



Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Zitting van: 7 mei 2013
rolnummer: 200.116.703/01

MEMORIE VAN GRIEVEN

in de zaak van:

de vennootschap CHEN WEY PRECISION
INDUSTRY CO. LTD., gevestigd te Dongguan,
Guangdong province, volksrepubliek China

appellante;

advocaat: mr. J.F.M. Heuvelmans

tegen:

de heer ELTJO VOS, wonende te Enschede

geïntimeerde;

advocaat: dr. mr. A.U. Schimansky

Algemeen:

1. Appellante [verder: Chen Wey] heeft bij dagvaarding van 17 oktober 2012 [**productie 1**] hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van de Rechtbank Almelo, sector kanton, locatie Enschede van 13 december 2011 en 17 juli 2012 [**productie 2**].
2. Het procesdossier in eerste aanleg dat geleid heeft tot de in deze procedure bestreden vonnissen wordt hierbij als **productie 3** overgelegd in appel. Chen Wey verzoekt uw hof de volledige inhoud van dit procesdossier als hier herhaald en ingelast te beschouwen, inclusief de door partijen ingenomen stellingen en weren. Waar nodig zal Chen Wey in deze memorie delen van het procesdossier letterlijk herhalen of daarnaar specifiek verwijzen, hetgeen geen afbreuk mag doen aan het belang voor dit hoger beroep van de niet expliciet benoemde stellingen.
3. Appellante zal in deze memorie van grieven een korte inleiding geven waarbij aandacht gevraagd wordt voor enkele feiten en omstandigheden die in eerste instantie naar voren zijn gebracht en die van belang zijn voor een juiste perceptie van het Hof op deze zaak. Daarnaast zal appellante grieven aanvoeren tegen de beide vonnissen van de kantonrechter.



Feiten en omstandigheden:

4. Partijen hebben met ingang van 6 april 2006 een agentuurovereenkomst gesloten. Op basis van die overeenkomst zou geïntimeerde [verder: Vos] agent worden voor Europa namens Chen Wey. In de overeenkomst die in de procedure in eerste aanleg is overgelegd werden afspraken gemaakt over de invulling van de werkzaamheden van Vos en de beloning die hij daarvoor zou ontvangen.

Vos heeft tot en met 2008 tot wederzijdse tevredenheid op basis van die overeenkomst gewerkt voor Chen Wey. In 2009 heeft Chen Wey een teruggang in de markt moeten ervaren als gevolg van de opkomende crisis en heeft zij maatregelen genomen om haar verkoopapparaat te versterken.

In die tijd is als sales manager de heer Huang naar voren geschoven door Chen Wey die vanaf dat moment de contacten onderhield met Vos. Partijen verschillen van mening over de wijze waarop de samenwerking vanaf dat moment vormgegeven is. Chen Wey wil niet ontkennen dat de lijn op het gebied van verkoop en het genereren van [nieuwe] omzet is aangetrokken met de komst van de heer Huang, hetgeen ook nodig was om terugvallende omzetten op te vangen, waar Vos niet in slaagde. Deze sturing in de bedrijfsvoering van Chen Wey is haar exclusieve bevoegdheid en past in goed bedrijfsmanagement.

Vos heeft de aangepaste gang van zaken rondom de verkoop van de producten van Chen Wey echter niet kunnen accepteren en voelde zich blijkbaar tekort gedaan omdat hij moest ervaren dat tussen hem en de algemeen directeur van Chen Wey, de heer Hsieh, ineens een sales manager kwam te staan. Hij voelde zich "gedegradeerd", wat hij niet kon verkroppen. In de procedure in eerste aanleg [CvR punten 10 t/m 12 en veel later bij comparitie van partijen] heeft Vos veel woorden nodig om emotioneel en omstandig te bepleiten dat hierdoor de verhouding verslechterde en dat dit de reden was van zijn opzegging van de agentuurovereenkomst. Dit is echter een onjuiste verantwoording achteraf die enige onderbouwing moet geven aan de opzegging door Vos van 20 juni 2009, waar de kantonrechter terecht aan voorbij gegaan is.

5. Om die reden heeft Vos op 20 juni 2009 schriftelijk de agentuurovereenkomst beëindigd. In zijn schrijven heeft Vos niet gerept over enige opzegtermijn, maar feitelijk is hij wel met onmiddellijke ingang gestopt met werken. Dit maakt zijn initiële opzegging al onregelmatig.

Chen Wey heeft nog een getracht en heeft er zelfs op aangedrongen met Vos een nieuwe overeenkomst te sluiten omdat Chen Wey geen reden zag afscheid te nemen van Vos.

6. Vanwege diens opzegging en plotselinge wantrouwen jegens Chen Wey heeft Vos gelden die hij moest doorbetalen aan Chen Wey achtergehouden, waarop hij door Chen Wey herhaaldelijk is aangesproken.

Vos weigerde de bedragen die hij bij klanten van Chen Wey had geïncasseerd door te betalen aan Chen Wey. Dit was in afwijking van de reeds jaren gebruikelijke gang van zaken. Chen Wey had haar ongenoegen hierover uitgesproken bij monde van de heer Hsieh, die uiteindelijk in een e-mail van 20 juli 2009 aangegeven heeft dat deze gang van zaken voor Chen Wey onacceptabel was. Chen Wey heeft om die reden haar pogingen



om met Vos tot een nieuwe overeenkomst te komen gestaakt en heeft per direct afscheid genomen van Vos [productie 5 bij CvR]. Vos heeft daarin ook berust.

7. Chen Wey was zelf niet gehouden aan enige opzegtermijn, die immers niet overeengekomen was en nu Chen Wey zelf niet de opzeggende partij was.
8. Deze gang van zaken is van belang voor enkele conflicten die later in de procedure zijn ontstaan te weten de vraag wie uiteindelijk de overeenkomst beëindigd heeft, of die regelmatig dan wel onregelmatig beëindigd is, of dat recht op schadevergoeding bestaat.
9. Chen Wey heeft van aanvang af het besluit van Vos betreurt dat hij de agenturenovereenkomst heeft beëindigd. Chen Wey heeft van aanvang af ook het voornemen gehad de agenturenovereenkomst op correcte wijze met Vos af te wikkelen.
Voor Chen Wey staat buiten discussie dat Vos recht heeft op betaling van de reguliere provisie tot en met 20 juni 2009 en dat hij vanaf 21 juni 2009 tot en met 20 juni 2014 recht heeft op 3% van de totale omzet die in die periode door Chen Wey gemaakt wordt bij klanten die voorkomen op de klantenlijst van Vos. Dit alles uiteraard onder het voorbehoud dat overeenstemming bestaat over de klantenlijst, de bij die klanten gerealiseerde omzet en dat Vos zich houdt aan het concurrentieverbod, waarover hieronder meer bij de bespreking van de grieven.
10. Partijen hebben na de beëindiging van hun relatie getracht onderling overeenstemming te bereiken over de volgende punten:
 - Afrekening ingehouden provisie door Vos/Red-D;
 - De hoogte van de provisieaanspraken van Vos over de periode januari 2009 tot en met 20 juni 2009;
 - De periode vanaf 21 juni 2009 en de vraag of Vos recht heeft op reguliere provisie;
 - De hoogte van die eventuele provisie over de periode vanaf 21 juni 2009;
 - Het aantal klanten en welke klanten op de klantenlijst van Vos;
 - De omzet die gemaakt wordt bij de klanten op de klantenlijst van Vos vanaf 21 juni 2009.
11. Chen Wey en Vos zijn onderling niet uit de bovengenoemde geschilpunten gekomen.
Tot 20 juni 2009 was Chen Wey gewend om aan Vos verzamelstaten van de omzet in een bepaalde maand aan Vos ter beschikking te stellen, op basis waarvan Vos zijn provisie berekende en factureerde aan Chen Wey.
Dit was de gebruikelijke wijze omdat Vos wist dat orderformulieren, facturen en betaalbewijzen door Chinese bedrijven in het algemeen en dus ook door Chen Wey, slechts gedurende zeer korte periode worden bewaard omdat die administratief van geen waarde zijn.
In China worden voor fiscale autoriteiten vrachtbrieven van geleverde goederen bewaard tot de aangifte gedaan is, waarna ook die vrachtbrieven worden vernietigd. China heeft geen jaarrekeningrecht met bijbehorende administratieplicht zoals in Europese landen. Slechts worden overzichten van omzet bewaard voor intern gebruik. Vos heeft altijd met die overzichten gewerkt.



Vanaf juni 2009 begon Vos eisen te stellen aan de documentatie om de provisie te kunnen berekenen. Blijkbaar was het vertrouwen van Vos in Chen Wey weggefallen. Zulks geheel ten onrechte omdat Chen Wey haar verplichting om provisie aan Vos te betalen nooit betwist heeft. Aan de aanvullende eisen van Vos kon Chen Wey vanzelfsprekend niet voldoen. Dat wilde Chen Wey ook niet omdat Vos inmiddels een concurrent was geworden van Chen Wey, aan wie Chen Wey niet graag alle commerciële data ter zake de klanten van Chen Wey vrij zou geven.

12. Omdat partijen geen enigheid konden krijgen over de nog af te rekenen bedragen is een procedure begonnen zijdens Vos bij dagvaarding d.d. 28 juni 2010. Die procedure heeft circa twee jaar geduurd en is geëindigd in een vonnis van de kantonrechter Almelo van 17 juli 2012.

In de tussentijd heeft Chen Wey in mei 2012 aan Vos omzet overzichten verstrekt op basis waarvan Vos inzicht gekregen heeft in de omzetten die Chen Wey bij zijn [zelfs de 30 waar hij van uitging!] klanten maakt. Vos bleef echter simpelweg de juistheid van die overzichten betwisten, zonder daarvoor een duidelijke contra-onderbouwing te geven, hetgeen toch op zijn weg gelegen had.

Ook hebben partijen tussentijds [naar aanleiding van de comparitie van partijen bij de kantonrechter] schikkingsonderhandelingen gevoerd die geleid hebben tot het uitwisselen van concrete bedragen, maar die helaas niet hebben geleid tot overeenstemming over een bedrag waartegen partijen de strijdbijl wilden begraven tegen finale kwijting.

13. Uiteindelijk is de procedure bij de kantonrechter geëindigd in een vonnis dat Chen Wey gedeeltelijk tot tevredenheid strekt en waartegen Chen Wey gedeeltelijk grieven wenst te richten in appél. Die grieven zullen hieronder puntsgewijs worden weergegeven.

Grief 1: einde agentuurovereenkomst

14. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn eindvonnis van 17 juli 2012 Chen Wey veroordeeld om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, aan Vos te betalen een bedrag van € 38.424,- wegens schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging vermeerderd met de wettelijke handelsrente op jaarbasis vanaf 21 juli 2009 tot de dag der algehele voldoening voor zover dit bedrag niet vóór de uitspraak door verrekening met een vordering van Chen Wey op Red-D B.V. teniet is gegaan.

15. Toelichting:

Deze grief is geformuleerd omdat de beslissing van de kantonrechter onvoldoende is gemotiveerd. De enige motivering die de kantonrechter hiervoor gegeven heeft op bladzijde 2 onder punt 2 van zijn vonnis luidt: *“subsidiair wordt gevorderd de gefixeerde schadevergoeding over vier maanden, omdat Chen Wey de overeenkomst onregelmatig heeft beëindigd, weliswaar op instigatie van Vos, maar desalniettemin onregelmatig. Die schadevergoeding bedraagt zoals gezegd vier maanden en komt neer op een bedrag van € 38.424,-, zijnde een berekend maandsalaris inclusief provisie over de gehele contractperiode”*.



16. Deze motivering is niet dragend voor de beslissing omdat die innerlijk tegenstrijdig is met andere overwegingen van de kantonrechter in hetzelfde vonnis en in het vonnis van 13 december 2011.

In dit laatste vonnis overweegt de kantonrechter: *“alle bescheiden daarover wijzen in de richting van het feit dat het Vos zelf is geweest die een einde aan de onderlinge relatie heeft gemaakt. Chen Wey heeft in de mailwisseling zelfs nog gevraagd om een gesprek onder vier ogen om een en ander nader te bespreken, maar Vos legt daarna omstandig uit om welke reden hij een einde aan de overeenkomst wenst te zien. Hij achtte het immers te risicovol om voor één bedrijf handelsagent te zijn!*

Het is aan de andere kant juist Chen Wey geweest die getracht heeft de relatie tussen partijen in stand te houden, maar dat is niet gelukt. Vos moge dan wellicht erop kunnen wijzen dat Chen Wey op een gegeven moment de knoop heeft doorgehakt, maar dat kan niet verbloemen dat het wel degelijk Vos is geweest die een einde aan het dienstverband heeft gemaakt.

Voortbordurend op deze beslissing komen een aantal vorderingen van Vos te vervallen. Bij een beëindiging van de relatie tussen partijen op instigatie van Vos past immers geen vergoeding wegens goodwill”.

17. In zijn eindvonnis heeft de kantonrechter overwogen *“uit de processtukken is volstrekt duidelijk, dat Vos de mening van de kantonrechter, dat hij diegene is geweest die de beëindiging van de overeenkomst in gang heeft gezet, niet deelt. Hij tracht onder de consequenties van een en ander uit te komen, maar dat is tevergeefs. Zoals de kantonrechter al heeft beslist heeft dat standpunt gevolgen voor de vordering van Vos: de goodwillvordering is niet meer aan de orde”.*

18. Verder in het eindvonnis overweegt de kantonrechter nog: *“Vos vordert voorts een bedrag van € 51.232,-- wegens schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging. Op zichzelf is juist dat een opzegging onregelmatig kan zijn ook als de werknemer de overeenkomst wenst te beëindigen. Het primair gevorderde moet dan ook worden afgewezen”.* Deze zin is innerlijk onbegrijpelijk omdat de logica daarvan ontbreekt. Op zichzelf is juist dat de primaire vordering van € 51.232,-- wegens schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging moet worden afgewezen omdat Chen Wey de overeenkomst helemaal niet onregelmatig beëindigd heeft. Dat heeft Vos immers gedaan. Met de zinsnede *“Op zichzelf is juist dat een opzegging onregelmatig kan zijn ook als de werknemer de overeenkomst wenst te beëindigen”* miskent de kantonrechter dat het hier niet om een arbeidsverhouding gaat maar om een agentuurovereenkomst en bovendien erkent de kantonrechter daarmee dat het juist Vos is die de agentuurovereenkomst onregelmatig heeft beëindigd namelijk zonder inachtneming van een deugdelijke opzegtermijn.

19. Het ontgaat Chen Wey hoe de kantonrechter dan toch tot de redenering kan komen dat een gefixeerde schadevergoeding van € 38.424,-- wel toegewezen moet worden waar de kantonrechter daartoe slechts overweegt: *“subsidiar wordt gevorderd de gefixeerde schadevergoeding over vier maanden, omdat Chen Wey de overeenkomst onregelmatig heeft beëindigd, weliswaar op instigatie van Vos, maar desalniettemin onrechtmatig”.* Deze redenering is innerlijk tegenstrijdig, onlogisch en onbegrijpelijk omdat die haaks staat op de eerdere overweging van de kantonrechter dat nu juist niet Chen Wey maar Vos de overeenkomst onregelmatig beëindigd heeft.



20. Wellicht heeft de kantonrechter zich op het verkeerde been laten zetten door de debatten in de conclusies die gewisseld zijn voorafgaande aan de vonnissen tussen de advocaten van partijen. Daarin is gediscussieerd over het wel of niet in acht nemen van een opzegtermijn en de status van de e-mail van 20 juli 2009 van de zijde van Chen Wey waarmee Chen Wey “de knoop doorgehakt heeft”.
21. De kantonrechter had de e-mail van Vos aan Chen Wey van 20 juni 2009 moeten opvatten als een onmiddellijke beëindiging van de agentuurovereenkomst, zonder inachtneming van een opzegtermijn. Vos heeft ook niet aangegeven dat hij een opzegtermijn in acht zou nemen en heeft na 20 juni geen werkzaamheden meer verricht op basis waarvan hij nieuwe provisieaanspraken heeft gegenereerd tijdens de afwerking van de agentuurovereenkomst. Eigenlijk is het dus Vos die schadeplichtig is ten opzichte van Chen Wey, maar Chen Wey heeft daar verder geen punt van gemaakt. Chen Wey heeft slechts getracht na de e-mail van Vos nog te komen tot een andere oplossing te weten het sluiten van een nieuwe overeenkomst en heeft aangeboden daar “face to face” met Vos over te spreken. De reden waarom Chen Wey op 20 juli 2009 in een e-mail aan Vos gemeld heeft dat de samenwerking “with immediate effect” wordt beëindigd is gelegen in het feit dat Vos weigerde het geld dat hij onder zich had van Chen Wey uit hoofde van betaalde facturen door klanten van Chen Wey door te betalen aan Chen Wey hoewel Chen Wey daar recht op had. Dit maakte dat het vertrouwen volledig wegviel bij Chen Wey en zij op dat moment dus geaccepteerd heeft dat de samenwerking definitief ten einde was.

Grief 2: einde agentuurovereenkomst

22. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn eindvonnis van 17 juli 2012 uitgesproken: *“Verklaart voor recht dat de tussen partijen d.d. 6 april 2006 gesloten handels agentuurovereenkomst door Chen Wey zonder inachtneming van een opzegtermijn werd beëindigd en dat Vos jegens Chen Wey niet gehouden is aan enig contractueel non-concurrentiebeding”*.
23. Toelichting:
Dit onderdeel van het vonnis van de kantonrechter is onjuist. De verklaring voor recht moet zo worden verstaan dat de kantonrechter bedoeld zal hebben dat de tussen partijen d.d. 6 april 2006 gesloten handels agentuurovereenkomst door Vos zonder inachtneming van een opzegtermijn werd beëindigd. Dat volgens de kantonrechter Vos jegens Chen Wey niet gebonden is aan enig contractueel non-concurrentiebeding staat daar verder los van. De kantonrechter had, zeker gezien hetgeen toegelicht is bij grief 1, voor recht moeten verklaren: *“Verklaart voor recht dat tussen partijen d.d. 6 april 2006 gesloten handels agentuurovereenkomst door Vos zonder inachtneming van een opzegtermijn werd beëindigd”*.

Grief 3: provisie tot het einde van de agentuurovereenkomst

24. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn eindvonnis van 17 juli 2012 Chen Wey veroordeeld om, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, aan Vos te betalen het bedrag van € 42.749,- wegens achterstallige provisie, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente



op jaarbasis vanaf 14 september 2009 tot aan de dag der algehele voldoening, voor zover deze vordering niet voor de uitspraak door verrekening met een vordering van Chen Wey of Red-D B.V. teniet is gegaan.

25. Toelichting:

Het feit dat de kantonrechter de handelsrente laat ingaan op 14 september 2009 geeft er blijk van dat de kantonrechter er kennelijk van uit gaat dat dit de datum is tot waar de achterstallige provisie loopt. Dit kan niet anders geïnterpreteerd worden dan dat de kantonrechter blijkbaar van mening is dat 14 september 2009 het einde is van de agentuurovereenkomst. Deze datum is willekeurig en is nergens op gebaseerd. De enige motivering die de kantonrechter voor deze veroordeling geeft luidt aldus: *“Zoals in het tussenvonnissen al opgemerkt, heeft Vos recht op provisie tot en met juli 2009. Vos heeft in dat kader het bedrag van € 42.749,-- genoemd, tegen welk bedrag Chen Wey op de keper beschouwd geen verweer voert. Zij stelt wel dat het allemaal niet juist is, maar onderbouwt een en ander niet. De kantonrechter zal dan ook van de juistheid van de cijfers van Vos uitgaan en dit bedrag toewijzen”*.

26. Deze motivering van de kantonrechter is onjuist en niet dragend voor het vonnis. Dit te meer nu de kantonrechter daarover in zijn vonnis van 13 december 2011 nog overwoog: *“Vos stelt dat hij in dat kader recht heeft op een bedrag van € 42.749,--, terwijl Chen Wey meent dat er slechts recht bestaat op een bedrag van € 12.647,--. Dit laatste bedrag is afgeleid uit de balans over 2008, echter daar staat steeds bij dat Vos dat bedrag dient terug te betalen aan Chen Wey. De kantonrechter begrijpt er dan helemaal niets meer van. Hoe is het mogelijk dat Vos door hem gegeneerde provisie over 2008 moet terugbetalen aan Chen Wey”*.

27. Het niet begrijpen van de kantonrechter laat zich als volgt verklaren. Het bedrag van € 12.647,-- is een bedrag uit 2008 wat Vos aan Chen Wey moet terugbetalen omdat dit teveel ingehouden provisie door Vos is op bedragen die hij met Red-D B.V. voor Chen Wey heeft geïnd. Zo simpel is de verklaring en dat had de kantonrechter ook kunnen begrijpen. Bovendien gaat de kantonrechter er te gemakkelijk van uit dat Chen Wey *“op de keper beschouwd geen verweer voert”*. Dit verweer is wel degelijk gevoerd in de stukken. Daarnaast neemt de kantonrechter op de summiere onderbouwing van Vos aan dat de cijfers dan wel juist zullen zijn en wijst de kantonrechter op die basis het bedrag van € 42.749,-- toe, zulks ten onrechte. De cijfers van Vos zijn immers op niets anders gebaseerd dan een grove schatting.

28. Overigens staat tussen partijen vast dat Vos recht heeft op achterstallige provisie van Chen Wey over de maanden januari 2009 tot en met 20 juni 2009. Dit is de periode waarin Vos nog volledig operationeel was in het kader van de agentuurovereenkomst. Daarna heeft Vos niet meer gewerkt en heeft hij slechts nog *“nagekomen rechten”* op provisie over orders die al voor de beëindiging van de agentuurovereenkomst liepen. Niet uit het oog mag worden verloren dat het bedrag van € 42.749,-- zoals door Vos gevorderd, tot stand gekomen is op basis van een schatting. Als Vos stelt dat hij dit bedrag te vorderen heeft, dient hij daartoe ook bewijs aan te leveren, hetgeen Vos nalaat. In punt 5 van de conclusie van antwoord in eerste aanleg heeft Chen Wey aangegeven bepaalde provisie



aanspraken van Vos te erkennen tot een totaal beloop van € 13.404,81 en \$ 6.219,58. Die bedragen hadden hoogstens aan Vos kunnen worden toegewezen, waarbij nog aangekend is dat het bedrag van € 12.647,-- daarmee wel verrekend had moeten worden.

Grief 4: klantenlijst

29. Ten onrechte heeft de kantonrechter in het vonnis van 17 juli 2012 geoordeeld: *“Stelt de door Vos in productie 15 overgelegde klantenlijst met 30 klanten vast als de klantenlijst zoals in punt 9 van de overeenkomst tussen partijen bedoeld”*.
30. Toelichting:
De kantonrechter heeft daartoe in hetzelfde vonnis overwogen: *“Tegen die lijst maakt Chen Wey schoorvoetend bezwaar, door te wijzen op de wereldeconomie en dat sommige klanten nu geen klanten meer zijn, danwel beschouwd moeten worden als klanten van Chen Wey, doch dat acht de kantonrechter te makkelijk. Vos komt met een zeer reëel beeld van zijn klanten per datum beëindiging van de overeenkomst en dan kan Chen Wey niet volstaan met het ontkennen van een aantal klanten. Het ligt dan op haar weg om aan te tonen dat de door haar genoemde klant niet op die lijst behoren te staan. Een dergelijk onderbouwd verweer is de kantonrechter niet tegengekomen, zodat uitgegaan zal worden van de door Vos opgestelde klantenlijst”*.
31. Chen Wey is het met deze overweging niet eens omdat zij geen “schoorvoetend bezwaar” gemaakt heeft. Chen Wey heeft in de conclusie van antwoord op pagina 6 duidelijk aangegeven met verwijzing naar productie 7 welke klanten uit de oorspronkelijke klantenlijst waren overgebleven. Dit waren er slechts 22. Chen Wey meent dat als de kantonrechter kennelijk vindt dat Chen Wey meer bewijs aan moet dragen van haar stellingen, de kantonrechter Chen Wey dan een bewijsopdracht had moeten geven, zoals Chen Wey aan het slot van haar conclusie van antwoord in punt 10 heeft gedaan.
32. Bovendien kan Chen Wey aantonen dat enkele klanten die op de lijst van Vos voor komen al klant waren voordat de overeenkomst met Vos werd aangegaan of pas na afloop van die overeenkomst klant geworden zijn. Als **productie 4** legt Chen Wey daarvan bewijs over. Het gaat om de klanten Robert Bosch GmbH, Tyco Electronics te Langen, Tyco Electronics Niefern, Tyco Electronics Speyer.
Deze klanten staan wel op de lijst die Vos als zijn klantenlijst als productie 15 bij CvR in eerste aanleg over heeft gelegd, maar dat is ten onrechte. Deze klanten staan op de klantenlijst van Vos gemarkeerd met een 4.
Als **productie 5** legt Chen Wey opnieuw deze klantenlijst over zoals zij meent dat die thans gehanteerd zou moeten worden voor de beoordeling welke klanten in aanmerking komen voor de berekening van 3% provisie over de omzet. Die klanten zijn kenbaar gemaakt met een asterix achter de bedrijfsnaam. Het gaat om 22 klanten. Er blijft een verschil van mening over 4 klanten op de lijst te weten Mapa GmbH, Na Végre Bt, Tyco Austria GmbH en Tyco Portugal. Van deze klanten kan Chen Wey geen bewijs aandraagen dat die reeds klant waren vóór aanvang van de agentuurovereenkomst met Vos, noch kan Vos bewijs van het tegendeel aandraagen hetgeen wel op zijn weg ligt nu hij stelt dat



dit zijn klanten zijn. De klant Mapa GmbH wordt om die reden door Chen Wey erkend, de klant Na Vergé Bt. niet. De klant FCI Germany is gemarkeerd met een 4. Bij productie 4 zijn stukken gevoegd waaruit blijkt dat vóór de overeenkomst met Vos de klant FCI al klant was van Chen Wey. Daar valt FCI Germany vanzelfsprekend ook onder. Datzelfde geldt voor de lanten Tyco Austria en Tyco Portugal. Deze vennootschappen behoren tot het Tyco-concern dat al klant was vóór Vos begon te werken voor Chen Wey.

Grief 5: non-concurrentie

33. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 17 juli 2012 geoordeeld: “*Verklaart voor recht dat de tussen partijen d.d. 6 april 2006 gesloten handels agentuurovereenkomst door Chen Wey zonder inachtneming van een opzegtermijn wordt beëindigd en dat Vos jegens Chen Wey niet gebonden is aan enig contractueel non-concurrentiebeding*”. Voor wat betreft de zinsnede betreffende de beëindiging van handels agentuurovereenkomsten wordt verwezen naar grief 2 hierboven. Voor wat betreft de verklaring voor recht dat Vos jegens Chen Wey niet gebonden is aan enig contractueel non-concurrentiebeding geldt het volgende.
34. Toelichting:
Om tot de gewraakte beslissing te kunnen komen heeft de kantonrechter overwogen: “*Chen Wey tracht onder deze [de in de handels agentuurovereenkomst opgenomen passage over de provisie van 3% gedurende 5 jaar, M.H.] duidelijke bepaling uit te komen door een link te leggen met een concurrentieoverweging in het vorige artikel van de overeenkomst, maar ook dat is tevergeefs. In dat artikel valt immers op geen enkele wijze te lezen dat er sprake zou zijn van enig concurrentiebeding na beëindiging van de overeenkomst. Het in dat artikel bepaalde heeft uitsluitend betrekking op het tijdstip, waarop de handelsagentuurovereenkomst tussen partijen nog van kracht is. De door Chen Wey gemaakte koppeling tussen beide bepalingen is derhalve onjuist*”.
35. Met deze overweging doet de kantonrechter Chen Wey werkelijk tekort door er blijkbaar van uit te gaan dat Chen Wey tracht “onder haar betalingsverplichting uit te komen”. Chen Wey heeft in alle processtukken erkent dat zij 3% provisie verschuldigd is gedurende 5 jaar na beëindiging van de agentuurovereenkomst. Dat partijen van mening verschillen over de hoogte van de bedragen, berekend over precies welke relaties moge zo zijn, dat kan niet tot de conclusie leiden dat Chen Wey “onder zaken uit probeert te komen”.
36. Bovendien leest de kantonrechter de bepalingen in de agentuurovereenkomst onjuist. Bij akte overlegging producties van 8 maart 2012 heeft de advocaat van Vos een beëdigde vertaling van de overeenkomst in het geding gebracht. Chen Wey bepleit dat de artikelen van deze overeenkomst in samenhang gelezen moet worden, met name de [niet genummerde] bulletpoints 8 en 9. Bulletpoint 8 luidt: “*E. Vos zal als vertegenwoordiger voor Chen Wey Precision Industry Cooperation optreden en geen concurrerende ondernemingen uit China vertegenwoordigen, met uitzondering van contacten waarvan kan worden aangetoond dat deze reeds bestonden*”.



Bulletpoint 9 luidt voor zover van belang: *“Deze overeenkomst blijft van kracht zolang zij beide partijen een voordeel oplevert”*.

37. In samenhang gelezen staat er dus dat zolang Chen Wey gebruik maakt van de klanten van Vos [haar voordeel] en zij aan Vos 3% provisie betaalt over klanten van zijn klantenlijst [hetgeen Vos ook voordeel oplevert] de overeenkomst van kracht blijft. Het valt niet te begrijpen hoe de kantonrechter heeft kunnen miskennen dat de concurrentiebepaling uit bulletpoint 8 door deze constructie overeind blijft ook na het einde van de agentuurovereenkomst. Dat in bulletpoint 8 niet expliciet staat dat deze bepaling geldt voor zowel de looptijd van de agentuurovereenkomst als ook de periode daarna, laat zulks onverlet. Niet alleen de tekst van de beide artikelen in samenhang gelezen is meer dan voldoende duidelijk, ook de bedoeling van partijen wijst nadrukkelijk die kant op. Dat het voor Chen Wey een belangrijk punt was dat Vos zich zou onthouden van het op de markt brengen in Europa van producten van concurrerende bedrijven in China, is Vos van aanvang af duidelijk geweest. Bij conclusie van antwoord is tijdens Chen Wey e-mailcorrespondentie overgelegd als producties 2a, 2b, 3, 4, 5 en 6. Uit die correspondentie blijkt duidelijk dat Chen Wey destijds getracht heeft van Vos de toezegging te krijgen dat hij zich van concurrerende werkzaamheden zou onthouden, waarmee de weg open zou liggen voor Chen Wey om de 3% commissieregeling ongestoord na te komen. Vos daarentegen heeft steeds geweigerd hom of kuit te geven. Vos heeft niet expliciet verklaard dat hij zich aan de non-concurrentie clause zou houden en heeft vaag in het midden gelaten dat hij wellicht ook voor andere partijen in de markt zou gaan werken. Dit was voor Chen Wey de reden om de betaling van 3% commissie te blijven koppelen aan de zekerheid dat Vos de markt voor Chen Wey niet kapot zou maken met een concurrerend product.
38. De kantonrechter overweegt voorts: *“Feitelijk is de situatie zo geweest dat Vos zich, naar de kantonrechter aanneemt, nog steeds houdt aan een niet bestaand non-concurrentiebeding, zodat ook langs die weg Chen Wey al gehouden is tot betaling van een jaarlijks bedrag gedurende 5 jaar”*. Chen Wey verwijt de kantonrechter dat hij de feitelijke situatie “aangenomen heeft” in plaats van zich daarvan zekerheid te verschaffen. De stelling van Vos dat hij zich van concurrentie onthield had door Vos bewezen moeten worden en die bewijsopdracht had de kantonrechter aan Vos moeten opleggen. Het feit dat Vos zich kennelijk aan niet-concurreren gebonden acht, had voor de kantonrechter juist reden moeten zijn het non-concurrentiebeding aan te nemen. De kantonrechter had de vordering van Vos niet mogen toewijzen met de niet dragende motivering: *“De inmiddels in de Nederlandse taal vertaalde overeenkomst rept niet over een concurrentiebeding na de beëindiging van de overeenkomst en naar Nederlands recht is zo’n beding niet zonder actieve medewerking van de werknemer mogelijk”*. De kantonrechter had de artikelen van de overeenkomst in samenhang toe moeten passen en tot een tegengestelde conclusie moeten komen.

Grief 6: afschriften van bescheiden

39. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 17 juli 2012 Chen Wey veroordeeld *“om aan Vos binnen twee maanden na wijzen van het vonnis schriftelijk volledig en*



naar waarheid afschriften van alle bescheiden te verstrekken, die rechtstreeks betrekking hebben op opdrachten wier Chen Wey van de klanten op de klantenlijst van Vos heeft ontvangen en uitgevoerd, zulks van 21 juli 2009 tot 20 juli 2014”.

40. Toelichting:

De kantonrechter heeft om tot deze veroordeling te kunnen komen overwogen: *“De vordering tot veroordeling van Chen Wey om inzage in haar boeken te verschaffen gaat in dit kader te ver. De gevolgen daarvan zijn te ver strekkend en ook niet nodig. Vos heeft “slechts” belang bij de facturen betreffende zijn klantenlijst en daarvoor is inzage in de boeken van Chen Wey niet noodzakelijk”.*

41. Terecht heeft de kantonrechter overwogen dat inzage in de boeken en bescheiden van Chen Wey niet aan de orde is en dat deel van de vordering dus afgewezen.

42. Ten onrechte heeft de kantonrechter zonder verdere motivering de vordering van Vos op het verkrijgen van “afschriften van alle bescheiden die rechtstreeks betrekking hebben op de opdrachten van Chen Wey” gevolgd. Dit terwijl Vos wist dat hij deze bescheiden van Chen Wey niet kon vorderen. Dit is door Chen Wey aan de kantonrechter ook duidelijk gemaakt. In China is het niet gebruikelijk dat bedrijven uitgebreide administraties aanhouden zoals in Europese landen. In China wordt een inkooporder ontvangen op basis waarvan een bestelling gereed wordt gemaakt die geleverd wordt bij de klant, op basis waarvan wordt gefactureerd, waarna de betaling ontvangen wordt. Na ontvangst van de betaling is de overeenkomst voltooid en uitgewerkt en heeft geen enkele Chinese autoriteit nog behoefte aan het bewaren van nadere bescheiden. Slechts Chinese belastingautoriteiten hebben behoefte aan een kopie van een vrachtbrief waaruit de levering van goederen blijkt voor het opleggen van een fiscale heffing. Zodra die fiscale heffing is gedaan en betaald heeft ook een kopie van dat stuk in de administratie geen enkele zin. Chinese bedrijven houden zeer kort een kopie van de inkooporder, de vrachtbrief, de factuur en het betalingsbewijs dat de factuur betaald is, maar zodra aan alle vereisten van de overeenkomst is voldaan, worden die documenten vernietigd. Een Chinees bedrijf, waaronder ook Chen Wey houdt in haar administratie daarna alleen totaalstellingen en omzetoverzichten bij. Sedert aanvang van de overeenkomst tussen Chen Wey en Vos heeft Vos genoeg genomen met een maandelijks omzetstaat bij de diverse klanten die hem aangingen, heeft hij op basis daarvan achteraf zijn provisie berekend en gefactureerd, die door Chen Wey steeds werd betaald. Vanaf het einde van de agentuurovereenkomst, heeft Vos plotseling aangedrongen op het aangeleverd krijgen van kopieën van bescheiden waarvan hij wist dat Chen Wey die niet in haar administratie bewaart. In zoverre was de eis van Vos nieuw voor Chen Wey en vanzelfsprekend kon Chen Wey daar ook niet aan voldoen. De summiere documentatie die Chen Wey heeft, heeft zij reeds in het verleden aan Vos afgegeven, maar blijkbaar heeft Vos daar geen genoeg mee genomen.

43. Hier speelt nog een ander argument bij dat, zo Chen Wey al kopieën zou kunnen reproduceren van facturen en dergelijke, het voor haar onwenselijk zou zijn die documentatie aan Vos af te geven zolang Vos niet expliciet en onomwonden verklaard heeft dat hij zich gebonden acht aan een non-concurrentiebeding en zich zal onthouden van het in Europa



vermarkten van concurrerende producten van concurrerende Chinese bedrijven bij de klanten van Chen Wey. Vos zou van handelsagent ombuigen naar concurrent en hij zou langs de achterdeur steeds gedurende 5 jaar actueel op de hoogte kunnen zijn van alle commerciële bewegingen van Chen Wey bij haar klanten in Europa. Dit is voor Chen Wey een onwenselijke situatie. Chen Wey erkent haar verplichting dat zij 3% commissie moet betalen over verkoop bij klanten op de klantenlijst van Vos, maar meent dat alleen te hoeven doen als Vos zich onthoudt van concurrentie. Chen Wey is bereid, zoals ook voor het einde van de agentuurovereenkomst gebruikelijk was, aan Vos daarvoor totaal-overzichten van de gemaakte omzet te verstrekken op basis waarvan Vos kan factureren voor zijn commissie. Vos heeft die overzichten van Chen Wey reeds gekregen maar heeft de juistheid daarvan betwist zonder goede opgaaft van redenen. Het is dus aan Vos bewijs te leveren van zijn stellingen dat de bedragen die hij geschat heeft juist zijn.

44. De kantonrechter had Vos hiervan bewijs op moeten leggen.

Grief 7: dwangsommen

45. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 17 juli 2012 een dwangsom aan Chen Wey opgelegd van € 500,- per dag met een maximum van € 50.000,-, indien Chen Wey niet voldoet aan de veroordeling: *“... om aan Vos binnen twee maanden na heden schriftelijk volledig en naar waarheid afschriften van alle bescheiden te verstrekken, die rechtstreeks betrekking hebben op opdrachten wier Chen Wey van de klanten op de klantenlijst van Vos heeft ontvangen en uitgevoerd, zulks vanaf 21 juli 2009 tot 20 juli 2014”*.
46. Toelichting:
Zoals hierboven reeds aangegeven wist de kantonrechter dat Chen Wey niet beschikte over de afschriften tot afgifte waarvan zij veroordeeld werd. De kantonrechter heeft dus een feitelijke onmogelijkheid voor Chen Wey bestraft met een dwangsom.
47. Daarnaast dient de veroordeling zoals hier gememoreerd in zijn totaliteit gelezen te worden en is het dus een tweede feitelijke onmogelijkheid dat Chen Wey alle bescheiden waar het over gaat op 17 juli 2012 afgeeft voor de periode vanaf 21 juli 2009 tot 20 juli 2014. Ook deze feitelijke onmogelijkheid had door de kantonrechter niet met een dwangsom mogen worden verzwaaard.
48. Weliswaar is het vonnis aan Chen Wey betekend en heeft de advocaat van Vos in een van haar brieven aan Chen Wey duidelijk gemaakt dat aangedrongen wordt tot betaling van reeds verbeurde dwangsommen, doch Chen Wey stelt zich op het standpunt dat zij die dwangsommen niet verbeurd heeft en dat het vorderen daarvan dus ook niet aan de orde is. Dat de kantonrechter zulks gevonnist heeft is overigens niet onbegrijpelijk omdat de advocaat van Vos deze feitelijke onmogelijkheid ook zo gevorderd heeft. De kantonrechter had echter af moeten zien van de litigieuze dwangsom. Voorafgaand aan het indienen van deze memorie van grieven heeft om deze reden Chen Wey op grond van artikel 611d Rv. zich tot de rechtbank gewend om bij de kantonrechter om schorsing van de dwangsommen te verzoeken. Het valt te bezien op welke termijn de kantonrechter zich



uitlaat over het verzoek tot schorsing. Ten deze zal aangedrongen worden op het definitief ongedaan maken van de dwangsom voor de periode tot 20 juli 2014. Immers eerst daarna kan voldaan worden aan de veroordeling tot het verschaffen van afschriften vanaf 21 juli 2009 tot 20 juli 2014.

Grief 8: proceskosten:

49. Ten onrechte heeft de kantonrechter in zijn vonnis van 17 juli 2013 geoordeeld dat Chen Wey als grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure moet worden verwezen en heeft de kantonrechter vervolgens Chen Wey veroordeeld om aan Vos een bedrag van € 3.450,-- ex btw wegens buitengerechtelijke incassokosten te betalen en Chen Wey veroordeeld in de proceskosten begroot op € 242,93 wegens verschotten en € 2.400,-- van salaris van zijn gemachtigde.
50. Toelichting:
Reeds bij conclusie van antwoord heeft de gemachtigde van Chen Wey in eerste aanleg aangegeven dat de buitengerechtelijke incassokosten ten bedrage van € 3.450,-- die subsidiair gevorderd waren, te hoog waren voor de werkzaamheden die ter voorbereiding van de zaak in eerste aanleg door de wederpartij waren gemaakt. Er mag dan sprake zijn van een rapport Voorwerk II, zulks staat onverlet dat gemaakte buitengerechtelijke incassokosten redelijk moeten zijn en in redelijkheid moeten zijn gemaakt. De [niet-bindende] aanbevelingen uit het rapport Voorwerk-II ontslaan de rechter niet van de beoordeling of de gevorderde buitengerechtelijke kosten in de gegeven omstandigheden redelijk zijn [HR 27 april 2012, LJN BV6690]. De gemachtigde van Chen Wey heeft reeds aangegeven dat het schrijven van een drietal brieven en het opstellen van een concept schikkingsovereenkomst niet rechtvaardigen dat een bedrag van € 3.450,-- exclusief btw aan buitengerechtelijke incassokosten opgelegd wordt.
51. Bovendien meent Chen Wey dat zij niet veroordeeld had moeten worden in de proceskosten als voor het merendeel in het ongelijk gestelde partij. Een deel van de vorderingen van Vos is in eerste aanleg immers afgewezen. Om die reden had tenminste compensatie van kosten in de rede gelegen. Chen Wey heeft daarop ook aangedrongen tijdens de comparitie van partijen die in eerste aanleg heeft plaatsgevonden.

CONCLUSIE:

Chen Wey sluit af met de conclusie dat de vonnissen van de kantonrechter Almelo van 13 december 2011 en 17 juli 2012 in samenhang gelezen, dienen te worden vernietigd op de punten zoals in de hierboven genoemde grieven weergegeven. Slechts het deel waarbij de kantonrechter geoordeeld heeft dat Vos degene is geweest die de agentuurovereenkomst met onmiddellijke ingang heeft beëindigd zonder inachtneming van een opzegtermijn en dat hij om die reden geen recht heeft op goodwillvergoeding kan in stand blijven, evenals het deel waar partijen overeenstemming over hadden te weten de kosten die Vos heeft gemaakt en waar een vergoeding voor betaald moet worden. Chen Wey heeft al diverse pogingen gedaan om met Vos tot een vergelijk te komen in der minne, hetgeen tot op heden niet tot resultaat heeft geleid. Derhalve ligt een



comparitie van partijen ten overstaan van het gerechtshof voor de hand. Indien nodig kan Chen Wey aan het hof nadere informatie verschaffen over de wijze waarop zij tot de berekening gekomen is van hetgeen waarop volgens haar Vos recht heeft. Uiteraard heeft te gelden dat Chen Wey voorts van mening is dat Vos gedurende de resterende looptijd tot 21 juni 2014 de non-concurrentie clause uit het contract dient te respecteren. Chen Wey is van mening dat zij niet schadeplichtig is wegens onregelmatige beëindiging van de agentuurovereenkomst, dat zij de achterstallige provisie tot 21 juni 2009 af moet rekenen en dat vanaf 21 juni 2009 tot 21 juni 2014 zij 3% aan Vos moet betalen over de omzet die Chen Wey maakt bij de klanten die voor komen op de klantenlijst van Vos, een en ander met bovengenoemde restrictie. Partijen moeten nog overeenstemming bereiken over de hoogte van de provisieaanspraak tot 21 juni 2009, het aantal klanten op de klantenlijst van Vos, en de hoogte van de provisie in de periode van 21 juni 2009 tot 21 juni 2014. Chen Wey meent dat zij in het verleden voldoende gedaan heeft om Vos inzicht te verschaffen in de hoogte van die omzetten en de bijbehorende provisieaanspraken. Vos blijft weigeren die opgave van Chen Wey te aanvaarden en op basis daarvan provisie te factureren. Bovendien blijft Vos weigeren zich te conformeren aan de non-concurrentie clause uit de agentuurovereenkomst. Daarnaast blijft Vos de omvang van zijn klantenlijst betwisten.

Opnieuw biedt Chen Wey aan haar stellingen te bewijzen met alle middelen rechtens. Dat wil Chen Wey allereerst doen door het doen horen van getuigen te weten de heer Hsieh, de heer Huang en mevrouw Lin, van Chen Wey, alsmede de heer Vos. Daarnaast is Chen Wey bereid op instigatie van het gerechtshof die stukken te leveren waarvan het hof aanvullend van mening is dat die nodig zijn om de hoogte van de verschuldigde bedragen te bewijzen, voor zover dat in haar vermogen ligt. Primair meent Chen Wey overigens dat gezien hetgeen hierover reeds gesteld is, plaats is voor omkering van de bewijslast en het bewijs aan de zijde van Vos te leggen van zijn stellingen dat hij recht heeft op de bedragen zoals hij die in eerste aanleg genoemd heeft.

Chen Wey meent voorts dat nu aangedrongen zal worden op vernietiging van het belangrijkste deel van het vonnis van de kantonrechter ook de proceskostenveroordeling in eerste aanleg moet worden tenietgedaan en dat Vos opnieuw moet worden veroordeeld in de kosten van deze procedure en die van de eerste aanleg.

MITSDIEN:

Het het gerechtshof behage bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, de vonnissen van de Rechtbank Almelo, sector kanton, locatie Enschede d.d. 13 december 2011 en 17 juli 2012, te vernietigen en, opnieuw rechtdoende:

1. Voor recht te verklaren dat Vos de handelsagentuurovereenkomst van 6 april 2006 bij schrijven van 20 juni 2009 met onmiddellijke ingang beëindigd heeft zonder inachtneming van de wettelijke opzegtermijn, en dat om die reden Chen Wey niet gehouden is tot het vergoeden van enige schade;
2. Voor recht te verklaren dat Vos gebonden is aan het in de handelsagentuurovereenkomst van 6 april 2006 overeengekomen non-concurrentiebeding tot 20 juni 2014;



3. Voor recht te verklaren dat de “klantenlijst van Vos” zoals bedoeld in de handelsagentsuurovereenkomst van 6 april 2006 de lijst is zoals die door Chen Wey aan deze memorie gehecht is als productie 5, voor wat betreft de daar gemarkeerde klanten met een asterix;
4. Voor recht te verklaren dat Vos over de periode van 1 januari 2009 tot en met 20 juni 2009 recht heeft op betaling van achterstallige provisie voor een bedrag groot € 28.097,10, te verrekenen met de vordering die Chen Wey nog heeft op Red-D;
5. Voor recht te verklaren dat Vos slechts recht heeft op betaling van provisie gelijk aan 3% genomen over de totale omzet bij de klanten op de klantenlijst van Vos over de periode van 21 juni 2009 tot en met 20 juni 2014, voor zover mogelijk te verrekenen met de vordering die Chen Wey nog heeft op Red-D;
6. Voor recht te verklaren dat Chen Wey voor het bewijs van de omzet waarover de provisie van Vos berekend wordt, kan volstaan met de uit haar administratie ontleende omzet overzichten zoals die tot het einde van de agentsuurovereenkomst tussen partijen gebruikelijk waren;
7. Voor recht te verklaren dat Chen Wey niet kan worden verplicht tot het overleggen van omzetstaten in de toekomst zodat de dwangsom veroordeling uit de eerste aanleg niet kan worden opgelegd en dat Chen Wey slechts verplicht kan worden aan Vos per maand omzetstaten van een afgelopen maand over te leggen, binnen vier weken na afloop van die maand;
8. Alle overige vorderingen van Vos uit de eerste aanleg af te wijzen als zijnde ongegrond en/of ongemotiveerd;
9. Vos te veroordelen in de kosten van deze procedure waaronder ook te verstaan de proceskosten uit de eerste aanleg en Vos te veroordelen tot betaling van een redelijke vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten.

Advocaat,