



Heijmans c.s. / Nederveen c.s.

Rechtbank Den Bosch 28 maart 2007, *LJN* BA2126
(tussenvonnis bodemprocedure)
(m. nt. P.J. Kreijger)¹

De op deze plaats te bespreken uitspraak betreft een tussenvonnis inzake de mededingingsrechtelijke geldigheid van een concurrentiebeding in een overnameovereenkomst. Hoewel het een tussenvonnis betreft, verdient het toch opgemerkt te worden, niet alleen nu het, anders dan de meeste vergelijkbare zaken, de pers heeft gehaald,² maar ook nu de Rechtbank Den Bosch haar mededingingsrechtelijk huiswerk zeer uitvoerig lijkt te hebben gedaan. Na een beknopte weergave van de uitspraak zal ik enkele aspecten van commentaar voorzien, waaronder de positie die de Rechtbank kiest in de discussie over de mogelijkheid van conversie (art. 3:42 BW) van overeenkomsten die nietig zijn op grond van strijd met de Mededingingswet.³

De uitspraak

Het geschil dat aanleiding is tot de hier te bespreken uitspraak, vindt zijn oorsprong in de overname, in 1999, van een tweetal in hei- en funderingstechniek gespecialiseerde ondernemingen (J. Nederveen B.V. en Heibedrijf J. Nederveen BV, de 'Nederveenvennootschappen') door bouwconcern Heijmans. In de koopovereenkomst wordt een non-concurrentiebeding opgenomen ten laste van de verkopende vennootschap en diens aandeelhouders, waaronder de directeur, de heer Krugers, in persoon. Op grond van dit beding dienen verkopers en aandeelhouders zich, samengevat, gedurende vijf jaar te onthouden van concurrerende werkzaamheden in Nederland. De termijn van vijf jaar gaat voor de heer Krugers pas in vanaf het moment dat hij niet langer in dienstverband is bij de overgedragen vennootschappen (hij zou nog tot 1 september 2004 directeur blijven). Voorts wordt een niet-wervingsbeding opgenomen, een en ander versterkt met forse contractuele boetes.

Twee dagen nadat de heer Krugers per 1 september 2004 als directeur bij de Nederveenvennootschappen is opgestapt en het Nederlands Heibedrijf B.V. is begonnen, valt een dagvaarding in kort geding van Heijmans in de bus: de heer Krugers en het Nederlands Heibedrijf dienen ogenblikkelijk hun concurrerende activiteiten te staken die met oud-werknemers van de Nederveenvennootschappen voor afnemers van de Nederveenvennootschappen worden uitgevoerd. Het beroep van Heijmans tegen het voor haar teleurstellende vonnis van de voorzieningenrechter wordt op 23 mei 2006 door het Hof Den Bosch verworpen. Heijmans spant echter ook een bodemprocedure aan, waarin zij onder meer betaling vordert van de volgens haar door de heer Krugers contractueel verbeurde boetes van ruim € 10 miljoen alsmede een verbod om nog langer concurrerende werkzaamheden te verrichten gedurende de resterende looptijd van het beding. Krugers verweert zich met een beroep op nietigheid van het non-concurrentiebeding in de koopovereenkomst wegens strijd met het mededingingsrecht zo hij al gebonden moet worden geacht nu niet hij, maar alleen de Nederveenvennootschappen. Heijmans bestrijdt het beroep op het mededingingsrecht nu Krugers als privépersoon gebonden was aan het beding (dat voor hem eerst inging na zijn ontslag als directeur) en niet als onderneming, zodat art. 6 Mw reeds daarom niet van toepassing is.

De Rechtbank komt op basis van de ruime definitie van het mededingingsrechtelijk ondernemingsbegrip en een uitleg van de verhouding tussen partijen tot de conclusie dat Krugers wel degelijk als 'onderneming' gebonden is aan het beding, nu tussen partijen beoogd is zowel Krugers als de verkopende vennootschappen te beperken in de mogelijkheid als onderneming te concurreren met Heijmans.

1 Paul Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

2 *Heijmans eist miljoenen van ex-manager*, De Financiële Telegraaf 17 april 2007 (www.dft.nl). Zie voor een overzicht van vergelijkbare zaken F.J. Leeftang en K. Hoogenboezem, 'Non-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten en de burgerlijke rechter', *AM* 2006, nr. 3, p. 63 – 68.

3 De zaak is eveneens – in combinatie met Voorzieningenrechter Arnhem 17 januari 2007, *LJN* AZ9271 – van commentaar voorzien door M. de Grave in *AM* 2007, nr. 4, p. 89 – 90.

Vervolgens stelt de Rechtbank vast dat het concurrentiebeding in beginsel geacht moet worden de strekking te hebben de concurrentie te beperken. Anders dan *Krugers c.s.* stellen betekent dat nog niet dat daarmee ook een onderzoek naar de merkbaarheid van deze beperking overbodig is geworden, en zulks volgt ook niet uit het door hen aangehaalde arrest van de Hoge Raad inzake *Vreugdenhil/Floraholland*.⁴ Daarom moet beoordeeld worden of, ondanks de beperkende strekking, de positie van partijen bij het beding niet zodanig zwak is dat het effect op de relevante markt onbetekenend is. Met het niet van toepassing zijn van de bagatelbepaling van art. 7 Mw, zoals tussen partijen vaststaat, is die merkbaarheid nog niet gegeven: voor de vaststelling is een onderzoek naar alle feitelijke, juridische en economische omstandigheden noodzakelijk. Bij dit onderzoek zijn de kwantitatieve drempels zoals opgenomen in de *de minimis*-bekendmaking van de Commissie hooguit richtinggevend, nu de in deze en vergelijkbare mededelingen gegeven regels beleidsregels zijn die de rechter niet binden. Nu de Rechtbank van mening is dat zij bij gebreke van voldoende gegevens omtrent onder meer de marktafbakening, marktstructuur en positie van partijen nog geen oordeel over de merkbaarheid kan geven, gelast zij een comparitie waarin het nader onderzoek zal worden behandeld.

Mocht uit dit onderzoek inderdaad blijken dat het beding een merkbaar effect heeft, dan is naar het oordeel van de Rechtbank sprake van een verboden strekkingsbeding als bedoeld in art. 6 Mw, tenzij, in lijn met het door Heijmans gedane beroep op het arrest van het Hof van Justitie inzake *Remia*,⁵ aangenomen moet worden dat het beding een legitiem doel diende. De Rechtbank volgt Heijmans in zoverre dat zij inderdaad van mening is dat een concurrentieverbod ten laste van Kruger c.s. gerechtvaardigd was om de waarde van de over te dragen vennootschappen veilig te stellen. De duur van het beding acht de Rechtbank echter disproportioneel: twee jaar moet in dit geval voldoende worden geacht, in lijn met hetgeen in het Europees mededingingsrecht wel als richtsnoer wordt genomen. Nu het beding vanwege haar beduidend langere duur als geheel nietig zal zijn als de merkbaarheid moet worden aangenomen, rijst de vraag of conversie geboden is. De strekking van de in art. 6, lid 2, Mw opgenomen nietigheidssanctie staat echter aan conversie van het beding in een beding voor twee jaar in de weg, nu deze sanctie partijen beoogt te stimuleren ongeoorloofde beperkingen te beëindigen. Wanneer het risico van het hanteren van dergelijke bedingen beperkt zou zijn tot een mogelijke conversie, zou daarmee de door art. 6, lid 2, beoogde prikkel voor een belangrijk deel worden weggenomen.

Commentaar

De uitspraak van de Rechtbank is zeer bruikbaar als voorbeeld in een inleiding mededingingsrecht en als zodanig dus 'voorbeeldig' te noemen, zowel qua reikwijdte van de onderwerpen die aan de orde komen (nevenrestricties, effect van mededelingen van de Commissie, strekkingsbedingen versus gevolgbedingen, merkbaarheid, nietigheid en conversie) als wat betreft de aanpak.⁶ De uitspraak spreekt

in zoverre voor zichzelf en ik beperk mij in deze noot dan ook tot een aantal korte opmerkingen.

De driehoeksrelatie tussen strekkingsbedingen, gevolgbedingen en merkbaarheid is een notoire bron van verwarring: wanneer het daadwerkelijke gevolg van strekkingsbedingen niet hoeft te worden onderzocht, waarom moet dan niettemin een onderzoek naar de merkbaarheid van een dergelijk beding worden gedaan? In ieder geval juridisch is onomstreden dat de merkbaarheidstoets een afzonderlijke is en bij ieder beding moet worden toegepast.⁷ Het antwoord van de Rechtbank dat een overeenkomst die niet merkbaar is geen gevaar oplevert voor een gezonde marktwerking en daarom niet onder art. 6 Mw/81, lid 1, EG hoeft te vallen is in lijn met, bijvoorbeeld, de uitspraak van het CBB inzake *Secon en G-Star*, waarin werd aangenomen dat een overeenkomst die de concurrentie 'niet in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt' aan het kartelverbod ontsnapt. In hoeverre van een relevante beperking sprake is, moet worden uitgemaakt aan de hand van de juridische en economische context en de structuur van de markt (het boetesbesluit inzake *Secon en G-Star* sneuvelde juist op het door Rechtbank Rotterdam en het CBB gebrekkig beoordeelde onderzoek⁸). Maar was dat nu niet juist het onderzoek dat bij strekkingsbepalingen overbodig is? Volgens het CBB⁹ moet immers de beoordeling of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet strekt tot beperking van de mededinging worden onderzocht aan de hand de economische context, de structuur van de markt en de aldaar vigerende omstandigheden, terwijl zodra duidelijk is dat een strekkingsbeding aan de orde is, de mededingingsbeperking wordt verondersteld. De (Europese) rechtspraak en beschikkingenpraktijk lijken er nog niet in geslaagd deze (in ieder geval ogenschijnlijke) spanning helemaal op te lossen. In aansluiting op het arrest van het Hof van Justitie inzake *Völk/Vervaecke* wordt het merkbaarheidsonderzoek doorgaans beperkt tot een analyse van de marktpositie van de bij de gewraakte overeenkomst betrokken partijen. Wanneer hun marktpositie zeer bescheiden is, is een merkbaar effect niet aannemelijk, hoe *hard core* hun afspraak op zichzelf beschouwd wellicht ook is. Deze benadering volgt de Rechtbank Rotterdam, bijvoorbeeld in het beroep van de mobiele operators tegen de hen door de NMa opgelegde boetes wegens onderling afgestemde feitelijke gedragingen, nu volgens de Rechtbank zonder nader onderzoek duidelijk is dat geen sprake is van een zwakke positie van de grote(re) operators KPN Mobile, Vodafone

4 HR 3 december 2004, NJ 2005, 118.

5 HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, Jur. 1985, p. 2566.

6 De schoonheidsfout van de consistente verwijzing naar art. 85 in plaats van art. 81 EG daargelaten. De rechtbank heeft overigens vanwege de principiële juridische aspecten en de grote belangen die met deze zaak zijn gemoeid tussentijds hoger beroep toegestaan.

7 Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals bevestigd door CBB 7 december 2005, LJV AU8309, *Secon/G-Star - NMA* en HR 3 december 2004, NJ 2005, 118, *Vreugdenhil/Floraholland*.

8 De NMa zag uiteindelijk af van dit onderzoek, besluit van 19 oktober 2006, zaak 757/*Secon Group - G-Star*.

9 CBB 28 oktober 2005, LJV AU5316, *Modint*.

en T-Mobile.¹⁰ Ook het CBb heeft een dergelijke benadering van de NMa gesauveerd: weliswaar is een onderzoek naar de merkbaarheid vereist, maar zodra in redelijke mate duidelijk is dat de betrokken ondernemingen geen onbetekenende positie innemen, mag het merkbaarheidsvereiste vervuld worden geacht.¹¹ Deze benadering lijkt werkbaar, zeker in het licht van *Völk/Vervaecke* waarin de marktpositie van de betrokken ondernemingen expliciet als factor werd genoemd, maar dekt de lading niet volledig nu mededingingsbeperkingen ook in kwalitatief opzicht niet merkbaar kunnen zijn, ongeacht de omvang van de betrokken ondernemingen.¹² Dat het toch enigszins tobben blijft in dit opzicht, blijkt bijvoorbeeld ook uit het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet in zaak 4108, *Nozema/Broadcast Partners*. In dit advies wordt tot uitgangspunt genomen dat de hedendaagse economische benadering van het mededingingsbegrip eraan in de weg staat een strekkingsbeding strijdig met de Mededingingswet te oordelen zonder onderzoek naar de vraag of voor dit beding niet een economisch redelijke alternatieve verklaring valt te geven, zonder dat duidelijk wordt hoe de commissie het merkbaarheidsvereiste in dit kader inpast. Hoe dit ook zij, de Rechtbank Den Bosch lijkt tegen de achtergrond van het voorgaande het onderzoek naar de merkbaarheid ruimhartig op te vatten, waar zij partijen in de gelegenheid stelt min of meer uitvoerig van gedachten te wisselen over het op te zetten onderzoek, waarbij zelfs de inbreng van deskundigen niet wordt uitgesloten.¹³

Ook het fenomeen van de nevenrestrictie heeft oude mededingingsrechtelijke papieren en is inmiddels evenzeer in de jurisprudentie onder de Mededingingswet overgenomen.¹⁴ Bij nevenrestricties gaat het, zoals de Rechtbank correct vaststelt, om bedingen die op zichzelf beschouwd mededingingsbeperkend (kunnen) zijn, maar objectief rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn voor een op zichzelf legitiem doel¹⁵ en op die grond ontsnappen aan het kartelverbod. De beoordeling van de Rechtbank komt overeen met de gebruikelijke analyse van nevenrestricties in de adviespraktijk, waar men in de regel vaart op de mededelingen van de Commissie inzake nevenrestricties om aan de veilige kant te blijven. Daarmee is niet gegeven dat die mededeling steeds doorslaggevend moet zijn: uiteindelijk zijn toch steeds de omstandigheden van het geval bepalend of een nevenrestrictie proportioneel moet worden geacht en het valt enigszins op dat de Rechtbank juist op dit punt tamelijk volgzaam is, terwijl zij – terecht – de *minimis*-bekendmaking als niet meer dan richtinggevend ziet.

Het standpunt van de Rechtbank over de (on)mogelijkheid van conversie van bedingen die nietig zijn op grond van het mededingingsrecht is eerder verwoord door Mok.¹⁶ In deze benadering kan de strekking van de norm waar de nietigheid uit voortvloeit (zowel art. 6, lid 2 Mw als art. 81, lid 2, EG) zich verzetten tegen toepassing van art. 3:42 BW op overeenkomsten voor zover deze door de nietigheidssanctie worden geraakt. Deze wijze van begrenzing van

het toepassingsbereik van de conversie is door de Hoge Raad herhaaldelijk gehanteerd, bijvoorbeeld in arbeidsrechtelijke context (geen conversie van te lang proeftijdbeding of beding in strijd met de CAO).¹⁷ Uitgangspunt in die gevallen is dat een andere benadering onvoldoende recht zou doen aan het beschermende karakter van de betrokken bepalingen nu degene die in strijd daarmee handelt, bijvoorbeeld de werkgever die een nietig proeftijdbeding hanteert, geen andere gevolgen heeft te vrezen dan conversie in een wel geldig beding. De benadering van de Rechtbank past naadloos in dit schema. Verzet de nietigheidssanctie van art. 6, lid 2 Mw en art. 81, lid 2 EG zich inderdaad tegen conversie van een nietig beding? Recent betoogde advocaat-generaal Keus dat dit niet het geval hoeft te zijn. Partiële nietigheid is mededingingsrechtelijk aanvaard, waarin volgens Keus de erkenning besloten ligt dat de mededingingsrechtelijke nietigheidssanctie niet dieper ingrijpt dan nodig is om de betrokken overeenkomst met het mededingingsrecht in overeenstemming te brengen. Conversie doet zo bezien juist recht aan de strekking van het mededingingsrecht, nu daaruit uitsluitend wél met het mededingingsrecht verenigbare overeenkomsten resulteren.¹⁸ Dit lijkt mij te meer verdedigbaar gelet op het uitgangspunt dat het mededingingsrecht niet individuele concurrenten beschermt (anders dan de bescherming van werknemers of consumenten) maar de concurrentie als zodanig. Afwijzing van conversie in mededingingsrechtelijke context lijkt voorts niet zonder meer verdedigbaar wanneer de door de Adviescommissie bezwaarschriften NMa verdedigde opvatting school maakt en het onderscheid tussen strekkingsbedingen en gevolgbedingen zou vervagen. Overigens verdedigt Keus de opvatting dat bedingen die strekken tot beperking van de mededinging niet voor conversie in aanmerking komen. Nu non-concurrentiebedingen uit de aard der zaak strekken tot beperking van de concurrentie, zouden zij in deze benadering alleen gesauveerd kunnen worden indien zij als nevenrestrictie kunnen worden aangemerkt.

10 Rb. Rotterdam 13 juli 2006, LJV AY4035, r.o. 2.6.2. Zie ook Rb. Rotterdam 22 mei 2006, LJV AX 8425 en 8428, *Aesculaap* en Rb. Rotterdam 22 mei 2006.

11 CBb 26 mei 2004, LJV AP0952, *Libertel – Unipart/NMa*, r.o. 6.4.

12 Vgl. HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-184/98, *Jur.* 2000, p. I-6451, *Pavlov*.

13 De heer Krugers heeft, aldus het hiervoor genoemde bericht in de Financiële Telegraaf, naar eigen zeggen in ieder geval een behoorlijke marktpositie kunnen veroveren: 'Toen ik wegging bij Heijmans, ging dat gepaard met veel hoongelach. Ik zou het nooit redden. Maar het tegendeel bleek waar. Nederlands Heibedrijf is in betrekkelijk korte tijd uitgegroeid tot een succesvolle onderneming terwijl Heijmans-Nederveen op sterven na dood is. Heijmans heeft het conflict zo persoonlijk gemaakt dat een gesprek niet meer mogelijk is.'

14 Vgl. HR 17 december 2004, NJ 2005, 214.

15 Dit kan zowel een commercieel doel betreffen, zoals een concentratie, als een niet-commercieel doel (vgl. bijv. HvJ EG 18 juli 2006, zaak 519/04P, *Meca-Mejdina*).

16 M.R. Mok, *Kartelrecht I*, 2004, p. 175.

17 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 23; Asser-Hartkamp 4-II (2006), nr. 499.

18 Conclusie voor HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176, par. 2.8. De Hoge Raad kwam in het arrest overigens niet toe aan de vraag van (on)mogelijkheid van conversie van mededingingsrechtelijk nietige bepalingen.