

LJN: BQ2061, Rechtbank Dordrecht , 92096 / KG ZA 11-72

Datum uitspraak: 21-04-2011
Datum publicatie: 17-05-2011
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie: parallelimport

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK DORDRECHT

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 92096 / KG ZA 11-72

Vonnis in kort geding van 21 april 2011

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
B&S GLOBAL BONDED PURCHASE B.V.,
gevestigd te Dordrecht,
eiseres,
advocaat mr. J.J. Schelling,

tegen

de vennootschap naar buitenlands recht
PHILIP MORRIS WORLD TRADE SARL,
gevestigd te Lausanne, Vaud, Zwitserland,
gedaagde,
advocaten mr. P.F. Hopman en mr. K. Dadi.

Partijen zullen hierna GBP en Philip Morris genoemd worden.

1. De procedure**1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:**

- de toestemming van de voorzieningenrechter tot dagvaarding op verkorte termijn
- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van GBP
- de pleitnota van Philip Morris.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.**2. De feiten**

2.1. Philip Morris verkoopt sigaretten. Philip Morris en GBP hebben circa 40 jaar zaken gedaan met elkaar.

2.2. Philip Morris heeft op 9 juli 2004 een overeenkomst gesloten met de Europese Commissie en met een aantal EU-lidstaten met als aanhef "ANTI-CONTRABAND AND ANTI-COUNTERFEIT AGREEMENT AND GENERTAL RELEASE." Philip Morris heeft zich daarbij verplicht om, kort gezegd, zich in te spannen om te voorkomen dat klanten van Philip Morris sigaretten doorverkopen zonder daarvoor fiscale heffingen als accijnzen te betalen. Philip Morris moest daartoe de vervoersroute en de bestemming van de door haar verkochte sigaretten volgen. Voor het geval Philip Morris de overeenkomst niet (goed) nakomt bevat de overeenkomst een boetebeding. De boete kan volgens de tekst van de overeenkomst oplopen tot "approximately USD 1.25 billion over twelve years."

2.3. GBP was tot voor kort klant van Philip Morris. GBP fungeerde daarbij als inkoopvennootschap voor andere vennootschappen die, net als GBP, tot de B&S Groep behoren. Deze andere vennootschappen verkopen artikelen als sigaretten aan onder meer duty free shops, rederijen van cruiseschepen, industriële cateraars en overheden die betrokken zijn bij militaire missies.

2.4. In 2005/2006 zijn tussen Philip Morris en de B&S Groep afspraken gemaakt over het staken van verkoop via de parallelmarkt door ondernemingen binnen de B&S Groep van producten van Philip Morris.

2.5. Philip Morris heeft op 7 januari 2011 aan GBP medegedeeld de levering te staken.

Partijen zijn toen in overleg getreden en Philip Morris heeft op 13 januari 2011 aan de B&S Groep ter ondertekening een Memorandum of Understanding (MoU) gestuurd. In de MoU worden de wederzijdse verantwoordelijkheden en, op hoofdlijnen, de zakelijke relatie tussen partijen neergelegd. Voorts worden in de MoU algemene voorwaarden van toepassing verklaard.

2.6. In art. 10 van de MoU staat dat Philip Morris het recht heeft om de levering te staken als volgt:

"if Distributor is in breach of any provision of this MoU and, if the breach is capable of remedy, it has not been remedied to the satisfaction of PMWT within seven (7) days after written notice thereof has been given to Distributor."

2.7. De B&S Groep heeft de MoU ondertekend en geretourneerd aan Philip Morris. Philip Morris heeft niet de levering van producten hervat.

2.8. Bij brief van 21 maart 2011 heeft Philip Morris medegedeeld de levering met onmiddellijke ingang te staken. In de brief staat dat Philip Morris uit twee laadlijsten, van 9 en 21 december 2009, heeft afgeleid dat er bij de verkoop in Kirgizistan van producten van Philip Morris door een onderneming binnen de B&S Groep (namelijk: B&S Global Transit Centre B.V., hierna: GTC) instructies waren gegeven om tracking stickers te verwijderen en om de producten met zwarte folie te omwikkelen.

3. Het geschil

3.1. GBP vordert - samengevat-, na eisenwijziging, veroordeling van Philip Morris tot hervatting van de levering van sigaretten aan GBP alsmede openstelling van het ordersysteem Oasis, zodat GBP weer orders kan plaatsen, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Zij stelt daartoe het volgende.

3.2. Betwist wordt dat sprake is van parallelimport. Philip Morris trekt een verkeerde conclusie uit de laadlijsten. De klant in Kirgizistan die de producten kocht van GTC wilde voor haar concurrenten geheim houden dat zij haar producten inkocht bij de B&S Groep. Dat is de reden waarom er van de producten stickers op de pallets, aangebracht door de logistieke dienstverlener van Philip Morris, zijn verwijderd. GPP erkent dat de sigaretten van Philip Morris werden omwikkeld met zwarte folie maar zij stelt dit te hebben gedaan om diefstal van deze gewilde producten te voorkomen. Volgens art. 10 van de MoU mag Philip Morris in geval van een "breach" (wanprestatie) de levering pas staken als deze is gemeld door Philip Morris en vervolgens de breach niet binnen 7 dagen is "remedied" (hersteld). Betwist wordt dat sprake is van een breach, maar zelfs als sprake zou zijn van een breach dan is deze tijdig hersteld, nu sinds 21 maart 2011 geen stickers meer worden verwijderd noch sigaretten met zwarte folie worden omwikkeld.

3.3. Door het staken van de levering kan GBP haar contractuele verplichtingen jegens haar klanten niet meer nakomen. De producten van Philip Morris zijn "kapstokartikelen" zonder welke de overige door GBP te verkopen producten veel minder interessant zijn. Door de opzegging van Philip Morris wordt de hele B&S Groep in haar voortbestaan bedreigd.

3.4. De burgerlijke rechter is bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Volgens art. 23 van de algemene voorwaarden die in de MoU toepasselijk worden verklaard, is ICC-arbitrage overeengekomen, maar in lid 2 van dit artikel staat dat voor spoedmaatregelen de burgerlijke rechter bevoegd blijft.

3.5. De voorzieningenrechter Dordrecht is bevoegd om van het geschil kennis te nemen, nu de levering van de goederen plaats moet vinden in Dordrecht, waar zich het magazijn van GBC bevindt (art. 5 lid 1 van het Verdrag van Lugano (EVEX)).

3.6. Op de distributieovereenkomst is Zwitsers recht van toepassing. Ook naar Zwitsers recht is opzegging van een distributieovereenkomst als de onderhavige niet geoorloofd, zeker niet als de redenen voor opzegging aantoonbaar onjuist zijn.

3.7. Philip Morris voert verweer.

3.8. Op de (verdere) stellingen en wren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling dagvaardingstermijn

4.1. Nederland en Zwitserland zijn partij bij het Haags Betekeningsverdrag 1965. Dit verdrag maakt een onderscheid tussen betekening en kennisgeving. Ingevolge art. 55 Rv. dient onder de werking van dit verdrag betekening in Nederland ten parkette plaats te vinden, met verzending van een tweede afschrift door de deurwaarder per aangetekende brief naar gedaagde.

4.2. Beoordeeld moet worden of Philip Morris een voldoende mogelijkheid is gegeven om

zich adequaat te verweren. De voorzieningenrechter is van oordeel dat zulks het geval is. Dit oordeel berust op de navolgende overwegingen.

4.2.1. Philip Morris is ter zitting verschenen en zij heeft aldaar uitgebreid, met behulp van een pleitnotitie van 15 pagina's en een uitgebreid aantal producties, verweer gevoerd.

4.2.2. In beginsel is de termijn van dagvaarding voor een partij die gevestigd is in een land dat partij is bij het Haags Betekeningsverdrag 1965, ten minste vier weken (art. 115 lid 1 Rv.). De voorzieningenrechter mag echter deze termijn bekorten (art. 117 Rv.). In het onderhavige geschil heeft de voorzieningenrechter op 30 maart 2011 de volgende voorwaarden gesteld aan GBP voor verkorting van de termijn van dagvaarding van Philip Morris, met zitting op 7 april 2011: betekening op 30 maart 2011 en toezending naar gedaagde op dezelfde dag van de dagvaarding per fax en per email. De voorzieningenrechter heeft ter zitting vastgesteld dat GBP deze voorwaarden in acht heeft genomen. Philip Morris betwistte ook niet dat deze voorwaarden in acht zijn genomen.

rechtsmacht

4.3. Tussen Zwitserland en lidstaten van de EU gold het EVEX (Verdrag van Lugano). In de verhouding tot Zwitserland is het EVEX per 1 januari 2011 vervangen door het EVEX II. De onderhavige rechtsvordering is na deze datum ingesteld, zodat op deze procedure niet het EVEX maar het EVEX II toepasselijk is (art. 63 EVEX).

4.4. Het standpunt van GBP over het EVEX II is juist. De rechtsmacht van de voorzieningenrechter Dordrecht is mitsdien gegeven.

arbitrage

4.5. Philip Morris betwist niet dat de voorzieningenrechter bevoegd is om een voorlopige voorziening te treffen ook al is arbitrage (in de bodemzaak) overeengekomen.

spoedeisend belang

4.6. Het spoedeisend belang volgt uit de stellingen van GBP.

toepasselijk recht

4.7. Tussen partijen staat vast dat op hun rechtsverhouding Zwitsers recht toepasselijk is.

4.8. De Nederlandse rechter is gehouden om buitenlands recht toe te passen. Deze verplichting geldt ook in kort geding, zij het dat alsdan slechts sprake kan zijn van een voorlopig oordeel over de inhoud van buitenlands recht.

inhoudelijk

4.9. De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van de legal opinion die op verzoek van B&S Global door een Zwitserse advocaat is opgesteld. Het geschrift bevat de visie van deze advocaat over de inhoud van het relevante Zwitserse recht.

4.10. De voorzieningenrechter heeft eveneens kennis genomen van de legal opinion die op verzoek van Philip Morris door een andere Zwitserse advocaat is opgesteld. Het geschrift bevat de -andersluidende- visie van deze advocaat over de inhoud van het relevante Zwitserse recht.

4.11. Naar voorlopig oordeel kwalificeert de rechtsverhouding tussen partijen als een distributieovereenkomst naar Zwitsers recht. Daarbij is van belang dat B&S Global de goederen niet aanschaft voor eigen gebruik maar voor doorverkoop en bovendien dat partijen al 40 jaar zaken met elkaar doen. Naar Zwitsers recht is het slechts geoorloofd om een distributieovereenkomst te beëindigen indien daarvoor een valide reden bestaat.

4.12. Naar voorlopig oordeel is niet voldoende aannemelijk geworden dat Philip Morris een valide reden heeft om de distributieovereenkomst te beëindigen. Het belangrijkste argument voor Philip Morris om de distributieovereenkomst te beëindigen is dat zij vermoedt dat B&S Global opdracht heeft gegeven aan een klant in Kirgizië om de tracking stickers van Philip Morris te verwijderen. Philip Morris legt het gebruik van deze stickers dwingend op omdat daarmee te allen tijde eenvoudig achterhaald kan worden wat van de sigaretten de herkomst is, zodat valt vast te stellen of bij deze waren sprake is van ontduiking van accijnzen en andere heffingen. De conclusie van Philip Morris is gebaseerd op de navolgende instructie van een onderneming binnen de B&S Groep op een laadlijst:

" svp alle markeringen zoals adressen, namen van bedrijven, stickers etc van alle dozen verwijderen, ook palletlijsten
svp alles op europallets laden, zo hoog mogelijk
svp alles in zwart folie wikkelen"

4.13. Op zich is denkbaar dat kale lezing van de voorgaande tekst bij Philip Morris het vermoeden heeft gewekt dat de tracking stickers moesten worden verwijderd. Gelet evenwel op de gemotiveerde onderbouwing van GBP ter zitting acht de voorzieningenrechter niettemin voldoende aannemelijk gemaakt dat de instructie niet mede de tracking stickers betrof, maar slechts overige markeringen van de lading. GBP verklaarde dat het voor elk personeelslid binnen de B&S Groep zonneklaar is dat de tracking stickers van Philip Morris nooit verwijderd mogen worden omdat iedereen weet dat dit een doodzonde zou zijn. Voorts

verklaarde GBP dat het personeel binnen de B&S Groep uitdrukkelijk is geïnstrueerd om nooit de tracking stickers te verwijderen. GBP gaf aan zich te realiseren dat het belang om aan de eisen van Philip Morris tegemoet te komen zeer groot is, gelet op het risico van staking van de levering. Ook verklaarde GBP dat het uit concurrentieoverwegingen is geweest dat overige ladingkenmerken wel verwijderd moesten worden. De zwarte folie is volgens GBP bedoeld om te verhullen dat het om -voor diefstal aantrekkelijke- sigaretten gaat. Ter zitting heeft de voorzieningenrechter aan Philip Morris de vraag voorgelegd of Philip Morris kan bewijzen dat de tracking stickers waren verwijderd. Philip Morris heeft deze vraag ontkennend beantwoord.

4.14. Voorts is van belang dat het standpunt van Philip Morris gebaseerd op documenten van GBP die GBP vrijwillig aan Philip Morris heeft afgestaan. Dit geschiedde ter gelegenheid van onderzoek van de FIOD naar een ander bedrijf, waarmee GBP zaken heeft gedaan. In die zaak is GBP echter geen verdachte, maar is zij gehoord als getuige. Naar aanleiding van de interesse die de FIOD toonde voor het bedrijf waarmee GBP zaken deed, heeft Philip Morris onderzoek verricht ten kantore van GBP en daarbij heeft GBP vrijwillig de onderhavige documenten aan Philip Morris afgestaan. Dit wijst er nog niet op dat GBP iets te verbergen heeft.

4.15. Het -recente- verwijt dat Philip Morris maakt betreft bovendien geen recente gebeurtenissen maar gebeurtenissen uit 2009, derhalve ruim voordat de MoU in 2011 werd opgesteld. Kennelijke strekking van de MoU is om voortaan op basis van heldere afspraken zaken te doen met elkaar. Daarmee verhoudt zich nog niet dat partijen elkaar toch nog verwijten mogen blijven maken die betrekking hebben op gebeurtenissen uit een niet recent verleden.

4.16. De MoU bepaalt dat GBP aan de inhoud van de MoU geen recht op levering van sigaretten kan ontnemen. Naar voorlopig oordeel doet deze bepaling niet af aan de bepaling naar Zwitsers recht dat een distributieovereenkomst alleen mag worden opgezegd bij een valide reden.

4.17. Tevens wordt in de beoordeling betrokken dat GBP in het kader van het voormelde FIOD-onderzoek vrijwillig aan Philip Morris een lijst met haar volledige klantenbestand heeft verstrekt. Ter zitting bleek dat Philip Morris inmiddels al een grote klant van GBP had benaderd om voortaan rechtstreeks met Philip Morris zaken te doen. Aldus kan niet op voorhand worden uitgesloten dat Philip Morris van de gelegenheid van het FIOD-onderzoek gebruik heeft willen maken om zich het klantenbestand van GBP toe te eigenen.

4.18. Slotsom is dat de vordering zal worden toegewezen, zij het niet onvoorwaardelijk. Een vonnis in kort geding is slechts een voorlopige maatregel. Daarom zal worden bepaald dat de voorziening slechts geldt totdat bij arbitraal vonnis anders wordt bepaald, dit overeenkomstig hetgeen GBP bij eiswijziging "aanvullend" heeft gevorderd.

4.19. Er bestaat geen aanleiding om de gevorderde dwangsom te matigen. De termijn waarbinnen Philip Morris aan het vonnis moet voldoen zal iets worden verruimd teneinde Philip Morris adequate gelegenheid tot nakoming te geven.

4.20. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Philip Morris worden veroordeeld in de proceskosten. Deze kosten worden begroot op € 1.460,31 en bestaan uit het volgende:
-salaris advocaat € 816
-verschotten: griffierecht € 568
-kosten dagvaarding € 76,31.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. veroordeelt Philip Morris, uitvoerbaar bij voorraad, om op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000 (zegge: honderd duizend euro) per dag of en gedeelte van een dag dat de stop op de leveranties door Philip Morris aan GBP voortduurt, ingaande 72 uur na betekening van dit vonnis, met een maximum van € 10.000.000 (zegge: tien miljoen euro) de leveringen van producten, meer in het bijzonder sigaretten aan GBP te hervatten totdat de bevoegde arbiters zich hebben uitgesproken over de geldigheid van de opzegging van 21 maart 2011 en veroordeelt Philip Morris in dat verband tevens om daartoe al het nodige te doen waaronder het weer openstellen van het ordersysteem Oasis zodat GBP weer orders in dat systeem kan invoeren) om eiseres in staat te stellen de overeengekomen distributiewerkzaamheden conform de MoU van 13 januari 2011 en de daarop van toepassing zijnde algemene voorwaarden weer uit te voeren;

5.2. veroordeelt Philip Morris, uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten van GBP, tot op heden begroot op € 1.460,31.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.D. Rentema en in het openbaar uitgesproken op 21 april 2011.?

