

schriftelijke uitwerking

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht
Team Handel

Zaaknummer hof : 200.333.100/01
Zaaknummer rechtbank : C/09/527162 / HA ZA 17-184

Schriftelijke uitwerking van de mondelinge uitspraak ter zitting van 8 december 2023 in het incident tot schorsing van de tenuitvoerlegging ex artikel 351 Rv

in de zaak van

L.B. 11 B.V.,
gevestigd in Amsterdam,
appellante in de hoofdzaak,
eiseres in het incident,
→ advocaat: mr. P.L. Tjiam, kantoorhoudend in Amsterdam,

tegen

1. **MHCS S.A.**,
gevestigd in Epernay, Frankrijk,
2. **Société JAS Hennessy & Compagnie S.A.**,
gevestigd in Cognac, Frankrijk,
3. **Polmos Zyrardow Sp. Zo. O.**,
gevestigd in Zyrardow, Polen,
4. **MacDonald & Muir Ltd**,
gevestigd in Edinburgh, Schotland, Verenigd Koninkrijk,
verweersters in de hoofdzaak,
verweersters in het incident,
advocaat: mr. N.W. Mulder, kantoorhoudend in Amsterdam.

Het hof noemt partijen hierna LB11 en de LVMH-eiseressen.

Partijen hebben tijdens de mondelinge behandeling van 8 december 2023 hun standpunten toegelicht, daar over en weer op gereageerd en vragen van het hof beantwoord. Daarvan wordt in voorkomend geval een afzonderlijk proces-verbaal opgemaakt. Na deze mondelinge behandeling heeft het hof de zitting voor korte tijd geschorst. In deze zaak bestaat een zodanig spoedeisend belang bij een uitspraak dat een (volledige) schriftelijke uitwerking daarvan niet kan worden afgewacht en de uitspraak dus aanvankelijk alleen in mondelinge vorm kan worden gedaan. Na hervatting van de zitting heeft het hof daarom op de voet van artikel 29a lid 5 Rv mondeling uitspraak gedaan en deze uitspraak daarna in het onderhavige stuk schriftelijk uitgewerkt.

1. De zaak in het kort

- 1.1 De LVMH-eiseressen hebben bij de rechtbank verbodsvorderingen met nevenvorderingen ingesteld tegen onder anderen LB11 wegens het in strijd met hun merkrechten verhandelen van flessen alcoholhoudende drank. De rechtbank heeft die vorderingen deels toegewezen, waaronder veroordelingen tot het doen van bepaalde opgaves en tot winstafdracht, met gedeeltelijke verklaring van uitvoerbaarheid bij voorraad. In dit incident vordert LB11 dat het hof de tenuitvoerlegging van die twee veroordelingen, voor zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard, schorst primair tot het eindarrest in hoger beroep en subsidiair voor de duur van zes maanden.
- 1.2 Het hof oordeelt in deze uitspraak dat bij het bestreden vonnis sprake is van een kennelijke misslag wegens schending van hoor en wederhoor, en wijst de gevorderde schorsing daarom toe.

2. Procesverloop in het incident

- 2.1 Het verloop van de procedure in het incident blijkt uit de volgende stukken:
 - de dagvaarding van 13 september 2023 waarmee LB11 in hoger beroep is gekomen van het in deze zaak tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 14 juni 2023¹;
 - de akte houdende incidentele vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van LB11, met producties;
 - de memorie van antwoord in het incident van de LVMH-eiseressen, met producties;
 - de producties GP67 en GP68 die LB11 ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling heeft overgelegd;
 - de productie EP166 die de LVMH-eiseressen ter gelegenheid van diezelfde mondelinge behandeling hebben overgelegd.
- 2.2 Op 8 december 2023 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3. Feitelijke achtergrond

- 3.1 De LVMH-eiseressen maken deel uit van de LVMH-groep en produceren alcoholhoudende dranken (hierna: de LVMH-producten). Zij zijn ieder houdster van een aantal Unie- en Beneluxmerken en internationale merkregistraties met gelding in de EU dan wel de Benelux (hierna: de merken en de merken van verweerster in de hoofdzaak onder 2: de Hennessy-merken).
- 3.2 LB11 maakt samen met VCKG B.V., JMN B.V., Delicasea B.V., Best for Drinks B.V., Brands Collection B.V. en KFW B.V. (hierna: VCKG, JMN, Delicasea, BFD, Brands Collection en KFW, samen de VCK-gedaagden) deel uit van de Van Caem Klerks-groep en verhandelt alcoholhoudende dranken, waaronder LVMH-producten. JMN, Delicasea, LB11, BFD en Brands Collection zijn werkmaatschappijen uit de divisie Van Caem Liquor, terwijl KFW een werkmaatschappij is in de divisie Klerks Fine Wines.

¹ ECLI:NL:RBDHA:2023:8497.

-
- 3.3 In Nederland werkt LB11 samen met de logistiek dienstverlener F. Loendersloot Internationale Expeditie B.V. (hierna: LI), die onder andere opslagdiensten verleent. De LVMH-producten zijn accijnsgoederen. LI beschikt over de vergunningen om partijen alcoholhoudende drank in haar loodsen onder andere op te slaan onder de douanestatus T1 (goederen die douanerechtelijk niet zijn ingevoerd) of T2/AGD (goederen die douanerechtelijk zijn ingevoerd maar onder een accijnsschorsingsregeling zijn geplaatst). LI stelt bij inslag in haar loodsen *arrival notices* op en bij uitslag *loading lists*.
- 3.4 Alle LVMH-producten worden binnen de EU geproduceerd, ook als het gaat om producten die bestemd zijn voor buiten de EU. Aan sommige van die producten (hierna: niet-Unie-producten) is aan uitwendige kenmerken te zien dat zij door de LVMH-eiseressen bestemd zijn om te worden afgezet buiten de Europese Economische Ruimte (hierna: EER).
- 3.5 De LVMH-eiseressen voorzien hun producten van codes die het mogelijk maken de producten te traceren in het geval een terugroepactie nodig is, en van codes aan de hand waarvan het distributiekanaal in beeld kan worden gebracht. Deze productcodes kunnen op het etiket van de fles zijn aangebracht of direct op de fles zijn gegraveerd of geprint. Het verwijderen van deze codes wordt hierna aangeduid als: decoderen.
- 3.6 De LVMH-eiseressen hebben op 7 september 2016 ten laste van de VCK-gedaagden conservatoir bewijsbeslag laten leggen op stukken die kort gezegd verband houden met de invoer, de verhandeling en het decoderen van LVMH-producten.
- 3.7 Uit de volgende stukken van LI (producties EP162a tot en met EP162e, hierna ook: stukken A tot en met E) blijken de volgende opdrachten van LB11 in de periode maart en april 2016, alle voor partijen met de douanestatus T2/AGD:
- *Arrival notice* van 1 maart 2016 met betrekking tot 2400 flessen (à 0,7 liter) met het merk Hennessy afkomstig uit Curaçao;
 - *Arrival notice* van 6 april 2016 met betrekking tot 4800 flessen (à 0,7 liter) met het merk Hennessy, afkomstig uit Curaçao;
 - *Arrival notice* van 20 april 2016 met betrekking tot 1800 flessen met het merk Veuve Clicquot, welke partij LB11 heeft gekocht van een Belgisch bedrijf;
 - Facturen en een *final loading list* waarin wordt vermeld dat LB11 op 25 maart 2016 zes flessen met het merk Glenmorangie heeft verkocht aan een bedrijf in Laos;
 - Facturen en een *final loading list* waarin wordt vermeld dat LB11 op 14 april 2016 dertig flessen met het merk Dom Perignon heeft verkocht aan een bedrijf in Kameroen.

4. Procedure bij de rechtbank en in het parallelle kort geding

- 4.1 De LVMH-eiseressen hebben op 22 november 2016 onder anderen de VCK-gedaagden en bij die vennootschappen betrokken bestuurders in deze bodemprocedure gedagvaard en ten aanzien van hen een inbreukverbod gevorderd, met als nevenvordering, voor zover in dit incident van belang, opgave van bepaalde gegevens met betrekking tot inbreukmakende producten en afdracht van de op die gegevens gebaseerde winst.
- 4.2 Hangende deze bodemprocedure hebben de LVMH-eiseressen op 3 februari 2017

dezelfde gedaagden in kort geding gedagvaard en ten aanzien van onder anderen de VCK-gedaagden een inbreukverbod en een inzagebevel gevorderd.

- 4.3 Bij vonnis van 7 juli 2017 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag in die kortgedingprocedure ten aanzien van LB11 een inbreukverbod en een opgavegebod uitgesproken.²
- 4.4 Na een executiegeschil heeft LB11 op grond van dat kortgedingvonnis op 8 december 2017 onder andere de stukken A tot en met E aan de LVMH-eiseressen verstrekt.
- 4.5 LB11 is van dit kortgedingvonnis in hoger beroep gekomen. In dat hoger beroep hebben de LVMH-eiseressen deze stukken A tot en met E twee weken voor de mondelinge behandeling van 3 december 2018 in het geding gebracht als productie EP87. Op 23 november 2018 heeft LB11 een reactieve productie GP47 in het geding willen brengen, maar deze is tijdens de mondelinge behandeling geweigerd.
- 4.6 Op 17 april 2019 hebben de LVMH-eiseressen in deze bodemprocedure een akte overlegging aanvullende producties (i) (hierna: de akte AP I) in het geding gebracht met producties EP95 tot en met EP125.
- 4.7 Bij tussenarrest van 30 april 2019 in het hoger beroep in kort geding heeft dit hof geoordeeld dat de vorderingen van de LVMH-eiseressen moesten worden afgewezen behalve voor wat de stukken A tot en met E betreft, dat het partijdebat met betrekking tot die stukken zich door de weigering van productie GP47 nog onvoldoende had uitgekristalliseerd, en dat LB11 daarom in de gelegenheid moest worden gesteld zich daar alsnog over uit te laten. Het hof heeft LB11 daarom daartoe in de gelegenheid gesteld.³ Partijen zijn vervolgens na toestemming aan beide zijden eerst in cassatieberoep gekomen van dit tussenarrest.
- 4.8 Op respectievelijk 4 en 16 oktober 2019 hebben de LVMH-eiseressen in deze bodemprocedure aktes overlegging aanvullende producties (ii) en (iii) in het geding gebracht (deze laatste hierna: de akte AP III). De akte AP III bestond uit 28 bladzijden met daaraan gehecht 34 aanvullende producties, waaronder productie EP162 met de stukken A tot en met E. Op de bladzijden 26 en 27 van deze akte hebben de LVMH-eiseressen toegelicht waarom de in die stukken bedoelde partijen drank inbreukmakend zijn.
- 4.9 Op 24 oktober 2019 heeft de rechtbank aan partijen instructies gegeven en regiebeslissingen meegedeeld met het oog op de op dat moment voor 15 november 2019 vastgestelde mondelinge behandeling. Daarbij heeft zij gedaagden in de gelegenheid gesteld om uiterlijk op 1 november 2019 per groep van gedaagden, waaronder de VCK-gedaagden als één groep, in maximaal drie bladzijden te reageren op de akte AP III.
- 4.10 De VCK-gedaagden hebben op 1 november 2019 een akte uitlating genomen met betrekking tot de producties EP95 tot en met EP126 en EP131 tot en met EP166. Op het voorblad van de akte hebben de VCK-gedaagden vermeld dat die akte slechts een indicatie bevat van hun verweer tegen die producties en van de toelichting bij hun verzoek tot weigering daarvan en dat de rechtbank geen beslissing in hun nadeel kan

² ECLI:NL:RBDHA:2017:7541.

³ ECLI:NL:GHDHA:2019:1537.

nemen zonder dat zij zich daarover hebben kunnen uitlaten op de wijze die zij geraden achten. Met betrekking tot de stukken A tot en met E hebben de VCK-gedaagden in het lichaam van de akte toegelicht:

“EP162 zijn stukken uit de door LB11 verrichte opgave in uitvoering van het (...) exhibitiebevel in het Kort Geding. Deze stukken zijn sinds 2017 in het bezit van MHCS c.s. Dit zijn zonder uitzondering transacties met uitgeputte waren.”

- 4.11 Bij bericht van 5 november 2019 heeft de rechtbank gereageerd op reacties op haar bericht van 24 oktober 2019. Daarin heeft zij partijen onder andere het volgende laten weten:

“(…) [D]e rechtbank – gelet op de bezwaren tegens namens Hennessy cs ingebrachte aanvullende producties – [brengt, hof] nogmaals in herinnering dat hoor en wederhoor betekent dat de rechtbank geen beslissing ten nadele van een partij mag baseren op een stuk waar die partij zich niet (voldoende) over heeft kunnen uitspreken. Vanzelfsprekend waakt de rechtbank daarvoor. Dit kan meebrengen dat mogelijk geen eindvonnis kan worden gewezen zonder een nader debat over een bepaald stuk.”

Wat de spreektijd betreft heeft zij aan de VCK-gedaagden tien minuten toebedeeld voor een algemene inleiding en vijf minuten voor specifieke opmerkingen met betrekking tot de gestelde inbreukmakende gedragingen. Zij heeft specifiek reacties van de VCK-gedaagden gevraagd op bepaalde producties van de LVMH-gedaagden, maar niet met betrekking tot productie EP162.

- 4.12 Op 9 december 2019 heeft in de bodemprocedure de mondelinge behandeling plaatsgevonden.
- 4.13 LB11 heeft in het hoger beroep in kort geding bij akte van 24 augustus 2021 een akte houdende reactie op productie EP87 van de LVMH-eiseressen in het geding gebracht.⁴
- 4.14 Bij eindarrest van 12 juli 2022 in het hoger beroep in kort geding heeft dit hof geoordeeld dat LB11 voldoende aannemelijk had gemaakt dat de merkrechten op de in de stukken A tot en met E bedoelde partijen LVMH-producten waren uitgeput, het kortgedingvonnis van 7 juli 2017 vernietigd en alle tegen LB11 ingestelde vorderingen afgewezen.⁵

5. Het bestreden vonnis

- 5.1 Op 14 juni 2023 heeft de rechtbank haar bestreden eindvonnis uitgesproken.
- 5.2 Met betrekking tot het bezwaar van de gedaagden tegen onder andere de akte AP III oordeelde de rechtbank dat zij daar aan voorbij ging aangezien gedaagden in de gelegenheid waren gesteld om daar bij nadere akte voorafgaand aan de mondelinge behandeling op te reageren (r.o. 5.9).
- 5.3 Ten aanzien van BFD en Brands Collection oordeelde de rechtbank dat de LVMH-

⁴ Na verwerping van de cassatieberoepen van partijen tegen het tussenarrest: HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:641.

⁵ ECLI:NL:GHDHA:2022:1289.

eiseressen daar geen concreet verwijt tegen hadden gericht (r.o. 6.44). Ten aanzien van JMN en Delicasea heeft zij diverse inbreuken vastgesteld met betrekking tot concrete partijen drank. Ten aanzien van VCKG, een houdstervenootschap, en KFW, een werkmaatschappij, heeft zij geen afzonderlijke inbreuk vastgesteld (r.o. 6.71).

5.4 Met betrekking tot het aan LB11 verweten gedrag oordeelde zij als volgt:

“6.55. Aan LB 11 verwijt Hennessy c.s. dat zij, door het op douanestatus T2/AGD ter verhandeling in opslag houden bij LI van de in 3.56 weergegeven MHCS-producten (producties EP162a tot en met EP162e), inbreuk maakt op de daar genoemde MHCS-merken, nu die producten niet door of namens haar in de EER in de handel zijn gebracht. Van Caem c.s. heeft dit uitsluitend betwist met een uitputtingsverweer in algemene bewoordingen. Dat kan haar niet baten. (...) Nu Van Caem c.s. niet per product of partij aan de hand van een ‘paper trail’ heeft gesteld dat de betreffende waar door of met toestemming van Hennessy c.s. voor het eerst in de EER in de handel is gebracht, gaat de rechtbank aan het uitputtingsverweer voorbij.

(...)

6.57. De rechtbank stelt dan ook vast dat LB 11 in de periode van 1 maart t/m 20 april 2016 inbreuk heeft gemaakt op de rechten van Hennessy c.s. op de merken Hennessy, Veuve Clicquot, Glenmorangie en Dom Perignon door opslag ter verhandeling van die producten op douanestatus T2/AGD.”

5.5 Daarnaast oordeelde zij in r.o. 6.70 dat verwijzingen naar de merken van Hennessy op de pagina van de Divisie Van Caem Liquor op de website van de VCK-groep inbreukmakend is, en dat deze inbreuk kan worden toegerekend aan alle werkmaatschappijen.

5.6 Deze beoordeling heeft zij daarna als volgt samengevat:

“6.71. (...) Met betrekking tot JMN, Delicasea en LB 11 is hiervoor vastgesteld dat zij inbreuk hebben gemaakt (...). In de tabel hieronder is voor elke partij per merk uitsluitend de oudste vastgestelde inbreuk weergegeven.

Gedaagde	Merk	Oudste inbreuk	Productie
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
<i>LB11</i>	<i>Hennessy</i>	<i>01-03-2016</i>	<i>EP161a</i>
	<i>Veuve Clicquot</i>	<i>20-04-2016</i>	<i>EP162c</i>
	<i>Dom Perignon</i>	<i>14-04-2016</i>	<i>EP162e</i>
	<i>Glenmorangie</i>	<i>25-03-2016</i>	<i>EP162d</i>

(...)

6.73. Tot slot is inbreuk vastgesteld door het prominente gebruik van het merk Hennessy op de website van de VCK-groep, op de pagina van de divisie Van Caem Liquor.”

5.7 In r.o. 6.120 heeft de rechtbank geoordeeld dat, gelet op de in r.o. 6.71 en 6.73 vastgestelde inbreuken, het gevorderde inbreukverbod deels toewijsbaar was ten aanzien van JMN, Delicasea en LB11, door haar gedefinieerd als de “Werkmaatschappijen”. In r.o. 6.125 oordeelde zij dat ook de opgavevordering toewijsbaar was, gelet op “de vastgestelde inbreuk”.

5.8 Op grond daarvan heeft zij ten aanzien van LB11 een inbreukverbod uitgesproken (beslissingsonderdeel 10.17) en ten aanzien van de Werkmaatschappijen (JMN, Delicasea

en LB11) onder andere een opgaveveroordeling voor posten a) tot en met g) aan gegevens (beslissingsonderdeel 10.18) en een daaraan gekoppelde veroordeling tot winstafdracht (beslissingsonderdeel 10.21), in beide gevallen met betrekking tot Inbreukmakende MHCS-producten die zij in r.o. 6.131 als volgt heeft gedefinieerd:

*“MHCS-producten voorzien van één van de Merken
(a) met douanestatus T2/AGD of
(b) met douanestatus T1 waarvan de verkoop en/of levering noodzakelijkerwijs impliceerde dat de producten in de EER in het verkeer werden gebracht (waarbij dus is voldaan aan het ‘Class-criterium’),
en (voor (a) en (b))
1. waarvan de productcodes zijn verwijderd (gedecodeerde producten) of
2. waarbij die producten niet door of met toestemming van Hennessy c.s. in de EER in de handel zijn gebracht (en dus niet zijn uitgeput).”*

5.9 In r.o. 6.136 oordeelde zij:

*“Om executiegeschillen te voorkomen, zal de rechtbank het opgavebevel beperkt uitvoerbaar bij voorraad verklaren en wel alleen voor zover het ziet op voorbehouden handelingen met:
- MHCS-producten waarvan in dit vonnis is vastgesteld dat daarmee inbreukmakend is gehandeld (zie (...) 6.57 (...)) en
- gedecodeerde MHCS-producten bedoeld in de definitie van Inbreukmakende MHCS-producten aanhef en onder 1 (zie 6.131) en
- niet-Unie MHCS-producten die vallen onder de definitie van Inbreukmakende MHCS-producten aanhef en onder 2 (zie 6.131).
Voor de opgave met betrekking tot overige Inbreukmakende MHCS-producten bedoeld in de definitie van Inbreukmakende MHCS-producten aanhef en onder 2, dat wil zeggen niet gedecodeerde niet-uitgeputte Inbreukmakende MHCS-producten die geen niet-Unie producten zijn als omschreven in 3.18 (niet-Unie producten) wordt de uitvoering van het opgavebevel opgeschort totdat dat bevel in kracht van gewijsde is gegaan.”*

In r.o. 6.137 oordeelde zij dat afwijking van het uitgangspunt dat een uitgesproken bevel uitvoerbaar bij voorraad is in dit geval was gerechtvaardigd voor die laatste categorie MHCS-producten, omdat met betrekking daartoe een debat mogelijk is over uitputting, wanneer in hoger beroep gemotiveerd een uitputtingsverweer wordt gevoerd, terwijl de inspanningen die gemoeid zijn met de opgave naar verwachting groot zijn en de opgave van (mogelijk bedrijfsvertrouwelijke) informatie over die partijen niet meer kan worden teruggedraaid. Daarbij was de opgave bedoeld voor de omvang van de schade en was zij daarom niet spoedeisend, terwijl de bewaring van de betrokken gegevens was gewaarborgd door het conservatoir bewijsbeslag dat de LVMH-eiseressen in september 2016 hadden gelegd. Naar het oordeel van de rechtbank was dat anders voor gedecodeerde producten, omdat het uitputtingsverweer daar niet aan de orde is, en voor niet-Unie-producten, omdat die producten kenbaar zijn uit de stukken en aannemelijk is dat de LVMH-eiseressen die producten niet zelf voor het eerst in de EER in de handel hebben gebracht.

In r.o. 6.149 heeft de rechtbank naar dit oordeel verwezen met betrekking tot de uitvoerbaarheid bij voorraad verklaring van de veroordeling tot winstafdracht.

5.10 De rechtbank heeft daarom het volgende besloten met betrekking tot de uitvoerbaarheid bij voorraad (beslissingsonderdeel 10.23):

"verklaart de hiervoor in 10.15 tot en met 10.21 gegeven bevelen en geboden en veroordeling uitvoerbaarheid bij voorraad, met dien verstande dat deze uitvoerbaar bij voorraad verklaring geen betrekking heeft op de opgave, afgifte, recall en winstafdracht (10.18 tot en met 10.21) met betrekking tot niet-gedecodeerde, niet uitgeputte Inbreukmakende MHCS-producten die geen kenmerken hebben waaruit valt af te leiden dat de producten niet bestemd zijn voor de EER, als bedoeld in 6.136;"

6. Vordering in het incident

- 6.1 LB11 is van het vonnis van 14 juni 2023 in hoger beroep gekomen en vordert op grond van artikel 351 Rv dat het hof, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest, de tenuitvoerlegging van de beslissingsonderdelen 10.18 en 10.21, voor zover die betrekking hebben op haar en uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard, schorst tot het eindarrest in de hoofdzaak, althans voor de duur van zes maanden, en de LVMH-eiseressen veroordeelt in de volledige proceskosten op grond van artikel 1019h Rv.

7. Beoordeling

Bevoegdheid

- 7.1 Het hof is internationaal en relatief bevoegd op grond van de in r.o. 5.1. e.v. van het bestreden vonnis genoemde bepalingen, gelezen in samenhang met artikel 133 lid 1 UMVo⁶.

Maatstaf

- 7.2 Voor de toewijzing van de vordering tot schorsing geldt het volgende toetsingskader:⁷
- a. Uitgangspunt is dat een uitgesproken veroordeling, hangende een hogere voorziening, uitvoerbaar moet zijn. Afwijking van dit uitgangspunt kan worden gerechtvaardigd door omstandigheden die meebrengen dat het belang van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand zolang niet op het door hem ingestelde rechtsmiddel is beslist, ook gegeven dit uitgangspunt, zwaarder weegt dan het belang van degene die de veroordeling in de ten uitvoer te leggen uitspraak heeft verkregen, bij de uitvoerbaarheid daarvan.
 - b. Bij de toepassing van de onder a genoemde maatstaf in een incident moet worden uitgegaan van de beslissingen in de ten uitvoer te leggen uitspraak en van de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen, en blijft de kans van slagen van het tegen die beslissing aangewende of nog aan te wenden rechtsmiddel buiten beschouwing, met dien verstande dat de rechter in zijn oordeelsvorming kan betrekken of de ten uitvoer te leggen beslissing berust op een kennelijke misslag.
 - c. Indien de beslissing over de uitvoerbaarheid bij voorraad in de ten uitvoer te leggen uitspraak is gemotiveerd, moet de eiser of verzoeker, afgezien van het

⁶ Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerk.

⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026 (*Strandhotel*), r.o. 5.8.

geval dat deze beslissing berust op een kennelijke misslag, aan zijn vordering of verzoek feiten en omstandigheden ten grondslag leggen die bij het nemen van deze beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de betrokken uitspraak hebben voorgedaan en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken.

De rechtbank heeft haar beslissing over de uitvoerbaarheid bij voorraad gemotiveerd

- 7.3 Anders dan LB11 is het hof van oordeel dat de rechtbank haar beslissing over de uitvoerbaarheid bij voorraad heeft gemotiveerd. In r.o. 6.137 van het bestreden vonnis heeft zij met betrekking tot de opgaveveroordeling uitgelegd waarom in het geval van (i) niet gedecodeerde en (ii) niet-niet-Unie Inbreukmakende MHCS-producten is gerechtvaardigd dat wordt afgeweken van het uitgangspunt dat een veroordeling uitvoerbaar bij voorraad moet zijn, maar dat dat anders ligt bij gedecodeerde en/of niet-Unie producten.
- 7.4 Anders dan LB11 aanvoert, heeft de rechtbank daarmee in ieder geval een motivering gegeven met betrekking tot de groep Inbreukmakende MHCS-producten waarvoor zij de opgaveveroordeling uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard in haar beslissingsonderdeel 10.23. Uit r.o. 6.149 volgt dat hetzelfde geldt met betrekking tot de veroordeling tot winstafdracht. Anders dan LB11 aanvoert brengt de omstandigheid dat de rechtbank in haar motivering niet is ingegaan op het bestaan en de inhoud van het eindarrest van dit hof van 12 juli 2022 niet met zich dat zij haar beslissing op het punt van de uitvoerbaarheid bij voorraad niet heeft gemotiveerd. Het volgens een partij niet voldoende motiveren kan niet worden aangemerkt als niet motiveren.

Er is sprake van een kennelijke schending van het beginsel van hoor en wederhoor

- 7.5 LB11 voert aan dat bij het bestreden vonnis sprake is geweest van kennelijke misslagen omdat de rechtbank het beginsel van hoor en wederhoor van artikel 19 lid 1 Rv heeft geschonden, haar toezegging aan partijen niet is nagekomen en de inhoud van het arrest van het hof van 12 juli 2022 heeft genegeerd. Nadat de LVMH-eiseressen hun akte AP III hadden genomen, met daaraan gehecht 34 producties, hebben de VCK-gedaagden, waarvan LB11 slechts een van de zes was, slechts één week gekregen om daar in drie bladzijden op te reageren. Zij hebben toen gereageerd met het verzoek om de hen betreffende producties bij akte AP III te weigeren en met de aankondiging dat hun inhoudelijke reactie slechts een summiere reactie kon zijn. Daarna heeft de rechtbank partijen op 5 november 2019 de inhoud van het beginsel van hoor en wederhoor in herinnering gebracht en vermeld dat zij vanzelfsprekend waakt voor schending daarvan en dat dat kan meebrengen dat een nader debat moet worden gevoerd over een bepaald stuk voordat zij eindvonnis kan wijzen. Dit heeft de rechtbank er ten onrechte niet van weerhouden om 3,5 jaar later een eindvonnis te wijzen waarin zij het uitputtingsverweer van LB11 heeft afgewezen omdat zij dat verweer alleen in algemene bewoordingen heeft gevoerd en niet per partij met een sluitend papieren spoor heeft onderbouwd, zo betoogt nog steeds LB11.
- 7.6 Het hof geeft LB11 gelijk, met inachtneming van de hoge drempel dat de betrokken misslag kennelijk – evident – moet zijn.
- 7.7 Het in artikel 19 lid 1 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor is een

kernbeginsel van het burgerlijk procesrecht. Het houdt in dat de rechter partijen over en weer in de gelegenheid moet stellen zich uit te laten over alle bescheiden en andere gegevens die in de procedure ter kennis van de rechter zijn gebracht, tenzij uit de wet anders voortvloeit, en verder dat de rechter bij zijn beslissing zijn oordeel, ten nadele van een der partijen, niet mag baseren op bescheiden of andere gegevens waarover die partij zich niet voldoende heeft kunnen uitlaten.⁸ Het beginsel is niet absoluut en kan worden beperkt. Deze beperkingen moeten een legitiem doel dienen, moeten in het licht van dat doel proportioneel zijn en mogen hoor en wederhoor niet zodanig beperken, dat de essentie van dat recht wordt aangetast. In het burgerlijk recht krijgen veel normen pas gestalte in het licht van de omstandigheden van het concrete geval en partijen moeten daarom voldoende gelegenheid hebben de feiten die in het licht van de norm relevant zijn, naar voren te brengen. Voor zover beperkingen worden gesteld die afbreuk doen aan de essentie van het recht op hoor en wederhoor, kan ook niet gezegd worden dat die beperkingen voortvloeien uit de eisen van een goede procesorde, nodig zijn voor een goed verloop van de procedure of onredelijke vertraging van het geding voorkomen.⁹

- 7.8 Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank dit beginsel hier kennelijk niet in acht genomen.
- 7.8.1 De LVMH-eiseressen hebben op 16 oktober 2019 bij hun akte AP III 34 aanvullende producties in het geding gebracht met het oog op de mondelinge behandeling die op dat moment op 15 november 2019 was vastgesteld. Het gaat bij die 34 producties om 2,5 ordners. In dit incident hebben de LVMH-eiseressen toegelicht dat 26 van de 34 producties (mede) betrekking hadden op LB11. Als het gaat om in ieder geval de stukken A tot en met E die als productie 162 in het geding zijn gebracht staat verder tussen partijen vast dat de LVMH-eiseressen daar al sinds 2017 over beschikten en al in november 2018 in de parallelle procedure in kort geding in het geding hadden gebracht. De LVMH-eiseressen hebben niet toegelicht waarom zij diezelfde stukken in de bodemprocedure niet eerder in het geding hebben gebracht, bijvoorbeeld bij de akte AP I van 17 april 2019.
- 7.8.2 De rechtbank heeft gedaagden weliswaar op dat moment in de gelegenheid gesteld om op die nieuwe producties te reageren, maar niet voldoende. De rechtbank heeft die mogelijkheid namelijk beperkt door voor te schrijven dat iedere groep van gedaagden, waaronder één groep bestaande uit de zes VCK-gedaagden, binnen een week met maximaal drie bladzijden per groep mocht reageren. Wat tijdspanne en omvang van de reactie betreft geldt dat die beperkingen geen recht doen aan de omvang van de 26 (mede) voor de VCK-gedaagden relevante producties en het recht op wederhoor daarom in essentie hebben aangetast. Dat de rechtbank binnen één week een reactie wilde ontvangen is begrijpelijk met het oog op de mondelinge behandeling die kort daarna zou plaatsvinden, maar die tijdsdruk is alleen het gevolg van het feit dat de LVMH-eiseressen hun akte AP III om hen moverende redenen pas één maand voor de geplande mondelinge behandeling hebben genomen, een omstandigheid die niet voor risico van de VCK-gedaagden mocht worden gebracht.
- 7.8.3 Met hun akte uitlating van 1 november 2019 hebben de VCK-gedaagden niet alleen

⁸ HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6843 (*erkenning minderjarig kind*).

⁹ Vgl. HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824 (*Maximale omvang van processtukken in hoger beroep*), r.o. 3.3.3 en 3.3.4.

bezwaar gemaakt tegen toelating van de aanvullende producties, maar ook duidelijk gemaakt dat zij daar, in geval hun bezwaar zou worden verworpen, niet voldoende op hadden kunnen reageren en ervan uitgingen dat zij dat alsnog zouden kunnen doen indien zou blijken dat de aanvullende producties relevant zouden zijn voor de beslissing van de rechtbank.

- 7.8.4 In reactie op klachten van gedaagden heeft de rechtbank op 5 november 2019 onder andere bericht dat zij ervoor zou zorgen dat hoor en wederhoor in acht zou worden genomen en dat dat kon betekenen dat na de mondelinge behandeling nog geen eindvonnis zou kunnen worden gewezen.
- 7.8.5 De in datzelfde bericht aan de VCK-gedaagden toebedeelde spreektijd van tien en vijf minuten kan evenmin worden gezien als een voldoende gelegenheid om op de voor die gedaagden relevante producties te reageren.
- 7.8.6 De LVMH-eiseressen voeren aan dat het in de akte uitlating van 1 november 2019 en tijdens de mondelinge behandeling van 9 december 2019 niet reageren op productie EP162 berust op een bewuste keuze van LB11 en dat LB11 niet beloofd moet worden voor het onbenut laten van de aan haar geboden mogelijkheid om op die productie te reageren. Aan de LVMH-eiseressen kan worden toegegeven dat de VCK-gedaagden in hun akte van 1 november 2019 niet hebben gewezen op het kunnen bieden van een onderbouwing voor hun uitputtingsverweer en dat zij bij die akte niet de stukken in het geding hebben gebracht die zij eerder in de kortgedingprocedure hadden geprobeerd in het geding te brengen als reactieve productie 47, voorafgaand aan de mondelinge behandeling in hoger beroep van 3 december 2018. In die akte van 1 november 2019 hebben de VCK-gedaagden echter voldoende duidelijk gemaakt dat zij zich niet voldoende in staat gesteld achtten om adequaat op de (hen betreffende) producties bij de akte AP III te reageren, en zij mochten er na de toezegging in het bericht van de rechtbank van 5 november 2019 van uitgaan dat zij in staat zouden worden gesteld om daar alsnog op te reageren als de rechtbank die productie ten grondslag had willen leggen aan een voor hen nadelige vaststelling van inbreuk. In dat bericht van 5 november 2019 heeft de rechtbank er immers op gewezen dat zij de correcte toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor zou bewaken en dat zij daarom in voorkomend geval na de comparitie nog geen eindvonnis zou kunnen wijzen, en, anders dan voor andere producties van de LVMH-eiseressen, niet aan de VCK-gedaagden gevraagd te reageren op productie EP162. Daar komt bij dat LB11 tijdens de mondelinge behandeling van dit schorsingsincident onweersproken heeft aangevoerd dat zij in het hoger beroep in kort geding veertien bladzijden nodig heeft gehad om uit te leggen dat de producties die zij in augustus 2021 in het geding heeft gebracht een sluitend papieren spoor vormden voor herleiding van de in de stukken A tot en met E bedoelde partijen drank tot een eerste op de markt brengen in de EER door of met toestemming van een LVMH-eiseres.
- 7.8.7 Onder die omstandigheden had de rechtbank op 14 juni 2023 ten aanzien van LB11 geen eendoordeel mogen vellen op basis van de stukken A tot en met E zonder LB11 in de gelegenheid te stellen zich daar binnen een redelijke termijn alsnog nader over uit te laten. Dit klemt te meer omdat de rechtbank in r.o. 3.78 van dat vonnis heeft verwezen naar het tussenarrest van dit hof van 30 april 2019 en uitdrukkelijk heeft vermeld dat LB11 bij dat tussenarrest in de gelegenheid werd gesteld om te reageren op “enkele voorshands inbreukmakend geoordeelde nieuwe facturen, onder meer door haar uitputtingsverweer dienaangaande te substantiëren”. Uit dat arrest was voor haar kenbaar

dat het hof van oordeel was dat met het tijdens de mondelinge behandeling weigeren van de reactieve productie 47 van LB11 het partijdebat met betrekking tot de stukken A tot en met E niet voldoende was uitgekristalliseerd, waardoor LB11 in de gelegenheid moest worden gesteld daar alsnog op te reageren. Ook heeft de rechtbank in r.o. 3.79 verwezen naar het eindarrest, met als vermelding dat alle vorderingen tegen LB11 waren afgewezen. Uit dat eindarrest was voor haar kenbaar dat LB11 eerder in het hoger beroep in kort geding met betrekking tot de in de stukken A tot en met E beschreven partijen een papieren spoor van het eerste op de markt brengen in de EER in het geding heeft gebracht, waarvan de rechtbank in r.o. 6.55 heeft geoordeeld dat LB11 die niet had verstrekt.

- 7.9 De door de LVMH-eiseressen aangevoerde argumenten kunnen niet tot een andere uitkomst leiden.
- 7.9.1 Dat LB11 makkelijk uit de akte AP III had kunnen afleiden dat voor haar met name productie EP162 van belang was, en dat de meeste andere producties geen concrete verwijten aan haar adres bevatten, of geen nieuw bewijs, is niet relevant. Later, in het bestreden vonnis, heeft de rechtbank LB11 inderdaad een concrete individuele inbreuk vastgesteld op grond van die productie, maar voorafgaand aan de mondelinge behandeling voor de rechtbank konden de VCK-gedaagden niet beter weten dan dat zij in één keer binnen een week en in maximaal drie bladzijden moesten reageren op alle 26 hen (mede) betreffende producties, die de LVMH-eiseressen blijkbaar alle relevant en belangrijk genoeg hadden gevonden om op dat moment nog in het geding te brengen.
- 7.9.2 De LVMH-eiseressen verwijten LB11 dat zij al sinds november 2018, met het in het geding brengen van productie EP87 in het hoger beroep in het parallelle kort geding, wist van de stukken A tot en met E en daarom had kunnen verwachten dat de LVMH-eiseressen die ook in deze bodemprocedure in het geding zouden kunnen brengen. Zij miskennen daarmee dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot inbreuk in deze zaak op hén rusten en dat het daarom niet aan LB11 als (mede)gedaagde was om te anticiperen op de stellingen die zij in dat kader zouden kunnen innemen en de stukken waar zij zich daarbij op zouden kunnen beroepen. Dat LB11 na november 2018 tien maanden de tijd heeft gehad om het papieren spoor van eerste levering in de EER te verzamelen voordat de LVMH-eiseressen diezelfde stukken als productie EP162 in deze bodemprocedure in het geding hebben gebracht, is daarom niet relevant.
- 7.9.3 Hetzelfde geldt voor het verwijt dat LB11 de stukken A tot en met E aan de LVMH-eiseressen heeft moeten verstrekken op grond van de inzageveroordeling in kort geding en daarom op dat moment, in december 2017, had moeten begrijpen dat die stukken voorshands wezen op merkinbreuk.

Deze kennelijke misslag heeft gevolgen gehad voor de veroordelingen waarvoor opschorting van de tenuitvoerlegging is gevorderd

- 7.10 Uit het voorgaande volgt dat de vaststelling door de rechtbank dat LB11 merkinbreuk heeft gepleegd met betrekking tot de in de stukken A tot en met E bedoelde partijen drank (r.o. 6.55, 6.57 en 6.71 van het bestreden vonnis) is gebaseerd op een partijdebat waarin een kennelijke misslag op het punt van hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden. Aan die vaststelling kunnen daarom vooralsnog geen voor tenuitvoerlegging vatbare gevolgen worden verbonden.

-
- 7.11 De LVMH-eiseressen voeren nog aan dat uit r.o. 6.120 van het bestreden vonnis (“Gelet op de in 6.71 en 6.73 vastgestelde inbreuken...”) volgt dat de aan JMN, Delicasea en LB11 opgelegde inbreukverboden en veroordelingen tot opgave en winstafdracht niet alleen zijn gebaseerd op de in r.o. 6.71 vastgestelde inbreuken met betrekking tot individuele partijen drank, maar ook op de in r.o. 6.73 vastgestelde inbreuk bestaande uit het gebruik van Hennessy-merken op de Van Caem Liquor-bladzijde van de *website* van de VCK-groep. Dit betoog kan hen naar het oordeel van het hof om de volgende redenen niet baten.
- 7.11.1 In r.o. 6.70 heeft de rechtbank geoordeeld dat het gebruik van de Hennessy-merken op de *website* aan alle werkmaatschappijen (van de VCK-groep) kon worden toegerekend, dat wil zeggen, als het om de gedaagde werkmaatschappijen uit die groep gaat, LB11, JMN, Delicasea, BFD, Brands Collection en KFW. Vervolgens heeft zij echter geen veroordelingen uitgesproken ten aanzien van de werkmaatschappijen bij wie zij geen inbreuk met betrekking tot een concrete individuele partij drank heeft vastgesteld, zijnde BFD, Brands Collection en KFW.
- 7.11.2 Het hof heeft de LVMH-eiseressen tijdens de mondelinge behandeling gevraagd of LB11, JMN en Delicasea zich wat de vraag naar de toerekenbaarheid van de *website*-inbreuk op andere wijze hebben onderscheiden van BFD, Brands Collection en KFW dan door het feit dat de rechtbank ten aanzien van deze laatste wél inbreuken voor concrete partijen drank heeft vastgesteld, en ten aanzien van BFD, Brands Collection en KFW niet. Namens de LVMH-eiseressen is daarop alleen geantwoord dat zij hebben gevraagd om herstel dan wel aanvulling van het bestreden vonnis ter verduidelijking dat bepaalde veroordelingen op grond van de *website*-inbreuk ook betrekking hadden op KFW, en dat de rechtbank die vordering bij vonnis van 13 september 2023 heeft afgewezen onder verwijzing naar de definitie van “Werkmaatschappijen” in r.o. 6.120. Daarmee is namens de LVMH-eiseressen echter geen antwoord gegeven op de vraag naar andere redenen voor het verschil in behandeling dan dat alleen ten aanzien van LB11, JMN en Delicasea inbreuken met betrekking tot concrete individuele partijen drank zijn vastgesteld.
- 7.11.3 Ten aanzien van KFW zou nog kunnen gelden dat zij een werkmaatschappij is van de divisie Klerks Fine Wines, terwijl de inbreuk met betrekking tot het gebruik van de Hennessy-merken op de *website* in r.o. 6.70 en 6.73 is beschreven als betrekking hebbend op de pagina van de divisie Van Caem Liquor. Dat onderscheid geldt echter niet voor BFD en Brands Collection, die net als LB11, JMN en Delicasea deel uitmaken van die divisie Van Caem Liquor, maar niet zijn veroordeeld.
- 7.11.4 De LVMH-eiseressen hebben daarom niet aannemelijk gemaakt dat de rechtbank ten aanzien van LB11 enige veroordeling zou hebben uitgesproken indien zij ten aanzien van LB11, net als ten aanzien van BFD en Brands Collection, geen inbreuk zou hebben vastgesteld met betrekking tot enige concrete partij drank.

Schorsing

- 7.12 Gelet op het voorgaande kunnen de inbreukvaststellingen van de rechtbank de veroordelingen waarvan hier de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevraagd niet dragen, waardoor het belang van LB11 bij handhaving van de huidige toestand de overhand moet krijgen boven het uitgangspunt dat een veroordeling ook hangende hoger beroep moet kunnen worden tenuitvoergelegd. Het hof wijst daarbij ook op de

omstandigheden die de rechtbank met betrekking tot niet-gedecodeerde en niet-niet-Unie LVMH-producten heeft beschreven in r.o. 6.137, eerste vier volzinnen, van het bestreden vonnis.

- 7.13 Dat de LVMH-eiseressen, zoals zij aanvoeren, LB11 in hoger beroep ook op grond van andere bewijsstukken veroordeeld zouden kunnen krijgen is niet van belang, omdat de kans van slagen van het hoger beroep van LB11, daargelaten de kennelijke misslag, buiten beschouwing moet blijven bij de beoordeling van deze incidentele vordering tot schorsing.
- 7.14 De LVMH-eiseressen voeren aan dat een eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging niet zou moeten worden uitgesproken voor zover de veroordelingen tot opgave en winstafdracht betrekking hebben op gedecodeerde LVMH-producten, omdat deze producten gemakkelijk te herkennen zijn en voor die producten vaststaat dat een uitputtingsverweer niet relevant is. Ook met betrekking tot de niet-Unieproducten voeren zij aan dat die makkelijk aan artikelnummers te herkennen zijn en dat is gebleken dat Loendersloot de betrokken gegevens heel snel kan aanleveren. De LVMH-eiseressen zien daarbij echter over het hoofd dat de opgaveveroordeling, met haar verstrekkende, onomkeerbare gevolgen in de directe mededingingsverhouding tussen een parallelimporteur met eigen leveranciers en afnemers en een (groep) fabrikant(en) met een eigen distributiestelsel, als nevenvordering naast een inbreukverbod alleen kan worden toegewezen op basis van de vaststelling van een concrete inbreuk. Hetzelfde geldt voor de aan de opgaveveroordeling gekoppelde veroordeling tot winstafdracht. Hier is de enige door de rechtbank verrichte vaststelling van inbreuk met betrekking tot een concrete partij flessen drank echter op losse schroeven komen te staan.
- 7.15 De gevorderde schorsing kan al op grond van de kennelijke misslag dat het recht op hoor en wederhoor is geschonden worden toegewezen. Bij deze stand van zaken komt het hof niet toe aan de beoordeling van de overige over en weer door partijen ingenomen standpunten.

Slotsom

- 7.16 De slotsom van het voorgaande is dat het hof de gevorderde schorsing zal toewijzen. Het hof zal de beslissing met betrekking tot de proceskosten in het incident aanhouden. De schorsing is niet vatbaar voor een verklaring van uitvoerbaar bij voorraad, waardoor het hof deze niet zal uitspreken. Het hof zal de hoofdzaak verwijzen naar de rol voor het nemen van de memorie van grieven.

8. Beslissing

Het hof:

in het incident:

- schorst de tenuitvoerlegging van de veroordelingen 10.18 en 10.21 van het in deze zaak tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 14 juni 2023, voor zover deze betrekking hebben op LB11 en voor zover in beslissingsonderdeel 10.23 uitvoerbaar bij voorraad verklaard, tot aan het eindarrest in de hoofdzaak;

-
- houdt de beslissing over de proceskosten aan tot de einduitspraak in de hoofdzaak;

in de hoofdzaak:

- verwijst de zaak naar de rol van 30 januari 2024 voor memorie van grieven aan de zijde van LB11;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze mondelinge uitspraak is op 8 december 2023 in het openbaar gedaan door mr. H.M.H. Speyart van Woerden, mr. M.P.J. Ruijpers en mr. M. Bronneman in aanwezigheid van de griffier. Zij hebben de onderhavige schriftelijke uitwerking op 14 december 2023 vastgesteld, met behulp van de griffier.

Voor afschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag