gericht. Met haar grief in het incidenteel hoger beroep komt Kruidvat op tegen de afwijzing van de door haar als schade gevorderde kosten van rechtsbijstand met betrekking tot de onderhavige en andere (inbreuk)procedure(s).

Bespreking van de grieven in het principaal hoger beroep

4.3 Grief I bestrijdt het oordeel van de rechtbank in rov. 4.9 dat de algemene inkoopvoorwaarden van de A.S. Watsongroep, waartoe Kruidvat behoort (hierna: de algemene voorwaarden), van toepassing zijn op de vóór 30 januari 2008 gedane bestellingen (op welke bestellingen Kruidvat haar schadevergoedingsvorderingen goeddeels baseert). Adventure Bags wijst bij haar toelichting op de grief mede op de onjuiste aanname in het bestreden vonnis dat het door Kruidvat overlegde “supply-form” door Adventure Bags is ondertekend. Kruidvat erkent dat deze aanname onjuist is. Adventure Bags bestrijdt voorts in het bijzonder de stelling van Kruidvat dat zij, conform haar vaste beleid bij nieuwe leveranciers, bij de bespreking op 24 september 2007 de algemene voorwaarden aan de directeur van Adventure Bags, R.E. Klein (hierna: Klein), heeft overhandigd en deze met hem heeft besproken.

4.4 Het hof overweegt als volgt. Dat de algemene inkoopvoorwaarden op de desbetreffende bestellingen van toepassing zijn geworden, volgt reeds hieruit dat in het als productie 14 overgelegde e-mailbericht van 25 september 2007 van Kruidvat aan Adventure Bags alsook in het daarbij gevoegde “supply-form” uitdrukkelijk wordt verwezen naar de algemene inkoopvoorwaarden en de overhandiging daarvan op 24 september 2007. Met dit bericht – in het bijzonder ook de daarin opgenomen vraag om de algemene voorwaarden ondertekend te retourneren – heeft Kruidvat voldoende duidelijk aan haar wederpartij te kennen gegeven dat zij onder haar eigen algemene voorwaarden zaken wilde doen. Bij het uitblijven van enige reactie zijdens Adventure Bags mocht Kruidvat erop vertrouwen dat dit voor Adventure Bags akkoord was. Deze instemming wordt voorts onderstreept door de ondertekening van deze voorwaarden door Klein namens Adventure Bags op 30 januari 2008, alsmede door de retourzending op 4 oktober 2007 van het ingevulde “supply-form” en het zonder bezwaar ontvangen order sheet dat Kruidvat haar had toegezonden. In hoger beroep voert Adventure Bags nog aan dat de desbetreffende orders zijn opgenomen op haar eigen orderpapier waarop wordt verwezen naar haar eigen algemene voorwaarden, maar deze nieuwe stelling is niet nader toegelicht, bijvoorbeeld met een productie waar zulks uit blijkt, zodat deze stelling en het beroep dat Adventure Bags kennelijk wil doen op artikel 6:225 lid 3 BW (“battle of the forms”) haar reeds hierom niet kunnen baten.

4.5 Wat betreft de mogelijkheid tot kennisneming zoals bedoeld in artikel 6:233 BW, is ook het hof van oordeel dat Adventure Bags onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat

Kruidvat haar voorwaarden ter gelegenheid van de bespreking op 24 september 2007 aan Klein heeft overhandigd. Adventure Bags volstaat met een blote betwisting en laat onverklaard waarom Klein de e-mail van 25 september 2007 alsmede het door hem geretourneerde "supply-form" (waarin wordt verondersteld respectievelijk expliciet is vermeld dat de algemene voorwaarden inderdaad waren overhandigd) onweersproken heeft gelaten. Voorts blijft zij het antwoord schuldig op de vraag wanneer zij de voorwaarden die Klein op 30 januari 2008 heeft ondertekend, dan wel heeft ontvangen. Maar ook uitgaande van de juistheid van haar betwisting, moet worden geoordeeld dat Kruidvat in de zin van voornoemd artikel 6:233 BW een redelijke gelegenheid heeft geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Uit meergenoemd e-mailbericht en de bijgevoegde "supply-form" blijkt immers dat Kruidvat in de veronderstelling verkeerde dat zij de voorwaarden aan Klein had overhandigd; zij verzoekt hem expliciet deze ondertekend te retourneren. Wanneer Klein dan nalaat om Kruidvat op de onjuistheid van deze veronderstelling te wijzen, komt het voor eigen rekening van Adventure Bags dat zij (niet tijdig) van de inhoud heeft kennisgenomen en kan Adventure Bags zeker na ontvangst van de ordersheet en de latere ondertekening van de voorwaarden, zich er niet later op beroepen dat de voorwaarden haar niet tijdig ter hand zijn gesteld. Dit alles betekent dat grief I niet slaagt.

4.6 Grief II faalt omdat de omstandigheden die Adventure Bags in haar memorie van grieven aanvoert, geen andere uitleg van de artikelen 6 en 7 van de algemene inkoopvoorwaarden rechtvaardigen dan door de rechtbank in rov. 4.26 van het bestreden vonnis is gegeven, nog daargelaten dat het relaas van Adventure Bags door Kruidvat bij memorie van antwoord gemotiveerd is weersproken met, onder meer, de stelling dat de garantie van 20 april 2009 een standaardgarantie is die juist eenzijdig door Kruidvat is opgesteld en Adventure Bags op deze gemotiveerde betwisting bij haar nadere akte in principaal hoger beroep niet meer is teruggekomen.

4.7 Grief III ziet op wat, naar het hof voorkomt, de kern van het geschil is, te weten: of de artikelen 6 en 7 van de algemene inkoopvoorwaarden in de gegeven omstandigheden onredelijk bezwarend zijn, althans dat het in die omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Kruidvat zich op deze bepalingen beroept. Daarbij gaat in het bijzonder om artikel 6iii van de algemene inkoopvoorwaarden voor zover deze bepaling Kruidvat jegens Adventure Bags aanspraak geeft schadeloosstelling voor alle kosten, schaden en verliezen die Kruidvat maakt of lijdt als gevolg van (vermeende) inbreuken op intellectuele eigendoms(rechten) van derden.

4.8 Niet ter discussie staat dat de garantie van artikel 6 en vooral de schadeloosstelling van artikel 6iii verstrekkende bepalingen zijn met een eenzijdige risicoverdeling, nu Kruidvat daaraan het recht ontleent om alle schade en kosten ook voor vermeende inbreuken op Adventure Bags te verhalen. Evenals de rechtbank is het hof echter van oordeel dat in de concrete omstandigheden van deze zaak niet kan worden gezegd dat deze bepalingen als onredelijk bezwarend vernietigbaar zijn.

4.9 In hoger beroep benadrukt Adventure Bags dat Kruidvat voor veel van haar acties waren aanbiedt, die dicht tegen bekende, duurdere producten van derden aanleunen en dat Kruidvat met die strategie herhaaldelijk in problemen komt met de rechthebbenden op die producten. Dat moge zo zijn, maar het neemt niet weg dat Adventure Bags het jegens Kruidvat op zich heeft genomen die waren te laten produceren en te leveren. In zoverre contracteerden partijen samen over "riskante producten", producten die het reële risico met zich brachten dat derden zich daartegen, al dan niet met grond, zouden gaan verzetten. Welk

risico volgens Adventure Bags nog werd vergroot doordat het niet ging om een kleine afnemer, maar om Kruidvat dat de geleverde waren op grote schaal en met veel reclame-inspanningen en tegen een lage prijs zou gaan verkopen. In die omstandigheden was het de verantwoordelijkheid van elk van beide partijen om nauwkeurig te beoordelen of, en zo ja onder welke voorwaarden zij de transactie wilde aangaan en om de daaraan verbonden risico's contractueel te regelen. Die verantwoordelijkheid had ook Adventure Bags als kleinere partij: zoals de rechtbank in rov. 4.10 terecht overweegt, kon en moest ook Adventure Bags als ondernemer in deze branche zich van de risico's en het belang van de contractuele verdeling daarvan bewust zijn en het had, waar Adventure Bags zelf niet over in deze juridische materie geverseeerde medewerkers beschikte, op haar weg gelegen zich van deskundige bijstand te voorzien. Het was voorts haar eigen verantwoordelijkheid om, ook als haar onderhandelingsruimte beperkt was, zich tegen de voorgestelde bepalingen te verzetten of de transactie te weigeren. In zoverre valt niet in te zien in welk opzicht Adventure Bags, zoals zij lijkt te stellen, in een dwangpositie verkeerde. Een economische dwangpositie is bovendien op zichzelf ook niet voldoende.

4.10 Tegen die achtergrond – in het bijzonder de aard van de onderhavige transacties – kan ook niet worden gezegd dat Adventure Bags op een verstrekkend beding in de algemene voorwaarden als artikel 6 niet bedacht hoefde te zijn. Daarbij speelt mede een rol dat partijen naast deze algemene voorwaarden waaronder Kruidvat wilde contracteren, wat zij zoals hiervoor is overwogen ook duidelijk had te kennen gegeven, kennelijk geen specifieke condities zijn overeengekomen, alsmede dat, zo al niet juist is dat de algemene voorwaarden op 14 september 2007 met Klein zijn besproken, in elk geval vaststaat dat Klein de voorwaarden heeft ondertekend en per bladzijde heeft geparafeerd. Voorts is van belang dat in de meergenoemde omstandigheden – wederom: in het bijzonder de aard van de transactie – het voor Adventure Bags voldoende duidelijk moet zijn geweest, althans had behoren te zijn, aan welke risico's het beding zoals het is geformuleerd haar blootstelde, ook zonder dat het begrip "vermeende" in de overeenkomst nader wordt gedefinieerd.

Die risico's zijn ook niet van dien aard dat het Kruidvat tegenover een professionele wederpartij als Adventure Bags niet zou vrijstaan zou om deze risico's met de desbetreffende bepaling(en) in de algemene voorwaarden weg te contracteren. Zoals hiervoor is overwogen, bracht de transactie waarin Adventure Bags zich heeft begeven voor beide partijen het risico met zich dat zij zouden worden geconfronteerd met inbreukclaims en dat zij in dat verband kosten zouden moeten maken. Zoals de rechtbank in rov. 4.8 overwoog, was dat risico om (als eerste) te worden aangesproken voor Kruidvat als (grote) verkoper waarschijnlijk nog groter dan voor Adventure Bags. Voor beide partijen geldt voorts dat zij het bedoelde risico weliswaar kunnen beperken door voldoende afstand van bestaande producten te nemen, maar dat zij niet in de hand hebben dat derden zich zullen melden met claims die weliswaar ongegrond of zelfs puur speculatief zijn, maar ter afwering waarvan wel (proces)kosten moeten worden gemaakt (die overigens in de procedures waarom het hier gaat volledig plegen te worden vergoed). Dat Kruidvat als afnemer haar deel van dit voor beide partijen onbeheersbare risico vervolgens bij haar leverancier Adventure Bags heeft neergelegd, maakt het beding nog niet onredelijk bezwarend, ook niet voor zover Kruidvat haar wederpartij heeft verzocht zo dicht mogelijk bij een bestaand product aan te sluiten en voor zover de positie van Kruidvat de kans op claims vergroot. Die aspecten had Adventure Bags kunnen en moeten meewegen bij de beslissing of zij met deze wederpartij op deze voorwaarden wilde contracteren. In dat verband had Adventure Bags ook onder ogen kunnen en moeten zien dat, zoals de rechtbank in rov. 4.18 met deugdelijke argumenten heeft vastgesteld, het beding meebrengt dat Kruidvat bij een eventuele claim niet hoeft af te wachten tot bij onherroepelijke uitspraak is vastgesteld of van een inbreuk al dan niet sprake

is, maar dat zij kan besluiten om de zaak ter vermijding van (mogelijk) hogere kosten, te schikken. De enkele mogelijkheid dat Adventure Bags op die beslissing (mogelijk) geen invloed kan uitoefenen maakt het beding nog niet als onredelijk bezwarend vernietigbaar.

4.11 Het oordeel dat de gewraakte bepalingen gelet op de gevaren waaraan deze Adventure Bags bloot stelden niet als onredelijk bezwarend vernietigbaar zijn, laat nog wel (enige) ruimte om aan de hand van artikel 6:248 lid 2 BW te beoordelen of het, gelet op de wijze waarop Kruidvat dit beding heeft uitgevoerd, dat wil zeggen: de haar toegekende bevoegdheid heeft uitgeoefend, in het bijzonder gelet op de mate waarin zij zich de belangen van Adventure Bags heeft aangetrokken, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Kruidvat zich ten aanzien van een bepaald schadegeval jegens Adventure Bags op die bepaling beroept. Volgens Adventure Bags doet dat geval zich voor bij de schikking met Oilily inzake de artikelen met de Oriëntprints, die door grief IX nader aan de orde wordt gesteld.

4.12 Bij de beoordeling hiervan is allereerst van belang dat, zoals ook de rechtbank in rov. 4.19 overwoog, voorafgaande aan de bodemprocedure reeds twee rechters de claims van Oilily hadden gehonoreerd, zodat Kruidvat er in zoverre niet van kon uitgaan dat het standpunt van Oilily dat sprake was van een rechtsinbreuk in de bodemprocedure als volstrekt ongefundeerd terzijde zou worden geschoven. Dat Kruidvat in deze bodemprocedure voluit verweer heeft gevoerd, maakt dat niet anders. Hetgeen de rechtbank vervolgens in rov. 4.20 heeft geoordeeld, heeft betrekking op de onderlinge relatie tussen Adventure Bags en Kruidvat, naar aanleiding van de stelling van Adventure Bags dat het beroep van Kruidvat op de algemene voorwaarden onaanvaardbaar is omdat zij zelf heeft aangedrongen op levering van Oilily-achtige prints en dat zij zelf de uit die levering veroorzaakte schade heeft veroorzaakt. Het oordeel van de rechtbank in rov. 4.20 houdt in dat Kruidvat gelet op de genoemde omstandigheden voldoende duidelijk heeft aangegeven dat zij niet kan beoordelen of de prints voldoende afstand hielden tot de originelen en dat zij de beoordeling en daarmee het risico bij Adventure Bags heeft gelegd/gelaten, wat iets anders is dan dat Kruidvat zich er ook jegens derden met succes op kan beroepen dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de prints inderdaad voldoende afstand hielden en dus geen inbreuk opleverden. Kruidvat wijst er met juistheid op dat goed mogelijk is dat in de bodemprocedure een eventueel vast te stellen inbreuk niettemin aan Kruidvat zou worden toegerekend. Wat betreft de door Oilily gevorderde schade kan aan Adventure Bags worden toegegeven dat bij de onderbouwing van de hoogte daarvan de nodige vraagtekens zijn te plaatsen, maar kan niet op voorhand worden gezegd dat deze volstrekt uit de lucht gegrepen is en daarmee op voorhand volledig ontoewijsbaar was. Zoals ook de rechtbank in rov. 4.49 e.v. vaststelde is daarmee in het schikkingsbedrag voldoende rekening gehouden. Voorts heeft Kruidvat gemotiveerd gesteld dat Adventure Bags tot in een laat stadium bij de schikkingonderhandelingen was betrokken en dat zij er zelf voor heeft gekozen om af te haken en de procedure voort te zetten. Adventure Bags heeft dit betoog onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat voor bewijsvoering over het verloop en inhoud van de schikkingsonderhandelingen geen aanleiding bestaat.

Tegen die achtergrond heeft Kruidvat kunnen besluiten om een schikking te treffen en kan, in aanmerking genomen dat een schikking berust op het wegen van de goede en kwade kansen, waarbij ook een inschatting van de schadelijke gevolgen van nog langer procederen een rol speelt, niet worden geoordeeld dat Kruidvat hiermee zodanig in strijd met de belangen van Adventure Bags heeft gehandeld dat een beroep op het artikel 6iii van de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij wordt, naar aanleiding van het in de nadere akte in het principaal hoger beroep

gestelde, nog aangetekend dat Kruidvat die schikking kennelijk mede heeft gebaseerd op haar inschatting van de kansen van het door haar gevoerde verweer met betrekking tot de vraag of alle eisende partijen gerechtigd waren tot schadevergoeding. Hoe deze partijen de als "lumpsum" uitgekeerde schadevergoeding vervolgens onderling hebben verdeeld is een kwestie die Kruidvat niet regardeert en die voor de beoordeling van het beroep op artikel 6:111 verder zonder betekenis is. Voor een nadere toelichting op de inhoud van de schikking en de wijze waarop deze tot stand is gekomen, waarop door Adventure Bags wordt aangedrongen, ziet het hof ook op dit punt geen aanleiding.

4.13 De slotsom uit het voorgaande is dat de grieven III en grief IX vergeefs worden voorgesteld.

4.14 Met grief IV wordt opgekomen tegen het oordeel over de verrekening in rov. 4.36 en 4.37 van het bestreden vonnis. Nieuwe zelfstandige argumenten worden echter niet aangevoerd. Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank en de daarvoor gegeven motivering.

4.15 Grief V klaagt dat de rechtbank de stellingen van Adventure Bags met betrekking tot het ontbreken van de bevoegdheid aan de zijde van Kruidvat om haar verplichting tot afname en betaling van de tassen en portemonnees met de Granny's Scarf-print op te schorten zonder enige motivering heeft verworpen, waartoe ter toelichting wordt verwezen naar wat Adventure Bags heeft gesteld onder 27 tot en met 36 van de inleidende dagvaarding. Deze grief miskent dat de rechtbank, naar aanleiding van het verweer van Kruidvat dat zij, in vervolg op de opschorting, bij brief van 11 november 2009 (daags voor het uitbrengen van voornoemde dagvaarding) buitengerechtelijk heeft ontbonden, onder 4.23 tot en met 4.32 uitvoerig heeft gemotiveerd dat Kruidvat, wegens het tekortschieten door Adventure Bags in de nakoming van haar contractuele (garantie)verplichtingen met betrekking tot de Granny's Scarf-producten, gerechtigd was de overeenkomst met betrekking tot die producten te ontbinden. Deze overwegingen, waartegen Adventure Bags in hoger beroep dus geen nieuwe inhoudelijke bezwaren heeft aangevoerd, worden door het hof onderschreven. Daarop stuit de grief af.

4.16 Grief VI faalt ook. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad (in het bijzonder HR 10 juli 2009, LJN B13402) volgt dat het voordeel dat Kruidvat in de visie van Adventure Bags als gevolg van de ontbinding heeft gerealiseerd – met producten die op de vrijgekomen schappen konden worden verkocht – in beginsel niet als voortvloeiend uit dezelfde gebeurtenis voor verrekening op grond van artikel 6:100 BW in aanmerking komt. Feiten en omstandigheden die dit anders zouden maken, heeft Adventure Bags in ook in hoger beroep niet aangevoerd.

4.17 Grief VIII heeft betrekking op de toegewezen schade bestaande in de gederfde marge op de retour gehaalde en de niet afgenomen tassen ad € 21.851,00 respectievelijk € 176.524,00 (rov. 4.33 sub b en d van het bestreden vonnis). Die schade heeft Kruidvat, blijkens de als productie 9 bij conclusie van antwoord in reconventie overgelegde specificatie/berekening en naar zij in hoger beroep nader heeft toegelicht, berekend als de netto marge, zijnde de verkoopprijs minus inkoopprijs minus BTW, waarbij ook de kosten en belastingen die rechtsreeks samenhangen met de verkoop van de desbetreffende producten zijn verdisconteerd, zoals logistieke kosten, reclamekosten en directe loonkosten. Die stelling wordt door Adventure Bags in eerste aanleg en ook bij akte in het principaal hoger beroep niet (gemotiveerd) betwist. Wel stelt zij dat bij de berekening van de te vergoeden netto

marge ook de "algemene kosten" moeten worden betrokken, die ook in de hypothetische situatie dat van een tekortkoming geen sprake is moeten worden gedekt uit de bedrijfsresultaten (bedoeld worden derhalve kennelijk de van de variabele kosten te onderscheiden vaste kosten), maar met Kruidvat is het hof van oordeel dat deze opvatting onjuist is. Het punt is immers juist dat deze kosten in beginsel onafhankelijk van de (gemiste) omzet zijn gemaakt, zodat Kruidvat (als gevolg van de tekortkoming van Adventure Bags) door het missen van de netto marge zoals door Kruidvat berekend, een deel van die vaste kosten niet heeft kunnen terugverdienen. Daarmee heeft zij schade geleden, die door Adventure Bags dient te worden vergoed. Ook deze grief slaagt daarom niet.

4.18 Grief X inzake de matiging van de schadevergoedingsverplichting faalt ook. Uit hetgeen de rechtbank in rov. 4.20 (in dit hoger beroep niet of vergeefs bestreden) heeft overwogen evenals het zojuist (onder 4.12) gegeven oordeel over de door Kruidvat getroffen schikking, volgt dat Kruidvat in haar verhouding tot Adventure Bags niet zodanig verwijtbaar aan de schade heeft bijgedragen, dat dit tot matiging behoort te leiden. De eventuele uitkomst van de nog lopende procedures tussen Adventure Bags en onder meer (de curator in het faillissement van) Oilily kan in dat oordeel geen verandering brengen. Ook wanneer in die procedures onherroepelijk zou worden geoordeeld dat van een inbreuk geen sprake is, blijft staan dat Kruidvat op basis van de op dat moment beschikbare gegevens de kwade en goede kansen afwegend in redelijkheid tot deze schikking heeft kunnen besluiten. Wijsheid achteraf doet daaraan niet af. Het beroep op matiging kan evenmin slagen door de overige daartoe gestelde omstandigheden: het verschil in omvang van de ondernemingen van partijen en de draagkracht van Adventure Bags, waaromtrent zij overigens ook in hoger beroep geen nader inzicht heeft gegeven. Toekenning van volledige schadevergoeding leidt niet tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen.

4.19 Grief XI heeft betrekking op de afwijzing van de vordering in conventie, voor zover die ziet op de dwangsommen die Kruidvat zou hebben verbeurd uit hoofde van niet naleving van de ex parte beschikking van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 19 november 2009. Deze grief faalt, reeds omdat Kruidvat heeft gesteld dat, zo er al dwangsommen zijn verbeurd, de vordering, die Adventure Bags eerst op 29 maart 2011 heeft ingesteld, ingevolge artikel 611g Rv is verjaard. Ter comparitie in eerste aanleg is zijdens Adventure Bags hieromtrent enkel verklaard dat zij niet wist of deze verjaring is gestuit en dat zij dit in het dossier zou moeten nagaan. Nu Adventure Bags hierop niet meer is teruggekomen, moet het hof ervan uitgaan dat stuiting niet heeft plaatsgevonden en dat de vorderingen zijn verjaard.

4.20 De grieven VII en XII hebben geen zelfstandige betekenis en behoeven na het voorgaande geen bespreking meer.

4.21 Adventure Bags heeft geen concrete feiten en omstandigheden te bewijzen aangeboden, die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. Haar bewijsaanbod wordt gepasseerd.

Bespreking van de grief in het incidenteel hoger beroep

4.22 Met deze grief beoogt Kruidvat dat haar vordering in reconventie tot vergoeding van de met betrekking tot de inbreukprocedure voor de rechtbank Assen gemaakte kosten en schikkingskosten, zoals in de productie 17 in hoger beroep gespecificeerd, alsnog wordt toegewezen. Met Adventure Bags is het hof echter van oordeel dat uit deze productie

onvoldoende blijkt welke kosten met betrekking tot een en ander voor rekening van Kruidvat zijn gekomen. Naar aanleiding van dit verweer heeft Kruidvat nagelaten om alsnog een nadere specificatie en betalingsbewijzen in het geding te brengen. De grief moet derhalve worden verworpen

5. Slotsom

5.1 De grieven in het principaal hoger beroep falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

5.2 Als de in het ongelijk gestelde partij wordt Adventure Bags in de kosten van het principaal hoger beroep veroordeeld. De kosten voor de procedure in principaal hoger beroep aan de zijde van Kruidvat zullen worden vastgesteld op € 4.713,00 voor griffierecht en op € 3.263,00 (1 punt x tarief VI) voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief.

5.3 De grief in het incidenteel hoger beroep faalt, zodat het bestreden vonnis ook in zoverre moet worden bekrachtigd.

5.4 Als de in het ongelijk gestelde partij wordt Kruidvat in de kosten van het incidenteel hoger beroep veroordeeld. De kosten voor de procedure in het incidenteel hoger beroep aan de zijde van Adventure Bags zullen worden vastgesteld op de helft van € 3.263,00 (1 punt x tarief VI) dus € 1.631,50 voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief.

6. De beslissing

Het hof, recht doende:

in zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep

bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Utrecht van 15 juni 2011;

in het principaal hoger beroep voorts

veroordeelt Adventure Bags in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Kruidvat vastgesteld op € 4.713,00 aan griffierecht en op € 3.263,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

in het incidenteel hoger beroep voorts

veroordeelt Kruidvat in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Adventure Bags vastgesteld op € 1.631,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart deze proceskostenveroordeling in het incidenteel hoger beroep uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.W. Steeg, B.J. Lenselink en F.W.J. Meijer en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 9 april 2013.



KP

Uitgegeven voor eerste grosse
aan mr Reiniers Folmer
advocaat voor G
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden