
Recente ontwikkelingen in het Nederlandse concentratietoezicht

Inleiding

Sinds drie jaar dienen concentraties tussen ondernemingen die aan de 'omzetrempels' van de Mededingingswet (MDW) voldoen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) te worden gemeld. Een

transactie die meldingsplichtig is, mag niet ten uitvoer mag worden gelegd alvorens toestemming van de NMa wordt verkregen (art. 34 MDW). Als gevolg daarvan neemt het concentratietoezicht vaak een prominente plaats in bij fusies en overnames. In het navolgende zal ik in vogelvlucht enkele recente ontwikkelingen in het concentratietoezicht bespreken (zoals de voorgestelde aanpassing van de zogeheten 'omzetdrempels') die van invloed zijn op de ondernemingspraktijk. Tevens zal ik ingaan op enkele punten die met name met het oog op deze ondernemingspraktijk verbetering behoeven.

Recente ontwikkelingen

Omzetdrempels

Uitsluitend concentraties die aan de omzetdrempels van artikel 26 MDW voldoen, dienen bij de NMa te worden gemeld. Op grond van artikel 26 MDW dienen transacties te worden gemeld indien de betrokken ondernemingen een *gezamenlijke* wereldwijde omzet behalen van NLG 250 miljoen en ten minste twee van die ondernemingen een omzet op *individuele* basis in Nederland van NLG 30 miljoen behalen.

De NMa is verrast door het aantal meldingen dat zij heeft ontvangen. In de praktijk blijkt dat de overname van één individuele supermarkt of autodealer door een onderneming van enige omvang al aanleiding kan geven tot een concentratiemelding. Het overgrote deel van de concentraties leidt echter niet tot 'het ontstaan dan wel de versterking van een economische machtspositie'. De NMa heeft derhalve voorgesteld om de effectiviteit van het concentratietoezicht te vergroten door de omzetdrempels te verhogen. De Minister van Economische Zaken heeft laten weten, dat zij daartoe bereid is (zie http://www.ez.nl/Persberichten/Persberichten_2000). Volgens de laatste berichten zullen de omzetdrempels medio 2001 worden verhoogd. De 'gezamenlijke' omzetdrempel zal ongewijzigd blijven. De 'individuele' omzetdrempel zal dan Euro 30-35 miljoen gaan bedragen (de exacte hoogte van deze omzetdrempel is nog niet vastgesteld).

Verkort besluit

De NMa is ertoe overgegaan, onder bepaalde voorwaarden meldingen af te doen bij 'verkort besluit'. In de tekst van een dergelijk besluit staat dan nog slechts aangegeven, dat de NMa haar goedkeuring geeft aan de transactie zonder verder uitvoering op de concentratie in te gaan.

Een melding komt in aanmerking voor een afdoening bij verkort besluit, indien aan een aantal (cumulatieve) voorwaarden is voldaan. De belangrijkste voorwaarde is dat er geen sprake is van een overlap van de activiteiten van partijen. Indien er wel sprake is van een overlap, dienen de gecombineerde marktaandelen van partijen op de relevante markt de 15% niet te overschrijden. Tevens dient in dat geval de NMa zich wel eerder over de betreffende markt te hebben uitgelaten. In beide gevallen mag geen sprake zijn van bezwaren van derden tegen de concentratie.

Na een aarzelende start maakt de NMa nu veelvuldig gebruik van de mogelijkheid tot afdoening bij verkort besluit. De eerste ervaringen leren dat een verkort besluit tot ruim anderhalve week tijdswinst kan opleveren. Dit is met name aantrekkelijk voor participatiemaatschappijen die een groot aantal, in de regel uit mededingingsrechtelijk oogpunt weinig bezwarende transacties doen. Helaas betekent dit niet dat ook de melding zelf in verkorte vorm kan geschieden, zodat eenzelfde hoeveelheid informatie dient te worden aangeleverd als bij alle andere concentratiemeldingen.

Nevenrestricties

In het kader van een bedrijfsoverdracht worden veelal bedingen overeengekomen, die ertoe strekken gedurende een overgangperiode de koper te beschermen tegen concurrentie van de verkoper, zoals non-concurrentiebedingen en wervingsverboden. Hoewel dergelijke bedingen de mededinging kunnen beperken (en daardoor in strijd kunnen zijn met het kartelverbod van art. 6 MDW) is de NMa bereid dergelijke bedingen in het kader van het concentratietoezicht te accepteren indien deze bedingen noodzakelijk zijn voor de totstandkoming en verwezenlijking van de concentratie (de zogeheten 'nevenrestricties'). De NMa hanteert bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van dergelijke 'nevenrestricties' randvoorwaarden die gebaseerd zijn op een Bekendmaking van de Europese Commissie (mededeling van de Commissie inzake nevenrestricties, PbEG C 203/05, p. 1-14). Op grond van deze bekendmaking dient bijvoorbeeld met betrekking tot een non-concurrentiebeding het materieel en geografisch toepassingsgebied beperkt te zijn tot het voormalig werkgebied van de verkoper en dient de duur van een non-concurrentiebeding beperkt te zijn tot maximaal twee jaar bij de overdracht van goodwill en tot maximaal vijf jaar bij de overdracht van goodwill en knowhow. Bij joint ventures mogen dergelijke bedingen gelden voor de duur van de joint venture.

De Europese Commissie heeft een voorstel gedaan voor aanpassing van de hiervoor bedoelde Bekendmaking (zie <http://www.europa.eu.int/comm/competition>). In de praktijk blijkt dat zowel de Europese Commissie als de NMa reeds de randvoorwaarden van de voorgestelde Bekendmaking volgen. Dit resulteert met name in een verkorting van de toegestane duur van de nevenrestricties. De toegestane duur van een non-concurrentiebeding blijft ongewijzigd bij de overdracht van goodwill (twee jaar), maar mag nu bij de overdracht van goodwill en knowhow maximaal drie jaar bedragen. Deze maximumduur van drie jaar geldt voortaan eveneens voor joint ventures. De Europese Commissie heeft laten weten bij joint ventures nog slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden een langere duur toe te staan. Partijen dienen dan met behulp van een gefundeerde economische analyse de noodzaak aan te tonen van een langere duur van het (non-concurrentie)beding voor het succes van de joint venture. Het ligt in de rede, dat de NMa dit beleid van de Europese Commissie zal volgen.

Uit de beschikkingenpraktijk van de NMa blijkt voorts, dat deze van mening is dat een wervingsverbod slechts geoorloofd is voorzover het de verkoper verboden is, *actief* het bij de verkoper werkzame personeel te werven. Het is onduidelijk wat de reden is voor het aanbrenge van een onderscheid tussen het actief en passief werven van personeel. Het praktische belang daarvan lijkt mijns inziens illusoir, maar het verdient aanbeveling de redactie van het wervingsverbod in die zin in koopovereenkomsten op te nemen indien men wil dat de NMa dit beding als 'nevenrestrictie' accepteert.

Concentratietoezicht in de toekomst: ruimte voor verbetering

De eerste drie jaar concentratietoezicht hebben naar mijn idee aangetoond dat het concentratietoezicht en de toepassing daarvan door de NMa op een aantal punten voor verbetering vatbaar zijn.

Aanvullende vragen

Voor wat betreft de toepassing van het concentratietoezicht door de NMa kan worden vastgesteld, dat de NMa erg vaak aanvullende vragen stelt als gevolg waarvan de beslissingstermijn van vier weken wordt opgeschort met het aantal dagen dat benodigd is om de vragen te beantwoorden (art. 35 lid 2 MDW). De NMa lijkt zich daar zelf ook van bewust te zijn. De NMa motiveerde namelijk onlangs een aanpassing van de zogeheten 'meldingsformulieren' (als gevolg waarvan

bij een melding meer informatie aan de NMa dient te worden verstrekt) met het streven van de NMa minder vaak aanvullende vragen te stellen.

Beoordeling joint ventures

De Mededingingswet loopt op een aantal punten 'achter' op een aantal hervormingen van de Europese Concentratiecontroleverordening.

Het mijn inziens belangrijkste voorbeeld betreft de beoordeling van joint ventures. Artikel 27 onder c MDW bepaalt dat de totstandkoming van een joint venture een 'concentratie' vormt indien de joint venture 'duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult' en de joint venture er *niet* toe leidt, 'dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren'. Het eerste criterium houdt in, dat de joint venture een volwaardige onderneming dient te zijn met een eigen bestuur en voldoende (personele en financiële) middelen en een voldoende eigen economische activiteit. Coördinatie van het marktgedrag van de moeders, het tweede criterium, bestaat (onder meer) indien de moeders op dezelfde markt actief blijven als de joint venture. Op dat moment bestaat de mogelijkheid, dat de moederondernemingen door hun deelneming in de joint venture hun marktgedrag coördineren, hetgeen in strijd kan zijn met het kartelverbod van artikel 6 MDW (respectievelijk artikel 81 EG-Verdrag). Indien er sprake is van coördinatie, is er geen 'concentratie' in de zin van de Mededingingswet en dient de joint venture te worden beoordeeld aan de hand van artikel 6 MDW.

Partijen hebben vervolgens de mogelijkheid een zogeheten ontheffing te vragen van het kartelverbod (art. 17 MDW). Er bestaat geen verplichting een ontheffing aan te vragen. Echter, gelet op het feit dat mededingingsbeperkende overeenkomsten of de mededingingsbeperkende bepalingen in deze overeenkomsten op grond van artikel 6 lid 2 MDW nietig zijn, bestaat – zolang de NMa geen ontheffing heeft verleend – onzekerheid over de afdwingbaarheid van (bepalingen uit) de joint venture-overeenkomst. Daarnaast bestaat het risico dat de NMa een boete oplegt. De termijnen die de NMa in het kader van de behandeling van een 'ontheffingsaanvraag' in acht dient te nemen, zijn veel langer dan die in het concentratietoezicht. In de regel zal de behandeling van een ontheffingsaanvraag ten minste vier maanden in beslag nemen.

In het concentratietoezicht van de EG is dit onderscheid tussen 'concentratieve' en 'coöperatieve' joint ventures losgelaten. Alle joint ventures die volwaardige

ondernemingen zijn, dienen op basis van het concentratietoezicht te worden gemeld. Eventuele aspecten van coördinatie worden in het kader van de concentratiemelding getoetst aan artikel 81 EG-Verdrag. Het voordeel van deze aanpak is, dat binnen de voor het concentratietoezicht geldende 'harde' termijnen (en dus relatief snel) rechtszekerheid kan worden verkregen. De vaak als 'lastig' ervaren stand still-periode van vier weken is in dat geval dan juist een voordeel.

Slotopmerkingen

De eerste drie jaar van haar bestaan heeft de NMa getoond op een efficiënte manier het concentratietoezicht van de Mededingingswet uit te oefenen. De NMa heeft zich gevoelig getoond voor de positie van het bedrijfsleven, dat het concentratietoezicht toch vaak als een 'noodzakelijk kwaad' beschouwt, en beetje bij beetje de toepassing ervan vergemakkelijkt. Zoals hiervoor is aangegeven, blijft er naar mijn mening ruimte voor (structurele) verbetering. Met name de beoordeling van joint ventures is te gecompliceerd en ineffectief. Het is zaak dat niet alleen de mededingingsjuristen dergelijke 'knelpunten' in kaart brengen en voorstellen doen voor een aanpassing van de Mededingingswet, maar dat ook de betrokken ondernemingsrechtjuristen de NMa van input voorzien.

*Mr. M.F.A.M. Smeets
Stibbe*

Restrictieve interpretatie van het begrip 'normale uitoefening van het bedrijf' in de zin van artikel 1:88 lid 4 BW

**HR 14 april 2000, NJ 2000, 689 (Soetelieve
Exploitatiemaatschappij B.V./
Y.A.M. Stienstra-Fieten)**

Inleiding

Sinds de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het Burgerlijk Wetboek in 1992 bestaat artikel 1:88 BW in de huidige redactie. In artikel 1:88 BW wordt – kort gezegd – bepaald dat een echtgenoot in beginsel de toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor het verrichten van rechtshandelingen die, gelet op het voorwerp van de rechtshandeling (bijvoor-

beeld de echtelijke woning en de inboedel daarvan) of gelet op de aard van de rechtshandeling (bijvoorbeeld giften, zekerheidstelling ten behoeve van derden en koop op afbetaling), benadelend kunnen zijn of een groot financieel risico in zich bergen. De ratio van deze bepaling is de echtgenoten, in het belang van het gezin, jegens elkaar te beschermen tegen de mogelijke financiële consequenties van dergelijke risicovolle rechtshandelingen. Zo kan een gehuwde in beginsel niet zonder toestemming van de echtgenoot overeenkomsten tot vervreemding, bezwaring, ingebruikgeving of tot beëindiging van het gebruik van de door de andere echtgenoot of de gezamenlijk bewoonde woning (en de inboedel daarvan) aangaan (lid 1 sub a). Evenmin kan een gehuwde zonder toestemming van de echtgenoot ongebruikelijke en bovenmatige giften doen (lid 1 sub b) of overeenkomsten van koop op afbetaling aangaan, behalve van zaken welke ten behoeve van de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de handelende echtgenoot strekken (lid 1 sub d). Ten slotte kan een gehuwde zich niet zonder toestemming van de echtgenoot als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbinden, zich voor een derde sterk maken c.q. zich tot zekerheidstelling voor de schuld van een derde verbinden (lid 1 sub c). Voor deze laatste categorie rechtshandelingen wordt eveneens een uitzondering gemaakt indien de overeenkomst in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de handelende echtgenoot wordt aangegaan. In dat geval behoeft de handelende echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot niet. Krachtens lid 4 van artikel 1:88 BW is de toestemming van de andere echtgenoot voor de in lid 1 sub c bedoelde rechtshandelingen evenmin vereist indien de handelende echtgenoot bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap is, waarvan hij alleen of samen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt én de rechtshandeling wordt aangegaan in de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

Op 14 april 2000 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen, waarin nader is bepaald wanneer een rechtshandeling ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap wordt verricht en de bestuurder/mede-aandeelhouder van deze vennootschap dus geen toestemming van zijn echtgenoot behoeft voor het verrichten van de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde rechtshandelingen. De feiten die aan het arrest ten grondslag lagen, zijn de volgende.

Feiten

Op 18 maart 1992 koopt J.W.H. (Jo) Stienstra voor een bedrag van NLG 1 alle aandelen in Stienstra Brabant B.V. van zijn broer H.H.F. (Henk) Stienstra. Stienstra Brabant, van welke vennootschap Jo Stienstra kort voor 18 maart 1992 al bestuurder was en kort na de overdracht van de aandelen op 18 maart 1992 wederom bestuurder is, is een vennootschap zonder reëel vermogen. Wel heeft Stienstra Brabant een huurschuld van NLG 370.000 aan Soetelieve Exploitatiemaatschappij B.V., een vennootschap waarvan J.H.H. (Jacques) Stienstra, eveneens een broer van Jo, bestuurder is.

Verder leent Stienstra Brabant op 18 maart 1992 een bedrag van NLG 200.000 van Beleggingsmaatschappij Mercurius B.V., een door Henk Stienstra gecontroleerde vennootschap, voor de terugbetaling waarvan Jo zich met de toestemming van zijn echtgenote borg stelt.

Ten slotte wordt de huurschuld van Stienstra Brabant aan Soetelieve op 18 maart 1992 omgezet in een achtergestelde lening van Soetelieve aan Stienstra Brabant, voor de terugbetaling waarvan Jo Stienstra zich eveneens borg stelt, nu echter zonder de toestemming van zijn echtgenote.

Rechtbank

Nadat Jo Stienstra kennelijk door Soetelieve is aangesproken onder de door hem afgegeven borgstelling voor de terugbetaling van de achtergestelde lening, vordert de echtgenote van Jo Stienstra in rechte vernietiging van de door haar echtgenoot zonder haar toestemming aangegane borgtocht ten behoeve van Soetelieve, althans een verklaring voor recht dat de door haar echtgenoot verrichte rechtshandeling nietig is. In haar vonnis van 17 januari 1997 oordeelde de Rechtbank Den Bosch dat de borgstelling niet kan gelden als een rechtshandeling ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van Stienstra Brabant, omdat de geldlening van NLG 370.000, tot zekerheid voor de terugbetaling waarvan Jo Stienstra zich borg heeft gesteld, er slechts toe diende om een specifieke, waarschijnlijk onverhaalbare huurschuld om te zetten in een achtergestelde lening en (derhalve) niet voor de normale bedrijfsuitoefening van Stienstra Brabant in het algemeen. De rechtbank droeg Soetelieve vervolgens op om te bewijzen dat de echtgenote van Stienstra akkoord was gegaan met de borgstelling door Stienstra.

Hof

Bij zijn arrest van 27 mei 1998 heeft het Hof Den Bosch het door Soetelieve tegen dit vonnis ingestelde appèl verworpen en het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het hof onderschrijft geheel de overweging die de rechtbank heeft gewijd aan de vraag of de rechtshandeling door Stienstra is aangegaan in de normale uitoefening van het bedrijf van Stienstra Brabant. Het hof voegt daar nog aan toe dat, indien een directeur/eigenaar een lening afsluit ten behoeve van de vennootschap en de daarmee verworven gelden in het bedrijf van de vennootschap vloeien, hij zich daarbij, indien de vennootschap zelf niet voldoende zekerheden kan bieden, zelf tot borg kan stellen, zodat in een zodanig geval krachtens lid 4 van artikel 1:88 BW geen toestemming van de echtgenoot vereist is. In het onderhavige geval is echter sprake van een situatie waarin de borg voor NLG 1 de aandelen van een vennootschap zonder enig reëel vermogen overnam, waarbij een schier onverhaalbare vordering werd omgezet in een achtergestelde lening en waarbij deze achtergestelde lening vervolgens werd gecureerd door een borgtocht van de directeur/eigenaar, die aldus (met zijn echtgenote) een op hem verhaalbare vordering aanvaardde waarvoor hij niet verantwoordelijk was, zonder dat daartegenover een prestatie stond die hem respectievelijk zijn bedrijf een direct, vergelijkbaar, financieel voordeel opleverde. Dat kan niet worden aangemerkt als een rechtshandeling die 'ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de BV is geschied'.

Hoge Raad

De Hoge Raad onderschrijft in navolging van advocaat-generaal Hartkamp het oordeel van het hof. De Hoge Raad wijst er in dit verband op dat de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW geformuleerde uitzondering op het toestemmingsvereiste vanwege het uitzonderlijke en riskante karakter van de daar bedoelde rechtshandelingen restrictief moet worden uitgelegd. Persoonlijke zekerheidstellingen door directeuren/enig of grootaandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen voor verplichtingen van deze vennootschappen vallen niet onder deze uitzondering, tenzij de zekerheidstelling kenmerkend is voor het eigen beroep van de directeur, in die zin dat de zekerheidstelling in de normale uitoefening van dat beroep is geschied. Wel bestond er naar het oordeel van de wetgever behoefte aan om de uitzondering op het toestemmingsvereiste voor rechtshandelingen als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 sub c BW uit te breiden tot

rechtshandelingen verricht door bestuurders/aandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen. Vandaar dat artikel 1:88 BW bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek is uitgebreid met een vierde lid. Uit de ontstaansgeschiedenis van dit artikellid komt naar voren dat de wetgever (in het kader van de in art. 1:88 BW geregelde materie) het beginsel van de gezinsbescherming belangrijk achtte en hij daarop weliswaar een uitzondering heeft gemaakt door lid 4 aan artikel 1:88 BW toe te voegen, maar daarbij met de woorden 'mits zij geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap' een wezenlijke beperking op die uitzondering heeft beoogd. Volgens de Hoge Raad is klaarblijkelijk door de wetgever bedoeld dat de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt, *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht. Volgens de Hoge Raad is daar in het onderhavige geval geen sprake van, nu:

- de borgtocht werd verleend in het kader van de verwerving door Stienstra voor NLG 1 van de aandelen in Stienstra Brabant;
- Stienstra Brabant geen enkel reëel vermogen had; en
- het niet ging om een gewone geldlening waardoor de liquiditeit van Stienstra Brabant zou zijn vergroot, maar om de omzetting van een bestaande, in feite onverhaalbare, vordering in een achtergestelde lening.

Onder die omstandigheden kan niet worden gezegd dat het zich verbinden als borg voor de terugbetaling van de lening is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van Stienstra Brabant.

Conclusie

Met de toevoeging van het vierde lid aan artikel 1:88 BW heeft de wetgever een uitbreiding beoogd van de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW geformuleerde uitzondering op het toestemmingsvereiste voor de daar bedoelde rechtshandelingen. Deze uitbreiding werd noodzakelijk geacht, omdat de Hoge Raad in het verleden heeft geoordeeld dat de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW geformuleerde uitzondering op het toestemmingsvereiste niet van toepassing is op persoonlijke zekerheidstellingen door bestuurders/aandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen voor de verplichtingen van deze vennootschappen, terwijl met

name in de financieringspraktijk wel behoefte bestond aan dergelijke persoonlijke zekerheidstellingen. Vandaar dat het vierde lid in 1992 aan artikel 1:88 BW is toegevoegd. De wetgever heeft de in artikel 1:88 lid 4 BW gegeven uitzondering op het toestemmingsvereiste vanwege het hiervoor bedoelde gezinsbeschermende karakter echter geclausuleerd, door te bepalen dat slechts indien een bestuurder/mede-aandeelhouder zich verbindt voor de terugbetaling van de schulden van 'zijn' vennootschap én deze zekerheidstelling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap, geen toestemming van de echtgenoot vereist is voor de in lid 1 sub c bedoelde rechtshandelingen. Uit het arrest van 14 april 2000 blijkt wat onder de 'normale bedrijfsuitoefening' moet worden verstaan. Het moet gaan om rechtshandelingen die *zelf* tot de normale, gebruikelijke bedrijfshandelingen behoren. Persoonlijke zekerheidstelling door een bestuurder/aandeelhouder voor de terugbetaling van een krediet dat ten goede van de vennootschap komt, behoort daartoe. Persoonlijke zekerheidstelling voor de terugbetaling van een in een lening omgezette, onverhaalbare schuld niet. Alleen op die wijze wordt recht gedaan aan het gezinsbeschermende karakter van artikel 1:88 BW.

*Mr. J. Meuleman
NautaDutilh*
