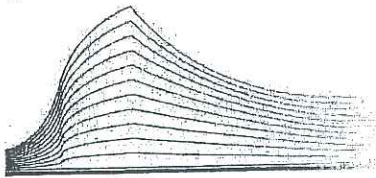


140948



**Uitgifte**

Repertoriumnummer <b>2017/ 4562</b>
Datum van uitspraak <b>12 juni 2017</b>
Rolnummer <b>2015/AR/2797</b>

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de ontvanger

FOD ECONOMIE

# Hof van beroep Gent

## Arrest

zevende kamer

Aangeboden op
Niet te registreren

COVER 01-00000871511-0001-0010-01-01-1



2015/AR/2797 - In de zaak van:

**DEVAN N.V.**, met maatschappelijke zetel te 8660 ADINKERKE, Duinhoekstraat 1, ingeschreven met KBO-nummer 0455.913.559,

appellante, hebbende als raadsman mr. BOUDOLF Laurent, advocaat te 8660 ADINKERKE, Duinhoekstraat 37 (ref. **LB980**)

tegen

1. **COBELTAB N.V.**, met maatschappelijke zetel te 8970 POPERINGE, Sappenleenstraat 28-29, ingeschreven met KBO-nummer 0405.493.850,

Eerste geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. LETERME Bernard, advocaat te 8530 HARELBEKE, Kortrijksesteenweg 387 (ref. **23084/BL/AS/MVS**)

2. **CONWAY-THE CONVENIENCE COMPANY BELGIE N.V.**, met maatschappelijke zetel te 9140 TEMSE, Laagstraat 63, Industriezone C, ingeschreven met KBO-nummer 0412.070.549,

Tweede geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. CRYNS Erik, advocaat te 2018 ANTWERPEN, Miraeusstraat 29-31 (ref. **14/0334/EC/EL**)

wijst het hof het volgend arrest:

### **I Bestreden beslissing – Rechtspleging in hoger beroep**

1.

Het hoger beroep is ingesteld bij verzoekschrift van 5 oktober 2015 tegen het vonnis van 29 juni 2015 van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent, afdeling Kortrijk, die zitting nam zoals in kort geding, A/14/02902 en A/14/05140.

Het is tijdig en regelmatig naar de vorm. Een akte van betekening wordt niet voorgelegd. Evenmin wordt er voorgehouden dat het vonnis betekend werd.

2.

Het Hof heeft artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken in acht genomen.

De procedure gebeurde op tegenspraak. Partijen zijn gehoord in openbare terechtzitting. Het Hof nam kennis van de overtuigings- en procedurestukken.



## II Situering van de betwisting

3.

De betwisting tussen de partijen betreft de vraag of geïntimeerden al dan niet terecht weigeren een bepaalde soort tabak te verkopen aan appellante.

De eerste rechter beoordeelde de feiten correct als volgt:

*“De nv Devan baat een tankstation annex een tabakswinkel -detailhandel- uit te Adinkerke.*

*Dat verkooppunt wordt zeer frequent bezocht door Britse toeristen die er op uit zijn tabak aan te kopen die in België goedkoper is dan in het Verenigd Koninkrijk. Om tabaksmokkel en de daarmee gepaard gaande ontduiking van accijnzen en heffingen in bepaalde landen tegen te gaan, werden er door de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk, in samenspraak met de sector, maatregelen getroffen, ondermeer door aan te nemen dat in de Europese Unie tabak enkel mag ingevoerd worden in hoeveelheden die bestemd zijn voor persoonlijk gebruik. Voor roltabak wordt de invoer in hoofde van een persoon tot 1 kg, of twee sloffen, hetzij 20 pakjes tabak beperkt en aanvaard als zijnde aankoop en invoer voor persoonlijk gebruik.*

*Zowel de nv Cobeltab als de nv Conway zijn Belgische groothandelaars in tabaksproducten en leveren onder meer roltabak van het merk Amber Leaf aan de nv Devan.*

*Die Amber Leaf roltabak wordt geproduceerd door Japan Tobacco International (verder JTI genaamd) in Ierland en onder de verschillende groothandelaars in België verdeeld, onder andere aan de NV Cobeltab en de nv Conway.*

*Met de Europese Unie en de Britse Douane heeft JTI akkoorden gesloten om de smokkel te bestrijden.*

*Zo wordt een leveringsstop in overweging genomen aan handelaars, van wie tabaksproducten door de Britse Douane bij overtreding van het invoerverbod in beslag worden genomen. Om na te gaan van wie in beslaggenomen Amber Leaf-producten afkomstig zijn, heeft JTI het Track & Trace-systeem ontwikkeld, waardoor de afgelegde weg van het in beslaggenomen product van de fabriek af kan worden vastgelegd.*

*Op 27 oktober 2012 werd door de Britse douane 56 kg, Amber Leaf roltabak in beslag genomen, waarvan er, volgens het Track & Trace-systeem,*  
*- 440 pakjes of 22 kg, zouden zijn aangekocht bij de nv Devan, haar geleverd door de nv Cobeltab,*  
*- 360 pakjes of 18 kg, zouden zijn aangekocht bij de nv Devan, haar geleverd door de nv Conway.*



Op 29 september 2013 werd door de Britse douane 80 kg Amber Leaf roltabak in beslag had genomen, waarvan er, volgens het Track & Trace-systeem,  
- 600 pakjes of 30 kg, zouden zijn aangekocht bij de nv Devan, haar geleverd door de nv Cobeltab,  
- 480 pakjes of 24kg, zouden zijn aangekocht bij de nv Devan, haar geleverd door de nv Conway.

In haar brief van 3 maart 2014 liet de nv Cobeltab weten dat JTI, ingevolge deze inbeslagname, haar de opdracht had gegeven om geen Amber Leaf roltabak meer te verkopen aan de nv Devan en zij dan ook van plan was die opdracht uit te voeren. De reden daartoe was dat de nv Devan het blijkbaar niet nauw nam met de instructie per klant hoogstens een hoeveelheid roltabak te verkopen die voor persoonlijk gebruik bestemd was.

Via haar brief van 26 februari 2014 liet de nv Conway dezelfde boodschap aan de nv Devan overmaken.

De raadsman van de nv Devan heeft op 10 maart 2014 zowel aan de nv Cobeltab als aan de nv Conway laten weten dat zij het niet eens was met de beslissing haar geen Amber Leaf roltabak meer te leveren omdat niet aangetoond was dat zij aan haar klanten meer tabak verkocht dan voor persoonlijk verbruik bestemd was. Zij wees er op dat zij niet verantwoordelijk kon zijn voor de praktijk dat, nadat stromannen, die zogezegd voor persoonlijk gebruik de toegestane hoeveelheid tabak komen aankopen en na aankoop die op regelmatige wijze aangekochte tabak overhandigen aan één persoon die dan alles ineens naar Engeland smokkelt, bij wijlen een grote hoeveelheid tabak bij één enkele persoon wordt aangetroffen door de Britse douane.

Na nieuwe gemaakte afspraken hernamen de nv Cobeltab en de nv Conway na voormeld tweede incident hun leveringen aan de nv Devan.

Op 5 april 2014 werd door de Britse douane 80 kg Amber Leaf roltabak in beslag had genomen, waarvan er, volgens het Track & Trace-systeem,  
- 390 pakjes of 19,5 kg, zouden zijn aangekocht bij de nv Devan, haar geleverd door de nv Cobeltab,  
-190 pakjes of 9,5 kg, zouden zijn aangekocht bij de nv Devan, haar geleverd door de nv Conway.

De nv Cobeltab en de NV Conway hebben beslist, ten gevolge van deze derde inbeslagname van tabak verkocht door de nv Devan om geen Amber Leaf roltabak meer aan de nv Devan te leveren.



*Die leveringsstop werd tevergeefs door de raadsman van de nv Devan betwist, met deze procedures tot gevolg.”.*

Het hof maakt deze uiteenzetting tot de zijne.

4.

De eerste rechter wees de vorderingen van de nv Devan, in essentie tot het hernemen van de levering van de Amber Leaf tabak, af als ongegrond.

### III Grieven – Voorwerp van het hoger beroep

5.

Voor de uiteenzetting van de argumenten en van het voorwerp van de vorderingen van appellante verwijst het hof naar de procedurestukken in hoger beroep.

De nv Devan formuleert in haar verzoekschrift, noch in haar syntheseconclusie nauwelijks duidelijke grieven tegen het bestreden vonnis. De enige duidelijk geformuleerde grief bestaat erin dat de eerste rechter het bewijsrecht miskend heeft door te operen dat de nv Devan een aparte boekhouding had moeten bijhouden over haar tabaksverkopen na de eerste incidenten omtrent de verkoop van grote hoeveelheden tabak, die over het Kanaal gebracht werden en door de douane aangetroffen werden.

Voor het overige wijst de nv Devan op het belang van de verkoop van tabak voor haar. Verder is zij van oordeel dat er rechtsmisbruik is omdat de beide geïntimeerden zich op ongegronde redenen baseren. Volgens haar leverden geïntimeerden niet het bewijs dat zij hoeveelheden tabak verkocht, die niet voor persoonlijk gebruik bestemd waren. Zij argumenteert niet verantwoordelijk te zijn voor het groeperen van hoeveelheden tabak na de aankoop bij haar. De nv Devan trekt verder de bewijswaarde van het Track en Trace systeem van JTI in twijfel. Zij suggereert ook dat de eerste geïntimeerde, die zelf een detailhandel op het continent uitbaat, voordeel heeft bij de verkoopsweigering aan de nv Devan. Tot slot werpt appellante op dat geïntimeerden een kennelijk onevenwicht in de belangen van partijen creëert en dat de verkoopsweigering strijdig is met de eerlijke marktpraktijken.

6.

Beide geïntimeerde partijen vorderen de bevestiging van het bestreden vonnis.



#### IV De gronden van de beslissing en het antwoord op de middelen van de partijen

Op de volgende gronden bevestigt het hof het bestreden vonnis, zij het met een andere motivering.

7.

Hoofdzakelijk de volgende feitelijke elementen vormen de basis voor de beslissing.

- (1) Vanaf een niet gekend ogenblik tot begin juli 2014 verkocht en leverde Cobeltab wekelijks onder meer 5 kartons 'Amber Leaf' roltabak aan appellante. Conway verkocht en leverde onder meer 2 kartons van hetzelfde product aan de nv Devan. Zowel in de oorspronkelijke, gedinginleidende dagvaarding als in haar syntheseconclusie in eerste aanleg en in hoger beroep schrijft de nv Devan dat zij "sinds jaar en dag 'Amber Leaf'-roltabak [kocht] bij" huidige geïntimeerden. In de week van 2 juli 2014 werd haar nog 2 kartons geleverd, de week erna nog 1 karton en vanaf 14 juli 2014 heeft de nv Devan geen enkele karton Amber Leaf roltabak meer ontvangen van geen van beide geïntimeerden. Dit is niet betwist.

In de briefwisseling voorafgaand aan de huidige procedure is aan de nv Devan bij herhaling meegedeeld dat er geen contractueel recht op een bepaalde hoeveelheid bestond en dat er enkel volgens beschikbaarheid zou geleverd worden. (zie vb. stukken 10 tot en met 13 van het dossier van Cobeltab)

- (2) De vraag naar 'Amber Leaf' tabak is groter dan het aanbod.
- (3) Op de verkoop van tabak is Europese wetgeving van toepassing, die een uitzondering vormt op het vrij verkeer van goederen. Samengevat komt de toepasselijke wetgeving erop neer dat binnen de EU enkel hoeveelheden tabak bestemd voor persoonlijk gebruik uit een ander EU land mogen ingevoerd worden. Voor roltabak bestaat een praktijk dat de hoeveelheid van 1 kg roltabak (dat is 2 sloffen of 20 pakjes) aanzien wordt als bestemd voor eigen gebruik. Het bewijs dat grotere hoeveelheden voor eigen gebruik dienen mag geleverd worden.

Op 14 december 2007 sloten JTI, de Europese Commissie en 26 lidstaten een overeenkomst om tabaksmokkel te voorkomen of te beperken. In uitvoering daarvan maakte JTI afspraken met haar groothandelaars, die zij naderhand verfijnde met onder meer het zogenaamde 'Track & Trace' systeem, dat moest toelaten de verkochte tabak op te sporen en te volgen. Volgens de nv Devan is deze overeenkomst niet van toepassing op roltabak.

- (4) Op 27 oktober 2012, 29 september 2013 en 5 april 2014 werd door de Britse douane roltabak in beslag genomen, waarvan volgens het opsporings- en volgsysteem van JTI respectievelijk 22kg + 18 kg, 30 kg + 24 kg en 19,5 kg + 9,5 kg door de nv Devan

PAGE 01-00000871511-0006-0010-01-01-4



verkocht was na aankoop bij eerste en tweede geïntimeerden. Het is niet betwist dat de reden voor deze inbeslagname was dat de hoeveelheden aanzienlijk groter waren dan wat aanzien werd als bestemd voor eigen gebruik.

- (5) De nv Devan heeft niet gereageerd op de twee waarschuwingsbrieven van geïntimeerden van 7 mei 2013 over de inbeslagnames van 27 oktober 2012. Zij heeft de feiten aldus niet betwist.

Zij betwistte wel de brief van 26 februari 2014 van tweede geïntimeerde, omtrent de tweede inbeslagname. Daarin wijst zij er onder meer op dat de taak van de douane door de fabrikant en de groothandel naar de kleinhandel doorgeschoven wordt. Zij wijst er ook op dat de beperking niet geldt voor Belgen, die onbeperkte hoeveelheden kunnen kopen en daarna overhandigen aan een persoon die naar het Verenigd Koninkrijk reist. Over dit laatste kan zij geen controle uitoefenen.

Met geïntimeerden is een vrij uitvoerige briefwisseling gevoerd, waarbij geïntimeerden uitdrukkelijk verwezen hebben naar het feit dat zij het risico niet zouden dragen dat JTI hen niet meer zou beleveren, ten gevolge van inbeslagnames van goederen, die terug gebracht konden worden naar leveringen door de afnemers van geïntimeerden. (zie vb. onder vele andere de stukken 5 en 9 van het dossier van Cobeltab)

8.

De vordering van de nv Devan is gebaseerd op de vooronderstelling dat zij een wekelijks recht had en heeft op de aankoop en de levering van 5 + 2 kartons 'Amber Leaf' roltabak en dat geïntimeerden de correlerende verplichting tot verkoop en tot levering hebben.

De nv Devan beperkt zich tot de mededeling dat zij "sinds jaar en dag" roltabak kocht van beide geïntimeerden. Daaruit kan afgeleid worden dat er een mondelinge raamovereenkomst tot koopverkoop van onder meer 'Amber Leaf' bestond, met een wekelijkse afname. Minstens bestond er een praktijk van opeenvolgende verkopen. Er bestond derhalve een overeenkomst van onbepaalde duur tussen appellante en elk der geïntimeerden.

De nv Devan gaat ook in haar briefwisseling zelf uit van een overeenkomst met Cobeltab. Zo schrijft zij in haar e-mail van 18 maart 2014 dat zij een schadevergoeding zal eisen voor de winstderving per niet geleverd karton, behoudens aangetoonde voorraadproblemen. (stuk 10 van het dossier van Cobeltab)

Eigen aan overeenkomsten van onbepaalde duur is dat zij in principe steeds door een partij kunnen opgezegd worden. Geïntimeerden of één van hen konden in beginsel op elk ogenblik de mondelinge overeenkomst opzeggen. Enkel indien geïntimeerden of één van hen haar recht tot opzegging of beëindiging misbruikte, kan een bepaalde vorm van rechtsherstel



bevolen worden. Dit is een toepassing van artikel 1134 B.W., dat oplegt dat overeenkomsten te goeder trouw moeten uitgevoerd worden. Zo mag een overeenkomst bijvoorbeeld niet ontijdig opgezegd worden.

9.

Uit randnummer 8 volgt dat de basis voor de vordering van de nv Devan contractueel is. De stakingsrechter is hiervoor niet bevoegd. Alleen al om die reden is haar vordering ongegrond.

Gelet op wat reeds geoordeeld werd en wat nog hierna volgt, dienen de debatten niet heropend te worden om de partijen toe te laten hieromtrent een standpunt in te nemen.

10.

Voor zoveel als nodig voegt het hof nog toe dat de bewijslast voor het rechtsmisbruik bij de beëindiging van de koopverkoopovereenkomst, op de nv Devan berust. De nv Devan faalt in het bewijs van de onrechtmatigheid van de opzegging.

Het feit dat geïntimeerden bij de beëindiging van de overeenkomst verwijzen naar JTI en naar het herhaaldelijk aantreffen van grote hoeveelheden roltabak 'Amber Leaf', die het persoonlijk gebruik zouden overstijgen, volstaat niet om te beslissen dat geïntimeerden hun recht tot opzegging of beëindiging van de overeenkomst misbruikt hebben. Geïntimeerden tonen voldoende aan dat minstens een aantal van de in beslag genomen kartons nog met de oorspronkelijke verzegeling aangetroffen werden. Het is aannemelijk dat twee volle kartons, die op 25 september 2013 door de nv Conway aan de nv Devan geleverd werden en op 29 september 2013 volledig door de Britse douane in beslag genomen werden, niet door verschillende stromannen bij de nv Devan per toegelaten kilogram gekocht werden en gehergroepeerd werden door derden. Hetzelfde geldt voor de leveringen van twee dozen met telkens 120 pakjes door Cobeltab op 22 oktober 2012 en de inbeslagname ervan op 27 oktober 2012.

Er is zelfs geen rechtsmisbruik bewezen indien er mogelijks vragen zouden kunnen rijzen of het bewijs juridisch voldoende sterk is, indien twijfel gezaaid zou worden of het feit of de door de douane aangetroffen hoeveelheden volstaan om te oordelen dat appellante meer dan één kilogram 'Amber Leaf' per persoon per keer verkocht. Het is immers niet bewezen dat de beëindiging door geïntimeerden, wellicht grotendeels om zich zelf in te dekken tegenover haar verkoper JTI, onrechtmatig was.

De nv Devan bewijst niet dat geïntimeerden of één van hen gehandeld zou hebben met het uitsluitende of hoofdzakelijke oogmerk om aan haar schade toe te brengen. Appellante toont ook niet aan dat zij geschokt is in rechtmatige verwachtingen op basis van de overeenkomst die zij had. Geïntimeerden of één van hen heeft ook geen kennelijke,





onrechtmatige of onredige verstoring van het evenwicht van de respectieve belangen gecreëerd.

Appellante argumenteert niet dat de opzeggingstermijn die zij de facto gekregen heeft, te kort zou zijn geweest.

11.

Het feit dat de nv Devan ongetwijfeld (aanzienlijke) inkomsten en winsten derft doordat zij het gegeerde product niet meer kan verkopen, volstaat op zichzelf niet om te besluiten dat de beëindiging van de overeenkomst en de stopzetting van de verkopen en leveringen onrechtmatig zou zijn.

12.

De nv Devan maakt duidelijk dat tabak volgens een strak georganiseerd systeem verkocht wordt. Daardoor is een alternatief circuit van aanbod van 'Amber Leaf' onbestaand of bijna onbestaand.

Van een onwettig kartel is evenwel geen sprake. Het is niet aangetoond dat geïntimeerden of één van hen een machtspositie zou bekleden op de relevante markt.

Op zichzelf volstaat het uitsluiten uit een strak georganiseerd verkoopsysteem niet om te besluiten dat geïntimeerden of één van hen een onwettigheid of onrechtmatigheid begaan, er een inbreuk op de eerlijke marktpraktijken zou bestaan, laat staan dat die met het door haar gevorderde stakingsbevel en herstel van de verkoop en leveringen moet gesanctioneerd zou moeten worden.

Het argument met betrekking tot rechtsmisbruik werd hiervoor reeds als ongegrond afgewezen, om redenen die hier mutatis mutandis ook van toepassing zijn.

13.

De nv Devan stelt geen vordering tot schadevergoeding als rechtsherstel in. Daarvoor is de stakingsrechter trouwens niet bevoegd.

14.

Op grond van de artikelen 1042, 1017 en 1022 Ger. Wb. wordt appellante tot betaling van de kosten veroordeeld.

De basisrechtsplegingsvergoeding voor de hoofdvordering bedraagt € 1.440,00.



## V Beslissing

### OP DEZE GRONDEN, Het Hof:

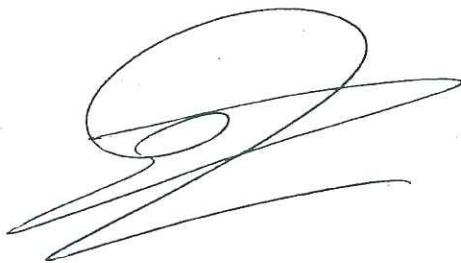
- verklaart het hoger beroep toelaatbaar, maar ongegrond;
- **bevestigt** het bestreden vonnis;
- veroordeelt appellante tot betaling van de kosten, bepaald in hoger beroep op een rechtsplegingvergoeding van € 1.440,00.

\*\*\*

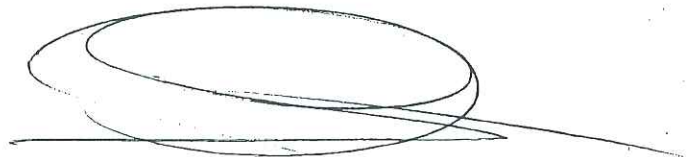
Aldus gewezen door de zevende kamer van het Hof van beroep te Gent, zetelende in burgerlijke zaken samengesteld uit:

Frank Deschoolmeester, raadsheer, waarnemend voorzitter,  
Geneviève Vanderstichele, raadsheer,  
Geert De la Ruelle, raadsheer,

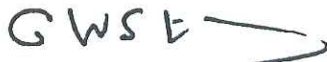
bijgestaan door Kristoffel Goossens, griffier en uitgesproken door de voorzitter in openbare terechtzitting op maandag **twalf juni tweeduizend zeventien**.



Kristoffel Goossens



Geert De la Ruelle



Geneviève Vanderstichele,



Frank Deschoolmeester



Eensluidend verklaarde kopie  
Afgeleverd aan: FOD Economie Marktpraktijken

art. Marktpraktijken  
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.



Gent, 14-06-2017

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines.

Kristoffel Goossens  
griffier