

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.285.257/01

Zaaknummer rechtbank : C/10/604415 / KG ZA 20-845

arrest van 22 december 2020 (bij vervroeging)

inzake

B.V. Rotterdamsche Producten Mij.,
gevestigd te Rotterdam,
appellante,
hierna te noemen: RPM,
advocaat: mr. T. Geerlof te Rotterdam,

tegen

Philip Morris Products S.A.,
gevestigd te Neuchâtel, Zwitserland,
geïntimeerde,
hierna te noemen: PMP,
advocaat: mr. L. Kroon te Amsterdam.

1. Het geding

1.1 Bij exploit van 30 oktober 2020 is RPM in hoger beroep gekomen van een door de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen vonnis van 19 oktober 2020. Bij dit exploit, met producties, heeft RPM vijf grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft PMP de grieven bestreden. RPM heeft daarna nog een akte houdende overlegging aanvullende producties genomen met producties 33 tot en met 43 en als productie 44 een proceskostenspecificatie overgelegd. PMP heeft een aanvullende productie overgelegd en eveneens een proceskostenspecificatie.

1.2 Partijen hebben op 10 december 2020 de zaak doen bepleiten via een videoverbinding, RPM door mr. T. Geerlof en zijn kantoorgenote mr. S. Said en PMP door mr. L. Kroon, aan beide zijden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

2. De feiten

De door de rechtbank in het vonnis van 19 oktober 2020 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan. Met inachtneming van hetgeen in hoger beroep verder is aangevoerd gaat het in deze zaak om het volgende:

2.1 RPM is een internationale groothandelaar in A-merkconsumptiegoederen. Meer in het bijzonder houdt RPM zich bezig met de transitohandel in onregelde goederen. RPM

verhandelt onder meer sigaretten, likeuren en medische hulpmiddelen. Zij is voorts actief in de offshore-handel.

2.2 PMP is een internationaal opererende tabaksproducent. Zij produceert onder andere tabakssticks die zij onder het merk HEETS op de markt brengt. Deze zijn bedoeld om te worden gebruikt in combinatie met het apparaat IQOS. De IQOS verbrandt geen tabak maar verwarmt deze. Daardoor is er bij gebruik geen sprake van rook en as en wordt er minder geur verspreid. PMP is houder van internationale merkregistraties met gelding voor de Europese Unie voor het woordmerk "IQOS" en voor het woord- en beeldmerk "HEETS", voor goederen in klassen 9, 11 en 34.

2.3 F. Loendersloot Internationale Expeditie B.V., gevestigd te Roosendaal, (hierna: Loendersloot) is logistiek dienstverlener. Zij houdt zich onder meer bezig met de tijdelijke opslag van douane- en accijnsgoederen.

2.4 Begin juli 2020 heeft PMP informatie gekregen over een mogelijk transport van een container met daarin tabakssticks van het merk HEETS. Deze container bevond zich op dat moment op het schip Dalian Express Voyage 111W van Hapag Lloyd en was onderweg van Jebel Ali Freezone, Dubai, naar Subic Bay Freezone in de Filippijnen.

2.5 Omdat PMP niet bekend was met een geplande levering van HEETS tabakssticks naar de Filippijnen binnen haar geautoriseerde distributieketen, heeft zij de bewegingen van de container gevolgd en contact gelegd met de Filipijnse douaneautoriteiten. Deze hebben daarop een Prelodgment Control Order op de container geplaatst en deze na aankomst en lossing op 24 juli 2020 geïnspecteerd.

2.6 Met toestemming van de autoriteiten heeft PMP de goederen in de container onderzocht op hun authenticiteit. Op basis van dit onderzoek heeft Philip Morris vastgesteld dat de container 300 dozen bevatte met daarin 'cartons' met pakjes tabakssticks met daarop de merkaanduidingen HEETS en IQOS en gezondheidswaarschuwingen in de Armeense taal (hierna: de Partij). De cartons waren uit de originele 'omdozen' ("master cases") van PMP gehaald en omgepakt in blanco dozen met daarop handgeschreven aanduidingen. Op basis van de codes op de onderzochte pakjes heeft PMP kunnen achterhalen dat deze deel uitmaakten van een partij tabakssticks die bestemd was voor, en door PMP in verschillende batches is afgeleverd bij, haar (enige) distributeur in Armenië in de periode tussen oktober 2019 en maart 2020.

2.7 De Filipijnse autoriteiten hebben de Partij vervolgens vrijgegeven. Daarna is de Partij via Singapore naar Rotterdam (ECT Terminal) vervoerd. Dat vervoer was op 21 juli 2020 geboekt. Loendersloot was de consignee/geadresseerde van de Partij.

2.8 Bij brief van 10 september 2020 heeft PMP Loendersloot verzocht om in te stemmen met afgifte van de Partij aan PMP en om alle informatie die zij over de Partij heeft - waaronder opdrachtgever, transacties en correspondentie - te verstrekken. Namens Loendersloot is hierop afwijzend gereageerd.

2.9 PMP heeft bij beslagrekest van 10 september 2020 verlof gevraagd – en diezelfde dag verkregen – tot het leggen van conservatoir beslag tot afgifte ter vernietiging van de Partij, onder Loendersloot als expediteur en douane-entrepouseur of ten laste van Loendersloot onder een derde, met aanstelling van Demontage Werkplaats Zeeland B.V. te

Goes als gerechtelijk bewaarder. Daartoe heeft zij aangevoerd dat er, gelet op voornoemde feiten, concrete aanwijzingen zijn dat sprake is van (dreigende) illegale handel dan wel smokkel van de Partij, hetgeen in strijd is met het WHO-kaderverdrag inzake tabaksontmoediging en het FCTC-Protocol, en onrechtmatig is jegens PMP. Zij beroept zich voorts (subsidiar) op merkinbreuk in de zin van artikel 9 lid 2 sub a UMVo. Op 13 september 2020 is beslag gelegd (hierna: het Beslag). Na de beslaglegging is een T1 (MRN)-document opgemaakt waarna, blijkens het opgemaakte proces-verbaal, de container is afgehaald namens de gerechtelijke bewaarder en opgeslagen in Spijkenisse, in de douaneloods van Top Logistics B.V.

3. De procedure in eerste aanleg en de vordering in hoger beroep

3.1 RPM vorderde in eerste aanleg, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, primair de opheffing van het Beslag en subsidiair een aan PMP op te leggen gebod het Beslag op te heffen, op straffe van verbeurte van een dwangsom. Daarnaast vorderde RPM een aan PMP op te leggen verbod om nogmaals beslag te doen leggen op de Partij, eveneens op straffe van verbeurte van een dwangsom, alles met veroordeling van PMP in de proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.

3.2 PMP heeft haar beroep op strijd met het WHO-kaderverdrag inzake tabaksontmoediging en het daarbij behorende FCTC-Protocol niet gehandhaafd (par. 7.10 MvA). Wel heeft zij gehandhaafd dat RPM jegens PMP onrechtmatig heeft gehandeld en inbreuk maakt of dreigt te maken op haar merkrechten. De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat, gelet op de toepasselijkheid van artikel 9 lid 4 UMVo en in aanmerking genomen diverse feiten en omstandigheden die gerelateerd zouden kunnen zijn aan illegale handel in tabaksproducten onder ontduiking van invoerrechten en accijnzen, niet uitgesloten kan worden dat de vrees van PMP, dat de Partij uiteindelijk bestemd is om zonder haar instemming elders op een markt te worden gebracht wat inbreukmakend handelen oplevert, gerechtvaardigd is, althans kan zijn. Op grond hiervan, alsmede een belangenafweging, was de voorzieningenrechter van oordeel dat het Beslag op de Partij moest blijven rusten.

3.3 RPM komt met haar grieven op tegen deze oordelen van de voorzieningenrechter, in het bijzonder dat artikel 9 lid 4 UMVo van toepassing is geacht, het belang dat is gehecht aan diverse feiten en omstandigheden en de belangenafweging. RPM vordert dat haar vorderingen alsnog worden toegewezen en dat PMP de proceskosten die RPM uit hoofde van het vonnis heeft voldaan terugbetaalt, met veroordeling van PMP in de proceskosten op de voet van 1019h Rv in beide instanties, alles uitvoerbaar bij voorraad.

3.4 PMP heeft de grieven bestreden en concludeert tot bekrachtiging van het vonnis, met veroordeling van RPM in de volgens 1019h Rv te begroten proceskosten, uitvoerbaar bij voorraad.

4. Beoordeling

4.1 Naar de voorzieningenrechter terecht en onbestreden heeft overwogen wordt ingevolge artikel 705 lid 2 Rv een conservatoir beslag opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht of van het onnodige van het beslag blijkt. Het ligt op de weg van degene die opheffing van het conservatoire beslag vordert om, met inachtneming van de beperkingen van het kort geding, aannemelijk te maken dat het door de beslaglegger gepretendeerde recht ondeugdelijk is of dat het

voortduren van het beslag om andere redenen niet kan worden gerechtvaardigd. Bij deze beoordeling dient de afweging van de wederzijdse belangen te worden betrokken.

4.2 Het hof acht het – net als de voorzieningenrechter en op dezelfde gronden – voldoende aannemelijk dat RPM eigenaar/rechthebbende is van de Partij, zoals zij heeft aangevoerd. Redengevend daarvoor zijn de overgelegde aankoopfactuur, de daarmee overeenstemmende verkoopfactuur en het aanbetalingsbewijs van 50% van de verkoopprijs. In haar exploit en bij pleidooi heeft PMP geen stellingen betrokken die nopen tot een ander oordeel. In hoger beroep heeft RPM bovendien nog nadere stukken overgelegd, waaronder rekeningafschriften en verklaringen van haar directeur en van de koper van de Partij, die haar stelling dat zij eigenaar is van de Partij nader onderbouwen. PMP heeft daar alleen door haar geuite twijfels over de authenticiteit van die stukken tegenover gesteld, maar zij heeft die twijfels – ook in hoger beroep – onvoldoende geconcretiseerd om tot een ander oordeel te leiden. RPM heeft voorshands oordelend ook een voldoende aannemelijke verklaring gegeven voor de omstandigheid dat op een van de overgelegde (pro forma) verkoopfacturen een andere leveringsplaats is vermeld.

4.3 In artikel 438 lid 5 Rv, dat in artikel 705 lid 3 Rv van overeenkomstige toepassing is verklaard op vorderingen tot opheffing van een gelegd conservatoir beslag, is bepaald dat verzet tegen de executie door een derde geschiedt door dagvaarding van zowel de executant als de geëxecuteerde. Met dit voorschrift wordt beoogd de zelfstandige belangen van een geëxecuteerde te beschermen, welke belangen immers geenszins dezelfde hoeven te zijn als – en tegenstrijdig kunnen zijn aan – die van de derde die zich tegen executie of het beslag verzet. Het hof is van oordeel dat deze bepaling, niettegenstaande het feit dat RPM niet tevens Loendersloot heeft gedagvaard, onder de gegeven omstandigheden niet leidt tot niet-ontvankelijkheid van RPM in haar vorderingen. Het is immers buiten iedere twijfel verheven dat Loendersloot geen enkel zelfstandig belang heeft bij de Partij, nu zij daarop geen aanspraak maakt en ook geen andere belangen van Loendersloot daarbij zijn gesteld of aannemelijk geworden. Bovendien is de Partij direct na aankomst beslagen en in bewaring gesteld bij Top Logistics B.V. Loendersloot heeft de Partij derhalve ook niet in haar macht, zodat – mocht daar al aanleiding voor bestaan – zij zich daarop evenmin jegens RPM zou kunnen verhalen.

4.4 Voor de merkenrechtelijke grondslag van de aanspraken van PMP is van belang of in deze zaak de door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) in het Class International arrest (18 oktober 2005, zaak C-405/03, ECLI:EU:C:2005:616, Class International / Colgate) geformuleerde bewijsregel (hierna: het Class-criterium) van toepassing is, dan wel het nadien in werking getreden artikel 9 lid 4 UMVo. In het Class-arrest is overwogen (punten 44 en 45):

“44. *Zolang niet voor deze mogelijkheid wordt gekozen [het in het vrije verkeer brengen – toevoeging hof] en wordt voldaan aan de voorwaarden voor de douanebestemming — behalve het in het vrije verkeer brengen — waaronder de goederen zijn geplaatst, kan het enkele fysieke binnenbrengen van de goederen op het grondgebied van de Gemeenschap niet worden aangemerkt als „invoeren” in de zin van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn en artikel 9, lid 2, sub c, van de verordening en impliceert het geen „gebruik [van het merk] in het economisch verkeer” in de zin van lid 1 van elk van deze bepalingen.*

45. *De merkhouder kan zich hiertegen derhalve niet op grond van deze bepalingen*

verzetten, noch verlangen dat reeds een eindbestemming in een derde land is vastgelegd, in voorkomend geval krachtens een koopovereenkomst.”

Artikel 9 lid 4 UMVo luidt:

“4. (...) de houder van dat Uniemerkt [heeft] eveneens het recht te verhinderen dat derden in het economische verkeer waren binnenbrengen in de Unie zonder dat deze daar in de vrije handel worden gebracht, wanneer deze waren, met inbegrip van verpakking, uit derde landen afkomstig zijn en zonder toestemming een merk dragen dat gelijk is aan het voor deze waren ingeschreven Uniemerkt of in zijn belangrijkste onderdelen niet van dat merk kan worden onderscheiden.

Het recht van de houder van een Uniemerkt op grond van de eerste alinea vervalt indien door de aangever of de houder van de waren (...) het bewijs wordt geleverd dat de houder van het Uniemerkt niet gerechtigd is om het op de markt brengen van waren in het land van eindbestemming te verbieden.”

4.5 Naar het oordeel van het hof is artikel 9 lid 4 UMVo niet van toepassing in de hier aan de orde zijnde omstandigheden, waarbij als onbestreden vaststaat dat de Partij oorspronkelijke, van PMP zelf afkomstige, merkgoederen betreft, die nog niet door PMP of met haar toestemming in de EER in de handel zijn gebracht (vgl. in dezelfde zin: Hof Den Haag 30 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1537, LB11 / MHCS r.o. 5.13 en bevestigend: conclusie A-G (Van Peurse) ECLI:NL:PHR:2020:1011 par. 2.16).

4.6 Deze uitleg van artikel 9 lid 4 UMVo volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis en de tekst van die bepaling, waarin wordt gesproken van *“zonder toestemming een merk dragen dat gelijk is aan het voor deze waren ingeschreven Uniemerkt of in zijn belangrijkste onderdelen niet van dat merk kan worden onderscheiden”*. Vóór de inwerkingtreding van deze bepaling kon (alleen) de Douane op grond van de Anti-piraterijverordening (Verordening (EU) nr. 608/2013 van 12 juni 2013, hierna: APV) handhavend optreden tegen namaakgoederen die de douanestatus van niet-communautaire goederen hebben. De APV is blijkens paragraaf 6 van de considerans nadrukkelijk niet van toepassing op inbreuken die het gevolg zijn van aan de merkhouders voorbehouden handelingen met oorspronkelijke merkgoederen, zoals het geval is bij illegale parallelhandel en hoeveelheidoverschrijdingen. Namaakgoederen zijn in de APV gedefinieerd als: *“goederen die het voorwerp zijn van een handeling waarmee inbreuk wordt gemaakt op een fabrieks- of handelsmerk in de lidstaat waar de goederen worden aangetroffen, en waarop zonder toestemming een teken is aangebracht dat identiek is aan het geldig geregistreerde fabrieks- of handelsmerk voor dergelijke goederen of daarvan niet wezenlijk kan worden onderscheiden”*. Uit de in artikel 9 lid 4 UMVo gebruikte vrijwel gelijke bewoordingen moet worden afgeleid dat deze bepaling – net als de APV – niet ziet op oorspronkelijke merkgoederen.

4.7 Voor die uitleg bestaat temeer aanleiding nu artikel 9 lid 4 UMVo blijkens de toelichting van de Europese Commissie bij het voorstel voor invoering van deze bepaling (Europese Commissie document COM(2013) 161 final d.d. 27 maart 2013) nadrukkelijk is ingevoerd om de positie van de merkhouders om op te treden tegen niet-communautaire namaakgoederen te verbeteren. Volgens de Philips en Nokia arresten van het HvJEU (1 december 2011 C-446/09 en C-495/09 ECLI:EU:2011:796) werd met niet-communautaire goederen in het douanegebied geen inbreuk gemaakt op een Uniemerkt en kon de merkhouders daartegen pas optreden indien hij zou bewijzen dat de goederen daadwerkelijk in de EU

verhandeld zouden worden. Met artikel 9 lid 4 UMVo zijn de mogelijkheden om tegen dergelijke goederen op te treden gelijkgesteld aan de mogelijkheden die de Douane op grond van de APV al had. In het voornoemde COM-document is hierover opgemerkt: *“Op de gevolgen die uit het arrest Philips/Nokia voortvloeien, is heel wat kritiek van belanghebbenden gekomen, die van mening zijn dat daardoor een onredelijk zware bewijslast op houders van rechten komt te liggen en de strijd tegen namaak wordt gehinderd. Het is duidelijk dat in Europa snel een regelgevingskader moet worden ingevoerd om de strijd tegen deze snel groeiende namaakactiviteiten daadwerkelijk te kunnen aanvatten. Daarom wordt voorgesteld de bestaande lacune op te vullen en houders van rechten de mogelijkheid te bieden het binnenbrengen van waren in het douanegebied van de Unie door derden te verhinderen, wanneer deze waren zonder toestemming een merk dragen dat in wezen gelijk is aan het voor deze waren ingeschreven merk en ongeacht of de waren al dan niet in de vrije handel worden gebracht”*.

4.8 Ten slotte volgt ook uit de Gemeenschappelijke memorie van toelichting bij de aanpassing van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen en modellen) (BVIE) aan artikel 9 lid 4 UMVo en het overeenkomstige artikel 10 lid 4 van de Merkenrichtlijn, die heeft geleid tot het huidige artikel 2.20 lid 4 BVIE, dat artikel 9 lid 4 UMVo is ingevoerd om handhavend optreden tegen niet-communautaire namaakgoederen mogelijk te maken. Daarover is opgemerkt: *“De rechten van de merkouder worden op verschillende punten versterkt. Zo (...) worden de mogelijkheden om op te treden tegen namaakgoederen in transit versterkt”*.

4.9 PMP heeft erop gewezen dat het Hof Arnhem – Leeuwarden (15 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:293) artikel 9 lid 4 UMVo wel toepasselijk heeft geacht op oorspronkelijke merkgoederen die zijn geplaatst onder de regelingen extern douanevervoer of douane-entrepot (en dus niet-Uniegoederen zijn). Dat moge zo zijn, het hof is aan die (naar haar oordeel onjuiste) uitspraak niet gebonden.

4.10 Evenmin noopt het Mitsubishi / Duma arrest van het HvJEU (25 juli 2018, C-129/17, ECLI:EU:C:2018:594) tot een ander oordeel. In r.o. 5.1 van dat arrest overwoog het HvJEU dat artikel 9 lid 4 UMVo vanaf 23 maart 2016 van toepassing is op de feiten in het hoofdgeding. Die zaak had evenwel, anders dan de onderhavige, geen betrekking op ongewijzigde oorspronkelijke merkgoederen die zich in transit bevonden. In de (bijzondere) omstandigheden van die zaak was immers sprake van de beoogde invoer in de EU van door de merkhouder buiten de EU op de markt gebrachte goederen waarvan voorafgaand aan de beoogde invoer, gedurende de periode dat deze T1-status hadden, de merktekens waren verwijderd en vervangen door andere tekens. Het hof merkt daarbij op dat, anders dan PMP heeft aangevoerd, en anders dan in de zaak die heeft geleid tot het Mitsubishi / Duma arrest, in de onderhavige zaak de merkgoederen, te weten zowel de pakjes zelf als de ‘cartons’ (sloffes) waarin deze (ook kunnen) worden aangeboden, ongewijzigd waren. Ook was geen sprake van verwijdering of aanpassing van ‘track&trace’ codes die deelnemers in de distributieketen in staat stellen aan administratieve verplichtingen op grond van nationale wetgeving te voldoen. Dat de ‘master cases’ (omdozen), waarop PMP codes aanbrengt met het doel deze zelf makkelijker te kunnen traceren, waren vervangen door andere dozen, komt in dit verband geen betekenis toe. Deze omdozen bevatten niet de hiervoor bedoelde track&trace codes en zijn niet aan te merken als verpakkingen waarin de merkgoederen aan het publiek worden aangeboden.

4.11 Ook heeft RPM er terecht op gewezen dat parallelhandel in merkgoederen na

uitputting van de merkrechten is toegestaan. Het optreden tegen voor het eerst met toestemming van de merkhouders buiten de EER op de markt gebrachte ongewijzigde oorspronkelijke merkgoederen die zich binnen de EER in transit bevinden, zonder dat er concrete aanwijzingen zijn dat deze in de EER in de handel zullen worden gebracht, zou daarom een belemmering van het vrije handelsverkeer opleveren die onder meer in strijd komt met de TRIPS-overeenkomst (Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom).

4.12 PMP kan ook niet worden gevolgd in haar betoog dat als artikel 9 lid 4 UMVo niet van toepassing zou zijn op de Partij, deze bepaling niettemin zou moeten worden toegepast omdat de Partij gelijk te stellen zou zijn aan de in artikel 9 lid 4 UMVo bedoelde goederen. RPM heeft er onbestreden op gewezen dat in veel landen buiten de Europese Unie wereldwijde uitputting geldt, zodat anders dan door PMP is aangevoerd, op voorhand geenszins kan worden aangenomen dat het op de markt brengen van de Partij buiten de EER merkinbreuk zou opleveren, zelfs indien PMP overal over geldige merkrechten zou beschikken, hetgeen overigens in dit geschil niet vaststaat. De enkele omstandigheid dat de Partij buiten de distributieketen in Armenië is geraakt kan aan die uitputting niet afdoen en betekent al helemaal niet dat zij reeds daarom aangemerkt moeten worden als illegale tabaksproducten die overal ter wereld van de markt moeten blijven, zoals PMP aanvoert (in par. 6.29 MvA). De omstandigheid dat RPM niet heeft gesteld waar de goederen op de markt zullen worden gebracht is evenmin aanleiding artikel 9 lid 4 UMVo analoog van toepassing te achten. Dat is niet verenigbaar met het Class criterium dat geldt indien artikel 9 lid 4 UMVo niet van toepassing is, op grond waarvan door de merkhouders juist niet worden verlangd dat reeds een eindbestemming in een derde land is vastgelegd.

4.13 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat onder de gegeven omstandigheden artikel 9 lid 4 UMVo niet van toepassing is. Voor dat geval heeft PMP aangevoerd dat voor de toepasselijkheid van het Class-criterium is vereist dat de goederen onder T1 status zijn geplaatst en dat dit blijkens par. 42-46 van het Class-arrest betekent dat de handelaar al daadwerkelijk de keuze moet hebben gemaakt om de goederen onder T1-status op te slaan, waartoe nodig is dat het douane-entrepot een T1 aangifte doet. Dit standpunt berust op een onjuiste lezing van het Class International arrest en moet worden verworpen.

4.14 In het Class-arrest (punt 34) is overwogen: *“Het „invoeren” in de zin van artikel 5, lid 3, sub c, van de richtlijn en artikel 9, lid 2, sub c, van de verordening, waartegen de merkhouders zich kan verzetten voorzover dit een „gebruik [van het merk] in het economisch verkeer” in de zin van lid 1 van elk van deze artikelen impliceert, veronderstelt dus een binnenbrengen van de goederen in de Gemeenschap met als doel ze aldaar in de handel te brengen.”* Daaruit volgt dat voor de vraag of een merkhouders zich tegen het binnenbrengen van goederen in het douanegebied van de EU/EER kan verzetten, relevant is of de goederen al dan niet in het vrije verkeer zijn gebracht. Immers, uit derde landen afkomstige goederen worden niet in de EU/EER in de handel gebracht indien zij zich niet in het vrije verkeer bevinden in de zin van artikel 29 VWEU (artikel 24 EG oud). Bij de Douane aangebrachte goederen uit derde landen moeten een voor die goederen toegestane douanebestemming krijgen. Zij kunnen (onder meer) onder een bijzondere douaneregeling worden geplaatst, in het vrije verkeer worden gebracht of weer uitgevoerd worden. Zolang uit derde landen afkomstige goederen niet in het vrije verkeer zijn gebracht, worden deze aangemerkt als niet-Uniegoederen (voorheen: niet-communautaire goederen). Over deze goederen worden geen invoerrechten en accijnzen geheven.

4.15 Vast staat dat de Partij afkomstig was uit een derde land en dat deze niet in het vrije verkeer is gebracht in de zin van het Douaneboek van de Unie (voorheen communautair douanewetboek, hierna DWU). Over de Partij zijn geen invoerrechten en accijnzen betaald. Ingevolge artikel 5, onder 24 DWU moet de Partij daarom worden aangemerkt als niet-Uniegoederen. Of al dan niet, en zo ja door wie en op welk moment, een T1 aangifte is gedaan is niet relevant voor de vraag of PMP kan optreden tegen het binnenbrengen van de Partij in het douanegebied van de EU en kan daarom in het midden blijven. Uit hetgeen hiervoor in r.o. 4.14 is overwogen volgt dat voor niet-Uniegoederen geldt dat deze niet zijn "ingevoerd" in de zin van artikel 9 lid 2 sub c UMVo. Nu de Partij kwalificeert als niet-Uniegoederen en het enkele fysieke binnenbrengen daarvan binnen het grondgebied van de EU/EER daarom niet kan worden aangemerkt als "invoeren", kan PMP zich daartegen niet op grond van haar merkrechten verzetten, tenzij zij bewijst dat de omstandigheden van het geval noodzakelijkerwijs impliceren dat de Partij in de EU/EER in de handel wordt gebracht.

4.16 PMP heeft niet voldoende gemotiveerd gesteld – laat staan voldoende bewijs bijgebracht – om voorshands te kunnen aannemen dat de Partij in de EU/EER in de handel zal worden gebracht. Integendeel, zij heeft aangevoerd te verwachten dat de Partij niet in de EU op de markt gebracht zal worden (par. 6.27 MvA). Naar voorlopig oordeel van het hof is de door PMP aangevoerde merkenrechtelijke grondslag voor het door haar gelegde beslag derhalve ondeugdelijk.

4.17 PMP heeft zich daarnaast beroepen op een door RPM jegens haar gepleegde onrechtmatige daad. Zij voert daartoe aan dat het 'omleiden' van authentieke tabaksproducten uit de legitieme distributieketen waardoor de producten op een andere markt terecht komen dan die waarvoor zij door de merkhouders waren bestemd, een groot probleem is dat het tabaksontmoedigingsbeleid ondermijnt en corruptie, schending van mensenrechten, arbeidsrechten en milieunormen in de hand werkt. Zij stelt onder meer dat dit haar reputatieschade oplevert doordat producten mogelijk niet voldoen aan lokale regelgeving en de producten vanwege slechte omstandigheden tijdens transport mogelijk niet meer voldoen aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen. Zij meent dat de verkoop van de Partij buiten haar distributieketen afbreuk doet aan de exclusiviteit en de kwaliteitsuitstraling van haar merkproducten.

4.18 Zoals PMP terecht heeft gesteld (par. 6.40 MvA) dient de vraag of jegens haar onrechtmatig is gehandeld, te worden beoordeeld naar het recht van het land waar de Partij op de markt komt of dreigt te komen. PMP heeft evenwel niets gesteld over welk land dat zal zijn. De overgelegde stukken bevatten daarvoor ook geen aanwijzingen. De Partij kan aan de koper worden geleverd terwijl deze zich in transit bevindt, zonder dat (bij RPM) bekend is waar de koper deze partij uiteindelijk op de markt zal brengen. PMP kan niet volstaan met de stelling dat er 'niet gebleken' is van enig land waar de goederen legaal op de markt kunnen komen, zoals PMP heeft aangevoerd. Op PMP rust de stelplicht en bewijslast van de door haar gestelde (dreigende) onrechtmatige handelwijze van RPM. Zonder een deugdelijke onderbouwing, die PMP achterwege heeft gelaten, kan niet worden aangenomen dat het 'onvermijdelijk' is dat de goederen illegaal verhandeld zullen worden, zoals PMP stelt (par. 6.7 MvA). Gelet op dat alles kan al reeds daarom niet worden aangenomen dat RPM jegens PMP onrechtmatig handelt of dreigt te handelen. Bij die stand van zaken kunnen de door PMP verder aangevoerde omstandigheden, die zij aanmerkt als verdacht, onverklaarbaar, tegenstrijdig en/of ongebruikelijk en daarom volgens haar doen vermoeden dat de Partij bestemd is om uiteindelijk illegaal verhandeld te worden, hetgeen RPM gemotiveerd heeft weersproken, onbesproken blijven.

4.19 Daarnaast merkt het hof op dat de regelgeving die volgens PMP door RPM (of de koper) dreigt te worden overtreden of ontrokken, zoals die omtrent tabaksontmoedigingsbeleid, tabaks- en warenwetgeving, verpakkingseisen en de afdracht van accijnzen, invoerrechten en/of andere belastingen, strekt tot de bescherming van consumenten en de maatschappij, in het bijzonder de volksgezondheid, maar niet tot bescherming van de belangen van tabaksfabrikanten als PMP bij de voorkoming van reputatieschade en het behoud van controle over hun distributienetwerk. Ook om die reden kan er geen sprake zijn van onrechtmatig handelen van RPM jegens PMP door overtreding van die regelgeving.

4.20 Dat leidt tot de slotsom dat ook de door PMP aangevoerde op onrechtmatige daad gebaseerde grondslag voor het door haar gelegde beslag voorshands als ondeugdelijk moet worden aangemerkt.

4.21 Een belangenafweging valt ook in het voordeel van RPM uit. Ten gevolge van het beslag kan zij niet vrij beschikken over haar goederen die een beperkte houdbaarheid hebben en in het bijzonder verhindert dit dat zij de Partij kan leveren aan de koper ervan. PMP daarentegen heeft geen rechtmatig belang bij het laten rusten van het beslag, nu voorshands moet worden aangenomen dat geen van de door haar aangevoerde grondslagen op grond waarvan zij meent zich tegen de verhandeling van de Partij te kunnen verzetten deugdelijk zijn. Er is geen aanwijzing dat de goederen per se 'in de illegaliteit' zullen verdwijnen zoals PMP veronderstelt en voor zover dat wel het geval zou zijn, zijn daarmee geen belangen gemoeid die strekken tot bescherming van PMP. Het door PMP gestelde belang om de Partij binnen haar zicht en bereik te houden is, indien al gerechtvaardigd, onvoldoende om de balans in haar voordeel te laten uitvallen.

4.22 De mogelijkheid dat PMP in de bodemprocedure alsnog het benodigde bewijs zal kunnen leveren, waarop PMP heeft gewezen, noopt er onder de gegeven omstandigheden niet toe dat het beslag niettegenstaande de belangen van RPM moet blijven rusten. In de dagvaarding in de aanhangig gemaakte bodemprocedure heeft PMP geen andere stellingen betrokken dan in onderhavige procedure. Welke bewijs van welke stellingen in de bodemprocedure tot een ander oordeel zou kunnen leiden heeft zij niet toegelicht.

4.23 De slotsom is dat het bestreden vonnis dient te worden vernietigd en dat het Beslag zal worden opgeheven, nu van de ondeugdelijkheid van het door PMP ingeroepen recht is gebleken en een belangenafweging niet ertoe noopt dat het Beslag op de Partij blijft rusten. Het hof acht ook het gevorderde verbod, op straffe van verbeurte van een dwangsom, om opnieuw beslag te leggen op de Partij, toewijsbaar. Hieruit volgt dat RPM bij haar grief tegen het achterwege blijven van het verbinden van consequenties – zoals de opheffing van het Beslag – aan de door de voorzieningenrechter geconstateerde schending van de waarheidsplicht door PMP, geen afzonderlijk belang heeft, zodat deze onbesproken kan blijven.

4.24 PMP zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van RPM in beide instanties, die volgens onbestreden opgave van RPM voor 75% zullen worden begroot op de voet van 1019h Rv, onder toepassing van het voor een normaal kort geding geldende tarief volgens de Indicatie-tarieven in IE-zaken, en voor 25% aan de hand van het liquidatietarief. In eerste aanleg bedragen te kosten derhalve € 12.151,- (75% x € 15.000,- + 25% x € 980,- + € 656,- aan griffierechten) en in hoger beroep € 12.815,50 (75% x € 15.000,- + 25% x € 3.222,- (3 punten á € 1.074,-) + € 760,- aan griffierechten), in totaal

derhalve € 24.966,50. Het hof ziet geen aanleiding hogere kosten toe te kennen in verband met de gestelde schending van de waarheidsplicht door PMP nu RPM niet heeft gesteld dat dit voor haar tot hogere kosten heeft geleid. De vordering tot terugbetaling, met rente, van hetgeen RPM uit hoofde van het bestreden vonnis aan PMP heeft voldaan zal ook worden toegewezen, nu de rechtsgrond daarvoor ontvalt.

5. Beslissing

Het hof:

- vernietigt het bestreden vonnis;
- heft het Beslag op de Partij op;
- verbiedt PMP normaal beslag te doen leggen op de Partij, op straffe van verbeurte van een dwangsom ter hoogte van € 250.000,- per overtreding van dit verbod, te vermeerderen van € 5.000,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt;
- veroordeelt PMP tot terugbetaling van het door RPM betaalde bedrag van € 12.215,-, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 22 oktober 2020;
- veroordeelt PMP tot betaling van de proceskosten van RPM in beide instanties, begroot op € 24.966,50;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. R. Kalden, A.D. Kiers-Becking en A.W.J. Kamperman Sanders en in het openbaar uitgesproken door mr. J.E.H.M. Pinckaers, rolraadsheer, ter openbare terechtzitting van 22 december 2020 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
afgegeven aan: mr. T. Geerluf
Advocaat van: app/geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag