

RECHTSPRAAK

Fairmount Marine B.V./B., Oude Maas Beheer B.V. en Yafava Holding B.V.

Financiering van concurrerende onderneming binnen familieverband leidt tot een voortdurende schending van het concurrentiebeding en 1 miljoen euro boete. Geen schending van artikel 6 Mw.

Fairmount (althans haar rechtsvoorgangster) is in 1978 opgericht door B. Fairmount en is onder meer actief in de zeesleepvaart en het transport van zware lading. Zij is van 1978 tot 2010 aangesteld geweest als 'overseas general agent' voor Fukada Salvage & Marine Works Company Ltd. (hierna: Fukada), een Japanse onderneming die actief is op het gebied van specialistische dienstverlening in de maritieme sector. OMB is de persoonlijke investerings- en houdstermaatschappij van B. B was tot medio mei 2007 via OMB enig aandeelhouder van Fairmount. De statutaire naam van OMB luidde tot 21 juni 2007 Fairmount Marine Investments B.V. In een op 15 mei 2007 tussen OMB als verkoper, LDA als koper en B als betrokken partij gesloten Share Sale and Purchase Agreement (hierna: de SPA), heeft OMB haar aandelen in Fairmount verkocht aan LDA voor een koopprijs van ruim USD 54,4 miljoen. De aandelenoverdracht (hierna ook aan te duiden als: de overname) vond plaats op 30 mei 2007. In artikel 5 van de SPA is ten behoeve van LDA een non-concurrentiebeding opgenomen ten laste van OMB en B. In november 2009 bericht LDA dat de managementovereenkomst op basis waarvan B werkzaam was, eindigde per 30 mei 2010. In januari 2010 wordt ALP opgericht. 40%-aandeelhouder van ALP is Yafava (de drie zonen van B). OMB heeft in januari 2010 een lening van maximaal € 1.500.000 ter beschikking gesteld aan Yafava tegen een rente gelijk aan Euribor verhoogd met een opslag van 4,75%. B heeft Fukada in de eerste helft van december 2009 geïnformeerd over het feit dat hij per direct was ontslagen bij Fairmount. Fukada heeft de agentuurovereenkomst met Fairmount in januari 2010 beëindigd en is een nieuwe agentuurovereenkomst aangegaan met ALP. Fairmount stelt zich op het standpunt dat OMB het concurrentiebeding heeft geschonden en B, dan wel Yafava, gehouden is schadevergoeding te betalen. B stelt zich op het standpunt dat het concurrentiebeding nietig is, want in strijd met mededingingswetgeving.

Het hof oordeelt als volgt. Wat het beroep op de Mededingingswet betreft, wijst het hof op Mededeling 2005/C 56/03 van de Commissie (*PbEU* 2005, C 56). In de Mededeling is onder 18 onder meer opgenomen: 'Om de volledige waarde van de overgedragen activa te verkrijgen, moet de koper een zekere mate van bescherming kunnen genieten tegen concurrentie van de verkoper, zodat hij het vertrouwen van de klanten kan winnen en de kennis kan assimileren

en aanwenden. Dergelijke niet-concurrentiebedingen waarborgen de overdracht aan de koper van de volledige waarde van de overgedragen activa, die over het algemeen zowel materiële als immateriële activa kunnen omvatten, zoals de door de verkoper opgebouwde goodwill of ontwikkelde knowhow. Deze houden niet alleen rechtstreeks verband met de concentratie, maar zijn ook noodzakelijk voor de totstandbrenging ervan, omdat zonder deze bedingen er redelijke gronden zouden zijn om aan te nemen dat de verkoop van de onderneming of een deel ervan geen doorgang zou vinden.' Voorts is in de Mededeling (onder 20) bepaald dat niet-concurrentiebedingen zijn gerechtvaardigd voor perioden van maximaal drie jaar wanneer de overdracht van de onderneming goodwill en knowhow omvat, zoals in dit geval. Blijkens beschikkingen van de Europese Commissie kunnen onder bijzondere omstandigheden langere perioden gerechtvaardigd zijn. Het non-concurrentiebeding is derhalve aan te merken als een in de zin van artikel 10 Mw noodzakelijke nevenrestrictie, zodat artikel 6 Mw niet geldt.

De volgende vraag is of het concurrentiebeding wordt overtreden door B/OMB. Uit deze feiten en omstandigheden leidt het hof af dat B verregaande bemoeienis heeft gehad met de oprichting van ALP en er welbewust voor heeft gekozen om OMB via zijn zonen (c.q. Yafava) als financier te laten optreden van ALP; feitelijk heeft OMB, via de tussenschakel Yafava, ALP volledig gefinancierd. Ten aanzien van de bedoeling van het non-concurrentiebeding heeft Fairmount gesteld dat partijen niet alleen hebben beoogd om een rechtstreekse participatie door OMB in een concurrent tegen te gaan, maar ook een constructie als de onderhavige, waarbij Yafava als tussenschakel is gebruikt. Naar het oordeel van het hof volgt hieruit dat het non-concurrentiebeding een ruime strekking had, en hebben partijen met 'engaged or interested' ook bedoeld een geval als het onderhavige, waarin via een lening aan een tussenschakel werkkapitaal wordt verstrekt. Dit geldt temeer nu er in dit geval directe en nauwe familiebanden bestaan tussen de (indirecte) aandeelhouders van OMB en die van tussenschakel Yafava. Voorts is het hof van oordeel dat ALP als een concurrent van Fairmount moet worden beschouwd ('any business which would be in competition with the business of Fairmount'). Dit volgt reeds uit het feit dat Fukada direct in de maand van oprichting van ALP, van Fairmount is overgestapt naar ALP. Het financieren van deze concurrerende activiteit dient voorts als een 'voortdurende' overtreding van het concurrentiebeding te worden beschouwd. Alles afwegend wordt de boete aldus gematigd, dat de totale boete (inclusief die van € 10.000 zoals toegewezen door de rechtbank) € 1.000.000 bedraagt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-06-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:1458

Zaaknummer: 200.134.249/01

Rechters: M.E. Honée, J.M. van der Klooster en M.H. van der Woude

Advocaten: A.W. van Leeuwen en S.M. Maarschalkerweerd

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6 Mw, 10 Mw en Mededeling 2005/C 56/03 van de Commissie (PbEU 2005, C 56)