ECLI:NL:GHAMS:2014:4228

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	08-04-2014
Datum publicatie	29-10-2014
Zaaknummer	200.112.536-01
Formele relaties	Cassatie: ECLI:NL:HR:2015:3092, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Engelse arbitrale beslissing heeft ingevolg artikel 236 RV, is artikel 1059 en 1069 RV en art III Verdrag van New York heeft teneinde kracht en gezag van gewijsde, maar niet als de arbitrale beslissing berust op een schikking tussen de partijen. Overmacht? Executierechter kan niet aan artikel 611d Rv bevoegdheid tot matiging van dwangsommen ontlenen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.112.536/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam: 499089/HA ZA 11-2455

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 8 april 2014

inzake

de vennootschap naar Frans recht
POTASSE & PRODUITS CHIMIQUES S.A.S.,
gevestigd te Thann Cedex, Frankrijk,
appellante,
advocaat: mrs. A.I.M. van Mierlo te Rotterdam,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ICP-IL EUROPE B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. A. Knigge te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna PPC en ICL genoemd.

PPC is bij dagvaarding van 11 juli 2012 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 18 april 2012, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer gewezen tussen ICL als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie en PPC als gedaagde in conventie, tevens eiseres in reconventie. PPC heeft op 10 augustus 2012 een herstelexploot uitgebracht wegens het vermelden van een onjuist griffierecht en een aantal andere onjuistheden in het petitum.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak op 2 oktober 2013 doen bepleiten, PPC door mr. Van Mierlo voornoemd alsmede mr. K.J. Krzeminski, advocaat te Rotterdam, en ICL door mr. M.E. Koppenol-Laforce, eveneens advocaat te Rotterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Ten slotte is arrest gevraagd.

PPC heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog de (conventionele) vorderingen van ICL zal afwijzen, ICL zal veroordelen tot betaling van € 5.000.000,-, vermeerderd met rente, met beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

ICL heeft geconcludeerd tot primair bekrachtiging tot het vonnis waarvan beroep en subsidiair, voor het geval het vonnis wordt vernietigd en haar (conventionele) vordering wordt afgewezen, afwijzing van de (reconventionele) vordering van PPC, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

2.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.20 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1.1. ICL is leverancier van elementair [X] Zij is de rechtsopvolgster van Eurobrom B.V. (hierna: Eurobrom).

2.1.2. PPC is een onderneming die zich bezighoudt met het ontwikkelen en produceren van verschillende broomderivaten. PPC is voor haar productie van deze broomderivaten volledig afhankelijk van hoogwaardig elementair [X]

2.1.3. Op 1 oktober 1995 hebben een rechtsvoorganger van PPC (Albemarle PPC, hierna ook APPC) en Eurobrom een overeenkomst gesloten ter zake van de koop/verkoop en levering van [X] (hierna: de overeenkomst). In de overeenkomst is een arbitrageclausule opgenomen. Verder bepaalt de overeenkomst, voor zover hier van belang:
"…

2.2 *Firm Orders : APPC shall forward its firm orders of Bromine to EUROBROM not laten ninety (90) days before the requested delivery date; however, if the quantities required by APPC for any calendar year exceed by twenty five percent (25%) or more, the quantities actually purchased by APPC or its Affiliates in the previous calendar year, APPC shall forward its firm orders one hundred and eighty (180) days before the requested delivery date. However, to the extent EUROBROM deems it possible to do so, EUROBROM will make its best efforts to accommodate shorter notices.*

(…)

7.1 *The failure of either party to perform its obligations under this Agreement, if caused by "Force Majeure" (as hereinafter defined), shall not constitute a default hereunder nor subject the party so failing to any liability to the other; provided, hoewever, the party affected by such Force Majeure, shall promptly notify the other of (i) the existence of such Force Majeure, (ii) its expected duration, (iii) the estimated effect such Force Majeure will have on the affected party's ability to perform its obligations hereunder, and (iv) when such Force Majeure circumstance has ceased to affect its ability to perform its obligations hereunder.*

As used herein, the term "Force Majeure" shall mean and include any circumstance beyond the reasonable control of the affected party, including without limitation, the following: (…) strikes, lockouts, labor troubles (whether or not such labor trouble is within the reasonable control of the party affected thereby) (…) failure or delay of transportation, and shortage of or inability to obtain supplies (including from other companies in the Israel Chemicals Ltd. group), equipment, fuel or labor. …"

2.1.4. Bij brief van 12 januari 2007 heeft Eurobrom het volgende, voor zover hier van belang, aan PPC bericht:

"…

Due tot the recent change in the control of Albermarle PPC, it is our belief that the Agreement is no more valid.

…"

2.1.5. Bij brief van 7 februari 2007 heeft Eurobrom het volgende, voor zover hier van belang, aan PPC bericht:

"… Following our letter to you dated l2 january 2007 (...) please be advised that our bromine

deliveries to your company, under the terms of the current contract, will discontinue as of l6 February 2007.

..."

2.1.6. Eurobrom heeft de broomleveranties niet in 2007 maar in mei 2008 stopgezet. Een en ander is aanleiding geweest voor een drietal procedures (en een aantal beslagen), welke deels gelijktijdig werden gevoerd, zoals hierna weergegeven.

Kort geding 1

2.1.7. PPC heeft in mei 2008 Eurobrom in kort geding gedagvaard en daarbij gevorderd dat de voorzieningenrechter Eurobrom zou gebieden conform de overeenkomst [X] te leveren op de gebruikelijke wijze, totdat onherroepelijk over de geldigheid van de overeenkomst in een arbitrale procedure zou zijn geoordeeld, op straffe van een dwangsom van € 500.000,- per dag.

2.1.8. De voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage heeft bij vonnis van 28 mei 2008 (hierna: het Haagse vonnis) het volgende, voor zover hier van belang, beslist:

"De voorzieningenrechter:

gebiedt Eurobrom conform de tussen partijen op 1 oktober 1995 gesloten overeenkomst, behoudens de in artikel 1.1 genoemde verplichting tot het betrekken van haar gehele behoefte aan elementair [X] bij Eurobrom, aan PPC elementair [X] door PPC op de gebruikelijke wijze besteld te leveren, totdat onherroepelijk is beslist over de geldigheid van die overeenkomst in een arbitrale procedure, een en ander op straffe van een dwangsom van € 50.000,- per dag of gedeelte van een dag dat Eurobrom dit gebod niet of niet volledig nakomt, met een maximum van € 5.000.000,-;

bepaalt dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan;

..."

2.1.9. Het Haagse vonnis is op 28 mei 2008 aan Eurobrom betekend. Eurobrom is tegen het Haagse vonnis bij exploot van 25 juni 2008 in hoger beroep gekomen.

2.1.10. PPC heeft bij brief van haar raadsvrouw van 26 mei 2010 ICL gesommeerd om aan haar een bedrag van € 5.000.000,- aan verbeurde dwangsommen binnen veertien dagen te betalen. Bedoelde betaling is daarop niet gevolgd.

2.1.11. PPC heeft op 18 juni 2010 ten laste van ICL executoriaal derdenbeslag gelegd onder Fortis Bank N.V., ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) en ING Bank N.V. op grond van het Haagse vonnis. Teneinde de beslagen te doen opheffen heeft ICL op 22 juli 2010 een bankgarantie doen stellen door ABN AMRO tot een bedrag van € 5.005.000,-.

2.1.12. Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 31 mei 2011 (hierna: het Haagse arrest) het Haagse vonnis bekrachtigd. In dit arrest overweegt het hof onder meer:

"…

7. (...) Opmerking verdient voorts nog dat uit het feit dat PPC de door haar gevorderde verklaring voor recht in het kader van de door haar met Eurobrom getroffen schikking heeft ingetrokken (...) geenszins een erkenning van PPC kan worden afgeleid van de juistheid van

Eurobrom's stelling dat zij na de uitspraak van de voorzieningenrechter steeds, behoudens overmachtsituaties, correct heeft geleverd.

..."

Kort geding II

2.1.13. PPC heeft, toen de uitvoering van het Haagse vonnis voor geschillen tussen partijen zorgde, bij dagvaarding van 26 september 2008 ICL (wederom) in kort geding gedagvaard. Zij heeft gevorderd - kort samengevat - de term "op de gebruikelijke wijze besteld" uit het Haagse vonnis te preciseren overeenkomstig haar eis. PPC heeft daarbij gesteld dat ICL geen juiste uitvoering gaf aan het Haagse vonnis, doordat ICL niet voldeed aan haar verplichting om het door PPC op de gebruikelijke wijze bestelde elementaire [X] aan PPC te leveren. ICL heeft daartegen aangevoerd - kort samengevat - dat zij slechts was gehouden de gebruikelijke hoeveelheid op de gebruikelijke wijze besteld te leveren.

2.1.14. De voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam heeft bij vonnis van

6 november 2008 (hierna: het Amsterdamse vonnis) het volgende, voor zover hier van belang, geoordeeld:

"…

4.2 (...) De vordering van PPC moet zo worden begrepen dat partijen thans van mening verschillen over de vraag hoeveel elementair [X] op grond van de overeenkomst moet worden geleverd. De vraag op welke wijze partijen uitvoering moeten geven aan de overeenkomst wordt niet alleen bepaald door de letter van de tekst, maar nu het hier gaat om een langdurig lopend contract op grond waarvan jaar in jaar uit nagenoeg iedere week wordt besteld en geleverd, brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid mee dat PPC, nu de prijs voor [X] op de markt aanzienlijk hoger ligt dan de contractsprijs, totdat de arbiter anders heeft beslist, niet kan verlangen dat ICL-IP aanzienlijk meer gaat leveren dan PPC in het verleden gebruikelijk was te bestellen. Dat PPC thans meer behoefte zou hebben aan [X] doordat zij is ontslagen van het contract van haar moedermaatschappij, maakt

dit niet anders. Daardoor heeft zij immers geen recht verkregen op meer afname van [X] dan in de loop der tijd tussen partijen gebruikelijk was.

(...)

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1 gebiedt ICL-IP 5000 MT [X] op jaarbasis aan PPC te leveren onder de gebruikelijke, uit de overeenkomst van 1 oktober 1995 voortvloeiende, condities, totdat de arbiter in Engeland anders heeft beslist, in die zin dat ICL-JP 4,7 tanks [X] per week aan PPC zal leveren, althans 1/52e deel van de 5000 MT in het daarbij passende aantal tanks per week;

5.2 gebiedt ICL-IP de achterstand in haar leveringsverplichting in te halen door de niet geleverde hoeveelheid [X] - 4,7 tanks per week, althans 1/52e van 5000 MT maal het aantal weken of gedeelte van weken waarin niet is geleverd in verband met haar eigen wanprestatie - alsnog aan PPC te leveren door boven op haar gemiddelde leveringsverplichting 1 extra tank [X] per week te leveren totdat de gehele achterstand is ingelopen;

..."

2.1.15. PPC is bij exploot van 3 december 2008 tegen het Amsterdamse vonnis in hoger beroep gekomen. ICL heeft vervolgens incidenteel hoger beroep ingesteld.

2.1.16. Het gerechtshof te Amsterdam heeft bij arrest van 28 april 2009 (hierna: het Amsterdamse

arrest) het principaal hoger beroep verworpen en in het incidenteel hoger beroep het Amsterdamse vonnis vernietigd, en opnieuw rechtdoende, het door PPC gevorderde afgewezen. Daarbij heeft het hof, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:

"…

4.4 Volgens de strekking van het betoog van ICL moeten de woorden *op de gebruikelijke wijze besteld* (mede) worden gelezen als *de gebruikelijke hoeveelheid* zodat het vonnis van 28 mei 2008 van de Haagse voorzieningenrechter aldus zou moeten worden gelezen, dat ICL (slechts) verplicht is *de gebruikelijke hoeveelheid* (of: *de gebruikelijk bestelde hoeveelheid*) elementair [X] aan PPC te leveren.

Het hof kan ICL hierin niet volgen. Zonder behoorlijke toelichting, die ontbreekt, valt in redelijkheid niet in te zien op grond waarvan de *wijze van bestelling* (mede) moet worden gelezen als de *bestelde hoeveelheid* (...)

Het voorgaande brengt mee, dat niet voor redelijke twijfel vatbaar is, dat ICL op grond van het - uitvoerbaar bij voorraad verklaarde en met een dwangsom versterkte - gebod van de Haagse voorzieningenrechter verplicht is de broomleveranties voort te zetten binnen de grenzen van de overeenkomst van 1 oktober 1995. Dat betekent tevens, dat niet valt in te zien (…) welk (spoedeisend) belang PPC heeft bij een tweede veroordeling met dwangsom als onder (i) gevorderd. Het enkele feit, dat ICL het - duidelijke - vonnis verkeerd leest, is voor het aannemen van zodanig belang niet toereikend.

..."

Arbitrageprocedure

2.1.17 In 2008 is tussen partijen tevens een arbitrageprocedure in Engeland gestart.

PPC heeft in haar *statement of defence* van 23 februari 2009 het volgende, voor zover hier van belang, verzocht:

"…

99. From March 2008, however, ICL-IP did not deliver the required quantities of bromine and, as of early May 2008, ceased supplying elemental bromine to PPC for several weeks (...), and has since only resumed supply partially.

(...)

1V. REQUEST FOR RELIEF

104. For the reasons set out above, the Respondent respectfully requests that the Sole Arbitrator:

- dismiss the Claimant's claims in their entirety and with prejudice;

- declare that the Claimant breached the Agreement by failing to supply elemental bromine to PPC in accordance with the Agreement;

- order the Claimant to compensate PPC for the damages it suffered as a result of ICL-IP's failure to supply elemental bromine in accordance with the Agreement in an amount to be determined at a later stage of these proceedings;

- order the Claimant to reimburse all costs end expenses incurred by PPC in connection with the preparation and conduct of these arbitral proceedings;

..."

2.1.18. De arbiter heeft op 11 maart 2010 in de *First Partial Award* in de arbitrageprocedure onder meer geoordeeld dat de overeenkomst geldig is.

2.1.19. Philippe Pinsolle, raadsman van PPC in de arbitrageprocedure, heeft bij e-mailbericht van 14 april 2010 het volgende, voor zover hier van belang, aan de arbiter geschreven:

"…

Further, PPC would note that it does not intend tot pursue its monetary claim for breach of the Bromine Supply Agreement set out in its Statement of Defence dated

23 February 2009 and is thus willing to withdraw such claim with prejudice. ICL-IP's concerns are therefore fully addressed."

2.1.20. De arbiter heeft op 6 september 2010 in zijn *Final Award by Consent* het volgende, voor zover hier van belang, overwogen:

"1. The representatives of the Claimant ("ICL-IP") and the Defendant ("PPC) have notified me of an agreement covering the matters outstanding following my First Partial Award in this matter dated 11 March 2010, namely the payment of costs by ICL-IP to PPC and the dismissal of PPC's claim under Part III of its Statement of Defence, namely paragraphs 98 to 103, and Part IV, namely the second and third bullet points under paragraph 104 of the same document.

2. Accordingly, by consent, I award and direct as follows.

(...)

4. Dismissal of PPC's claim

4.1. *PPC's claim identifled in its Statement of Defence dated 23 February 2009 at Part III, paragraphs 98 to 103 inclusive, and Part IV, the second and third bullet points under paragraph 104 thereof is fully and finally dismissed with prejudice.*

..."

3 Beoordeling

3.1. ICL heeft in eerste aanleg in conventie gevorderd dat de rechtbank primair voor recht verklaart dat ICL geen van de bij het Haagse vonnis opgelegde dwangsommen heeft verbeurd en PPC veroordeelt tot het staken en gestaakt houden van de tenuitvoerlegging van dit vonnis en afgifte aan ICL van de door ABN AMRO gestelde bankgarantie ten gunste van PPC, en subsidiair PPC verbiedt het Haagse vonnis verder ten uitvoer te leggen dan tot een door de rechtbank te bepalen bedrag, op straffe van een dwangsom van € 5.000.000,- ten aanzien van de veroordelingen, met veroordeling van PPC in de proceskosten.

In de eerste plaats stelt ICL dat zij geen dwangsommen heeft verbeurd. Zij beroept zich hiertoe primair op het arbitraal vonnis, en stelt zich subsidiair op het standpunt dat zij aan het Haagse vonnis heeft voldaan. Meer subsidiair stelt zij dat zij het haar opgelegde gebod vrijwel geheel heeft nageleefd, zodat zij slechts een gedeelte van de maximale dwangsom heeft verbeurd.

PPC heeft in eerste aanleg in reconventie gevorderd de veroordeling van ICL tot betaling van de volgens haar door ICL verbeurde dwangsommen tot het maximum van € 5.000.000,-, vermeerderd met rente en kosten.

3.2. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis, kort samengevat, het volgende geoordeeld. Zij gaat uit van de juistheid van de stelling van ICL dat de arbiter de vorderingen van PPC waaronder die *"(to) declare that the Claimant breached the Agreement bij failing to supply elemental bromine tot PPC in accordance with the Agreement*" heeft afgewezen en dat dit overeenkomstig de wens van partijen was. Hiermee is als vanzelf de door ICL gegeven voorstelling dat wel is nagekomen vast komen te staan, nu niet is gesteld of gebleken dat er nog andere mogelijkheden bestaan. Deze

beslissing in het arbitraal vonnis brengt met zich dat geen dwang-sommen zijn verbeurd.

Dit heeft ertoe geleid dat de rechtbank de primaire vordering van ICL in conventie heeft toegewezen en de reconventionele vordering van PPC heeft afgewezen. PPC is in beide gevallen in de proceskosten veroordeeld.

3.3. Het hof ziet aanleiding de grieven gezamenlijk te behandelen. Partijen zijn ten eerste verdeeld over de vraag of PPC zich nog kan beroepen op het Haagse vonnis als grondslag voor haar vordering tot inning van verbeurde dwangsommen. Volgens ICL gaat dit beroep niet op, waartoe zij zich beroept op het gezag van gewijsde van de *Final Award by Consent* van de arbiter in samenhang met de artikelen 1059 en 1075 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv) en artikel III Verdrag van New York. In dit arbitrale vonnis is met gezag van gewijsde de door PPC gevorderde verklaring voor recht dat ICL niet aan haar leveringsverplichting conform de overeenkomst heeft voldaan, afgewezen. Het opnieuw innemen van dat zelfde standpunt in dit executiegeschil is onverenigbaar met de arbitrale beslissing en dient dan ook te worden verworpen, aldus ICL.

3.4. Het hof overweegt hierover als volgt. Ingevolge artikel 236 Rv in samenhang met de artikelen 1059 en 1069 Rv en artikel III Verdrag van New York hebben beslissingen die de rechtsbetrekkingen in geschil betreffen in de *Final Award by Consent* bindende kracht tussen partijen. Het gezag van gewijsde komt echter enkel toe aan de beslissingen van de arbiter die gegrond zijn op zijn beoordeling van het geschil (vergelijk HR 19 november 1993, NJ 1994, 175 en HR 28 april 1995, NJ 1995, 483). Anders dan ICL meent, komt dus aan de afwijzing van de verklaring voor recht dat ICL niet aan haar leveringsverplichting heeft voldaan (“*PPC’s claim (…) is fully and finally dismissed with prejudice*”) geen gezag van gewijsde toe, nu deze beslissing is gebaseerd op een schikking tussen partijen (“*an agreement covering the matters outstaning following my first Partial Award (…), namely (…) the dismissal of PPC’s claim)* en niet op een eigen oordeel van de arbiter.

3.5. Dit betekent dat wordt toegekomen aan het subsidiaire en meer subsidiaire verweer van ICL. Die weren houden in dat zij aan het Haagse vonnis heeft voldaan, althans dat zij het Haagse vonnis vrijwel geheel heeft nageleefd, zodat zij geen, althans slechts een gedeelte van de maximaal te verbeuren dwangsom kan hebben verbeurd.

ICL voert hiertoe, kort samengevat, het volgende aan. Zij heeft in de periode van

28 mei 2008 (betekening Haagse vonnis) tot 6 november 2008 (Amsterdamse vonnis) door levering aan PPC van gemiddeld 4,7 isotanks per week, met uitzondering van een aantal overmachtincidenten, steeds aan het Haagse vonnis voldaan. Zij heeft vanaf

6 november 2008 steeds voldaan aan de tot moment gewezen uitspraken doordat zij, behoudens een enkel overmachtsincident, gemiddeld 4,7 (+1) tanks per week heeft geleverd. In de periode van 28 april 2009 (Amsterdamse arrest) tot 6 september 2010 (*Final Award by Consent*) heeft zij steeds, behoudens overmachtincidenten, conform de bestellingen van PPC geleverd. ICL voert hierbij voorts aan dat PPC op grond van artikel 2.2 van de overeenkomst is gehouden haar bestelling uiterlijk 180 dagen voorafgaand aan de beoogde leveringsdatum aan ICL door te geven. Gedurende geheel 2008 voldeed ICL hier niet aan. Mitsdien heeft PPC niet op de gebruikelijke wijze conform de overeenkomst besteld, zodat ICL ook geen dwangsommen kan hebben verbeurd.

Voorts stelt zij dat in ieder geval sprake is van gedeeltelijke nakoming, zodat ook slechts een gedeelte van de dwangsommen voor toewijzing in aanmerking komt. Zij doet hiervoor een beroep op het dictum van het Haagse vonnis, waarin de voorwaarde is opgenomen dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan. Ter onderbouwing van haar verweer verwijst zij naar productie 3 bij haar akte houdende overlegging producties tevens akte houdende rectificatie.

Volgens PPC heeft ICL echter in de periode na het Haagse vonnis slechts een fractie van de door PPC bestelde hoeveelheid elementair [X] geleverd, hetgeen blijkt uit het als productie 4 bij memorie van grieven overgelegde overzicht van haar bestellingen en leveringen van [X] door ICL. Uit het overzicht blijkt, aldus PPC, dat ICL in iedere week in de periode van week 23 van 2008, zijnde de eerste volle kalenderweek na de betekening van het Haagse vonnis aan ICL op 28 mei 2008, tot en met week 52 van 2008, met uitzondering van de weken 29 tot en met 32 (*annual plant shut down*), 42 en 43, minder [X] heeft geleverd dan op de gebruikelijke wijze besteld, zodat ICL meer dan 100 dagen niet heeft voldaan aan het Haagse vonnis en daarom dwangsommen heeft verbeurd tot het maximum van € 5.000.000,-.

3.6. De eerste vraag die beantwoord dient te worden, is of ICL een beroep op overmacht kan doen. ICL stelt dat zij dat op grond van artikel 7 van de overeenkomst kan. Volgens PPC kan ICL echter geen beroep op overmacht doen, nu enkel de dwangsom- en dus niet de executierechter bevoegd is om te oordelen dat de dwangsom wegens overmacht niet is verbeurd (BGH 12 februari 1996, NJ 1996, 344).

Voorts is ICL contractueel verantwoordelijk voor de logistiek van de leveranties aan PPC en dus voor de beschikbaarheid van voldoende isotanks, de timing van het vervoer van Israël naar Antwerpen en het vervoer van Antwerpen naar Thann. In geval van treinvertragingen had ICL bovendien een alternatief, namelijk vervoer over de weg, aldus PPC.

Het beroep dat PPC doet op genoemde jurisprudentie van het Benelux Gerechtshof gaat niet op, nu geen sprake is van toepassing van artikel 611d Rv door het hof als executierechter. Het dient te oordelen of sprake is van *Force Majeure*, zoals gedefinieerd in de overeenkomst. Indien dat het geval is, dan is volgens de overeenkomst geen sprake van een *default* dan wel aansprakelijkheid. In een dergelijk geval heeft ICL het gebod om aan PPC conform de overeenkomst op gebruikelijke wijze besteld [X] te leveren niet overtreden en heeft zij dus geen dwangsommen verbeurd. Dat ICL contractueel verantwoordelijk is voor de logistiek van de leveranties en vervoer over de weg een alternatief had kunnen zijn voor vervoer per spoor in geval van treinvertragingen, staat aan een beroep op overmacht zoals gedefinieerd in artikel 7 van de overeenkomst niet (onder alle omstandigheden) in de weg.

3.7. De volgende vraag is welke termijn van bestelling dient te worden aangehouden. ICL is van mening dat overeenkomstig artikel 2.2 van de overeenkomst een termijn van 90 dan wel 180 dagen moet worden aangehouden. PPC beroept zich er op dat wekelijks een overzicht met de bestellingen voor de komende weken naar ICL ging, hetgeen tot maart 2008 nooit problemen opleverde. Na het Haagse vonnis heeft zij de hand gehouden aan de contractuele bestelperiode van 90 dan wel 180 dagen, aldus PPC.

Het hof is van oordeel dat uitgegaan moet worden van artikel 2.2 van de overeenkomst. Partijen zijn daarin overeengekomen dat een besteltermijn van

90 dagen dan wel indien de bestelde hoeveelheid [X] in enig kalenderjaar de gekochte hoeveelheid [X] in het daaraan voorafgaande jaar met minimaal 25% overstijgt 180 dagen geldt. Indien deze termijn niet in acht wordt genomen, dan zal ICL "*make its best efforts to accommodate shorter notices*". Dit betekent dat indien PPC niet de overeengekomen besteltermijn in acht neemt, zij geen aanspraak kan maken op levering van de bestelde [X] In dat geval is sprake van een inspannings- in plaats van een resultaatsverplichting aan de zijde van ICL. Het beroep van PPC op het feit dat tot maart 2008 kortere besteltermijnen nooit tot problemen hebben geleid, leidt niet tot een ander oordeel. Wat hier verder ook van zij, dit kan er op zichzelf niet toe leiden dat artikel 2.2 van de overeenkomst niet meer geldt tussen partijen.

3.8. Ook is nog een discussiepunt tussen partijen of de executierechter de verbeurde dwangsom kan matigen. Het beroep van PPC op artikel 611d Rv, dat opheffing of aanpassing van de dwangsom aan de dwangsomrechter voorbehoudt, slaagt. De wetgever heeft in artikel 611d Rv slechts in bepaalde, in dat artikel omschreven gevallen, mogelijk gemaakt de dwangsom te wijzigen. De dwangsom is immers bedoeld als prikkel tot nakoming en de effectiviteit daarvan wordt voor een belangrijk deel bepaald doordat de dwangsom vooraf wordt gefixeerd en derhalve, wanneer deze

eenmaal is verbeurd, definitief vaststaat. In dat stelsel past niet een algemene bevoegdheid van de rechter om op grond van redelijkheid en billijkheid - ook buiten de grenzen van artikel 611d Rv - tot matiging van de dwangsom over te gaan. Bovendien komt de mogelijkheid om tot matiging over te gaan indien vaststaat dat de veroordeelde niet (volledig) aan de veroordeling heeft voldaan en derhalve nadat de dwangsom al is verbeurd, in strijd met het tweede lid van artikel 611d Rv.

3.9. De zaak zal hierna naar de rol worden verwezen teneinde PPC in de gelegenheid te stellen bij akte gemotiveerd en voorzien van bewijsstukken aan te geven welke bestellingen in de periode van 28 mei 2008 tot 6 september 2010 niet (volledig) zijn geleverd door ICL, terwijl zij de contractuele besteltermijn van 90 dagen dan wel 180 dagen, indien aan de voor deze termijn geldende voorwaarden is voldaan, wel in acht had genomen. Hierop zal ICL bij antwoordakte mogen reageren. Indien ICL een gemotiveerd beroep doet op overmacht, dan zal PPC in de gelegenheid worden gesteld op dat (enige) punt bij nadere akte te reageren.

Het hof tekent hierbij aan dat, anders dan ICL meent, gedurende de hele periode van

28 mei 2008 tot 6 september 2010 uitgegaan dient te worden van het Haagse vonnis. De uitleg die in het Amsterdamse vonnis hieraan is gegeven, is niet gevolgd in het Amsterdamse arrest, en in beide gevallen betrof het een (voorlopige) beoordeling in kort geding.

3.10. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

4 Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 6 mei 2014 voor akte aan de zijde van PPC, zoals overwogen onder 3.9,

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, D.J. Oranje en J.W.M. Tromp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 8 april 2014.