

Rb Arnhem, 24 oktober 2007, Doorleveringsverbod**KARTELVERBOD****Verboden doorleveringsverbod****Het beding brengt mee dat partijen zich tegenover elkaar tot een doorleveringsverbod verplicht hebben dat territoriaal effect heeft.**

Dat het niet geformuleerd is als een verplichting om de afnemers doorlevering naar een bepaald land te verbieden, maar als een verbod om te leveren aan een afnemer die naar een bepaald land zal doorleveren, maakt voor het effect van het non-concurrentiebeding naar het oordeel van de rechtbank geen verschil. Gelet op de uitleg die de rechtbank aan het non-concurrentiebeding geeft, is het een beding dat gericht is op een verdeling van de markt tussen twee concurrenten, in een Nederlandse en in een Duitse markt met een absolute gebiedsbescherming. Dat het beding daarnaast meerdere doeleinden nastreeft of kan nastreven, doet er niet aan af dat deze marktverdeling een uitdrukkelijke bedoeling van het beding is. Er is dus sprake van een zogenaamd 'hardcorebeding', een beding dat de strekking heeft mededinging te beperken met een territoriaal effect.

Strijd met openbare orde**non-concurrentiebeding in vaststellingsovereenkomst – mededingingsrecht is van openbare orde**

Het non-concurrentiebeding maakt deel uit van een vaststellingsovereenkomst. Weliswaar bepaalt art. 7:902 BW dat de vaststellingsovereenkomst ook geldig is als zij in strijd is met dwingend recht, maar daaraan wordt toegevoegd "tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde". Nu naar vaste rechtspraak het mededingingsrecht beschouwd wordt als van openbare orde, is de rechtbank van oordeel dat het feit dat het non-concurrentiebeding onderdeel is van een vaststellingsovereenkomst niet afdoet aan de onder 2.8 weergegeven conclusie.

Vindplaatsen: LJN: [BB6865](#)

Rb Arnhem, 24 oktober 2007

(J.D.A. den Tonkelaar, M.J. Blaisse en M.P.C.J. van Bavel)

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 125793 / HA ZA 05-660

Vonnis van 24 oktober 2007

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 2]., gevestigd te [woonplaats],
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiseres sub 2],

gevestigd te [woonplaats],
eiseressen,
procureur mr. J.A.M.P. Keijser,
advocaat mr. T.E.P.A. Lam te Nijmegen,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde sub 1], gevestigd te [woonplaats],
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde sub 2], gevestigd te [woonplaats], gedaagden,
procureur mr. F.J. Boom,
advocaat mr. L.M. Graal te Amsterdam.
Eisers zullen hierna tezamen als [eisers] en gedaagden als [gedaagden] aangeduid worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 29 november 2006 (hierna aangeduid als het tussenvonnis)
- de akte van [gedaagden]
- de antwoordakte van [eisers]
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De verdere beoordeling

2.1. De rechtbank blijft bij hetgeen zij in het tussenvonnissen heeft overwogen. Dit betekent allereerst dat het betoog van [gedaagden] voor zover het de strekking heeft de rechtbank te laten terugkomen op haar oordeel dat [eisers]s vordering tot verklaring van recht in beginsel toewijsbaar is, terwijl naar de letter van het concurrentiebeding in beginsel kan worden vastgesteld dat de boete verbeurd is (art. 3) en het concurrentiebeding [eisers] niet langer bindt, gepasseerd moet worden.

2.2. Het betoog van [gedaagden] dat uit een verklaring van haar inkoper [betrokkene] zou volgen dat [eisers] zelf in de periode 2004-2006 in strijd met het non-concurrentiebeding zou zijn blijven leveren aan [betrokkene 2], waardoor het concurrentiebeding ten aanzien van [gedaagden] vervallen zou zijn, kan naar het oordeel van de rechtbank niets veranderen aan hetgeen hierboven onder 2.1 is overwogen.

Nog los van het feit dat de schriftelijke verklaring van [betrokkene], die [gedaagden] heeft overgelegd, slechts spreekt over de aanwezigheid van zaken gedurende een aantal jaren bij [betrokkene 2], terwijl er slechts een verklaring van horen zeggen zou zijn dat [eisers] over die jaren met [betrokkene 2] is blijven handelen, komt dit verweer naar het oordeel van de rechtbank te laat. Het is in strijd met de beginselen van een goede procesorde om bijna tweeënehalf jaar nadat is gedagvaard op grond van overtreding van een concurrentiebeding een verweer aan te voeren dat inhoudt dat het beding niet meer zou binden op grond van gebeurtenissen die al vóór het moment van dagvaarding zouden hebben plaatsgevonden. Dat [gedaagden] geen ruchtbaarheid aan de procedure zou hebben gegeven en

de betrokken inkoper niet eerder zou hebben geweten van de procedure, verandert hieraan niets. Verwacht mag worden dat haar inkoper [betrokkene] op de hoogte was dan wel op de hoogte gebracht had kunnen worden van het concurrentiebeding en van het belang van een mogelijke overtreding daarvan door [eisers].

2.3. [gedaagden] heeft echter ook een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gedaan ten aanzien van de gevolgen van het beding en is in de gelegenheid gesteld haar standpunt nader uiteen te zetten en haar beroep op art. 6:248 lid 2 BW nader te onderbouwen, zowel bij akte als bij pleidooi.

2.4. In dit kader betoogt [gedaagden] thans dat het non-concurrentiebeding in de betekenis die daaraan door de rechtbank bij het tussenvonnissen gegeven is mededingingsrechtelijk niet toelaatbaar is. In het tussenvonnissen van 1 februari 2006 is geconcludeerd dat het non-concurrentiebeding als zodanig een geoorloofde restrictie inhield en derhalve vrijgesteld was van het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG (tussenvonnissen 1 februari 2006, overweging 4.5). Dat oordeel is echter gegeven op een moment dat de rechtbank over de precieze inhoud van het non-concurrentiebeding nog moest oordelen. Daarna is aan [eisers] te bewijzen gegeven dat partijen bij het overeenkomen van het non-concurrentiebeding hebben bedoeld daaronder te begrijpen de situatie waarin één der partijen aan een groothandel levert, die de geleverde producten vervolgens, mogelijk zonder dat deze partij zich daarvan bewust is, doorlevert aan een afnemer op de markt van de ander. Nu de rechtbank [eisers] in dit bewijs geslaagd acht, is de situatie een andere dan op 1 februari 2006 aan de orde was, en moet opnieuw beoordeeld worden of, gelet op het verweer van [gedaagden], het beding waarop [eisers] haar vordering stoelt, zich verdraagt met het mededingingsrecht.

2.5. Het beding, zo staat nu vast, brengt mee dat partijen zich tegenover elkaar tot een doorleveringsverbod verplicht hebben dat territoriaal effect heeft. Dat het niet geformuleerd is als een verplichting om de afnemers doorlevering naar een bepaald land te verbieden, maar als een verbod om te leveren aan een afnemer die naar een bepaald land zal doorleveren, maakt voor het effect van het non-concurrentiebeding naar het oordeel van de rechtbank geen verschil.

2.6. Gelet op de uitleg die de rechtbank aan het non-concurrentiebeding geeft, is het een beding dat gericht is op een verdeling van de markt tussen twee concurrenten, in een Nederlandse en in een Duitse markt met een absolute gebiedsbescherming. Dat het beding daarnaast meerdere doeleinden nastreeft of kan nastreven, doet er niet aan af dat deze marktverdeling een uitdrukkelijke bedoeling van het beding is. Er is dus sprake van een zogenaamd 'hardcorebeding', een beding dat de strekking heeft mededinging te beperken met een territoriaal effect.

2.7. De rechtbank overweegt, gelet op deze kwalificatie van het beding ten overvloede, dat het gaat om een beding tussen twee ondernemingen die in de naar omvang beperkte wereld van groothandelaren in Chinese levensmiddelen in Nederland en Duitsland, naar uit de

stukken is gebleken en niet in geschil is, een aanzienlijke rol spelen, die hun een zekere marktmacht verschaft op hun in omvang beperkte markt.

2.8. Gezien het voorgaande moet geoordeeld worden dat art. 81 lid 1 EG (evenals art. 6 lid 1 Mededingingswet) zich verzet tegen een overeenkomst als vastgelegd in het non-concurrentiebeding dat, naar de daaraan door de rechtbank gegeven uitleg, tussen [eisers] en [gedaagden] geldt. Het beding is dus nietig (art. 81 lid 2 EG).

2.9. De slotsom is dat het non-concurrentiebeding in de uitwerking en de omvang als inmiddels daaraan door de rechtbank gegeven is, beschouwd moet worden als een niet toegelaten restrictie omdat het beding de mededinging verhindert, beperkt of vervalst, terwijl geen uitzonderingsregel geldt op basis waarvan de beperking gerechtvaardigd is.

2.10. Het non-concurrentiebeding maakt deel uit van een vaststellingsovereenkomst. Weliswaar bepaalt art. 7:902 BW dat de vaststellingsovereenkomst ook geldig is als zij in strijd is met dwingend recht, maar daaraan wordt toegevoegd "tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde". Nu naar vaste rechtspraak het mededingingsrecht beschouwd wordt als van openbare orde, is de rechtbank van oordeel dat het feit dat het non-concurrentiebeding onderdeel is van een vaststellingsovereenkomst niet afdoet aan de onder 2.8 weergegeven conclusie.

2.11. De rechtbank overweegt naar aanleiding van het betoog van [eisers] dat het feit dat [gedaagden] zich in een eerder stadium van de procedure heeft beroepen op een uitleg van het non-concurrentiebeding die niet strijdig is met het kartelverbod, niet meebrengt dat het haar thans niet vrij zou staan een beroep op dat verbod te doen naar aanleiding van de door [eisers] gegeven uitleg, die door de rechtbank onderschreven wordt.

2.12. De geldvordering zal gelet op het voorgaande afgewezen worden.

2.13. Het voorgaande brengt mee dat [eisers] bij de verklaring voor recht dat [gedaagden] het – immers nietige – non-concurrentiebeding heeft overtreden geen belang heeft en dat de verklaring voor recht dat het non-concurrentiebeding door die overtreding voor [eisers] is vervallen zinledig is. De vorderingen zullen dus ook voor wat deze verklaringen voor recht betreft, moeten worden afgewezen.

2.14. [eisers] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagden] worden begroot op:

- exploitkosten EUR 0,00
- vast recht 4.584,00
- getuigenkosten 0,00
- deskundigen 0,00
- overige kosten 0,00
- salaris procureur 20.871,50 (6,5 punten × tarief EUR 3.211,00)

Totaal EUR 25.455,50

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. wijst de vorderingen af,

3.2. veroordeelt [eisers] in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagden] tot op heden begroot op EUR 25.455,50.

3.3. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

3.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.D.A. den Tonkelaar, mr. M.J. Blaisse en mr. M.P.C.J. van Bavel en in het openbaar uitgesproken op 24 oktober 2007
