

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 412093 / KG ZA 12-99

Vonnis in kort geding van 27 februari 2012

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ACTION NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Zwaagdijk, gemeente Medemblik,
eiseres,
advocaat: mr. D. Knottenbelt te 's-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
A.D. INKOOP B.V.,
gevestigd te Leeuwarden,
gedaagde,
advocaat: mr. F.J.H. Krumpelman te Rotterdam.

Partijen zullen hierna Action en AD Inkoop genoemd worden.

De zaak is voor Action behandeld door mr. R. Chalmers Hoyneck van Papendrecht en mr. H.G.M. Berendschot, beiden kantoorhoudende te Breda.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 30 januari 2012;
- de bij brief van 2 februari 2012 door Action toegezonden producties 1 tot en met 15;
- de bij brief van 6 februari 2012 door Action toegezonden productie 16;
- de op 9 februari 2012 door Action aan de wederpartij betekende akte met aanvulling van de gronden van de eis, met producties 17 tot en met 22;
- de fax van 8 februari 2012 van AD Inkoop, waarbij zij bezwaar maakt tegen de (aan haar op die datum per email toegezonden) akte, alsmede de reactie daarop per email van 9 februari 2012 van Action;
- de op 10 februari 2012 door Action toegezonden producties 23 en 24;
- de op 9 februari 2012 door AD Inkoop toegezonden producties 1 tot en met 13;
- de bij fax van 9 februari 2012 door AD Inkoop toegezonden aanvullende productie 14 waarbij tevens bezwaar wordt gemaakt tegen nadere producties van Action;
- de op 10 februari 2012 toegezonden kostenspecificaties van beide zijden;
- de mondelinge behandeling gehouden op 13 februari 2012, ter gelegenheid waarvan de raadslieden pleitnota's hebben overgelegd.

1.2. De voorzieningenrechter heeft bepaald dat de door Action over te leggen producties uiterlijk 2 februari 2012 ontvangen dienen te zijn. Gezien het bezwaar van AD Inkoop tegen de producties 17 tot en met 24 van Action en nu niet is gebleken dat niet mogelijk was deze producties eerder toe te zenden, is ter zitting beslist dat deze producties niet worden toegelaten. De akte van Action is wel toelaatbaar geacht. Er is geen reden aan te nemen dat AD Inkoop zich tegen de inhoud van die akte niet naar behoren heeft kunnen verweren.

1.3. Vonnis is bepaald op heden.

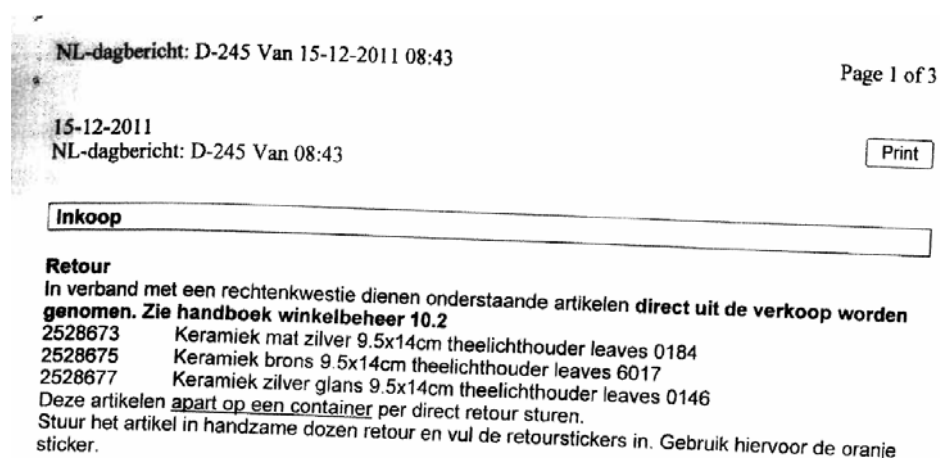
2. De feiten

In deze procedure wordt uitgegaan van de navolgende feiten.

2.1. Bij mondeling vonnis in kort geding van 14 december 2011 in een procedure van AD Inkoop tegen (onder andere) Action is Action bevolen zich direct te onthouden van inbreuk op een aan AD Inkoop toekomend gemeenschapsmodelrecht voor een theelichthouder in de vorm van een artisjok en de verkoop van inbreukmakende artisjok-theelichthouders te staken en gestaakt te houden. Action werd voorts bevolen aan haar niet-particuliere afnemers een brief te sturen met verzoek geleverde artisjok-theelichthouders te retourneren. Aan de bevelen is een dwangsom verbonden van €5.000 voor iedere overtreding of voor iedere dag dat niet aan de bevelen wordt voldaan, met een maximum van €500.000. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld.


2.2. Het proces-verbaal van de zitting waarin het vonnis is opgenomen is op 16 december 2011 door AD Inkoop aan Action betekend.

2.3. Op 15 december 2011 heeft Action in eerste instantie het volgende bericht aan haar filialen gestuurd:



Dit bericht beperkt zich tot theelichthouders in de kleuren mat zilver, brons en zilverglans. Later op die dag en de daarop volgende dag heeft zij haar filialen een aanvulling gestuurd met betrekking tot de witte theelichthouders als volgt:

ANET Noodbericht: 15-12-2011 11:53:00 Per direct retour Page 1 of 1



Een toevoeging op het bericht van vanmorgen:

In verband met een rechtenkwestie dienen onderstaande artikelen direct uit de verkoop te worden genomen. Zie handboek winkelbeheer 10.2

2528676 Keramiek wit 9.5x14cm theelichthouder leaves 0160

Deze artikelen apart op een container per direct retour sturen.

Stuur het artikel in handzame dozen retour en vul de retourstickers in. Gebruik hiervoor de oranje sticker. Dit artikel is niet in alle winkels voorradig.

JL-dagbericht: D-246 Van 16-12-2011 08:44 Page 1 of 6

16-12-2011

NL-dagbericht: D-246 Van 08:44

Inkoop

Retour
Toevoeging op het bericht van gisteren:
In verband met een rechtenkwestie dienen onderstaande artikelen **direct uit de verkoop te worden genomen. Zie handboek winkelbeheer 10.2**
2528676 Keramiek wit 9.5x14cm theelichthouder leaves 0160
Deze artikelen apart op een container per direct retour sturen.
Stuur het artikel in handzame dozen retour en vul de retourstickers in. Gebruik hiervoor de oranje sticker.

2.4. Action heeft AD Inkoop laten weten geen niet-particuliere afnemers te hebben en dat zij daarom niet gehouden is theelichthouders bij afnemers terug te roepen.

2.5. Bij exploit van 21 januari 2012 heeft AD Inkoop Action aangezegd dat zij niet aan het vonnis heeft voldaan en aan Action bevel gedaan een bedrag van €500.000 aan verbeurde dwangsommen te betalen, vermeerderd met een bedrag van €16.788,20 aan in het vonnis bepaalde proceskosten en €73,45 en €60,26 aan exploitkosten. AD Inkoop heeft bij navraag van Action aangegeven dat de overtreding zou bestaan uit verkoop door haar filialen van in totaal 105 theelichthouders op 24 december 2011 en 27 december 2011. Het zou telkens betreffen de witte theelichthouders en de filialen Groningen (twee filialen), Bedum, Leek, Kollum, Zuidhorn, Drachten, Roden, Gorrendijk, Lemmer, Sneek, Emmeloord, Joure, Oosterwolde, Surhuisterveen, Assen, Genemuiden, Zwolle, Heino, Dalfsen, Zwolle, Staphorst, IJsselmuiden en Meppel. AD Inkoop heeft van deze verkopen bonnen aan Action getoond.

2.6. Op 27 januari 2012 heeft AD Inkoop executoriaal beslag gelegd op aan Action toebehorende winkelvoorraad van haar filiaal te Zwijndrecht. De openbare verkoop is daarbij aangezegd tegen 1 maart 2012. Dit beslag is opgeheven nadat Action €500.000 had gestort op de derdenrekening van haar advocaten in afwachting van het resultaat van dit kort geding.

3. Het geschil

3.1. Action stelt het navolgende.

3.1.1. Action betwist dat na betekening van het vonnis nog theelichthouders verkocht zijn, met uitzondering van een tweetal verkopen op 21 december 2011 in filialen in Aalsmeer en Heemskerk. Zij meent dit te kunnen aantonen met gegevens uit haar administratie en verklaringen van haar filiaalhouders. Action betwist niet dat de aankoopbonnen afkomstig zijn van haar filialen, maar stelt dat de persoon die de filialen heeft bezocht ofwel de theelichthouders zelf heeft meegebracht en laten afrekenen bij de kassa ofwel op een ander product de bij de theelichthouder behorende barcodestickers heeft aangebracht.

3.1.2. De gestelde verkopen hebben bovendien uitsluitend plaatsgevonden aan AD Inkoop zelf. Het vonnis is daarmee niet overtreden.

3.1.3. AD Inkoop heeft misbruik van recht gemaakt, althans heeft gehandeld in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid, door pas op 20 januari 2012, na het verstrijken van de appeltermijn, aanspraak te maken op verbeurde dwangsommen terwijl zij dit al eind december had kunnen doen. Indien AD Inkoop al in december aanspraak had gemaakt op verbeurde dwangsommen zou Action, naar zij stelt, in hoger beroep zijn gekomen omdat zij de opgelegde dwangsom te hoog vindt. AD Inkoop heeft ook veel meer theelichthouders gekocht dan nodig is om vast te stellen dat het vonnis niet zou zijn nagekomen. AD Inkoop is er volgens Action slechts op uit geweest een zo groot mogelijk bedrag aan dwangsommen te incasseren. Bovendien bestaat het risico dat AD Inkoop, nadat is vastgesteld dat de dwangsommen niet zijn verbeurd, niet in staat zal zijn het bedrag van €500.000 terug te betalen.

3.1.4. De verbeurde dwangsommen bedragen in totaal volgens Action ten hoogste drie dagen dat de inbreuk heeft voortgeduurd of 26 (het aantal filialen waarin de theelichthouders nog verkocht zouden zijn) maal het bedrag van €5.000.

3.1.5. In haar akte voert Action aanvullend aan dat de winkels waar de verkopen zouden zijn gedaan, met uitzondering van het filiaal in Zuidhorn, zijn ondergebracht in dochtervennootschappen terwijl de theelichthouders zijn ingekocht en aan de filialen zijn geleverd door haar zustervenootschap Action Service & Distributie B.V. De gestelde verkopen in de Actionfilialen kunnen daarom niet leiden tot het verbeuren van dwangsommen door Action.

3.2. Op grond van deze stellingen vordert Action, zakelijk weergegeven:
primair:

-
- een gebod tot staking van de tenuitvoerlegging van het vonnis van 14 december 2011 ter verkrijging van de op 20 januari 2012 aangezegde verbeurde dwangsommen, dit op straffe van een dwangsom;
 - een gebod tot opheffing van de in dat kader gelegde beslagen, op straffe van een dwangsom;

subsidiair:

- een gebod tot staking van de tenuitvoerlegging van het vonnis ter verkrijging van een hoger bedrag aan verbeurde dwangsommen dan €5.000, althans €10.000 in verband met de verkopen in Aalsmeer en Heemskerk;

meer subsidiair:

- een gebod tot staking van de tenuitvoerlegging van het vonnis ter verkrijging van een hoger bedrag aan verbeurde dwangsommen dan €15.000, in verband met de verkoop op drie dagen, althans €130.000 in verband met de verkoop in 26 filialen;

en voorts:

- een gebod tot zekerheidstelling voor door AD Inkoop geïncasseerde dwangsommen, op straffe van een dwangsom;
- veroordeling van AD Inkoop in de volgens artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te begroten proceskosten.

De voorzieningenrechter neemt aan dat de onder primair gevorderde dwangsom en opheffing van gelegde beslagen tevens wordt gevorderd voor het geval staking van de tenuitvoerlegging wordt bevolen ter verkrijging van een bedrag aan verbeurde dwangsommen van meer dan €5.000 dan wel €10.000, €15.000 of €130.000.

3.3. AD Inkoop voert verweer. Zij stelt, voor zover thans van belang, dat de betreffende verkopen wel degelijk hebben plaatsgevonden en dat deze verkopen aan Action zijn toe te rekenen.

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

4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang van Action bij de gevorderde voorzieningen volgt uit de dreigende executie van het vonnis van 14 december 2011.

4.2. Het betoog van Action komt neer op fraude aan de kant van AD Inkoop. Haar stelling dat niet mogelijk is dat zij na betekening van het vonnis nog 105 theelichthouders heeft verkocht berust in het bijzonder op het door haar overgelegde rapport van Hoffmann Bedrijfsrecherche B.V. (verder: Hoffmann) van 1 februari 2012 en het rapport van KPMG van 3 februari 2012.

4.3. Het rapport van Hoffmann bevat niet of nauwelijks relevante resultaten van eigen onderzoek naar de veronderstelde fraude, met uitzondering van de als bijlage 4 tot en met 29 overgelegde verslagen van bezoeken aan de filialen waar de theelichthouders zouden zijn verkocht en de ondertekende verklaringen van de bedrijfsleiders van deze filialen. Uit deze

verklaringen zou moeten worden opgemaakt dat de betreffende theelichthouders na ontvangst van de onder 2.3. genoemde berichten uit de schappen zijn verwijderd en vanaf 16 december 2012 niet meer zijn verkocht.

4.4. Het onderzoek van KPMG berust op een analyse van gegevens uit de geautomatiseerde administratie van Action. In het bijzonder is van belang de in het rapport opgenomen tabel 2 waarin het voorraadverloop van de witte theelichthouders wordt weergegeven. KPMG concludeert dat de aanwezige voorraad witte theelichtjes, nog zonder rekening te houden met derving wegens breuk en diefstal, niet toereikend was om de gestelde verkopen op 24 en 27 december te verklaren.

4.5. AD Inkoop heeft van haar kant overgelegd getekende verklaringen van haar voormalige werknemer M. Nadi, de persoon die de aankopen zou hebben gedaan, en foto's van aangekochte theelichthouders.

4.6. De conclusies van KPMG staan of vallen met betrouwbaarheid van de administratie van Action. Dit is door KPMG niet onderzocht. Dat de administratie niet sluitend is, blijkt al uit de tabel 2 waarin, zoals AD Inkoop terecht aanwijst, negatieve voorraden zijn vermeld voor de filialen in Lemmer en Zwolle. Of hier sprake is van een onbeduidend gebrek in de administratie of van een ernstiger gebrek kan niet worden vastgesteld. AD Inkoop wijst ook terecht op de discrepanties tussen de voorraden en verkopen zoals die blijken uit tabel 2 en de verklaringen van de bedrijfsleiders van de betreffende filialen. Van belang is ook dat aanvankelijk is verzuimd de filialen te verzoeken ook de witte theelichthouder uit de schappen te halen en dat volgens het rapport van KPMG dit product pas op 23 januari 2012 in het kassasysteem van Action is geblokkeerd in tegenstelling tot de andere kleuren die al op 14 december 2011 zijn geblokkeerd.

4.7. Gezien het voorgaande is in dit stadium onvoldoende aannemelijk dat de betreffende verkopen het resultaat zijn van fraude aan de kant van AD Inkoop. Verdere opheldering vereist uitvoerig feitenonderzoek en/of het horen van getuigen. Daarvoor is alleen in de bodemprocedure plaats.

4.8. Vooralsnog uitgaande van de verkopen van de witte theelichthouders, kan Action AD Inkoop niet verwijten misbruik van recht te maken door tot executie van verbeurde dwangsommen over te gaan. Het is Action zelf die in het verbod en de opgelegde dwangsom heeft berust. Ook de stelling dat de verkopen aan Nadi niet als overtreding van het vonnis kunnen worden aangemerkt kan niet worden aanvaard alleen al niet omdat niet is in te zien waarom deze als verkopen aan AD Inkoop moeten worden aangemerkt. Daarvoor is niet relevant dat Nadi zou hebben gehandeld op verzoek van of in samenspraak met AD Inkoop. Het is tot slot niet aan AD Inkoop het verbeuren van dwangsommen door Action te voorkomen door minder theelichthouders aan te (laten) kopen maar aan Action dat te voorkomen door zich te houden aan het haar opgelegde verbod.

4.9. Voor de omvang van het bedrag aan verbeurde dwangsommen is van belang vast te stellen welke handelingen aan Action zijn toe te rekenen. AD Inkoop heeft niet weersproken dat de filialen zijn ondergebracht in afzonderlijk vennootschappen, met uitzondering van filiaal Zuidhorn. Daarvan uitgaande kunnen de verkopen in de andere filialen niet worden toegerekend aan Action. Dat Action, zoals AD Inkoop stelt, zich verantwoordelijk heeft gevoeld voor naleving van het vonnis, doet daaraan niet af. Evenmin is van belang dat het

personeel in deze filialen in dienst zou zijn van Action. Dat neemt niet weg zij bij verkoop van de in die filialen aanwezige goederen de vennootschap die de onderneming drijft vertegenwoordigen en niet hun werkgever.

4.10. Volgens AD Inkoop maakt Action misbruik van identiteitsverschillen binnen haar organisatie. In dit verband wijst zij er op dat Action en Action Service & Distributie B.V. op de website van Action hetzelfde Kamer-van-Koophandelnummer hanteren en dat sprake is van een fiscale eenheid. Uit die omstandigheden kan echter geen misbruik worden afgeleid en al zeker niet zodanig dat Action met haar dochtervennootschappen zou moeten worden vereenzelvigd. Evenmin is er reden op die gronden te concluderen dat, zoals AD Inkoop aanvoert, Action Service & Distributie B.V. in naam van Action de theelichthouders aan de filialen heeft geleverd en dat Action daarom (ook) niet heeft voldaan aan het bevel tot het aanschrijven van haar niet-particuliere afnemers.

4.11. Gezien het voorgaande zijn uitsluitend de verkopen in het filiaal Zuidhorn toe te rekenen aan Action. Het betreft vijf verkochte theelichthouders die moeten worden aangemerkt als evenzovele overtredingen als bedoeld in het vonnis. Vooralsnog moet worden geoordeeld dat daarmee in totaal een bedrag van €25.000 aan dwangsommen is verbeurd. Het verbod op executie van het vonnis van 14 december 2011 kan daarom worden toegewezen als hierna vermeld. De door Action in dit kort geding gevorderde dwangsom wordt gemaximeerd. Opheffing van gelegde beslagen is niet aan de orde omdat het door AD Inkoop gelegde beslag al is opgeheven. Voor de gevorderde zekerheidsstelling ziet de voorzieningenrechter bij de huidige stand van zaken geen aanleiding.

4.12. Partijen worden beide op punten in het ongelijk gesteld. De proceskosten worden om die reden gecompenseerd.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. gebiedt AD Inkoop tot staking van de tenuitvoerlegging van het tussen partijen gewezen vonnis van 14 december 2011 ter verkrijging van een hoger bedrag aan op 21 januari 2012 aangezegde verbeurde dwangsommen dan €25.000, op straffe van een dwangsom van €10.000 per dag of gedeelte van een dag dat overtreding van het gebod voortduurt, met een maximum van €500.000;

5.2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.3. wijst af het meer of anders gevorderde;

5.4. bepaalt dat partijen elk de eigen proceskosten dragen.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.G.J. de Heij en in het openbaar uitgesproken op 27 februari 2012.