

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

rol-/zaaknummer rechtbank Rotterdam: C/10/604415/KG ZA 20-845

zaaknummer : 200.317.061/01 KG

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 24 oktober 2023

inzake

B.V. ROTTERDAMSCH PRODUCTEN MIJ,

gevestigd te Rotterdam.

appellante.

advocaat: mr. T. Geerlof te Rotterdam.

tegen:

1. de vennootschap naar buitenlands recht **PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A.**

gevestigd te Neuchâtel, Zwitserland,

geïntimeerde,

advocaat: mr. L. Kroon te Amsterdam.

2. **LOENDERSLOOT INTERNATIONALE EXPEDITIE B.V.**

gevestigd te Roosendaal,

geïntimeerde,

niet verschenen.

1. Het geding na verwijzing door de Hoge Raad

Partijen worden hierna RPM, Philip Morris en Loendersloot genoemd.

Bij arrest van 9 september 2022, gewezen tussen Philip Morris en RPM, heeft de Hoge Raad onder zaaknummer 21/00676 het in deze zaak door het hof Den Haag onder zaaknummer 200.285.257/01 gewezen arrest van 22 december 2020 vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar dit hof.

Voor het verloop van het hoger beroep tot aan het door het hof Den Haag gewezen arrest wordt naar dat arrest verwezen.

De zaak is op 11 oktober 2022 aangebracht bij dit hof.

RPM heeft Loendersloot bij exploit van 4 november 2022 op de voet van artikel 118 Rv opgeroepen om in dit geding te verschijnen.

Tegen Loendersloot is op 15 november 2022 verstek verleend.

RPM heeft vervolgens een memorie na verwijzing ingediend, met producties. Philip Morris heeft een memorie na verwijzing ingediend, tevens houdende incidentele conclusie tot verkrijging van een provisionele voorziening voor de duur van de procedure na verwijzing, met een productie. RPM heeft bij conclusie van antwoord in het incident gereageerd.

Vervolgens is arrest gevraagd.

RPM concludeert dat het hof het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Rotterdam zal vernietigen en de vordering van RPM alsnog integraal zal toewijzen met veroordeling van Philip Morris in de kosten van het geding op de voet van artikel 1019h Rv, met rente en nakosten.

Philip Morris concludeert

- in het incident: dat het hof RPM – uitvoerbaar bij voorraad – zal veroordelen tot betaling aan Philip Morris van een bedrag van € 37.355,05 met wettelijke rente en met veroordeling van RPM in de proceskosten, met nakosten en rente;
- in de hoofdzaak: dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van RPM in de kosten van het geding op de voet van artikel 1019h Rv, met rente en nakosten.

2. Feiten

2.1. Het hof gaat uit van de feiten vermeld in het bestreden vonnis van 19 oktober 2020. Deze worden, voor zover relevant en enigszins herschikt, hierna weergegeven.

(i) RPM is een internationale groothandelaar in A-merkconsumptiegoederen. Meer in het bijzonder houdt RPM zich bezig met de transitohandel in ongeregelde goederen. RPM verhandelt onder meer sigaretten, likeuren en medische hulpmiddelen. Zij is voorts actief in de offshore-handel.

(ii) Philip Morris 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. Philip Morris 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.

(iii) Loendersloot is logistiek dienstverlener. Zij houdt zich onder meer bezig met de tijdelijke opslag van douane- en accijnsgoederen.

(iv) Begin juli 2020 heeft Philip Morris 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.

(v) Omdat Philip Morris 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 Filippijnse douaneautoriteiten. Deze hebben daarop een Prelodgment Control Order op de container geplaatst en deze na aankomst en lossing op 24 juli 2020 geïnspecteerd.

(vi) Met toestemming van de autoriteiten heeft Philip Morris 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 zogenoemde *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 Philip Morris gehaald en omgepakt in blanco dozen met daarop handgeschreven aanduidingen. Op basis van de codes op de onderzochte pakjes heeft Philip Morris kunnen achterhalen dat deze deel uitmaakten van een partij tabakssticks die bestemd was voor, en door Philip Morris in verschillende batches is afgeleverd bij, haar (enige) distributeur in Armenië in de periode tussen oktober 2019 en maart 2020.

(vii) De Filippijnse 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.

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

(ix) Philip Morris 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-entreposeur 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 jegens Philip Morris. Zij beroept zich voorts (subsidiair) op merkinbreuk in de zin van artikel 9 lid 2 sub a van Verordening (EU) 2017/1001 inzake het Uniemerkt (hierna: 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.

2.2. RPM vordert in dit kort geding de opheffing van het beslag en een aan Philip Morris op te leggen verbod nogmaals beslag te doen leggen op de Partij. Zij heeft alleen Philip Morris gedagvaard.

De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof Den Haag heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd, het beslag opgeheven en Philip Morris verboden nogmaals beslag te doen leggen op de Partij.

Het hof heeft onder meer als volgt overwogen:

“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.”

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat RPM niet alleen Philip Morris (de executant) maar ook Loendersloot (de geëxecuteerde) had moeten dagvaarden en dat het hof Den Haag RPM de gelegenheid had moeten geven om Loendersloot alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van artikel 118 Rv, en heeft het arrest van het hof Den Haag vernietigd.

2.3. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 1 is uiteengezet is Loendersloot inmiddels in het geding betrokken, maar heeft deze verstek laten gaan.

3. Beoordeling

3.1. Loendersloot is bij oproepingsexploot van 4 november 2022 door RPM in het geding betrokken. Deze laatste is daarmee ontvankelijk in haar vordering tot opheffing van het onder Loendersloot gelegde conservatoir beslag.

Nu Loendersloot verstek heeft laten gaan, heeft haar oproeping niet tot andere gezichtspunten met betrekking tot de bij de opheffing betrokken belangen geleid.

3.2. Philip Morris heeft in haar principale cassatieberoep tevens klachten aangevoerd tegen de materiële beoordeling van de vordering van RPM door het hof Den Haag. Het gaat daarbij met name om de rov. 4.5 tot en met 4.12 (toepassingsbereik artikel 9 lid 4 UMVo), de rov. 4.12 tot en met 4.16 (toepassing Class-criterium) en rov. 4.19 (verantwoordelijkheden RPM). De Hoge Raad heeft deze klachten niet behandeld.

Dit brengt mee dat de inhoudelijke beoordeling van de tegen het vonnis van de rechtbank Rotterdam gerichte grieven in zoverre alsnog voorligt, met dien verstande dat, gelet op de verwerping van het incidentele cassatieberoep, uitgangspunt is dat Loendersloot terecht als geëxecuteerde is aangemerkt.

3.3. RPM heeft in het kader van haar betoog dat de voorzieningenrechter haar vorderingen tot (onder meer) opheffing van het door Philip Morris ten laste van haar gelegde beslag ten onrechte niet heeft toegewezen. in hoger beroep betoogd dat de voorzieningenrechter het zogenoemde Class-criterium onjuist heeft toegepast (grief 1), dat zij het WHO-Kaderverdrag en het FCT-Protocol ten onrechte bij de belangenafweging buiten beschouwing heeft gelaten (grief 2), dat zij ten onrechte heeft overwogen als in het bestreden vonnis in rov. 4.10 gedaan met betrekking tot, kort gezegd, de eindbestemming van de Partij/het oogmerk van RPM daarmee en de bewijslast op dit punt (grief 3), dat zij de belangenafweging onjuist heeft uitgevoerd (grief 4) en dat zij ten onrechte geen consequentie heeft verbonden aan de schending van de waarheidsplicht door Philip Morris (grief 5). Philip Morris heeft de grieven van RPM bestreden.

3.4. Tussen partijen is niet in geschil dat RPM eigenaar/rechthebbende is van de naar de Rotterdamse haven vervoerde Partij en dat het gaat om goederen, geproduceerd door Philip Morris en voorzien van haar merken HEETS en IQOS, die waren bestemd om elders dan in de EU/EER in de handel te worden gebracht. Hetgeen partijen in de eerste plaats verdeeld houdt is of het mogelijk inbreukmakend karakter van het naar de EU/EER brengen van de Partij moet worden beoordeeld aan de hand van de bewijsregel geformuleerd door het Hof van Justitie van de Europese Unie in het zogenoemde Class International arrest van 18 oktober 2005 (ECLI:EU:C:2005:616), in de processtukken aangeduid als het Class-criterium, dan wel aan de hand van het nadien in werking getreden artikel 9 lid 4 UMVo.

3.5. Het hof sluit zich aan bij en neemt over hetgeen het hof Den Haag (dat op grond van artikel 124 UMVo exclusief bevoegd is om te oordelen in geschillen betreffende de inbreuk op Uniemerkenrechten en in de hoofdzaak over deze kwestie zal dienen te beslissen) in rov. 4.4 tot en met 4.16 van zijn arrest van 22 december 2020, onder verwijzing naar – onder meer – de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 9 lid 4 UMVo, heeft overwogen omtrent de toepasselijkheid van het Class-criterium in het onderhavige geval en de conclusie dat er ten tijde van de beslaglegging geen sprake was van inbreukmakend handelen. In dit verband is onder meer van belang dat het door Philip Morris zelf geproduceerde goederen betrof en geen namaak, dat de verpakkingen waarin de merkgoederen aan het publiek worden aangeboden in originele staat verkeerden, dat ingevolge het Class-criterium niet van RPM kan worden verlangd dat reeds de eindbestemming in een derde land is vastgelegd, dat niet valt aan te nemen dat voor toepasselijkheid van het Class-criterium is vereist dat reeds een TI aangifte is gedaan (niet in geschil is dat op de Partij beslag is gelegd op een moment dat deze zich nog in het schip bevond) en dat door Philip Morris ook verder niet aannemelijk is gemaakt dat het oogmerk bestond dat de Partij, die reeds voor de aankomst in Rotterdam aan een in Hong Kong gevestigde handelaar was verkocht, in de EU/EER in het vrije verkeer zou worden gebracht.

3.6. Dat de handelwijze van RPM, ook indien geen sprake is van merkinbreuk, jegens Philip Morris onrechtmatig is acht het hof onvoldoende aannemelijk. Dat RPM daarmee wettelijke verplichtingen schendt is voornamelijk onvoldoende gebleken, terwijl ook op de vragen naar de eventuele onzorgvuldigheid van de handelwijze van RPM en het ontstaan van (reputatie)schade aan de zijde van Philip Morris geen voldoende duidelijk antwoord te geven is zolang omtrent de eindbestemming van de Partij geen duidelijkheid bestaat.

3.7. Het hof sluit zich ten slotte aan bij rov. 4.21 van het arrest van het hof Den Haag waarin is overwogen dat ook een belangenafweging in het voordeel van RPM uitvalt, en dus niet tot handhaving van het beslag leidt. Hetgeen Philip Morris aanvoert omtrent de ernst en omvang van de illegale handel in tabaksproducten en haar gehoudenheid tot het meewerken aan tabaksontmoedigingsbeleid, maakt dit niet anders.

3.8. Het voorgaande voert tot de slotsom dat summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door Philip Morris ingeroepen recht is gebleken en dat de vordering van RPM tot opheffing van het beslag toewijsbaar is. Het vonnis van de voorzieningenrechter kan derhalve niet in stand blijven. De grieven van RPM treffen in zoverre doel.

Nu de Hoge Raad het arrest van het hof Den Haag waarbij het beslag is opgeheven heeft vernietigd, zal de opheffing van dit beslag opnieuw worden uitgesproken. Het gevorderde verbod aan Philip Morris om nogmaals beslag te doen leggen op de Partij acht het hof niet toewijsbaar nu niet uit te sluiten valt dat een wijziging van de feitelijke situatie zal leiden tot een andere beoordeling van de vordering die aan het beslag ten grondslag is gelegd, nog daargelaten dat niet voldoende is toegelicht dat in dit stadium nog enig belang bij een verbod met betrekking tot deze specifieke partij bestaat.

Nu het beslag reeds op andere gronden wordt opgeheven heeft RPM bij een bespreking van de consequenties van een eventuele schending door Philip Morris van artikel 21 Rv onvoldoende belang.

3.9. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt reeds dat het door Philip Morris in het incident provisioneel gevorderde niet toewijsbaar is. De verweren van processuele aard die RPM daartegen voert kunnen verder onbesproken blijven.

3.10. Philip Morris zal als (hoofdzakelijk) in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep. Gelet op het verzuim van processuele aard dat tot vernietiging van het arrest van het hof Den Haag en verwijzing naar dit hof heeft geleid, ziet het hof aanleiding om daarvoor, behoudens wat het incident betreft, geen verdere kosten toe te kennen en de proceskosten waartoe Philip Morris in beide instanties wordt veroordeeld te begroten op het bedrag waarop het hof Den Haag deze heeft begroot, zijnde in totaal € 24.966,50. Philip Morris zal daarnaast de kosten van het door haar opgeworpen incident tot verkrijging van een provisionele voorziening dienen te dragen, het hof begroot deze op € 765,50.

Voor een kostenveroordeling ten laste (of ten gunste) van Loendersloot, die in dit geding niet is verschenen, bestaat onvoldoende aanleiding.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

heft het beslag op de Partij op;

veroordeelt Philip Morris (voor zover deze terugbetaling niet reeds heeft plaatsgevonden) tot terugbetaling van het door RPM betaalde bedrag van € 12.215,- te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 22 oktober 2020;

veroordeelt Philip Morris in de kosten van het geding in beide instanties aan de zijde van RPM begroot op € 12.215,- in eerste aanleg en in hoger beroep tot op heden op (€ 12.815,50 + € 765,50 is) € 13.581,- en op € 173,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 90,- voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploot, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten indien deze niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest dan wel na het verschuldigd worden daarvan zijn voldaan:

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, H. Struik en A.W.G. Artz in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 24 oktober 2023.

mr. J.C.W. Rang

AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: mr. T. Geerlof
DE GRIFFIER