

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.188.114

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 287588)

arrest van 29 mei 2018

in de zaak van

de vennootschap naar buitenlands recht

Elias F. Aczam & Fils & Co.,

gevestigd te Beiroet, Libanon,

appellante,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: Aczam,

advocaat: mr. E. Hennis,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Koninklijke VIV Buisman B.V.,

gevestigd te Vreeland, gemeente Loenen aan de Vecht,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: VIV,

advocaat: mr. Ch.E.F.M. Gielen.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 13 juni 2017 hier over.

1.2 Het verdere verloop blijkt uit:

- de akte wijziging van eis van Aczam;

- de akte houdende verzet tegen de gevorderde eiswijziging van VIV;

- de meervoudige comparitie van partijen, waarvan aantekening is bijgehouden door de griffier.

1.3 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald op de door Aczam gefourneerde stukken. Na afloop van de comparitie heeft Aczam, overeenkomstig de ter comparitie gemaakte afspraak, de ten behoeve van de comparitie in eerste aanleg toegezonden producties 16 tot en met 23 aan het hof doen toekomen (welke producties ontbraken in de gefourneerde stukken).

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.27 van het tussenvonniss van 7 september 2011, met dien verstande dat de commissie in de onder 2.23 aangehaalde creditnota niet € 16.933,34 bedraagt, maar € 46.933,34.

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1 Het gaat in deze zaak kort gezegd over het volgende.

VIV heeft vanaf 1973 blikken ghee naar Libanon geëxporteerd, eerst onder de naam Cow Brand (met als Arabisch bijschrift 'Al Bacchara al Haloub'), later onder de naam Gold Medal (eerst met als Arabisch bijschrift 'Al Bacchara al Haloub' en later met als Arabisch bijschrift 'Al Midaliya al Dhahabia') en weer later onder de naam Gold Plate.

VIV leverde de blikken ghee in eerste instantie aan Aczam en later rechtstreeks aan de klanten van Aczam. VIV betaalde met betrekking tot de verkopen aan de klanten van Aczam 2% commissie over de aan die klanten gefactureerde bedragen aan Aczam. Vanaf 1999 is VIV gestopt met het betalen van commissie aan Aczam. De voor Aczam bestemde commissie over de jaren 1999 tot en met 2006 werd door VIV aan de Syrische vennootschap Elias F. Aczam & Sons & Co (Aczam Syrië) betaald. Vanaf 2001 is Aczam gaan vragen om nakoming van de commissie-betalingsverplichting. In juni van datzelfde jaar heeft VIV aan Aczam geschreven verbaasd te zijn te horen dat Aczam VIV's merk Cow Brand-Al Bacchara al Haloub heeft geregistreerd in Libanon. Begin 2003 werd tussen partijen nader gecommuniceerd over het conflict omtrent de vraag wie merkgerechtigde was met betrekking tot het merk Cow Brand en de betaling van commissie.

In oktober 2004 heeft Aczam VIV voor de rechtbank in Beiroet gedagvaard. Overeenkomstig Aczams vordering heeft de rechtbank Beiroet bij beschikking van 7 februari 2007 geoordeeld dat de eigendom van het handelsmerk Cow Brand-Al Bacchara al Haloub aan Aczam toekomt en heeft zij de registratie van dat merk op naam van VIV geannuleerd en VIV verboden om producten onder dat merk in te voeren in Libanon. Deze beschikking is tot in hoogste instantie in stand gebleven.

Bij wege van voorlopige voorziening van 8 januari 2008 heeft de rechtbank in Beiroet op verzoek van Aczam VIV verboden nog blikken Gold Medal-Al Bacchara al Haloub in te voeren in Libanon. Vervolgens heeft de rechtbank in Beiroet op 6 mei 2009 in de bodemzaak de registratie door VIV van het handelsmerk Gold Medal-Al Bacchara al Haloub ongeldig verklaard, waarbij zij heeft overwogen dat VIV met de blikken Gold Medal-Al Bacchara al Haloub inbreuk maakt op het handelsmerk Cow Brand-Al Bacchara al Haloub en dat VIV het merk niet meer mag gebruiken. Dit vonnis is door het hof en de Libanese Hoge Raad in stand gelaten.

3.2 In de inleidende dagvaarding vorderde Aczam betaling van 2% commissie vanaf 1999. In verband met een begin 2013 getroffen minnelijke regeling tussen Aczam en Aczam Syrië heeft Aczam haar vordering verminderd met het bedrag aan commissie dat volgens haar over de jaren 1999 tot en met 2006 verschuldigd was. Over de jaren 2007 en later heeft VIV geen commissie aan Aczam betaald.

3.3 Na wijzigingen van eis vorderde Aczam in eerste aanleg (samengevat weergegeven): I. betaling van VIV's creditnota van 31 december 2008 ad € 46.933,34 (ziend op commissie over het jaar 2008), vermeerderd met wettelijke rente;

- II. betaling van 2% over alle overige verkoopopbrengsten van door VIV in Libanon verkochte ghee-producten onder de naam Cow Brand in 2007 en 2009 en de jaren daarna, tot het tijdstip dat de overeenkomst tussen partijen op rechtsgeldige wijze zal zijn geëindigd, vermeerderd met wettelijke rente;
- III. het verschaffen van inzage in de boekhouding van VIV omtrent de export door VIV van Cow Brand ghee-producten naar Libanon, over de jaren 2007 en 2009 en de jaren daarna totdat de overeenkomst zal zijn geëindigd;
- IV. het verschaffen van inzage in de boekhouding van VIV omtrent de export door VIV van Gold Medal ghee-producten naar Libanon, over de periode 28 januari 2008 totdat de overeenkomst zal zijn geëindigd.

3.4 De rechtbank heeft, kort gezegd, het verweer van VIV gehonoreerd dat zij over de jaren vanaf 2007 geen commissie is verschuldigd omdat Aczam na 2006 de overeenkomst tussen partijen niet langer nakwam, zodat de overeenkomst als (stilzwijgend) beëindigd dient te worden beschouwd. Aczam komt hier in hoger beroep tegen op met drie grieven, onderverdeeld in diverse deelgrieven. Aczam persisteert in haar appeldagvaarding en memorie van grieven bij de vorderingen zoals deze na wijzigingen van eis in eerste aanleg zijn komen te luiden (zoals hiervoor onder 3.3 aangehaald).

3.5 Het hof stelt voorop dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 2 lid 1 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verordening), bevoegd is kennis te nemen van dit geschil omdat VIV, als gedaagde partij, gevestigd is in Nederland.

3.6 Geen grieven of bezwaren zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Libanees recht op de onderhavige vorderingen van toepassing is. Daarmee staat de toepasselijkheid daarvan als onbestreden vast.

3.7 Bij akte wijziging van eis van 10 oktober 2017 (genomen na de memorie van antwoord en voorafgaand aan de meervoudige comparitie van partijen) heeft Aczam gesteld haar vorderingen in hoger beroep te willen aansluiten op in de memorie van grieven ingenomen standpunten, waarna vordering II. komt te luiden (kort gezegd): veroordeling tot betaling van (een commissie van) 2% over alle overige verkoopopbrengsten van de door VIV in Libanon verkochte ghee producten ongeacht onder welke productnaam (Cow Brand, Gold Medal, Gold Plate en/of overige productnamen) gedurende de periode 2007 tot en met het tijdstip dat de overeenkomst tussen partijen op rechtsgeldige wijze zal zijn geëindigd, met wettelijke rente, en vorderingen III. en IV. komen te luiden (kort gezegd): het verschaffen van inzage in de boekhouding van VIV omtrent de export door VIV van ghee producten naar Libanon ongeacht onder welke productnaam (Cow Brand, Gold Medal, Gold Plate en/of overige productnamen), over de jaren 2007 tot beëindiging van de overeenkomst.

3.8 Tegen voormelde wijziging van eis heeft VIV bij akte houdende verzet tegen de gevorderde eiswijziging gemotiveerd bezwaar gemaakt.

3.9 Bij de meervoudige comparitie van partijen heeft het hof, nadat het advocaten in de gelegenheid had gesteld nog in te gaan op (het bezwaar tegen) de eiswijziging, feitelijk een vermeerdering van eis inhoudend, al laten weten het bezwaar van VIV te honoreren. De twee-conclusieregel brengt met zich dat oorspronkelijk eiser zijn eis niet later dan in zijn memorie van grieven kan veranderen of vermeerderen. Dit geldt ook als de vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering

reeds was gesteld. Nu niet is gesteld of gebleken dat sprake is van één van de uitzonderingen die volgens vaste jurisprudentie op deze regel zijn toegelaten, is voormelde eisvermeerdering tardief en zal het hof rechtdoen op de eis als aangehaald onder 3.3.

3.10 Aczam grondt haar vorderingen op een mondelinge overeenkomst, door haar ook wel de ‘openstellingsovereenkomst’ genoemd, die volgens haar inhoudt dat zij aan VIV toegang geeft aan de Libanese markt voor ghee, haar contacten en relaties aan VIV ter beschikking stelt (met name: Jabra, Bohsali en Chawa) en deze ook onderhoudt, en dat VIV haar als tegenprestatie 2% commissie over de in Libanon behaalde omzet betaalt. Aczam stelt zich bij memorie van grieven primair op het standpunt dat zij haar (resultaats)verbintenis tot het bewerkstelligen van daadwerkelijke toegang voor VIV tot de Libanese markt, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, wel is nagekomen. Dit vergde volgens haar een eenmalige grote en potentieel langdurige inspanning. Aczam voert in dit kader aan (onder 25 bij memorie van grieven) dat de contacten met haar relaties en daarmee de toegang en de openstelling van de Libanese markt op enig moment waren gerealiseerd, waardoor de nog te leveren actieve inspanning veeleer een inspanning was om de toegang in stand te houden en deze niet actief tegen te werken. Aczam merkt verder op dat het feit dat zij na 1995 niet langer actief nieuwe klanten heeft aangedragen samenhangt met het feit dat VIV geen nieuwe klanten wilde; met de belangrijke klanten Jabra, Chawa en Bohsali werd de Libanese markt vrij compleet beheerst, zij had de Libanese markt maximaal opengesteld. Voorts stelt Aczam zich op het standpunt dat aan het instandhouden van de markt niet afdoet dat VIV zelf de eenmaal gelegde contacten heeft onderhouden en rechtstreeks met de relaties zaken deed (dat behoorde tot de standaard praktijk onder de openstellingsovereenkomst). Subsidiair stelt Aczam zich op het standpunt dat zij haar verplichtingen rechtsgeldig heeft mogen opschorten op grond van het feit dat VIV in verzuim was met de nakoming van de overeenkomst door vanaf 1999 geen commissie af te dragen.

3.11 Met betrekking tot het primaire standpunt van Aczam overweegt het hof dat de eigen stellingen van Aczam inhouden dat de commissie gold als tegenprestatie voor het openstellen en openhouden van de Libanese markt. Aczam betwist niet dat het niet nakomen van de overeenkomst van haar kant ertoe leidt dat zij geen recht op commissie heeft. Zij betoogt slechts dat zij overeenkomstig haar uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis heeft gepresteerd door destijds de klanten Jabra, Chawa en Bohsali aan te dragen (daarmee volledig resultaat bereikend). Nu echter, ook naar de stelling van Aczam, tot haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst behoorde om de toegang tot Libanese markt in stand te houden en niet actief tegen te werken, kan haar stelling dat zij in de jaren 2007 en verder aan haar verplichting heeft voldaan, niet worden gevolgd. Immers, zij heeft zelf, nadat in de periode 2001 tot 2003 een conflict over de merkregistratie en commissiebetalingen was ontstaan, in oktober 2004 in rechte gevorderd dat VIV wordt verboden producten met het handelsmerk Cow Brand-Al Bacchara al Haloub in Libanon in te voeren, welk verbod vervolgens op 7 februari 2007 is toegewezen. Blijkens de door Aczam als productie 10 bij inleidende dagvaarding overgelegde beschikking van 6 mei 2009 (zie onder 3.1) heeft de voorzieningenrechter in Beiroet vervolgens op 12 juli 2007 een invoerverbod van één maand van Gold Medal [Al Bacchara al Haloub, hof] uitgesproken en is op 8 januari 2008 een invoerverbod uitgesproken van Gold Medal-Al Bacchara al Haloub tot er een definitief vonnis is uitgesproken. Ook in de zaak die heeft geleid tot de beschikking van 6 mei 2009 heeft Aczam (bij dagvaarding van 3 oktober 2007) gevorderd dat VIV wordt verboden tot invoer in Libanon van Gold Medal-Al Bacchara al Haloub. Op grond daarvan staat voldoende vast dat Aczam haar verplichting om zich in te spannen tot het instandhouden van de toegang voor VIV tot de Libanese markt voor ghee vanaf 2004 niet is nagekomen en zelfs

actief heeft tegengewerkt. Dat leidt ertoe dat Aczam over de gevorderde periode (beginnend in 2007) geen recht op commissie toekomt. De creditnota van 31 december 2008 (ziend op het jaar 2008) maakt dat niet anders. Aczam stelt bij memorie van grieven niet dat deze creditnota op iets anders ziet dan op de verkoop van ghee van het merk Cow Brand en/of Gold Medal. Naast het feit dat Aczam de toegang voor VIV tot de Libanese markt voor ghee in zijn algemeenheid heeft bemoeilijkt, geldt dat, voor zover Aczam met 'Gold Medal' mede het merk 'Gold Medal-Al Midaliya al Dhahabia' bedoelt (ten aanzien waarvan geen merkinbreuk noch een invoerverbod is uitgesproken), Aczam ook wat dat merk betreft niet voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat zij zich heeft ingespannen om VIV toegang te geven tot de Libanese markt en om die toegang vervolgens in stand te houden. In dat kader merkt het hof nog op dat vast is komen te staan dat Aczam producten onder die merknaam in beslag heeft doen nemen vanwege een vermeende inbreuk op haar merkrechten. Nu op grond van dit alles genoegzaam vaststaat dat Aczam in 2008 geen recht op commissie voor de verkoop van ghee (van het merk Cow Brand en/of Gold Medal) had, moet de creditnota, zoals VIV betoogt, als een vergissing worden geëld.

3.12 Met betrekking tot het subsidiaire standpunt van Aczam overweegt het hof dat de stelling dat VIV eerder in verzuim was met de nakoming van de betalingen (al vanaf 1999) waardoor Aczam haar verplichtingen uit de overeenkomst mocht opschorten, reeds strandt op het feit dat inmiddels vaststaat dat Aczam ter zake van de commissies van 1999 tot en met 2006 geen vordering op VIV toekomt.

3.13 Het voorgaande maakt dat de vorderingen onder I. en II. niet kunnen worden toegewezen. In het licht van het feit dat Aczam geen recht heeft op commissie voor de verkoop van ghee van het merk Cow Brand en/of Gold Medal, heeft zij onvoldoende duidelijk gemaakt dat zij belang heeft bij toewijzing van haar vorderingen onder III. en IV. Ook die vorderingen kunnen daarom niet worden toegewezen.

3.14 Nu Aczam geen (voldoende concrete) feiten heeft gesteld die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden, passeert het hof het door Aczam gedane bewijsaanbod.

4. De slotsom

4.1 De grieven falen. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

4.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof Aczam in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van VIV zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht	€ 1.937,-
- salaris advocaat	€ 7.838,- (2 punten x appeltarief VI).

5. De beslissing.

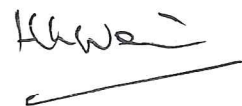
Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 30 september 2015;

veroordeelt Aczam in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van VIV vastgesteld op € 1.937,- voor verschotten en op € 7.838,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.L. Wattel, L.J. de Kerpel-van de Poel en Chr.H. van Dijk en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 29 mei 2018.



Uitgegeven voor grosse
op 29-5-18
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden