

vonnis

RECHTBANK ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 125793 / HA ZA 05-660

Vonnis van 1 februari 2006

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **CHOI KWAI INTERNATIONAL B.V.**,
gevestigd te Huissen,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **JAN RIJCKEN BEHEER B.V.**,
gevestigd te Bemmelen,
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 **EBO VAN DEN BOR HOLDING B.V.**,
gevestigd te Nijkerk,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **HORECA GROOTHANDEL EBO VAN DEN BOR NIJKERK B.V.**,
gevestigd te Nijkerk,
gedaagden,
procureur mr. F.J. Boom,
advocaat mr. L.M. Graal te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Choi Kwai en Ebo van den Bor genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - het tussenvonnissen van 29 juni 2005
 - het proces-verbaal van comparitie van 19 augustus 2005
 - de akte van Choi Kwai
 - de nadere conclusie van Ebo van den Bor.

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Choi Kwai drijft een groothandel in levensmiddelen bestemd voor de oriëntaalse horecamarkt, waaronder begrepen Chinese restaurants, toko's en groothandelsbedrijven. Tot

november 1999 was Jan Rijcken Beheer B.V. (middels Rijcken Buurman B.V.) 100% houder van de aandelen Choi Kwai. Jan Rijcken is aandeelhouder van Jan Rijcken Beheer B.V. Op 24 november 1999 zijn de aandelen Rijcken Buurman B.V. (en daarmee dus Choi Kwai) overgedragen aan Ebo van den Bor Holding B.V. Deze houdstermaatschappij is tevens 100% aandeelhouder van Horecagroothandel Ebo van den Bor Nijkerk B.V. Laatstgenoemde houdt zich net als Choi Kwai bezig met groothandel in levensmiddelen voor de oriëntaalse horecamarkt. Jan Rijcken was vóór en na de aandelenoverdracht bestuurder van Choi Kwai. Bij besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Choi Kwai van 24 maart 2004 is Jan Rijcken geschorst als bestuurder, op 6 april 2004 is hij ontslagen, omdat hij, zo werd gesteld, met de door hem opgerichte onderneming Rising Sun B.V. onrechtmatige, concurrerende activiteiten zou ontplooiën.

2.2. Tussen partijen zijn in de eerste helft van 2004 diverse geschillen gerezen. Bij de daarop volgende mediation zijn partijen overeengekomen dat de aandelen Rijcken Buurman (en dus ook Choi Kwai) door Ebo van den Bor weer zouden worden verkocht aan Rijcken Beheer. In het kader van die aandelenoverdracht hebben partijen op 6 augustus 2004 overeenstemming bereikt over een concurrentiebeding, neergelegd in een Non Concurrentieovereenkomst. De aandelen Rijcken Buurman zijn op 27 augustus 2004 door Ebo Holding aan Rijcken Beheer geleverd.

2.3. De hiervoor genoemde op 6 augustus 2004 overeengekomen Non Concurrentieovereenkomst luidt, voor zover van belang:

[...]

Overwegende

dat partijen bij vaststellingsovereenkomst van 6 augustus 2004 hun diverse geschillen geschikt hebben;

dat daarbij is overeengekomen dat Choi Kwai door Rijcken c.s. gekocht zal worden;

dat deze non concurrentieovereenkomst onderdeel uitmaakt van de schikking tussen partijen en daarmee onlosmakelijk is verbonden;

[..]

dat zowel Rijcken c.s., Choi Kwai en Bor B.V. zich bedrijfsmatig bezighouden met het groothandelsbedrijf in levensmiddelen bestemd voor de oriëntaalse horecamarkt daaronder begrepen Chinese restaurants, toko's en groothandelsbedrijven (hierna: "de Bedrijfsactiviteit");

dat Bor B.V. zich daarbij in hoofdzaak richt op de Nederlandse markt en Choi Kwai op de Duitse markt.

Komen partijen als volgt overeen

1. Het is Rijcken c.s. en Choi Kwai tot 6 augustus 2006 verboden om te verkopen of te doen leveren aan enig in Nederland gevestigde klant of afleveradres danwel op enige

-
- wijze, direct of indirect betrokken te zijn bij of op enigerlei wijze ondersteuning te verlenen aan, enige op de Bedrijfsactiviteit gelijkende ondernemingsactiviteit die zich (mede) richt op de in Nederland gevestigde klanten van Bor B.V. danwel op enigerlei andere wijze de Bedrijfsactiviteit van Bor B.V. in Nederland te beconcurreren.
2. Het is Bor B.V. tot 6 augustus 2006 verboden om te verkopen of te doen leveren aan enig in Duitsland gevestigde klant of afleveradres danwel op enige wijze, direct of indirect betrokken te zijn bij of op enigerlei wijze ondersteuning te verlenen aan enige op de Bedrijfsactiviteit gelijkende ondernemingsactiviteit die zich (mede) richt op de in Duitsland gevestigde klanten van Rijcken c.s. en Choi Kwai danwel op enigerlei andere wijze de Bedrijfsactiviteit van Rijcken c.s. en Choi Kwai in Duitsland te beconcurreren.
 3. Bij overtreding van dit non concurrentiebeding verbeurt de overtredende partij jegens de andere partij een direct opeisbare boete van €1.000.000,- aan de andere partij, ongeacht het recht van laatstgenoemde de werkelijk geleden schade op de overtredende partij te verhalen. Bij iedere verdere overtreding van het non concurrentiebeding verbeurt de overtredende partij een aanvullende direct opeisbare boete van €500.000,- per overtreding aan de andere partij.
[...]
 4. Partijen komen een strikte toepassing en ruime uitleg van de strekking van de wederzijdse non concurrentie overeen. Een (eventueel) relatief geringe overtreding mag voor de rechter geen aanleiding vormen om tot matiging of buitenwerking stelling van het boetebeding te oordelen. De intentie van partijen is elkander strikt aan het concurrentiebeding te houden.
 5. Bij overtreding van de wederzijdse non concurrentie door één der partijen vervalt het non concurrentiebeding jegens de niet overtredende partij die door de concurrentie wordt getroffen. Zulks laat onverlet het recht van de partij om de boete te incasseren.
 6. In afwijking van het bepaalde onder 1. is het Rijcken toegestaan om te leveren aan in Nederland gevestigde wederverkopers die uitsluitend aan in Duitsland gevestigde eindafnemers leveren. Rijcken is dan gehouden dit non-concurrentiebeding mutatis mutandis aan deze wederverkopers op te leggen.

2.4. Naar aanleiding van de door Choi Kwai gestelde overtreding van het concurrentiebeding, inhoudende dat Ebo van den Bor aan de in Nederland gevestigde groothandels Kai Tak B.V. en Asian Express Food zou leveren, die deze producten (deels) zouden doorleveren aan klanten in Duitsland, heeft Choi Kwai op 14 december 2004 ten laste van Ebo van den Bor beslagen gelegd. In kort geding heeft Ebo van den Bor vervolgens opheffing van de beslagen gevorderd. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 21 december 2004 de beslagen opgeheven. Daartoe heeft zij onder meer overwogen dat door Choi Kwai voorshands onvoldoende aannemelijk was gemaakt dat onder het concurrentiebeding tevens moet worden verstaan iedere levering van Ebo van den Bor aan een groothandel in Nederland die producten doorlevert aan Duitsland.

2.5. Kai Tak is een in Nederland gevestigde groothandel in Aziatische levensmiddelen. Op 15 december 2004 heeft de algemeen directeur van Ebo van den Bor aan Kai Tak een brief geschreven met de volgende inhoud:

Zeer recent hebben wij begrepen dat een deel van de goederen die u afneemt van Ebo van den Bor door u worden doorverkocht aan bedrijven in Duitsland. Lopende afspraken met in Duitsland leverende ondernemingen verbieden ons om onze producten op de Duitse markt te brengen. Met andere woorden, Ebo van den Bor is niet vrij

om te handelen op de Duitse markt, niet direct, noch indirect. Dit impliceert dat wij U niet meer kunnen leveren, tenzij u helder stelt, bevestigt en garandeert dat de door ons geleverde goederen niet in Duitsland zullen worden verkocht en geleverd.

3. Het geschil

3.1. Choi Kwai vordert in deze procedure in de eerste plaats dat de rechtbank voor recht verklaart dat Ebo van den Bor het concurrentieverbod heeft overtreden. Daarnaast vordert zij, samengevat, veroordeling van Ebo van den Bor tot betaling van EUR 1.000.000,- en een verklaring voor recht dat het concurrentiebeding jegens Choi Kwai, als niet-overtredende partij, is vervallen, met veroordeling van Ebo van den Bor in de kosten van deze procedure.

3.2. Zij legt daaraan ten grondslag dat Ebo van den Bor in strijd heeft gehandeld met de non concurrentieovereenkomst.

3.3. Ebo van den Bor voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Kern van het geschil betreft de vraag of Ebo van den Bor, door de levering van producten aan Kai Tak en Asia Express Food, groothandelaren in Aziatische producten, waarvan vervolgens een deel zou zijn doorgeleverd aan in Duitsland gevestigde afnemers, in strijd heeft gehandeld met de non concurrentieovereenkomst. Onderzocht dient te worden of deze levering onder het non concurrentiebeding valt, met andere woorden wat de strekking en intentie is van de tussen partijen gesloten non concurrentieovereenkomst.

4.2. Voordat de rechtbank daar evenwel aan toe komt dient de rechtbank te onderzoeken of de tussen partijen gemaakte afspraken in strijd zijn met het in art. 81 EG opgenomen kartelverbod. Partijen zijn bij de comparitie in de gelegenheid gesteld zich daar nader schriftelijk over uit te laten.

4.3. De tussen partijen gesloten overeenkomst betreft een geografische verdeling van markten: partijen hebben afgesproken dat Choi Kwai de Duitse markt bedient, Ebo van den Bor de Nederlandse. Vaststaat dat deze afspraak de mededinging op de gemeenschappelijke markt beperkt. Vaststaat voorts dat de non concurrentieovereenkomst is gesloten in het kader van de verkoop door Ebo van den Bor van de aandelen Rijcken Buurman (en dus Choi Kwai) aan Rijcken Beheer. Ebo van den Bor heeft gesteld dat zonder het concurrentiebeding de verkoop, die deel uitmaakte van de schikking tussen partijen, voor haar geen zin had.

4.4. Nu de non concurrentieovereenkomst is gesloten in het kader van de overname van een onderneming dient onderzocht te worden of de mededingingsbeperkende werking van de onderhavige overeenkomst heeft te gelden als, kort gezegd, een geoorloofde nevenrestrictie. In het communautaire mededingingsrecht omvat het begrip "nevenrestrictie" elke (beweerde) mededingingsbeperking die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en die daaraan evenredig is, met dien verstande dat de hoofdtransactie zelf de mededinging niet mag beperken. Indien op grond van objectieve factoren kan worden geconcludeerd dat, binnen de specifieke context van de hoofdtransactie, een bepaalde mededingingsbeperkende restrictie

noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van die transactie en daaraan evenredig is, valt de restrictie buiten het toepassingsgebied van art. 81 lid 1 EG. Naar het oordeel van de rechtbank is dat het geval, en wel op grond van het navolgende.

4.5. Vaststaat dat de afspraken strekkende tot het beperken van de concurrentie verband hielden met en voor één der partijen noodzakelijk was voor het realiseren van de overname van Choi Kwai. Voorts is het non concurrentiebeding in duur beperkt tot twee jaar. De geografische reikwijdte wordt beperkt tot het gebied waarin de ondernemingen vóór de overname de betreffende producten aanboden. Immers, zoals ook is bevestigd in de overeenkomst zelf, richt Choi Kwai zich in hoofdzaak op de Duitse markt en Ebo van den Bor op de Nederlandse. Tot slot is het non concurrentiebeding in werking beperkt tot de producten die deel uitmaken van de overname, in de overeenkomst aangeduid als “de Bedrijfsactiviteit”. De conclusie is dan ook dat de nevenrestricties zoals deze zijn opgenomen in de non concurrentieovereenkomst geoorloofd zijn en derhalve vrijgesteld van het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG.

4.6. Vervolgens dient onderzocht te worden of Ebo van de Bor in strijd met de geoorloofde non concurrentieovereenkomst heeft gehandeld. Partijen twisten over de vraag op welke wijze deze overeenkomst dient te worden uitgelegd en wat in dit kader onder ongeoorloofde concurrentie dient te worden verstaan.

4.7. Choi Kwai heeft het volgende aan haar vordering ten grondslag gelegd. Ebo van den Bor presenteert zich op internet als de groothandel voor Oriëntaalse en Zuid-Europese restaurants in Nederland, België en Duitsland. Uit nader onderzoek is gebleken dat Ebo van den Bor twee groothandels beleverde die vrijwel uitsluitend op de Duitse markt actief zijn: Kai Tak en Asia Express Food. Kai Tak haalt 70% van haar omzet uit de levering van producten aan in Duitsland gevestigde restaurants. Choi Kwai heeft een factuur overgelegd, gedateerd 11 oktober 2004, waaruit de levering blijkt van 10 kilo bami van het merk Ital Pasta Zara. Uit een factuur van Kai Tak, gericht aan Wing Hap Li Asien Markt in Kassel, Duitsland, blijkt dat een deel van deze bami voor het bedrag van €173,- aan dit in Duitsland gevestigde restaurant is geleverd. Daarnaast heeft Choi Kwai een factuur overgelegd van Ebo van den Bor aan Asia Express Food, die betrekking heeft op de levering van sesam olie. Ook Asia Express Food richt zich vrijwel uitsluitend op de Duitse markt. Asia Express Food heeft de sesam olie vervolgens doorgeleverd aan Asia Laden te Hannover, Duitsland.

4.8. Choi Kwai bestrijdt de juistheid van de redenering van de voorzieningenrechter en stelt dat beide partijen op het moment van sluiten van de non concurrentieovereenkomst leverden aan de tussenhandel. Zij waren zich ervan bewust dat de gemaakte non concurrentieafspraken hen op dit punt zouden belemmeren. Vast stond volgens Choi Kwai dat zij de tussenhandelaren moesten verbieden van hen gekochte levensmiddelen door te verkopen aan eindgebruikers in respectievelijk Nederland en Duitsland. Ten aanzien van wederverkopers is bovendien in artikel 6 van de overeenkomst, in afwijking van artikel 1 daarvan, expliciet opgenomen dat het Rijcken (Choi Kwai) is toegestaan te leveren aan in Nederland gevestigde wederverkopers die uitsluitend in Duitsland gevestigde eindafnemers leveren, waarbij Rijcken gehouden is dit non concurrentieverbod mutatis mutandis aan deze wederverkopers op te leggen.

4.9. Ebo van den Bor heeft aangevoerd dat de achterliggende gedachte bij het overeenkomen van een stringent concurrentiebeding was gelegen in het feit dat Rijcken, in de periode dat hij nog bestuurder was van Choi Kwai, in weerwil van op dat moment reeds geldende concurrentiebedingen, zowel Horecagroothandel Ebo van den Bor als Choi Kwai met de door hem nieuw opgerichte onderneming Rising Sun International, concurrentie aandeed. Ebo van den Bor eiste om die reden dat bij terugkoop van Choi Kwai door Rijcken, de reeds bestaande geografische marktverdeling werd bevestigd door middel van een concurrentiebeding. Rijcken zou daarop de eis hebben gesteld dat Ebo van de Bor dan geen activiteiten op de Duitse markt mocht ontplooiën. Voor Ebo van den Bor vormde die voorwaarde geen probleem; omdat zij in het geheel niet actief was op de Duitse markt veranderde er feitelijk voor haar niets, zo stelt zij. Partijen hebben niet bedongen dat Ebo van den Bor niet meer gerechtigd zou zijn te leveren aan groothandels die mogelijk tevens actief waren op de Duitse markt. Daar zou zij ook geen controle op kunnen uitoefenen, terwijl de groothandelmarkt juist een belangrijke afzetmarkt voor haar was. Ook Rijcken was er op het moment van het sluiten van de non concurrentieovereenkomst van op de hoogte dat Ebo van de Bor (sinds jaar en dag) leverde aan groothandelaren als Kai Tak en Asian Express Food. In de eerste maanden na het sluiten van de overeenkomst heeft hij hier ook geen probleem van gemaakt. Als Choi Kwai had gewild dat het beding zou inhouden dat Ebo van den Bor niet meer mocht leveren aan de Nederlandse groothandels waar zij voordien ook al aan leverde, welke groothandels mogelijk ook klanten in Duitsland beleveren, had Choi Kwai een dergelijk vergaande bepaling uitdrukkelijk in de non concurrentieovereenkomst moeten opnemen.

4.10. Ten aanzien van de door haar op 15 december 2004 aan Kai Tak verzonden brief heeft Ebo van den Bor aangevoerd dat zij hiermee geenszins de stellingname van Choi Kwai heeft willen bevestigen. Zij verzond deze brief daags na het leggen van het beslag om hier zo snel mogelijk van af te zijn.

4.11. Ebo van den Bor heeft voorts een brief overgelegd d.d. 18 januari 2005, waarin door haar een gesprek wordt bevestigd dat naar aanleiding van het kort geding dat strekte tot opheffing van de gelegde beslagen tussen partijen plaatsvond. Hierin bevestigt Ebo van den Bor dat bij dat gesprek duidelijk werd dat het Rijcken er, stellende dat sprake was van schending van de non concurrentieovereenkomst, naast het incasseren van een forse boete, met name om te doen was een aanpassing van het concurrentiebeding te forceren, inhoudende dat het hem weer zou worden toegestaan in Nederland gevestigde groothandels te beleveren.

4.12. Ebo van de Bor heeft tot slot aangevoerd dat geenszins vaststaat dat Kai Tak de naar Duitsland doorgeleverde Pasta Zara van haar heeft betrokken.

4.13. De rechtbank constateert dat tussen partijen onbetwist vaststaat dat Choi Kwai met haar oriëntaalse producten de Duitse markt bedient en Ebo van de Bor de Nederlandse markt. Dit uitgangspunt is ook zo neergelegd in de non concurrentieovereenkomst. Choi Kwai baseert zich bij haar vordering op een strikte, grammaticale uitleg van de non concurrentieovereenkomst. Ebo van den Bor stelt daarentegen dat de non concurrentieovereenkomst inhoudt dat Ebo van den Bor geen ondernemingsactiviteiten mag ontplooiën op de Duitse markt en dat zij dat dan ook niet doet.

Daarentegen mag zij wel haar ondernemingsactiviteiten voortzetten in lijn met de wijze waarop zij daarvoor al handelde, hetgeen, zoals Choi Kwai ook bekend was, tevens inhoudt het leveren aan al dan niet internationaal opererende groothandelaren in Nederland.

4.14. Ingevolge vaste jurisprudentie kan de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Bij de uitleg komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

4.15. Ter comparitie heeft Rijcken verklaard dat het leveren aan groothandelaren expliciet aan de orde is geweest bij het sluiten van de non concurrentieovereenkomst. Daarbij zou zijn afgesproken dat aan klanten zou worden meegedeeld dat niet zou mogen worden geleverd op de markt van de ander. Rijcken heeft verklaard na 6 augustus 2004 meteen actie te hebben ondernomen en wederverkopers die in Nederland leverden gebeld te hebben dat hij hen niet meer zou leveren. Aaldering, bestuurder van Ebo van den Bor, heeft ter comparitie betwist dat expliciet de mogelijkheid is besproken dat er leveringen zouden kunnen plaatsvinden aan groothandelaren die mogelijk zouden doorleveren aan de markt van de ander. Dit is ter comparitie bevestigd door de raadsman van Ebo van den Bor, die betrokken was bij de totstandkoming van de non concurrentieovereenkomst.

4.16. De rechtbank zal Choi Kwai nu bewijs opdragen van haar stelling dat partijen uitdrukkelijk hebben bedoeld dat ook de levering aan in Nederland gevestigde groothandels, die mogelijk in Duitsland zouden leveren, onder de non concurrentieovereenkomst vallen. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. draagt Choi Kwai International en Jan Rijcken Beheer op te bewijzen dat partijen bij het overeenkomen van de Non Concurrentieovereenkomst 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,

5.2. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **15 februari 2006** voor uitlating door Choi Kwai International en Jan Rijcken Beheer of zij bewijs willen leveren door het overleggen van bewijsstukken, door het horen van getuigen en / of door een ander bewijsmiddel,

5.3. bepaalt dat Choi Kwai International en Jan Rijcken Beheer, indien zij geen bewijs door getuigen willen leveren maar wel **bewijsstukken** willen overleggen, die stukken direct in het geding moeten brengen,

5.4. bepaalt dat Choi Kwai International en Jan Rijcken Beheer, indien zij **getuigen** willen laten horen, de getuigen en de verhinderdagen van de partijen en hun advocaten in de

maanden maart tot en met mei 2006 direct moeten opgeven, waarna dag en uur van het getuigenverhoor zullen worden bepaald,

5.5. bepaalt dat dit getuigenverhoor zal plaatsvinden op de terechtzitting van een nog aan te wijzen rechter van deze rechtbank in het paleis van justitie te Arnhem aan de Walburgstraat 2-4,

5.6. bepaalt dat **alle partijen** uiterlijk twee weken voor het eerste getuigenverhoor **alle beschikbare bewijsstukken** aan de rechtbank en de wederpartij moeten toesturen,

5.7. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.M.Th. Quaadvliet en in het openbaar uitgesproken op 1 februari 2006.