

LJN: BQ7830, Rechtbank Utrecht , 277685 / HA ZA 09-2653

Datum 15-06-2011

uitspraak:

Datum 15-06-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: Kruidvat mag afname van mogelijk inbreukmakende producten weigeren Adventure Bags is een groothandel in tassen, trolleys en reisbenodigdheden. In 2009 heeft zij een damesweekentas en een schoudertas aan de winkelketen Kruidvat geleverd. Kruidvat heeft deze tassen in haar winkels verkocht. Kruidvat heeft een derde type tas en portemonnees, beide voorzien van een zogenaamde "Granny's Scarf print", welke producten zij in 2008 had besteld en waarvan de levering in de loop van 2009 zou plaatsvinden, geweigerd af te nemen. Adventure Bags is vervolgens een bodemprocedure tegen Kruidvat gestart bij de rechtbank Utrecht. Zij heeft betaling van de facturen gevorderd die zij terzake van de damesweekentas, de schoudertas en de "Granny's Scarf-producten" aan Kruidvat heeft gezonden. De rechtbank heeft vandaag geoordeeld dat Kruidvat gerechtigd was om te weigeren om de "Granny's Scarf-producten" af te nemen, omdat Adventure Bags niet kon garanderen dat deze producten geen inbreuk zouden maken op de intellectuele eigendomsrechten van een derde (Oilily). Tot deze garantie had Adventure Bags zich verbonden door het aanvaarden van de algemene inkoopvoorwaarden van Kruidvat. Deze algemene voorwaarden worden door de rechtbank rechtsgeldig geacht. Kruidvat hoeft de facturen voor de damesweekentas en de schoudertas evenmin te betalen, omdat Kruidvat de schade die zij heeft geleden ten gevolge van de diverse door Oilily tegen haar gevoerde procedures, met deze facturen mag verrekenen. Adventure Bags kan geen aanspraak maken op de dwangsommen die Kruidvat verbeurd zou hebben uit hoofde van overtreding van een jegens Kruidvat gegeven ex parte bevel (ex artikel 1019e Rv), omdat dit ex parte bevel door de voorzieningenrechter is herzien. Aan deze herziening komt volgens de rechtbank terugwerkende kracht toe, omdat hoger beroep tegen een ex parte bevel niet mogelijk is en anders een zonder wederhoor genomen rechterlijke beslissing niet volledig zou kunnen worden aangetast.

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK UTRECHT

Sector Civiel

Handelskamer

zaaknummer / rolnummer: 277685 / HA ZA 09-2653

Vonnis van 15 juni 2011

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ADVENTURE BAGS B.V.,
gevestigd te Steenwijk,
eiseres in conventie,
verweerster in (voorwaardelijke) reconventie,
advocaat mr. A.J. Verbeek te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KRUIDVAT RETAIL B.V.,
gevestigd te Renswoude,
gedaagde in conventie,
eiseres in (voorwaardelijke) reconventie,
advocaat mr. J.M. van Noort te Utrecht.

Partijen zullen hierna Adventure Bags en Kruidvat genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 1 december 2010
- het proces-verbaal van comparitie van 29 maart 2011, ter gelegenheid waarvan Kruidvat een conclusie van antwoord in reconventie, tevens houdende vermeerdering van eis heeft genomen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Adventure Bags is een onderneming die zich bezighoudt met de groothandel in tassen, trolleys en reisbenodigdheden.

2.2. Kruidvat exploiteert een drogisterijketen. Bij de inkoop van goederen hanteert zij de Algemene Inkoopvoorwaarden van de A.S. Watson Group, waartoe zij behoort. Deze algemene voorwaarden (hierna te noemen: de algemene voorwaarden) luiden - voor zover relevant - als volgt:

" (...)

Prijs en Betaling

2. (...)

(ii) Tenzij anders is overeengekomen, geschiedt betaling binnen 30 dagen na het einde van de maand van levering op basis van een geldige factuur (waarop het nummer van de Order is vermeld), behoudens wanneer ASW [A.S. Watson Group; toevoeging rechtbank] te goeder trouw binnen die periode van 30 dagen een klacht indient (over het gefactureerde bedrag of over de prestaties van Leverancier).

(...)

Intellectuele Eigendom

6. (i) Leverancier verklaart en garandeert jegens ASW dat (de verkoop, levering of gebruik van) de te leveren Goederen, inclusief etikettering en verpakking, geen inbreuk zullen maken op enig octrooirecht, auteursrecht, handels- of dienstmerk, geregistreerd model of andere rechten die gelijk te stellen zijn met die intellectuele eigendomsrechten.

(ii) Leverancier verklaart en garandeert voorts dat de te leveren Goederen origineel zijn en door de rechthebbende van het handelsmerk of met diens toestemming op de markt in de European Economische Ruimte zijn geplaatst.

(iii) Leverancier is aansprakelijk voor, en stelt ASW volledig en onverwijld schadeloos tegen, alle kosten, schade, verliezen en vorderingen (met inbegrip van, maar niet beperkt tot de inkoopprijs van de Goederen, kosten van vernietiging van de Goederen en kosten van rechtsbijstand) die ASW maakt of lijdt als gevolg van (vermeende) inbreuk op dergelijke rechten of niet-nakoming van de garanties in deze Voorwaarde 6. Verhaalsmogelijkheden

7. (i) Indien de Goederen niet voldoen aan de vereisten in Voorwaarde 5 of 6, of indien zij in enig ander opzicht niet in overeenstemming zijn met het Contract, dan is ASW gerechtigd:

a) de Goederen te weigeren (...)

b) (...) het Contract te beëindigen (...)

c) schadevergoeding (inclusief gedeerde marge) te vorderen ter compensatie van door ASW geleden schade als gevolg van een dergelijk gebrek of dergelijke niet-overeenstemming.

(ii) Onverminderd enig ander recht of enige andere verhaalsmogelijkheid van ASW, stelt Leverancier ASW volledig schadeloos tegen alle kosten, schade, verliezen en vorderingen die ASW maakt of lijdt als gevolg van door derden ingestelde vorderingen die voortvloeien uit enig gebrek in de Goederen.

(...)"

2.3. Bij e-mail van 25 september 2007 om 15:57 uur heeft Kruidvat aan Adventure Bags (voor zover relevant) het volgende medegedeeld:

"(...)

Naar aanleiding van de afspraak van gisteren in Renswoude, stuur ik hierbij het formulier en de eancodes, zoals afgesproken.

Graag ontvangen we bijgevoegd formulier ingevuld retour, ook hebben we daarbij een kopie bankbewijs nodig. Zou u tevens de inkoop- en logistieke voorwaarden ondertekend retour willen sturen? (...)"

Op het bijgevoegde formulier staat bij 'Logistieke en alg. inkoopvoorwaarden aangetekend verzonden' vermeld: "24-09 overhandigd te Renswoude".

2.4. Op deze e-mail heeft Adventure Bags (bij e-mail van dezelfde datum om 16:17 uur) als volgt gereageerd:

"Wat bedoel je met kopie bankbewijs??"

2.5. Vanaf september 2007 heeft Kruidvat de volgende bestellingen bij Adventure Bags gedaan:

- twee bestellingen met betrekking tot een damesweekentas, hierna te noemen: de damesweekentas,
- een bestelling in september 2008 met betrekking tot de True Spirit schoudertas, hierna te noemen: de schoudertas,

- een bestelling in september 2008 met betrekking tot weekendtassen en portemonnees met Granny's Scarf print, hierna te noemen: de Granny's Scarf-producten.

2.6. Adventure Bags heeft de damesweekendtas en schoudertas aan Kruidvat geleverd.

2.7. Bij e-mail van 13 januari 2009 om 15:37 uur heeft Adventure Bags, in reactie op een door Kruidvat voorgestelde print voor een '3e order voor 55.000 stuks', het volgende aan Kruidvat bericht: "deze hadden wij afgewezen ivm Oilily"

2.8. Bij e-mail van dezelfde datum om 15:52 uur heeft Kruidvat daarop als volgt gereageerd: "Nee, die zou je iets aanpassen, zodat het wel mocht. (...)"

2.9. Bij e-mail van 14 januari 2009 om 8:39 uur heeft Adventure Bags aan Kruidvat onder meer het volgende medegedeeld:
"(...) materiaal 3 zending kunnen wijzigen in materiaal volgens email. echter, zoals reeds gezegd was dit origineel Oilily. er is reeds 1 wijziging aangebracht. voldoende?? (...)"

2.10. Bij e-mail van dezelfde datum om 11:29 uur heeft Kruidvat daarop als volgt gereageerd:

"(...)"

Wat betreft die nieuwe "Oilily" print ga ik ervan uit dat je die zo hebt aangepast dat we geen problemen krijgen met Oilily. Maar daar ga ik niet over oordelen, ik ken de originele print van Oilily ook niet, dus dat laat ik aan jou over.

"(...)"

2.11. Bij beschikking van 1 april 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage op een verzoek ex artikel 1019e Rv van Colorful Licences Holding B.V. en Oilily B.V. (hierna gezamenlijk te noemen: Oilily) Kruidvat bevolen om, op straffe van verbeurte van een dwangsom, de aanbidding en verhandeling van (in het bijzonder) de schoudertas te staken en gestaakt te houden.

2.12. Op 20 april 2009 heeft Adventure Bags een verklaring ondertekend waarin zij garandeert dat de te leveren goederen en het gebruik daarvan geen inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten van derden en waarin zij zich verbindt tot volledige vergoeding van schade van (onder meer) Kruidvat bij een eventuele inbreuk.

2.13. Bij vonnis van 8 mei 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen op vordering van Oilily Adventure Bags (onder meer) bevolen om het vervaardigen, aanbieden, inkopen, op voorraad hebben, verkopen, leveren of anderszins verhandelen van de schoudertas te staken en gestaakt te houden.

2.14. Op 30 juli 2009 heeft Kruidvat aan Adventure Bags een brief gezonden waarin zij meedeelt dat zij weigert om de Granny's Scarf-producten af te nemen, omdat Adventure Bags niet kan garanderen dat deze goederen geen inbreuk maken op rechten van derden.

2.15. Bij dagvaarding van 30 september 2009 heeft Oilily (de curator namens Oilily B.V.) bij de rechtbank te Assen een bodemprocedure ingesteld tegen (onder meer) Kruidvat en Adventure Bags waarin (onder meer) een schadevergoeding wordt gevorderd van

EUR 50,-- voor elk inbreukmakend product. Kruidvat heeft Adventure Bags in deze procedure in vrijwaring opgeroepen.

2.16. Op 11 november 2009 heeft Kruidvat aan Adventure Bags een brief gezonden waarin zij meedeelt de overeenkomst met betrekking tot de Granny's Scarf-producten te ontbinden.

2.17. Bij beschikking van 19 november 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage op een verzoek ex artikel 1019e Rv van Adventure Bags Kruidvat bevolen om, op straffe van verbeurte van een dwangsom, de aanbidding en verhandeling van een bepaalde weekendtas te staken en gestaakt te houden.

2.18. Bij vonnis van 14 december 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage het bij de beschikking van 19 november 2009 gegeven verbod opgeheven. Over de eventueel verbeurde dwangsommen heeft de voorzieningenrechter het volgende overwogen:

"Met betrekking tot de eventueel door Kruidvat verbeurde dwangsommen overweegt de voorzieningenrechter dat deze in beginsel verschuldigd blijven, ook als de tenuitvoerlegging van de beschikking op grond waarvan de dwangsommen zijn verbeurd, later onrechtmatig blijkt te zijn (vgl. HR 16 november 1984, BIE 1985, 30 (Ciba Geigy/Voorbraak). Kruidvat heeft niet (voldoende) onderbouwd gesteld waarom dergelijke dwangsommen in dit geval niet verschuldigd zouden zijn."

De voorzieningenrechter heeft Adventure Bags veroordeeld in de proceskosten van Kruidvat van EUR 20.408,75.

2.19. Hangende de onder 2.15 bedoelde bodemprocedure hebben Oilily en Kruidvat hun desbetreffende geschil door een schikking beëindigd. Kruidvat heeft uit dien hoofde EUR 300.000,-- aan Oilily betaald. Bij vonnis van 10 november 2010 heeft de rechtbank Assen in de aan deze bodemprocedure gekoppelde vrijwaringsprocedure de vrijwaringsvordering van Kruidvat afgewezen en Kruidvat veroordeeld in de proceskosten van Adventure Bags van EUR 1.035,--.

3. Het geschil in conventie

3.1. Adventure Bags vordert samengevat - na eisvermeerdering veroordeling van Kruidvat tot betaling van:

- EUR 611.463,29 aan niet voldane facturen, vermeerderd met de wettelijke (handels-)rente vanaf 18 juni 2009 dan wel de dag van dagvaarding,
 - EUR 1.035,-- aan proceskosten in de vrijwaringsprocedure, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 24 november 2010,
 - EUR 40.000,-- aan verbeurde dwangsommen en
 - EUR 5.160,-- aan buitengerechtelijke kosten,
- een en ander vermeerderd met proces- en nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten.

3.2. Kruidvat voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in (voorwaardelijke) reconventie

3.4. Kruidvat vordert in (voorwaardelijke) reconventie veroordeling van Adventure Bags tot betaling van een bedrag van EUR 696.632,--, vermeerderd met rente en kosten en verminderd met het bedrag dat door Kruidvat rechtsgeldig met de vordering in conventie is verrekend.

3.5. Adventure Bags voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie

4.1. Ter onderbouwing van haar vordering tot betaling van een bedrag van EUR 611.463,29 heeft Adventure Bags aangevoerd dat Kruidvat weigert te betalen voor:

- een levering in juni 2009 en augustus 2009 van de damesweekendtas en de schoudertas voor het totaalbedrag van EUR 304.145,79,
- de bij haar in september 2008 bestelde Granny's Scarf-producten die Kruidvat in mei/juni 2009 ten onrechte heeft geweigerd af te nemen en die een totaalbedrag betreffen van EUR 307.317,50.

De facturen met betrekking tot de damesweekendtas en de schoudertas

4.2. Kruidvat heeft niet betwist dat zij de facturen die door Adventure Bags zijn verzonden voor de leveringen in juni en augustus 2009 verschuldigd is, maar beroept zich terzake op verrekening met de schade die zij volgens haar heeft geleden als gevolg van het feit dat alle door Adventure Bags aan haar geleverde producten inbreuk bleken te maken op de auteursrechten van een derde, namelijk Oilily. Kruidvat stelt zich op het standpunt dat zij gerechtigd was om te weigeren om de Granny's Scarf-producten van Adventure Bags af te nemen alsmede om de gesloten overeenkomst met betrekking tot de Granny's Scarf-producten te ontbinden, aangezien Adventure Bags niet heeft voldaan aan haar verplichting om aan te tonen dat de te leveren producten geen inbreuk maken op rechten van derden, aldus Kruidvat.

4.3. Het standpunt van Kruidvat betekent dat de toewijsbaarheid van het bedrag van EUR 304.145,79 ter zake van de damesweekendtas en de schoudertas afhangt van de toewijsbaarheid van de in reconventie ingestelde vordering tot vergoeding van schade. De rechtbank zal het in conventie gevoerde verweer van verrekening van Kruidvat behandelen na beoordeling van de vordering in conventie tot betaling van het overeengekomen bedrag voor de levering van de Granny's Scarf-producten.

De facturen met betrekking tot de Granny's Scarf-producten

4.4. De toewijsbaarheid van het bedrag van EUR 307.317,50 voor de door Kruidvat bestelde Granny's Scarf-producten hangt af van het antwoord op de vraag of Kruidvat gerechtigd was de overeenkomst ten aanzien van deze transactie bij brief van 11 november 2009 (overgelegd als productie 8 door Kruidvat) te ontbinden op de grond dat Adventure Bags tekortgeschoten was in de nakoming van haar in artikel 6 van de algemene voorwaarden opgenomen garantieverplichting.

De ontbinding

4.5. Op grond van het bepaalde in artikel 6:265 BW geeft iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van één van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

4.6. De rechtbank constateert dat de tekortkoming waarop Kruidvat haar beroep op ontbinding baseert, schending van een in de algemene voorwaarden opgenomen garantieverplichting betreft. Nu partijen van mening verschillen over de toepasselijkheid en rechtsgeldigheid van deze algemene voorwaarden, en deze algemene voorwaarden niet alleen voor de uitleg van de verplichtingen van Adventure Bags, maar ook voor de toewijsbaarheid van de in reconventie ingestelde vorderingen van belang zijn, zal de rechtbank in het navolgende eerst beoordelen aan wie van partijen het gelijk ter zake is.

De toepasselijkheid en rechtsgeldigheid van de algemene voorwaarden van Kruidvat

4.7. Adventure Bags heeft ten aanzien van de algemene voorwaarden van Kruidvat aangevoerd dat:

- 1) deze algemene voorwaarden ten tijde van het aangaan van de contractuele relatie in september 2007, en in het bijzonder ten tijde van de bestelling van de Granny's Scarf-producten, niet van toepassing waren,
- 2) dat de algemene voorwaarden vernietigbaar zijn, nu deze niet voorafgaande aan het aangaan van de contractuele relatie en de bestelling van de Granny's Scarf-producten aan Adventure Bags ter hand zijn gesteld,
- 3) dat de algemene voorwaarden vernietigbaar zijn, nu deze onredelijk bezwarend zijn voor Adventure Bags, althans dat een beroep op de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

1) Toepasselijkheid algemene voorwaarden

4.8. De algemene voorwaarden van Kruidvat zijn van toepassing, indien Kruidvat de algemene voorwaarden van toepassing heeft verklaard en Adventure Bags deze toepasselijkheid, al dan niet stilzwijgend, heeft aanvaard.

4.9. Als productie 4 heeft Kruidvat een door Adventure Bags ondertekend zogenaamd 'supply-form' overgelegd waarin is opgenomen dat de algemene inkoopvoorwaarden van Kruidvat op 24 september 2007 aan Adventure Bags te Renswoude zijn overhandigd. Voorts heeft Kruidvat bij e-mail van 25 september 2007 (overgelegd door Kruidvat als productie 14) aan Adventure Bags verzocht om de algemene voorwaarden ondertekend retour te sturen. Ten slotte staat vast dat op alle ordersheets die Kruidvat nadien aan Adventure Bags heeft gezonden voor het doen van bestellingen, telkens is vermeld dat op alle orders de algemene voorwaarden van Kruidvat van toepassing zijn.

Op grond van deze omstandigheden moet worden geconcludeerd dat Kruidvat op een voldoende duidelijke wijze aan Adventure Bags heeft medegedeeld dat zij haar algemene voorwaarden van toepassing wilde verklaren op alle bestellingen die zij bij Adventure Bags zou verrichten. Niet gesteld of gebleken is dat Adventure Bags vervolgens tegen de toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden heeft geprotesteerd. Uit het feit dat Adventure Bags, na herhaaldelijk te zijn gewezen op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, uitvoering heeft gegeven aan de door Kruidvat bij haar gedane bestellingen, moet worden afgeleid dat zij (stilzwijgend) de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden heeft geaccepteerd. Daarmee zijn deze algemene voorwaarden op alle door Kruidvat bij Adventure Bags gedane bestellingen van toepassing geworden.

2) De vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden wegens het niet overhandigen daarvan

4.10. De rechtbank constateert dat in het hiervoor bedoelde 'supply-form' een concrete datum is vermeld (namelijk 24 september 2007) waarop de algemene voorwaarden aan Adventure Bags zouden zijn overhandigd, alsmede een concrete plaats van overhandiging, namelijk Renswoude (alwaar Kruidvat gevestigd is). Voorts constateert de rechtbank dat Kruidvat in een e-mail van een dag later, namelijk 25 september 2007 om 15:57 uur (productie 14 van Kruidvat), het 'supply-form' met voormelde mededeling aan Adventure Bags heeft toegestuurd ter ondertekening. In deze e-mail refereert Kruidvat bovendien aan de overhandiging van de algemene voorwaarden door te vragen of Adventure Bags deze ondertekend retour zou willen sturen. Op deze e-mail heeft Adventure Bags gereageerd (in haar e-mail van dezelfde datum om 16:17 uur; eveneens productie 14 van Kruidvat) niet door te vragen om toezending van de algemene voorwaarden, maar alleen door te vragen wat met het "kopie bankbewijs" in de e-mail wordt bedoeld. Een andere reactie zou voor de hand hebben gelegen, indien de algemene voorwaarden van Kruidvat inderdaad toen niet reeds door Adventure Bags waren ontvangen. Adventure Bags heeft als enige verklaring voor het ontbreken van een dergelijke reactie gegeven dat de ontvanger van de e-mail, de directeur van Adventure Bags, geen jurist is. Deze verklaring kan haar niet baten, nu elke ondernemer geacht

mag worden het belang te kennen van de toepassing van algemene voorwaarden (al dan niet die van de wederpartij) voor haar bedrijfsvoering en het belang van de kennisname daarvan, zodat het ontbreken van specifieke juridische kennis niet in de weg heeft kunnen staan aan het geven van een reactie in de hiervoor bedoelde zin.

4.11. Het voorgaande betekent dat als onvoldoende gemotiveerd weersproken vaststaat dat Kruidvat haar algemene voorwaarden voorafgaande aan het aangaan van de contractuele relatie met Adventure Bags aan deze ter hand heeft gesteld, zodat het op die grond gedane beroep van Adventure Bags op vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden wordt afgewezen.

3) Algemene voorwaarden onredelijk bezwarend dan wel een beroep daarop in strijd met redelijkheid en billijkheid

4.12. Adventure Bags heeft in dit kader aangevoerd dat de algemene voorwaarden van Kruidvat onredelijk bezwarend zijn dan wel dat een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat:

- Kruidvat ten aanzien van de verschillende leveringen winst heeft genoten, terwijl Adventure Bags terzake verlies heeft geleden (in de vorm van onbetaalde nota's en gemaakte advocaatkosten),
- er sprake is van een ongelijkheid tussen partijen, omdat Kruidvat veel groter is dan Adventure Bags, waardoor Kruidvat de algemene voorwaarden heeft kunnen opleggen aan Adventure Bags.

Ten aanzien van artikel 6iii van de algemene voorwaarden heeft Adventure Bags specifiek aangevoerd:

- dat daarin wordt gesproken over schadeplichtigheid van de leverancier voor enkele 'vermeende' inbreuk, zodat elke ongefundeerde claim van een derde tot schadeplichtigheid kan leiden,
- dat Adventure Bags als leverancier voor het ontstaan en de omvang van de schade geheel overgeleverd is aan Kruidvat,
- dat ook schade die Kruidvat deels zelf heeft veroorzaakt op grond van deze bepaling voor vergoeding door Adventure Bags in aanmerking komt; volgens Adventure Bags heeft zich dat in het onderhavige geval voorgedaan, nu Kruidvat het risico dat de Granny's Scarf-producten inbreukmakend waren met open ogen heeft genomen door te bepalen dat er een 'Oilily-achtige' print moest komen; Adventure Bags doet in dit kader een beroep op de reflexwerking van de artikelen 6:236 sub h en 237 sub f BW,
- dat de omvang van de schadevergoedings- en vrijwaringsplicht van de leverancier in geen verhouding staat tot de opdracht som en de winst die de leverancier maakt, terwijl de leverancier zich voor een dergelijke schadevergoedingsplicht niet kan exonoreren of verzekeren.

4.13. Ingevolge artikel 6:233 sub a BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het gelet op de aard en de overige inhoud van overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.

4.14. De rechtbank stelt voorop dat Adventure Bags een professionele partij is die naar eigen zeggen levert aan circa 175 bedrijven en winkels, waaronder Hema, V&D, Bijenkorf en Makro. Gelet hierop is het enkele feit dat zij maar vijf werknemers heeft, onvoldoende om te oordelen dat zij in een met een consument vergelijkbare positie verkeert, zodat het beroep Adventure Bags op reflexwerking van de artikelen 6:236 sub h en 237 sub f BW faalt.

4.15. De omstandigheid dat Adventure Bags met diverse grote ondernemingen contracteert, betekent dat zij geacht mag worden de reikwijdte van de door Kruidvat toepasselijk verklaarde algemene voorwaarden te overzien, alsmede om zich te verzetten tegen bepalingen in die algemene voorwaarden die haar bedrijfsvoering ernstig kunnen schaden. Gelet hierop is de enkele ongelijkheid in grootte tussen beide bedrijven onvoldoende om de algemene voorwaarden als opgelegd te beschouwen.

4.16. Het beroep van Adventure Bags op de omstandigheid dat zij ten aanzien van de onderhavige transacties verlies heeft geleden en Kruidvat winst heeft gemaakt kan, voor zover dit al een rol kan spelen bij de beoordeling van de onderhavige vraag, geen gewicht in de schaal leggen. Vooral nog is immers ook door Kruidvat een aanzienlijk verlies geleden ter zake van de onderhavige leveranties, nu zij een bedrag van ruim EUR 300.000,- in het kader van een beweerdelijke auteursrechtinbreuk in verband met de onderhavige leveranties aan een derde (Oilily) heeft voldaan.

4.17. In het licht van het voorgaande kan in zijn algemeenheid de stelling dat de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn, of een beroep daarop in strijd met de redelijkheid en billijkheid, niet worden aanvaard.

4.18. Ten aanzien van artikel 6iii van de algemene voorwaarden overweegt de rechtbank als volgt. Deze bepaling houdt in dat de leverancier aansprakelijk is en

Kruidvat schadeloos dient te stellen voor alle schade die Kruidvat lijdt of kosten die Kruidvat maakt als gevolg van een vermeende inbreuk op rechten van intellectuele eigendom of niet-nakoming van de garanties als bedoeld in artikel 6i. Het bezwaar van Adventure Bags richt zich met name op het woord 'vermeende' in deze bepaling. Aangenomen moet worden dat dit woord in deze bepaling is opgenomen teneinde te voorkomen dat Kruidvat pas recht op schadeloosstelling heeft, indien een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht van een derde in rechte definitief wordt vastgesteld. De rechtbank is van oordeel dat dat doel een legitiem belang van Kruidvat dient. Immers, zij loopt als verkoper van de producten die zij van Adventure Bags geleverd krijgt, als eerste, eerder dan Adventure Bags als producent, het risico aangesproken te worden door een rechthebbende. Als deze derde op een geloofwaardige wijze aantoont dat sprake is van een inbreuk op haar rechten, zal Kruidvat ook als eerste worden geconfronteerd met het aanzienlijke risico dat een financiële claim van deze derde in rechte toewijsbaar is. Van Kruidvat kan dan niet worden gevergd dat zij - teneinde zeker te stellen dat zij de schade waarvoor zij wordt aangesproken kan verhalen op Adventure Bags - tot in hoogste instantie procedeert om de vraag of sprake is van een inbreuk definitief beantwoord te krijgen. Kruidvat heeft dan ook een gerechtvaardigd belang om ten opzichte van Adventure Bags en onafhankelijk van het standpunt van Adventure Bags, de ruimte te hebben om een dergelijke financiële claim in overleg met de derde te schikken, al dan niet na het voeren van een procedure in eerste aanleg, en om vervolgens de door haar geleden schade bij Adventure Bags te verhalen. Adventure Bags is immers degene die de dessins levert waaruit Kruidvat kan kiezen bij het bestellen van haar producten, waardoor ook Adventure Bags degene is die ervoor verantwoordelijk is dat de dessins die zij aan Kruidvat aanlevert, geen inbreuk maken op rechten van derden. Deze verantwoordelijkheid kan niet bij een retailonderneming als Kruidvat worden gelegd.

4.19. Voor zover al zou kunnen worden gesteld dat Adventure Bags voor het ontstaan en de omvang van de schade afhankelijk is van Kruidvat, is dat in het licht van het voorgaande ook terecht. Een beroep op 6iii van de algemene voorwaarden zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid echter onaanvaardbaar kunnen zijn, indien Kruidvat een volledig ongefundeerde claim van een derde zou honoreren, maar daarvan is in het onderhavige geval geen sprake, nu al twee rechters de claims van die derde (Oilily) hebben gehonoreerd (de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage in het ex parte-bevel van 1 april 2009 en de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen in het kort gedingvonnis van 8 mei 2009). De enkele omstandigheid dat artikel 6iii van de algemene voorwaarden die ruimte (voor ongefundeerde claims) wel laat, betekent in het licht van de bescherming die de redelijkheid en billijkheid in deze geven, niet dat de bepaling op zichzelf als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt.

4.20. Hetzelfde geldt voor de ruimte die de bepaling laat voor verhaal van door Kruidvat zelf veroorzaakte schade op Adventure Bags. Indien een dergelijk geval zich zou voordoen, bieden de redelijkheid en billijkheid daartegen bescherming. Van een dergelijk geval is in casu overigens geen sprake. Gelet op de ter comparitie overgelegde e-mailwisseling tussen partijen van januari 2009 heeft Kruidvat - voor zover zij al (zoals Adventure Bags heeft gesteld) aan Adventure Bags om een 'Oilily-achtige' print zou hebben gevraagd - voldoende duidelijk aangegeven dat zij wilde dat er voldoende afstand tot de prints van Oilily zou worden gehouden om geen problemen met Oilily te krijgen. Zij heeft Adventure Bags duidelijk medegedeeld dat zij over het bestaan van voldoende afstand niet kan oordelen omdat zij de originele prints niet kende en dat zij die beoordeling dus aan Adventure Bags overliet. Het was vervolgens aan Adventure Bags om voldoende afstand tot de dessins van Oilily in acht te nemen, dan wel, zoals zij bij een eerder gekozen dessin wel had gedaan, het gekozen dessin in verband met de rechten van derden af te wijzen. Gelet hierop kan niet de conclusie aanvaard worden dat Kruidvat de schade die zij heeft geleden terzake van de inbreuk op de rechten van Oilily, zelf heeft veroorzaakt.

4.21. Voor zover Adventure Bags wijst op een onevenredigheid tussen de mogelijke schadevergoedingsverplichting van Adventure Bags en de met een eventuele opdracht te behalen omzet en winst geldt dat dit een afweging is die Adventure Bags als professionele partij reeds voorafgaande aan het aanvaarden van de algemene voorwaarden heeft kunnen maken. Daarbij komt dat zij ook, als degene die de dessins voorlegt aan Kruidvat, het in eigen hand heeft in hoeverre door Kruidvat dessins (kunnen) worden gekozen waarvan het risico groot is dat deze inbreukmakend zijn.

4.22. Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat de algemene voorwaarden van Kruidvat, en ook artikel 6iii daarvan, niet als onredelijk bezwarend kunnen worden gekwalificeerd, zodat het op die grond gedane beroep van Adventure Bags op vernietigbaarheid wordt afgewezen. Het op dezelfde argumenten gebaseerde beroep op de redelijkheid en billijkheid faalt in dit licht eveneens.

Toerekenbare tekortkoming van Adventure Bags?

4.23. Kruidvat heeft aangevoerd dat Adventure Bags haar in artikel 6i van de algemene

voorwaarden neergelegde garantieverplichting niet is nagekomen, nu zij niet heeft aangetoond dat de door haar te leveren Granny's Scarf-producten niet inbreukmakend zijn.

4.24. De rechtbank begrijpt het verweer van Adventure Bags aldus, dat zij betwist dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming, nu zij blijft garanderen dat de door haar aan Kruidvat geleverde Granny's Scarf-producten geen inbreuk maken op rechten van derden. Zij heeft, aldus Adventure Bags, in dit kader desgevraagd ook een aanvullende garantieverklaring verstrekt. Volgens haar kan zij rechtens niet gehouden worden om aan het verzoek van Kruidvat te voldoen om een schriftelijke verklaring van Oilily over te leggen die inhoudt dat de Granny's Scarf-producten geen inbreuk op haar rechten maken. Volgens haar maken de Granny's Scarf-producten ook geen inbreuk op de auteursrechten van Oilily. Voor zover dat al anders zou zijn, geldt volgens Adventure Bags dat Kruidvat alsdan alleen aanspraak heeft op vergoeding van eventuele schade die zij dientengevolge heeft geleden, en geeft dat haar niet het recht om de Granny's Scarf-producten niet af te nemen. Ten slotte voert Adventure Bags aan dat Kruidvat de bestelling van de Granny's Scarf-producten heeft gedaan in de periode dat er reeds een discussie met Oilily speelde over de vraag of een eerdere partij aan Kruidvat geleverde tassen inbreuk zou maken op de rechten van Oilily.

4.25. Teneinde de reikwijdte van de garantiebepaling te kunnen bepalen, moet deze worden uitgelegd. Bij de uitleg daarvan komt het volgens vaste jurisprudentie niet alleen aan op een taalkundige uitleg, maar ook op de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de desbetreffende bepaling van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dier zake redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (Haviltex-arrest).

4.26. Indien het standpunt van Adventure Bags zou worden gevolgd dat Kruidvat bij een vermeende inbreuk alleen het recht heeft op schadevergoeding, en niet op het voorkomen van schade (door te weigeren om de Granny's Scarf-producten af te nemen), is zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet goed te begrijpen waarom naast die schadevergoedingsverplichting (artikel 6iii) ook een garantieverplichting (artikel 6i) in de algemene voorwaarden is opgenomen, en waarom die garantieverplichting nadien nog is bevestigd door een aparte garantieverklaring (opgemaakt op 20 april 2009 door Adventure Bags, overgelegd door Kruidvat als productie 7). Het opnemen van een separate garantieverplichting zou immers zinledig zijn, indien Kruidvat daaraan geen verdergaande rechten zou kunnen ontleen dan de rechten die reeds in artikel 6iii aan Kruidvat worden toegekend. Gelet op het feit dat in artikel 6iii de aansprakelijkheid van Adventure Bags niet alleen wordt gerelateerd aan inbreuken op rechten van intellectuele eigendom maar ook op niet-nakoming van garanties als bedoeld in de voorafgaande bepalingen (artikelen 6i en 6ii), impliceert dat de garantieverplichting als een zelfstandige verplichting moet worden beschouwd die naast de schadevergoedingsverplichting staat. Dit betekent dat Kruidvat ook het recht heeft, buiten schadeloosstelling achteraf, om nakoming van de garantieverplichting te eisen. De omstandigheid dat Adventure Bags ook heeft geprobeerd te voldoen aan het verzoek van Kruidvat om een verklaring van Oilily te verkrijgen over het al dan niet inbreukmakend karakter van de Granny's Scarf-producten, duidt erop dat Adventure Bags deze garantieverplichting ook als een zelfstandige verplichting heeft beschouwd.

4.27. In beginsel is Kruidvat dan ook gerechtigd om op elk moment nakoming van deze garantieverplichting te vragen. Indien bij haar gerede twijfel bestaat omtrent de rechtmatigheid van de door Adventure Bags aan haar te leveren producten, moet Kruidvat gerechtigd worden geacht om - gelet op haar belang om schade te voorkomen - in het kader van de garantieverplichting aanvullend bewijs te vragen dat de producten geen inbreuk maken op rechten van derden. Die twijfel is in het onderhavige geval bij Kruidvat onder meer ontstaan, blijkens de brief waarbij de overeenkomst met betrekking tot de levering van de Granny's Scarf-producten is ontbonden, doordat na het plaatsen van de order rechtszaken waren ontstaan naar aanleiding van eerdere door Kruidvat bij Adventure Bags ingekochte producten. Gelet op het feit dat twee rechters terzake van één van die eerdere leveringen vervolgens oordeelden dat deze inbreuk maakte op de rechten van Oilily, en Adventure Bags desondanks bleef volhouden dat er niets aan de hand was, ook niet bij de laatste leveringen, hoefde Kruidvat geen genoegen te nemen met de verzekering van Adventure Bags dat de Granny's Scarf-producten geen inbreuk zouden maken op de rechten van derden, maar mocht zij van Adventure Bags aanvullend bewijs van de rechtmatigheid verlangen.

4.28. Adventure Bags heeft dergelijk bewijs niet geleverd. Integendeel, navraag door Kruidvat bij Oilily heeft haar geleerd dat Oilily van mening was dat de betreffende Granny's Scarf-producten wel inbreukmakend waren. Dit heeft ook geleid tot het starten van een bodemprocedure door Oilily tegen Adventure Bags en Kruidvat onder meer met betrekking tot de Granny's Scarf-producten.

4.29. Uit het voorgaande volgt dat Adventure Bags haar garantieverplichting jegens Kruidvat niet is nagekomen, zodat zij toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst met betrekking tot de Granny's Scarf-producten.

4.30. De stelling van Adventure Bags dat nog niet definitief in rechte is vastgesteld dat de Granny's Scarf-producten inbreuk maken op de rechten van derden, kan haar niet baten, nu de overeenkomst onder de hiervoor onder 4.26 en 4.27 vermelde omstandigheden meebrengt dat Kruidvat op elk moment, derhalve ook vóór de levering, nakoming van de garantieverplichting kan eisen. Of uiteindelijk wordt vastgesteld of de Granny's Scarf-producten wel inbreukmakend zijn, is derhalve niet van belang. Van belang is alleen of in het onderhavige geval Adventure Bags op het moment waarop Kruidvat daarom verzocht (en ook mocht verzoeken omdat zij daartoe voldoende aanleiding had), haar garantieverplichting dat de Granny's Scarf-producten niet inbreukmakend zijn, kon waarmaken.

4.31. Voor zover Adventure Bags heeft aangevoerd dat Kruidvat de betreffende bestelling heeft gedaan in de periode dat reeds een discussie speelde met Oilily over eerdere leveranties, doet dat - mede gezien de na de gedane bestelling aangevangen gerechtelijke procedures - niet af aan de verplichting van Adventure Bags om terzake van de levering van de Granny's Scarf-producten te garanderen dat deze niet inbreukmakend zijn. Hooguit kan deze omstandigheid van belang zijn voor het bestaan en de omvang van het recht van Kruidvat jegens Adventure Bags op schadeloosstelling. Dat zal hierna onder 4.33 e.v. worden beoordeeld.

4.32. Het voorgaande betekent dat Adventure Bags toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de overeenkomst met betrekking tot de Granny's Scarf-producten. Dit heeft tot gevolg dat - nu niet door Adventure Bags is aangevoerd dat er sprake is van een tekortkoming met een geringe betekenis - Kruidvat gerechtigd was de overeenkomst met betrekking tot de Granny's Scarf-producten bij brief van 11 november 2009 te ontbinden. Door deze ontbinding is Kruidvat niet meer verplicht om deze goederen van Adventure Bags af te nemen en de daarvoor overeengekomen prijs te betalen. De vordering van Adventure Bags tot betaling van een bedrag van EUR 307.317,50 terzake van deze producten dient dan ook te worden afgewezen.

Het beroep op verrekening

4.33. Kruidvat heeft aangevoerd dat zij ten gevolge van de handelwijze van Adventure Bags schade heeft geleden die voor verrekening met het aan Adventure Bags toekomende bedrag van EUR 304.145,79 (zie onder 4.3) in aanmerking komt. Deze schade is opgebouwd uit de volgende schadeposten:

- a. de inkoopwaarde van retourgehaalde tassen na de ex-parte beschikking van de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage d.d. 1 april 2009: EUR 29.930,--
- b. de gedeerde marge op deze retourgehaalde tassen: EUR 21.851,--
- c. handlingskosten naar aanleiding van het retour halen van de producten: EUR 30.000,--
- d. de gedeerde marge op de partij goederen die Kruidvat niet heeft afgenomen: EUR 176.524,--
- e. het schikkingsbedrag dat Kruidvat aan Oilily heeft betaald ter vergoeding van door Oilily geleden schade: EUR 300.000,--
- f. kosten van rechtsbijstand, voorlopig begroot op: EUR 108.327,--
- g. door Kruidvat geleden schade als gevolg van de ex parte beschikking d.d. 19 november 2009, begroot op: EUR 30.000,--

=====
TOTAAL: EUR 696.632,--

4.34. Adventure Bags heeft als verweer tegen het beroep op verrekening aangevoerd:

- 1) dat de vordering waarmee Kruidvat wil verrekenen nog niet opeisbaar is, omdat niet vaststaat dat het vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen in stand blijft en er niet definitief een inbreuk op rechten van derden is vastgesteld, zodat niet aan de vereisten van artikel 6:127 BW is voldaan,
- 2) dat niet vaststaat dat en in welke mate Kruidvat schade lijdt, zodat de gegrondheid van het verrekeningsverweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen in de zin van artikel 6:136 BW,
- 3) dat Kruidvat door haar handelwijze de claim van Oilily over zichzelf heeft afgeroepen, zodat er geen grond bestaat tot schadevergoeding (HR 26 september 2003, NJ 2003,660), althans dat de schadevergoedingsverplichting om die reden dient te worden vermindert op grond van het bepaalde in artikel 6:101 BW,
- 4) dat Kruidvat haar schappen heeft gevuld met andere producten, zodat zij winst heeft genoten uit vervangende omzet, die op de geleden schade in mindering dient te strekken,
- 5) dat de omvang van de gestelde schade wordt betwist.

1) Geen bevoegdheid tot verrekening

4.35. Ingevolge het bepaalde in artikel 6:127 BW heeft de schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering.

4.36. Anders dan Adventure Bags stelt is voor het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting aan haar zijde niet vereist dat een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden definitief wordt vastgesteld. Immers in artikel 6:111 van de algemene voorwaarden is bepaald dat Adventure Bags aansprakelijk is voor alle kosten, schade, verliezen en vorderingen die Kruidvat maakt of lijdt als gevolg van een vermeende inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Gelet op het feit dat er twee gerechtelijke procedures zijn geweest waarin de rechter heeft vastgesteld dat één van de leveranties inbreuk maakte op de intellectuele eigendomsrechten van Oilily, en Oilily voorts een bodemprocedure aanhangig heeft gemaakt waarin zij terzake van alle leveranties stelt dat deze inbreuk op haar rechten maken, moet worden geconcludeerd dat voldaan is aan het vereiste van een 'vermeende inbreuk'. Voor zover het verweer van Adventure Bags betrekking heeft op de werking van het kort gedingvonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Assen geldt dat dat vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, zodat Kruidvat gehouden was onmiddellijk aan dat vonnis te voldoen en eventuele door haar diensgevolge geleden schade opeisbaar is. Het op artikel 6:127 BW gegrondde verweer faalt derhalve.

2) Gegrondheid van het verrekeningsverweer niet eenvoudig vast te stellen

4.37. In haar conclusie van eis in reconventie heeft Kruidvat aangevoerd waaruit haar schade bestaat en wat de omvang van de gestelde schade is. Op basis van de daarover door partijen ingenomen stellingen is een oordeel over de toewijsbaarheid van de schadevergoeding mogelijk, zodat het beroep van Adventure Bags op artikel 6:136 BW faalt.

3) Schade zelf veroorzaakt

4.38. In het door Adventure Bags aangehaalde arrest van 26 september 2003 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aansprakelijkheid van een waterschap niet kan worden aangenomen wanneer de omstandigheden meebrengen dat het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat de betreffende weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie hoogstwaarschijnlijk ongeschikt was.

4.39. Adventure Bags stelt zich op het standpunt dat onderhavige zaak daarmee vergelijkbaar is, nu Kruidvat Adventure Bags opdracht heeft gegeven de grenzen van het intellectueel eigendomsrecht op te zoeken en daarmee het risico heeft genomen dat zij claims van derden zou krijgen wegens vermeende inbreuk op deze rechten. Ter onderbouwing wijst zij op de e-mailwisseling van 13 januari 2009, die zij ter comparitie heeft overgelegd. Voorts heeft Kruidvat haar eigen schade in het leven geroepen, aldus Adventure Bags, door na het moment waarop Adventure Bags van Oilily de bevestiging had ontvangen dat de Granny's Scarf-producten geen inbreuk maakten op haar intellectuele eigendomsrechten, zelf contact te zoeken met Oilily, waarna Oilily haar aanvankelijke standpunt heeft verlaten. Ten slotte wijst Adventure Bags, zo begrijpt de rechtbank, op de omstandigheid dat Kruidvat de bestelling van de Granny's Scarf-producten heeft gedaan in de periode dat reeds een discussie speelde met Oilily over eerdere leveranties.

4.40. Zoals de rechtbank onder 4.20. heeft overwogen, heeft Kruidvat er in de bedoelde e-mailcorrespondentie jegens Adventure Bags op aangedrongen dat zij voldoende afstand zou houden van de dessins van Oilily en dat zij de verantwoordelijkheid daarvoor bij Adventure Bags legde, zodat niet kan worden geconcludeerd dat zij bewust het risico heeft aanvaard op claims van derden wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.

De omstandigheid dat Kruidvat bij Oilily heeft nagevraagd of de Granny's Scarf print inbreuk maakt op haar intellectuele eigendomsrechten, kan haar evenmin worden verweten, nu zij vanwege haar gerede twijfel over de rechtmatigheid van de print er recht op had om er zeker van te zijn dat afname van de Granny's Scarf-producten niet weer tot problemen met Oilily zou leiden.

De omstandigheid dat er al ten tijde van de bestelling van de Granny's Scarf-producten een discussie met Oilily speelde over eerdere leveranties, rechtvaardigt niet de conclusie dat Kruidvat bewust het risico heeft genomen dat de Granny's Scarf-producten inbreukmakend zouden zijn. Op basis van voormelde e-mailwisseling voorafgaand aan de opdrachtverlening mocht Kruidvat ervan uitgaan dat Adventure Bags voldoende afstand tot de ontwerpen van Oilily zou houden en had gehouden.

In het licht van het voorgaande kan niet worden geconcludeerd dat Kruidvat haar schade zelf heeft veroorzaakt, zodat het beroep van Adventure Bags op voormeld arrest en het in dit verband gedane beroep op eigen schuld (artikel 6:101 BW) dient te worden afgewezen.

4) Voordeelstoerekening

4.41. De rechtbank begrijpt dat Adventure Bags met haar stelling dat Kruidvat ook vervangende omzet heeft gegenereerd, een beroep doet op artikel 6:100 BW waarin is

vervangende omzet heeft gerealiseerd, een beroep doet op artikel 6:100 BW waarin is bepaald dat indien dezelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht.

4.42. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 juli 2009 (NJ 2011, 43) evenwel bepaald dat indien het voordeel gerealiseerd is door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden, de schade en dit voordeel in beginsel niet voortvloeien uit 'een zelfde gebeurtenis' in de zin van art. 6:100 BW. Dit betekent dat voor zover Kruidvat erin is geslaagd om andere producten in haar schappen te plaatsen ter vervanging van de Granny's Scarf-producten die zij bij Adventure Bags had besteld, dit het gevolg is van eigen inspanningen van Kruidvat. Het dientengevolge door Kruidvat behaalde voordeel dient in een dergelijk geval niet in mindering te strekken op de geleden schade.

5) De schadeposten

4.43. In het navolgende zal de rechtbank de door Kruidvat opgevoerde schadeposten beoordelen. In dat kader zullen ook de ten aanzien van de specifieke schadeposten gevoerde verweren van Adventure Bags worden behandeld.

Ad a en b (inkoopwaarde en gedeelde marge schoudertassen)

4.44. Deze schadeposten zien op de schade die Kruidvat zou hebben geleden ten gevolge van het feit dat zij gehouden was gehoor te geven aan het ex parte bevel van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 1 april 2009 met betrekking tot eerder door Adventure Bags geleverde schoudertassen.

4.45. Kruidvat heeft haar vordering tot vergoeding van deze schadeposten gebaseerd op de artikelen 6 en 7 van de algemene voorwaarden. In artikel 6iii is bepaald dat Adventure Bags aansprakelijk is voor en Kruidvat volledig en onverwijld schadeloos dient te stellen tegen alle kosten, schade, verlies en vorderingen die Kruidvat maakt of lijdt als gevolg van een vermeende inbreuk op intellectuele eigendomsrechten of niet-nakoming van de in artikel 6 opgenomen garanties. In artikel 7i sub c van de algemene voorwaarden is bepaald dat indien de goederen niet voldoen aan het bepaalde in artikel 6 (waarin onder meer de garantieverplichting is opgenomen), Kruidvat gerechtigd is schadevergoeding inclusief gedeelde marge te vorderen ter compensatie van de door haar geleden schade.

4.46. Kruidvat heeft de hoogte van haar vordering onderbouwd met het door haar als productie 9 overgelegde overzicht. Weliswaar staat boven het overzicht, zoals Adventure Bags terecht heeft opgemerkt, de tekst "HU groep/Openstaande schuld", waardoor het lijkt te slaan op een andere kwestie, maar uit de inhoud van het overzicht blijkt dat het wel degelijk ziet op de leveranties die Adventure Bags aan Kruidvat heeft verricht (de damesweekendtas en de schoudertas) of zou verrichten (de Granny's Scarf-producten). Dit overzicht kan derhalve naar het oordeel van de rechtbank als basis dienen voor de begroting van de schade die Kruidvat heeft geleden.

4.47. De wijze waarop Kruidvat de onderhavige schadeposten heeft berekend is met voormelde productie voldoende inzichtelijk gemaakt, en door Adventure Bags niet voldoende gemotiveerd bestreden. Deze schadeposten komen op basis van voormelde bepalingen van de algemene voorwaarden dan ook voor toewijzing in aanmerking.

Ad c (handlingskosten retour halen schoudertassen)

4.48. Kruidvat heeft de omvang van deze post op geen enkele wijze nader onderbouwd, zodat deze niet voor toewijzing vatbaar is.

Ad d (gedeelde marge op Granny's Scarf-producten)

4.49. Kruidvat heeft ook deze schadepost gebaseerd op de artikelen 6 en 7 van de algemene voorwaarden. De rechtbank laat in het midden of Kruidvat na de ontbinding van de overeenkomst met betrekking tot de Granny's Scarf-producten nog een beroep kan doen op voormelde bepalingen van de algemene voorwaarden als grondslag voor de door haar gedeelde marge. Immers, ook indien Kruidvat dat beroep niet meer toekomt, geldt dat Kruidvat alsdan op grond van de wet aanspraak kan maken op de door haar gedeelde marge, en wel als vergoeding voor het positief contractbelang.

4.50. Voor de bepaling van de hoogte van de aan Kruidvat toekomende schadevergoeding moet de situatie worden vergeleken waarin Kruidvat zou hebben verkeerdd bij correcte nakoming van de contractuele verplichtingen met de situatie waarin zij zou verkeren na ontbinding en afwikkeling van de restitutieplichtingen maar zonder schadevergoeding. Aangenomen moet worden dat Kruidvat bij correcte nakoming van de overeenkomst een marge zou hebben gerealiseerd, zodat de gedeelde marge als schade voor vergoeding in aanmerking komt.

4.51. Het verweer van Adventure Bags dat het bepaalde in artikel 7 van de algemene voorwaarden niet ziet op de schade wegens 'vermeende inbreuk' in de zin van artikel 6iii van de algemene voorwaarden, kan haar gelet op het hiervoor onder 4.49 overwogene niet baten. Daarbij merkt de rechtbank op dat het in casu niet (alleen) gaat om schade wegens vermeende inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van derden, maar (ook) om schade die Kruidvat heeft geleden ten gevolge van schending van de garantieverplichting die in artikel 6i van de algemene voorwaarden is opgenomen. Die schending staat vast. Een later volgend oordeel van de rechtbank Assen over het al dan niet inbreukmakend karakter van de Granny's Scarf-producten kan in die conclusie geen wijziging brengen.

4.52. Kruidvat heeft haar berekening van deze schadepost voldoende inzichtelijk gemaakt. De berekening is door Adventure Bags niet voldoende gemotiveerd betwist en de verweren die Adventure Bags terzake van deze schadepost heeft aangevoerd, zijn in het voorgaande verworpen, zodat ook deze schadepost voor toewijzing in aanmerking komt.

Ad e (het door Kruidvat betaalde schikkingsbedrag)

4.53. Deze schadepost ziet op het bedrag dat Kruidvat aan Oilily heeft betaald in verband met de bodemprocedure die Oilily tegen Kruidvat en Adventure Bags heeft aangespannen bij de rechtbank te Assen in verband met beweerdelijke schending van intellectuele eigendomsrechten door de verhandeling van de damesweekendtas en de schoudertas, en de voorgenomen verhandeling van de Granny's Scarf-producten. In die procedure heeft Oilily een schadevergoeding gevorderd die neerkomt op een bedrag van ruim EUR 3,7 miljoen. De schikking die Kruidvat met Oilily heeft bereikt, behelst een bedrag van EUR 300.000,--. Dit laatste bedrag vordert Kruidvat in de onderhavige procedure als schadevergoeding van Adventure Bags.

4.54. Uit de stelling van Kruidvat dat de schikking ziet op ruim 75.000 producten, leidt de rechtbank af dat daarbij de Granny's Scarf-producten niet zijn betrokken, zodat de schikking alleen ziet op de (door Kruidvat verhandelde) damesweekendtas en de schoudertas.

4.55. Op grond van het bepaalde in artikel 7ii van de algemene voorwaarden dient Adventure Bags Kruidvat volledig schadeloos te stellen voor alle kosten, schade, verliezen en vorderingen die Kruidvat maakt of lijdt als gevolg van door derden ingestelde vorderingen die voortvloeien uit een gebrek in de goederen. Gelet op de samenhang tussen artikelen 6 en 7 moet onder 'gebrek' zowel de schending van de garantieverplichting als een vermeende inbreuk op intellectuele eigendomsrechten worden begrepen. Nu twee rechters ten aanzien van de schoudertas hebben geoordeeld dat deze inbreuk maakt op de intellectuele eigendomsrechten van Oilily en Adventure Bags ten aanzien van de damesweekendtas niet voldoende heeft onderbouwd waarom terzake sprake zou zijn van een ongefundeerde claim van Oilily, moet geoordeeld worden dat aan het vereiste van 'vermeende inbreuk' is voldaan, zodat deze schadepost op zich op grond van de algemene voorwaarden voor toewijzing vatbaar is.

4.56. Voor zover het verweer van Adventure Bags zich richt op de omvang van de door Kruidvat met Oilily bereikte schikking, overweegt de rechtbank als volgt. Zowel in het kader van de algemene voorwaarden als in het kader van de op Kruidvat rustende schadebeperkingsplicht (artikel 6:101 BW) heeft Kruidvat enige ruimte voor de wijze waarop zij met claims van derden omgaat. In het onderhavige geval werd Kruidvat geconfronteerd met een claim van EUR 50,-- per inbreukmakend product (hetgeen neerkomt op een bedrag van in totaal EUR 3,7 miljoen).

4.57. De door Oilily in de bodemprocedure ingestelde vordering strekte tot vergoeding van de door haar ten gevolge van de beweerdelijke inbreuken geleden schade dan wel (in het geval dat de door Kruidvat genoten netto-winst hoger zou zijn) tot afdracht van de netto-winst. Uit het door Kruidvat als productie 9 overgelegde overzicht moet worden afgeleid dat:

- de netto-winst van Kruidvat (verkoopprijs (exclusief BTW) minus inkoopprijs) voor de damesweekendtas neerkomt op een bedrag van ongeveer EUR 2,66 per tas ((EUR 7,99 - 19%) - EUR 3,81); uitgaande van 63.150 verkochte damesweekendtassen betekent dit een netto-winst van EUR 167.979,00;
- de netto-winst van Kruidvat voor de schoudertas EUR 2,49 bedraagt (zie de kolom "marge per tas"); uitgaande van 12.733 verkochte schoudertassen betekent dit een netto-winst op van EUR 31.705,17;
- de netto-winst in totaal EUR 199.684,17 bedraagt.

Omdat de bodemprocedure bij de rechtbank Assen gekwalificeerd kan worden als een procedure betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, en het geen eenvoudige bodemzaak betrof, moest Kruidvat naast de afdracht van een bedrag van bijna EUR 200.000,-- rekening houden met een veroordeling tot betaling van een bedrag (conform de landelijke indicatietarieven) van EUR 25.000,-- aan proceskosten. Daarbij komt dat ook niet uitgesloten mag worden geacht dat de bodemrechter een

Daarbij komt dat ook niet afgesloten mag worden geacht dat de bodemrechter een hoger bedrag aan schadevergoeding zou hebben toegewezen in verband met de vermindering van de verkoop door Oilily van haar eigen tassen en de aantasting van het exclusieve imago van de Oilily-ontwerpen. Gelet op het voorgaande kan het door Kruidvat aan Oilily betaalde bedrag van EUR 300.000,- (hetgeen neerkomt op een bedrag van EUR 4,- per inbreukmakend product) niet als een irreëel schikkingsbedrag worden aangemerkt. Met name indien gekeken wordt naar het bereikte bedrag per inbreukmakend product, heeft Kruidvat het risico op aansprakelijkheid voor een aanzienlijke schadevergoeding op een aanmerkelijke wijze beperkt (van EUR 50,- naar EUR 4,- per inbreukmakend product). Zij heeft daarmee een - gelet op de eerder gegeven rechterlijke beslissingen - voorzienbaar risico dat zij tot betaling van een hoger dan het door haar betaalde bedrag zou worden veroordeeld op een aanvaardbare wijze afgewend.

4.58. De omstandigheid dat het systeem van de algemene voorwaarden meebrengt dat Kruidvat enig bedrag waartoe zij door de rechter zou zijn veroordeeld, op Adventure Bags zou kunnen verhalen, leidt er niet toe dat zij van de schikking had moeten afzien. Zoals hiervoor onder 4.18 reeds is overwogen kan niet van Kruidvat worden gevergd om niet bij voorbaat kansloze claims tot de laatste instantie in rechte uit te vechten, maar is zij gerechtigd (en op grond van haar schadebeperkingsplicht ook verplicht) om zo mogelijk schade te voorkomen dan wel te beperken. Daarbij komt dat het door Oilily gevorderde bedrag van zo grote omvang was dat Kruidvat gerede twijfel mocht hebben ten aanzien van een positief antwoord op de vraag of Adventure Bags, indien in rechte zou worden vastgesteld dat de geleverde producten inderdaad inbreukmakend waren, in staat zou zijn het bedrag waarvoor Kruidvat zou zijn veroordeeld, aan Kruidvat te vergoeden. Ook dit heeft voor Kruidvat aanleiding mogen zijn om het verloop van de procedure niet af te wachten, maar een schikking te treffen.

4.59. Ten aanzien van onderhavige schadepost heeft Adventure Bags nog specifiek een beroep gedaan op het bepaalde in artikel 6:101 BW en aangevoerd dat Oilily zich in de bodemprocedure tegen Kruidvat op het standpunt heeft gesteld dat haar schade grotendeels is veroorzaakt doordat het juist de winkelketen Kruidvat is geweest waar de gestelde inbreukmakende producten zijn verkocht. Voor zover de schade door deze omstandigheid is veroorzaakt, vindt Adventure Bags dat die schade voor rekening van Kruidvat dient te komen en dat op grond van de billijkheid een eventuele vergoedingsplicht tot nihil moet worden teruggebracht.

4.60. De rechtbank volgt Adventure Bags niet in deze stelling. Adventure Bags wist dat zij de betreffende producten verkocht aan de winkelketen Kruidvat. Adventure Bags heeft mitsdien bij haar beslissing om producten aan Kruidvat te leveren rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat door het karakter van de winkelketen Kruidvat derden een grotere schade zouden kunnen leiden. Voor zover die omstandigheid tot grotere schade aan de zijde van derden heeft geleid, kan Adventure Bags die omstandigheid dan ook niet tegenwerpen aan Kruidvat.

4.61. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat deze schadepost toewijsbaar is.

Ad f (kosten van rechtsbijstand)

4.62. Ten aanzien van de gevorderde kosten van rechtsbijstand geldt dat de verschuldigdheid daarvan vaststaat voor een bedrag van EUR 20.408,75, nu dit in het kort gedingvonnis van 14 december 2009 als proceskosten is toegewezen en nog niet door Adventure Bags is voldaan, zodat de vordering in zoverre voor verrekening in aanmerking komt.

4.63. Voor zover deze post ziet op de onderhavige bodemprocedure, betreft het dezelfde kosten als de proceskosten waarvan Kruidvat in deze procedure vergoeding vordert, zodat deze niet hier voor afzonderlijke vergoeding in aanmerking komen.

4.64. Voor de overige gevorderde kosten van rechtsbijstand geldt dat deze - anders dan Kruidvat stelt - niet (allemaal) op grond van artikel 6iii van de algemene voorwaarden voor toewijzing in aanmerking komen, nu deze bepaling geen betrekking heeft op kosten die Kruidvat heeft moet maken ter afwering van de vordering van Adventure Bags jegens haar wegens niet-betaling door Kruidvat van de facturen en de door Adventure Bags gestelde inbreuk op haar intellectuele eigendomsrechten. De gemaakte kosten in verband met de door Adventure Bags verkregen ex parte beschikking en het daarna aangespannen kort geding, komen dan ook niet op deze grondslag voor toewijzing in aanmerking.

4.65. Voor het overige heeft Kruidvat haar vordering niet gespecificeerd en deze vordering daarmee onvoldoende onderbouwd om deze te kunnen toewijzen.

4.66. Deze schadepost komt derhalve slechts voor een bedrag van EUR 20.408,75 voor verrekening in aanmerking.

Ad g (schade ten gevolge van de door Adventure Bags verkregen ex parte beschikking)

4.67. Deze schadepost ziet alleen op de handlingskosten die Kruidvat heeft moeten maken om tijdig aan het ex parte verbod van 19 november 2009 te voldoen. Zij heeft de hoogte van deze post op geen enkele wijze nader onderbouwd, zodat deze post reeds om die reden niet bij de verrekening kan worden betrokken.

Beroep op matiging

4.68. Adventure Bags heeft uiterst subsidiair een beroep gedaan op matiging van haar schadevergoedingsverplichting op grond van het bepaalde in artikel 6:109 BW. Daartoe heeft zij aangevoerd dat de eigen bijdrage van Kruidvat aan het ontstaan van de schade, de tussen partijen bestaande onevenwichtige rechtsverhouding en hun beider draagkracht meebrengen dat de gevolgen van een volledige schadevergoedingsplicht voor Adventure Bags onaanvaardbaar zou zijn.

4.69. De rechtbank stelt voorop dat zij op basis van het arrest van de Hoge Raad van 28 mei 1999, NJ 1999, 510 van haar matigingsbevoegdheid ex artikel 6:109 BW alleen met terughoudendheid gebruik mag maken.

4.70. In het voorgaande heeft de rechtbank ten aanzien van de door Adventure Bags aangevoerde omstandigheden reeds beslist dat:

- niet geoordeeld kan worden dat Kruidvat door haar handelwijze een bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van de schade en dat
- niet geoordeeld kan worden dat het verschil in omvang van de ondernemingen meebrengt dat de inhoud van de rechtsverhouding als opgelegd dient te gelden.

Deze omstandigheden kunnen mitsdien geen rol spelen in het kader van het matigingsberoep. De enkele omstandigheid dat er een verschil in draagkracht tussen partijen bestaat, is - mede gelet op de terughoudendheid die de rechter in acht moet nemen - onvoldoende om te oordelen dat een volledige schadevergoedingsplicht voor Adventure Bags tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, aangezien Adventure Bags noch informatie heeft verstrekt over haar draagkracht noch informatie heeft gegeven over wat de financiële gevolgen voor haar onderneming zouden zijn bij toewijzing van een hoger bedrag aan schadevergoeding dan hetgeen Adventure Bags als vordering op Kruidvat toekomt.

Het beroep op matiging van Adventure Bags wordt dan ook afgewezen.

De contractuele boete

4.71. Adventure Bags heeft aangevoerd dat Kruidvat het ex parte bevel van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 19 november 2009 op 24 en 25 november 2010 heeft overtreden, door op die dagen nog exemplaren van de verboden tassen te verhandelen. Dit leidt tot het verbeuren van de bij het bevel opgelegde dwangsommen tot een bedrag van EUR 40.000,--. Deze dwangsommen zijn volgens Adventure Bags ook na opheffing van het betreffende bevel (bij vonnis van 14 december 2009) verschuldigd gebleven. In dat kader wijst Adventure Bags op rechtsoverweging 4.7 van voormeld vonnis, waarin dit met zoveel woorden is bepaald. Ter comparitie heeft Adventure Bags haar stelling op dit punt aangevuld met het standpunt dat het instellen van hoger beroep tegen een ex parte bevel mogelijk moet worden geacht, nu dit niet bij wet is uitgesloten. De omstandigheid dat Kruidvat voor opheffing van het bevel in kort geding heeft gekozen, en niet voor het instellen van hoger beroep, betekent dat het ex parte bevel niet is vernietigd, maar haar werking tot het moment van herziening heeft behouden.

4.72. Kruidvat heeft als verweer aangevoerd:

- dat zij het betreffende bevel niet heeft overtreden,
- dat eventuele verbeurde dwangsommen zijn verjaard en
- dat eventuele verbeurde dwangsommen niet meer verschuldigd zijn door de opheffing van het ex parte bevel bij vonnis van 14 december 2009.

4.73. De rechtbank constateert dat partijen van mening verschillen over de werking van de opheffing van het ex parte bevel bij vonnis van 14 december 2009. Adventure Bags stelt zich op het standpunt dat deze opheffing geen werking voor het verleden heeft (ex nunc). Kruidvat betoogt dat deze opheffing wel terugwerkende kracht toekomt (ex tunc). De rechtbank zal in het navolgende beoordelen aan wie het gelijk in dezen is.

4.74. De rechtbank stelt voorop dat het recht op een eerlijk proces, dat wordt gegarandeerd door artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) mede inhoudt dat een rechterlijke beslissing in beginsel pas na hoor en wederhoor tot stand komt. Indien in spoedeisende zaken daarop een uitzondering wordt gemaakt, zoals bij een ex parte bevel ex artikel 1019e Rv (welke bepaling een implementatie vormt van de artikelen 9 lid 2 jo leden 4 en 6 van de Richtlijn 2004/48/EG betreffende de bescherming van intellectuele eigendomsrechten), dient

ZUO4/48/EG betreffende nanaaving van intellectuele eigendomsrechten), dient daartegen een rechtsgang open te staan die (op korte termijn) wel deze 'wederhoor' biedt aan de wederpartij en die deze de mogelijkheid geeft om de (zonder wederhoor genomen) rechterlijke beslissing volledig aan te tasten. Gelet op het feit dat de Nederlandse wetgever is gebonden aan het EVRM moet ervan uitgegaan worden dat zij met het opnemen van de rechtsgang in artikel 1019e lid 3 Rv heeft beoogd om aan Kruidvat een dergelijke rechtsgang te bieden. Met een dergelijk doel verdraagt zich niet het aanvaarden van de stelling van Adventure Bags dat het volgen van voormelde rechtsgang geen werking naar het verleden zou hebben. Daarmee zou de rechterlijke beslissing die zonder wederhoor is genomen, immers niet volledig kunnen worden aangetast, omdat alsdan de op grond van die beslissing verbeurde dwangsommen, ook bij herziening van de beslissing conform artikel 1019e lid 3 Rv, verbeurd zouden blijven.

4.75. In de jurisprudentie zijn een aantal argumenten genoemd op basis waarvan desondanks zou moeten worden aangenomen dat de herziening van een ex parte bevel geen terugwerkende kracht heeft:

- a. omdat de op basis van een kort geding vonnis verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven ondanks een andersluidend oordeel in de bodemprocedure (zie de door Adventure Bags aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 14 december 2009 waarin wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 16 november 1984 (BIE 1985, 30)),
- b. omdat de wetgever de herzieningsprocedure heeft willen modelleren naar die van de beslagprocedure, en de opheffing van een beslag geen terugwerkende kracht heeft (zie het vonnis van 18 december 2009 van de Haagse voorzieningenrechter B9 8486),
- c. omdat anders afbreuk zou worden gedaan aan de effectiviteit en afschrikkende werking van een ex parte bevel (zie hetzelfde vonnis van 18 december 2009 van de Haagse voorzieningenrechter).

ad a (ook dwangsommen kort geding vonnis blijven verbeurd)

4.76. Het arrest van de Hoge Raad van 16 november 1984 (BIE 1985,30), waarnaar in dezen wordt verwezen, betreft naar het oordeel van de rechtbank een niet met de onderhavige zaak vergelijkbare kwestie. Daar ging het immers om op grond van een kort gedingvonnis verbeurde dwangsommen, terwijl tegen het kort gedingvonnis geen hoger beroep was ingesteld. In het onderhavige geval gaat het om een ex parte bevel, waartegen

- zo moet op grond van het navolgende worden aangenomen - geen hoger beroep open staat, maar alleen het rechtsmiddel van het vorderen van herziening conform lid 3 van artikel 1019e Rv (hierna korthedshalve ook aangeduid als het rechtsmiddel van herziening). De rechtbank komt tot deze conclusie op grond van het volgende.

4.77. Uitgangspunt is dat tegen iedere eindbeschikking hoger beroep openstaat (artikel 358 lid 1 Rv). De rechtbank constateert dat in artikel 1019e Rv, anders dan in de (daarmee vergelijkbare) regeling met betrekking tot de beslagrekesten (zie tweede zin van artikel 700 lid 2 Rv), geen uitdrukkelijke bepaling is opgenomen die een hogere voorziening tegen een toewijzende beslissing op een verzoek om een ex parte bevel uitsluit. In het arrest van 26 juni 1970, NJ 1972, 454 heeft de Hoge Raad evenwel bepaald dat hoger beroep tegen een beschikking niet alleen niet openstaat in gevallen, waarin bij de wet het hoger beroep uitdrukkelijk is uitgesloten, maar evenzeer in gevallen waarin de strekking van een wettelijke regeling ofwel de aard van een beschikking meebrengt, dat hoger beroep daartegen niet toelaatbaar is. Daarvan is in het onderhavige geval sprake:

- de wetgever heeft in artikel 1019e lid 3 Rv namelijk een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang opengesteld tegen een toewijzende beschikking houdende een ex parte bevel. In de Memorie van Toelichting (Tweede Kamer vergaderjaar 2005-2006, 30392, nr. 3, p. 23) heeft de wetgever aangegeven dat gekozen is voor een - met een opheffingskort geding vergelijkbare - procedure. Deze analogie brengt in beginsel mee dat de wetgever beoogd heeft een toewijzende beschikking uitsluitend aan te laten vechten in kort geding. De omstandigheid dat in 1019e Rv geen bepaling is opgenomen die expliciet hoger beroep tegen een toewijzende beschikking uitsluit, brengt derhalve niet mee dat aangenomen moet worden dat de wetgever heeft beoogd om de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep tegen een dergelijke beschikking open te laten.

- een bevel ex artikel 1019e Rv wordt verleend zonder het horen van de wederpartij. In zoverre wijkt deze procedure af van veel andere verzoekschriftprocedures waarin sprake is van een wederpartij. De bijzondere aard van deze procedure rechtvaardigt naar het oordeel van de rechtbank een afwijking van het beginsel dat hoger beroep tegen elke beschikking mogelijk is. De rechtbank vindt voor dit oordeel steun in het feit dat de Hoge Raad voor de beantwoording van de vraag of hoger beroep tegen een beschikking mogelijk is, betekenis toekent aan de omstandigheid of er sprake is van een op tegenspraak gegeven beschikking. Dat blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2002, NJ 2002, 197, waar het ging om een Arubaanse zaak waarin de schuldenaar voorafgaande aan het beslagverlof reeds was gehoord. In het Arubaanse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering was toen nog geen appelverbod voor een

toewijzende beschikking op een beslagrekest opgenomen. In het in dat arrest aan de orde zijnde geval heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de omstandigheid dat sprake was van een op tegenspraak gegeven beschikking geen reden was om een uitzondering te maken op de hoofdregel dat van beschikkingen hoger beroep openstaat. Bij een verzoek om een ex parte bevel wordt de wederpartij niet gehoord voorafgaande aan de beslissing, zodat zij haar bezwaren tegen verlening van het bevel pas na het verlenen van het bevel kan uiten. Er is in het onderhavige geval derhalve, anders dan in voormelde casus van de Hoge Raad, geen sprake van een op tegenspraak gegeven beschikking.

- indien aangenomen zou worden dat wel hoger beroep zou openstaan van een toewijzing van een verzoek om een ex parte bevel, zou dit betekenen dat de wederpartij een feitelijke instantie zou missen, terwijl via de weg van herziening van de beschikking wordt bereikt dat de wederpartij wel twee feitelijke instanties heeft om haar bezwaren aan voor te leggen (namelijk bij de voorzieningenrechter van de rechtbank en vervolgens in hoger beroep bij het gerechtshof).

4.78. Het voorgaande betekent dat geconcludeerd moet worden dat de strekking van de wettelijke regeling en de bijzondere aard van een ex parte bevel een uitzondering rechtvaardigen op het uitgangspunt dat van een eindbeschikking hoger beroep openstaat. Daartegen staat alleen het rechtsmiddel van herziening open. De regeling van artikel 1019e Rv is dan ook niet vergelijkbaar met de situatie dat de op basis van een kort gedingvonnis verbeurde dwangsommen verschuldigd blijven ondanks een andersluidend oordeel in de bodemprocedure.

4.79. Voor de duidelijkheid merkt de rechtbank op dat in het voorgaande alleen is onderzocht welk rechtsmiddel openstaat tegen een beschikking waarin een verzoek om een ex parte bevel ex artikel 1019e Rv is toegewezen.

ad b (herzieningsprocedure is gemodelleerd naar de procedure opheffing beslag)

4.80. In zijn vonnis van 18 december 2009 heeft de Haagse voorzieningenrechter geoordeeld dat dwangsommen die verbeurd zijn op basis van overtreding van een ex parte bevel verbeurd blijven op grond van - kort gezegd - het feit dat de wetgever de herzieningsprocedure van artikel 1019e lid 3 Rv heeft willen laten modelleren naar de opheffing in kort geding van een gelegd beslag, aan welke opheffing geen terugwerkende kracht toekomt.

4.81. De rechtbank volgt de Haagse voorzieningenrechter hierin niet. Een ex parte bevel is slechts in zoverre vergelijkbaar met de beslagprocedure dat een rechterlijke beslissing op een beslagverzoek in beginsel ook zonder hoor en wederhoor wordt genomen en dat hoger beroep tegen een toewijzende beslissing niet mogelijk is. Een essentieel verschil is evenwel dat een dergelijke rechterlijke beslissing in de beslagprocedure kan worden aangetast door middel van "opheffing van het beslag", terwijl de wetgever in het onderhavige geval spreekt van "herziening van de beschikking". Deze woordkeuze, die is ontleend aan de Richtlijn, impliceert dat niet alleen de gevolgen van de rechterlijke beslissing worden beëindigd (opheffing van het beslag), maar dat de gehele beslissing wordt aangetast. Een dergelijke aantasting moet gelijkgesteld worden aan een vernietiging van een rechterlijke beslissing in hoger beroep, aan welke beslissing terugwerkende kracht toekomt.

ad c (anders afbreuk aan effectiviteit en afschrikkende werking)

4.82. Door het verlenen van terugwerkende kracht aan een herziening wordt geen afbreuk gedaan aan de effectiviteit en afschrikkende werking van een ex parte bevel, nu degene die het bevel opgelegd heeft gekregen, geen volledige zekerheid heeft dat deze beslissing zal worden herzien. Het risico dat die herziening niet plaatsvindt en de verbeurde dwangsommen volledig verschuldigd blijven, zal in de meeste gevallen voldoende zijn om het ex parte bevel na te leven.

Conclusie

4.83. Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat aan de herziening van een ex parte bevel terugwerkende kracht toekomt, zodat daardoor de grondslag ontvalt aan eventuele op grond van dat bevel verbeurde dwangsommen. Voor het onderhavige geval betekent dit dat door de herziening van het ex parte bevel bij vonnis in kort geding van 14 december 2009 (zoals de 'opheffing van het bevel' in dit vonnis moet worden begrepen) de grondslag aan (eventueel) door Kruidvat verbeurde dwangsommen is komen te ontvallen, zodat reeds op die grond de door Adventure Bags gevorderde betaling van de dwangsommen niet toewijsbaar is.

De verkregen proceskostenveroordeling

4.84. Adventure Bags heeft ter onderbouwing van haar vordering tot betaling van een bedrag van EUR 1.035,00 aangevoerd dat Kruidvat tot betaling van dat bedrag aan Adventure Bags is veroordeeld bij vonnis van de rechtbank Assen van 10 november

2010 (in de daar aanhangige vrijwaringsprocedure), en dat Kruidvat dit bedrag nog niet aan haar heeft voldaan. Kruidvat heeft dit erkend.

4.85. De rechtbank constateert dat Adventure Bags daarmee al een titel heeft voor het verhalen van dit bedrag op Kruidvat. Dit sluit evenwel niet uit dat, nu voormeld bedrag nog niet is voldaan, dit bedrag wordt betrokken in de verrekening van de over en weer door partijen verschuldigde bedragen, zodat de rechtbank dit bedrag bij de berekening van het uiteindelijk na verrekening verschuldigde bedrag zal meenemen.

Buitengerechtigde kosten

4.86. Gelet op het feit dat de hoofdvorderingen van Adventure Bags op Kruidvat lager zijn dan het toewijsbare bedrag van de tegenvordering van Kruidvat, heeft Adventure Bags kosten ter incasso van haar hoofdvordering ten onrechte gemaakt, zodat deze niet als schadepost voor toewijzing in aanmerking komen.

Conclusie

4.87. Uit het voorgaande volgt dat aan Adventure Bags een bedrag toekomt van:

- facturen damesweekendtas en schoudertas: EUR 304.145,79
- verkregen proceskostenveroordeling: EUR 1.035,--

TOTAAL: EUR 305.180,79

Aan Kruidvat komt toe:

- a. inkoopwaarde schoudertassen EUR 29.930,--
- b. gedeelde marge op schoudertassen EUR 21.851,--
- d. gedeelde marge op Granny's Scarf-producten EUR 176.524,--
- e. het door Kruidvat betaalde schikkingsbedrag EUR 300.000,--
- f. kosten van rechtsbijstand EUR 20.408,75

TOTAAL: EUR 548.713,75

4.88. Nu het aan Adventure Bags toekomende bedrag lager is dan het aan Kruidvat toekomende bedrag, is de verbintenis van Kruidvat tot betaling van bovengenoemd bedrag aan Adventure Bags door verrekening teniet gegaan. Deze verrekening vindt plaats op het moment van het doen (door Kruidvat) van de verrekeningsverklaring (artikel 6:127 BW). Niet gesteld of gebleken is dat Kruidvat een dergelijke verklaring ten aanzien van alle opgevoerde schadeposten eerder heeft gedaan dan in haar conclusie van antwoord (van 17 november 2010), zodat 17 november 2010 als moment van verrekening zal worden gehanteerd. Bij die verrekening dient de tot dat moment verschenen rente over de aan Adventure Bags toekomende bedragen te worden betrokken:

- de wettelijke handelsrente over de onbetaalde facturen (voor de damesweekendtas en schoudertas) is gevorderd vanaf 18 juni 2009. Deze datum kan in ieder geval niet als een juiste datum van verzuim worden aanvaard met betrekking tot de factuur van 31 augustus 2009 (ten bedrage van EUR 110.152,35). Nu de facturen zelf geen uiterste vervaldatum bevatten (daarin is alleen een korting van 5% opgenomen bij betaling binnen 30 dagen), zal de in de algemene voorwaarden van Kruidvat opgenomen vervalt termijn worden gehanteerd (30 dagen na het einde van de maand van levering (artikel 2 lid 2)). Dit betekent dat de rente over de in juni verzonden facturen (voor een totaalbedrag van EUR 193.993,44) verschuldigd is vanaf 30 juli 2009 en de rente over het bedrag van EUR 110.152,35 vanaf 30 september 2009. De verschenen wettelijke handelsrente tot 17 november 2010 bedraagt derhalve: EUR 30.634,51;
- de wettelijke rente (de rechtbank begrijpt de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW) over de onbetaalde proceskosten van EUR 1.035,-- is door Adventure Bags gevorderd vanaf 24 november 2010. Deze datum is gelegen na de verrekeningsverklaring, zodat over dit bedrag voordien geen wettelijke rente is gaan lopen.

4.89. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de in conventie ingestelde vordering dient te worden afgewezen.

4.90. Adventure Bags zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in conventie worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Kruidvat worden begroot op:

- exploitkosten EUR 0,00
 - vast recht 4.938,00
 - salaris advocaat 5.160,00 (2,0 punten × tarief EUR 2.580,00)
- Totaal EUR 10.098,00

De wettelijke rente over deze proceskosten is - als onweersproken - toewijsbaar vanaf de gevorderde datum.

in (voorwaardelijke) reconventie

4.91. Nu de rechtbank in conventie het verrekeningsverweer heeft aanvaard, is de voorwaarde vervuld waaronder de reconventionele vordering is ingesteld, zodat de rechtbank toekomt aan de beoordeling van de toewijsbaarheid van de (resterende)

reconventionele vordering.

4.92. Zoals in conventie reeds is overwogen, komt aan Adventure Bags een bedrag toe van:

- facturen damesweekendtas en schoudertas: EUR 304.145,79
- verschenen wettelijke handelsrente EUR 30.634,51
- verkregen proceskostenveroordeling: EUR 1.035,--

TOTAAL: EUR 335.815,30

Aan Kruidvat komt toe:

- a. inkoopwaarde schoudertassen EUR 29.930,--
 - b. gedeerde marge op schoudertassen EUR 21.851,--
 - d. gedeerde marge op Granny's Scarf-producten EUR 176.524,--
 - e. het door Kruidvat betaalde schikkingsbedrag EUR 300.000,--
 - f. kosten van rechtsbijstand EUR 20.408,75
- TOTAAL: EUR 548.713,75

4.93. Kruidvat heeft over haar schadeposten wettelijke (handels-)rente gevorderd. Voor zover Kruidvat wettelijke handelsrente heeft gevorderd, is die rente niet toewijsbaar, nu artikel 6:119a BW niet ziet op bedragen die bij wijze van schadeloosstelling verschuldigd zijn. De (subsidiar) gevorderde wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW is wel toewijsbaar.

4.94. Gelet op het feit dat niet gesteld of gebleken is dat Kruidvat bij haar verrekeningsverklaring bepaalde verbintenissen heeft aangewezen die bij de verrekening zijn betrokken, geldt de wettelijke volgorde van toerekening als bedoeld in artikel 6:137 jo 6:44 BW. Dit heeft tot gevolg dat voor de berekening van het aan Kruidvat toekomende bedrag eerst de verschenen rente over de schadeposten zal moeten worden berekend.

4.95. Kruidvat heeft gesteld dat de wettelijke rente over de toewijsbare schadeposten toewijsbaar is vanaf de volgende momenten:

- a. vanaf het moment van het afgeven van de ex parte beschikking (1 april 2009),
- b. vanaf het moment van het afgeven van de ex parte beschikking (1 april 2009),
- d. vanaf het moment dat de tassen in de winkel zouden liggen,
- e. vanaf het moment dat om betaling is verzocht,
- f. vanaf het moment dat om betaling is verzocht.

4.96. Adventure Bags heeft zich verweerd met de stelling dat wettelijke rente pas verschuldigd is na ingebrekestelling, en derhalve niet vanaf de dag die overeengekomen is als de uiterste dag van betaling zoals gevorderd door Kruidvat.

4.97. Met deze stelling miskent Adventure Bags dat de onderhavige vordering met name een vordering tot schadevergoeding betreft, waarvoor ingebrekestelling op grond van artikel 6:83 sub b BW niet vereist is. De wettelijke rente is toewijsbaar vanaf het moment dat de schade is geleden (bij concrete schadeberekening) of geacht mag worden te zijn geleden (bij abstracte schadeberekening). Nu in het onderhavige geval sprake is van een concrete schadeberekening, is de wettelijke rente slechts toewijsbaar vanaf het moment dat Kruidvat de betreffende schade daadwerkelijk heeft geleden. Dit betekent dat de wettelijke rente toewijsbaar is:

- over schadeposten a. en b. vanaf het moment van het wijzen van de ex parte beschikking (1 april 2009)
- over schadepost d. vanaf het moment dat de Granny's Scarf-producten in de winkel zouden liggen
- over schadepost e. vanaf het moment dat het schikkingsbedrag aan Oilily is betaald.

4.98. Nu schadepost f. geen verplichting tot schadevergoeding in de zin van artikel 6:83 sub b BW betreft, maar een betalingsverplichting sui generis, geldt dat het verzuim daarbij niet automatisch intreedt. Het verzuim treedt pas in door verloop van de termijn die de rechter voor betaling van de proceskosten heeft bepaald (waarvan in casu geen sprake is) dan wel door ingebrekestelling (zie Hoge Raad 7 april 2000, NJ 2000, 499). Nu niet gesteld of gebleken is dat Kruidvat Adventure Bags terzake in gebreke heeft gesteld voorafgaande aan het moment van het instellen van de reconventionele vordering, zal het moment van het instellen van de reconventionele vordering (17 november 2010) als verzuimdatum worden gehanteerd.

4.99. De wettelijke rente over de hiervoor vermelde schadeposten is toewijsbaar tot het moment van verrekening (17 november 2010; zie overweging 4.88). De tot dat moment verschenen rente bedraagt:

- over schadeposten a. en b. : EUR 3.226,69
- over schadepost f: EUR 0,00.

Omdat Kruidvat geen informatie heeft verstrekt over het moment waarop de Granny's

Scarf-producten in de winkel zouden liggen (schadepost d.) en evenmin over het moment waarop het schikkingsbedrag van EUR 300.000,-- aan Oilily is betaald (schadepost e.), kan de rechtbank in deze procedure niet vaststellen op welke datum Adventure Bags met de betaling van deze bedragen in verzuim is geraakt. De rechtbank gaat er wel vanuit dat de schade met betrekking tot deze posten in ieder geval is ingetreden vóór het instellen van die vorderingen (in de conclusie van eis in reconventie van 17 november 2010), aangezien:

- vaststaat dat de levering van de Granny's Scarf-producten in mei 2009 zou plaatsvinden, zodat aangenomen moet worden dat deze producten ruim vóór november 2010 in de winkels zouden hebben gelegen,

- Adventure Bags de in de conclusie van eis in reconventie ingenomen stelling dat het schikkingsbedrag door Kruidvat op dat moment (17 november 2010) al aan Oilily was voldaan, niet heeft weersproken.

De rechtbank zal er derhalve vanuit gaan dat het verzuim met betrekking tot deze schadeposten (ex artikel 6:83 sub b BW) in ieder geval op 17 november 2010 reeds was ingetreden, zodat de wettelijke rente over deze posten (voor zover deze onderdeel uitmaken van de na verrekening resterende hoofdsom) vanaf die datum toewijsbaar is.

4.100. Het voorgaande betekent dat de reconventionele vordering toewijsbaar is tot een bedrag van EUR 216.125,14 (EUR 548.713,75 + EUR 3.226,69 - EUR 335.815,30). Over dit bedrag is de wettelijke rente toewijsbaar met ingang van 17 november 2010.

4.101. Adventure Bags zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Omdat een aanzienlijk deel van het gevorderde bedrag wordt afgewezen, begroot de rechtbank de proceskosten aan de zijde van Kruidvat op basis van het toegewezen bedrag op:

- salaris advocaat EUR 4.000,00 (2,0 punten × factor 1,0 × tarief EUR 2.000,00)

Totaal EUR 4.000,00

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Adventure Bags in de proceskosten, aan de zijde van Kruidvat tot op heden begroot op EUR 10.098,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. verklaart dit vonnis in conventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in (voorwaardelijke) reconventie

5.4. veroordeelt Adventure Bags om aan Kruidvat te betalen een bedrag van EUR 216.125,14 (tweehonderdzestienduizend honderdvijfentwintig euro en veertien eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag vanaf 17 november 2010 tot de dag van volledige betaling,

5.5. veroordeelt Adventure Bags in de proceskosten, aan de zijde van Kruidvat tot op heden begroot op EUR 4.000,00,

5.6. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.P.H. van Driel van Wageningen, mr. R.A. Steenbergen en mr. L.A.C. de Vaan, bijgestaan door mr. W.A. Visser als griffier, en in het openbaar uitgesproken op 15 juni 2011.?