

Juridische actualiteiten

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn en Mr. H.J. Vetter

Deze rubriek signaleert ontwikkelingen in regelgeving en jurisprudentie over onderwerpen die voor accountants en bedrijfseconomen van belang zijn. De rubriek staat onder redactie van Mr. M. Verhorst. De bijdragen aan deze aflevering zijn verzorgd door Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn (hoogleraar privaatrecht Open Universiteit en extern adviseur Coopers & Lybrand Legal Services) en Mr. H.J. Vetter (advocaat bij Van Till advocaten te Amsterdam en docent ondernemingsrecht Universiteit van Amsterdam).

De nieuwe Mededingingswet

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn

Met de inwerkingtreding van de Mededingingswet 1997 per 1 januari 1998 geldt in Nederland een algemeen verbod van concurrentiebeperkende gedragingen. Daarmee is een einde gekomen aan de voordien geldende principieel welwillende benadering van kartels waaraan Nederland zijn naam als 'kartelparadijs' te danken heeft. De wet verbiedt mededingingsafspraken behoudens vrijstelling of ontheffing, misbruik van economische machtsposities alsmede het voltrekken van een concentratie zonder voorafgaande melding en eventueel vergunning.

De Nederlandse overheid is in de jaren negentig een steeds intensiever mededingingsbeleid gaan voeren. De uit 1956 daterende Wet economische mededinging (de WEM) bleek daarbij uiteindelijk niet langer het geëigende instrument te zijn om concurrentiebeperkingen te bestrijden. Volgens de regering was het voornaamste bezwaar dat de WEM niet voorzag in een verbodstelsel - een algemeen verbod van mededingingsafspraken en misbruik van economische machtsposities - en evenmin preventief concentratietoezicht mogelijk maakte. Zwaarwegend was ook dat intussen vrijwel alle andere EG-lidstaten hun wetgeving reeds hebben gemodelleerd naar de veel strengere mededingingsbepalingen van het EG-verdrag (artikel 85 en 86) en de EG-Concentratieverordening.

Met de inwerkingtreding van de Mededingingswet 1997 (Mw) geldt in Nederland een algemeen verbod van gedragingen die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen. Deze wet brengt niet alleen een principiële wijziging in de benadering van kartels maar verschaft de overheid ook het instrumentarium om krachtdadig op te treden. De uitvoering van de wet is namelijk opgedragen aan de Nederlandse mededingingsautoriteit (Nma) welke onder leiding staat van een directeur-generaal. De Nma ressorteert weliswaar onder de Minister van Economische Zaken, maar de directeur-generaal heeft vergaande bevoegdheden teneinde de wet te kunnen handhaven.

De nieuwe wet is van toepassing op 'ondernemingen'. Dit begrip heeft dezelfde ruime betekenis als in het Europese recht. Iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of wijze van financiering kan een onderneming zijn. Dit geldt zelfs voor een publiek-

onderneming zijn. Dit geldt zelfs voor een publiek-

rechtelijk orgaan, althans indien in voldoende mate activiteiten met commerciële speelruimte kunnen worden uitgeoefend. De wet is voorts zowel van toepassing op internationaal werkende ondernemingen als op ondernemingen die uitsluitend of vrijwel uitsluitend op de Nederlandse markt actief zijn. Niet van belang is waar de betrokken ondernemingen zijn gevestigd of waar een (verboden) mededingingsafpraak tot stand komt. Beslissend voor toepassing van de wet is of de verboden afspraken binnen Nederland ten uitvoer worden gelegd en of verboden gedragingen effect hebben op, of plaatsvinden binnen, de Nederlandse markt.

De Mw onderscheidt drie categorieën van verboden gedragingen:

- a (stilzwijgende) mededingingsafspraken;
- b misbruik maken van een economische machtspositie;
- c door fusie of andere vorm van concentratie tot stand brengen van een economische machtspositie die de mededinging op significante wijze kan belemmeren.

Op elk van deze categorieën zal hierna kort worden ingegaan.

Mededingingsafspraken

Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (artikel 6 lid 1).

Het verbod heeft een grote reikwijdte. Voldoende is dat tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag onderling te regelen. De juridische vorm waarin afspraken zijn gegoten, is niet bepalend. Van een verboden overeenkomst kan bijvoorbeeld ook sprake zijn als ondernemingen met elkaars belangen rekening houden via een gemeenschappelijke leverancier. Met onderling afgestemde feitelijke gedragingen wordt bedoeld op coördinatie tussen ondernemingen waardoor de risico's van onderlinge concurrentie welbewust worden vervangen door feitelijke samenwerking.

Overtreding van het verbod kan leiden tot forse boetes. Bovendien zijn de desbetreffende overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig (artikel 6 lid 2). Derden die in hun belangen zijn

geschaad, kunnen zich voor de burgerlijke rechter beroepen op deze nietigheid en eventueel schadevergoeding vorderen.

Op het verbod bestaan intussen diverse uitzonderingen. Zo vallen bijvoorbeeld afspraken tussen ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep (concern) naar hun aard buiten het verbod. Van groot belang voor de praktijk is de vrijstelling voor 'bagatelkartels' (artikel 7). Vrijgesteld zijn mededingingsafspraken waarbij niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken, mits de gezamenlijke omzet niet hoger is dan f 10 miljoen indien de betrokken ondernemingen zich in hoofdzaak richten op leveren van goederen, of f 2 miljoen in andere gevallen. Voor de berekening van de omzet geeft de wet in artikel 8 nadere regels, onder andere inhoudende dat bij een onderneming die tot een groep behoort de groepsomzet wordt meegeteld, zij het dat intragroepstransacties daarop in mindering komen. Tot de gezamenlijke omzet van de bij de mededingingsafpraak betrokken ondernemingen worden niet gerekend de onderlinge transacties tussen die ondernemingen. Per saldo gaat het dus om de 'omzet aan derden' van de betrokken ondernemingen. De vrijstelling is overigens niet absoluut. Indien een bagatelkartel in aanzienlijke mate afbreuk doet aan de mededinging op de lokale of regionale markt kan zij alsnog door een verbodsbeschikking worden getroffen (artikel 9).

Vrijgesteld zijn voorts mededingingsafspraken die vrijstelling genieten op grond van een EG-verordening (artikel 12) dan wel zouden genieten indien zij de handel tussen de lidstaten ongunstig zouden beïnvloeden (artikel 13). Ook deze afspraken kunnen onder bepaalde omstandigheden alsnog verboden worden. Ook vrijgesteld zijn mededingingsafspraken waarvoor een ontheffing is verleend op grond van artikel 85 lid 3 EG-verdrag (artikel 14) of op grond van een Algemene maatregel van bestuur (artikel 15). Inmiddels zijn langs deze weg zogeheten combinatieovereenkomsten en branchebeschermingsovereenkomsten in nieuwe winkelcentra vrijgesteld (Stb. 1997, 592 en 596). Ten slotte is er nog de mogelijkheid om een individuele ontheffing te verkrijgen voor afspraken die daartoe aan verschillende voorwaarden moeten voldoen (artikel 17). Bij de aanvraag moeten diverse gegevens worden verstrekt.

Misbruik van economische machtspositie

Het verbieden van mededingingsafspraken zou

onvoldoende effect hebben als het ondernemingen zou zijn toegestaan anderszins ongebreidelde marktmacht uit te oefenen. Evenals het EG-verdrag (artikel 86) verbiedt de mededingingswet daarom ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie (artikel 24 lid 1). De omschrijving van een economische machtspositie is ontleend aan de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Zij luidt: 'een economische machtspositie is een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers te gedragen' (artikel 1 sub i).

Het begrip economische machtspositie heeft een relatief karakter. Zij wordt bepaald aan de hand van de relevante markt die wordt afgebakend door de aard van de desbetreffende producten of diensten en door het gebied in geografische zin. Van een economische machtspositie is sprake indien een onderneming, of verschillende ondernemingen gezamenlijk, een aanzienlijk marktaandeel hebben. Een aandeel van 50% vormt op zichzelf reeds een indicatie van een economische machtspositie, behoudens tegenbewijs.

Het verboden misbruik kan verschillende vormen aannemen. De machtspositie kan worden uitgebuit, bijvoorbeeld door extreem hoge prijzen in rekening te brengen. De positie kan ook worden aangewend om haar verder te versterken, bijvoorbeeld door leveringsweigering ten opzichte van niet loyale afnemers of door selectieve onderbieding om concurrenten uit te schakelen.

Concentratietoezicht

Evenals mededingingsafspraken en economische machtsposities kunnen concentraties de concurrentie beperken. De kans op het ontstaan van een ongewenste economische machtspositie of versterking van een reeds bestaande economische machtspositie is het grootst wanneer bij een concentratie ondernemingen zijn betrokken die op dezelfde markt actief zijn. In zo'n geval worden de marktposities gebundeld. Bij concentratie van ondernemingen die niet op een zelfde of aangrenzende markt actief zijn, is de kans dat een machtspositie ontstaat daarentegen zeer gering.

Verbieden van concentraties kan ongewenste effecten hebben. Op zichzelf wenselijke schaalvergroting van ondernemingen zou geblokkeerd kunnen worden. De Mw bevat dan ook geen algemeen verbod voor concentraties maar voorziet in toezicht op dit fenomeen. Analooq aan de regeling op EG-niveau zijn concentraties boven een bepaalde drempel niet toegestaan dan na melding en een daaropvolgende wachtperiode. Deze belooft ten hoogste vier weken. Daarin heeft de directeur-generaal gelegenheid na te gaan of voor de concentratie een vergunning is vereist. Is dat niet het geval, dan is daarmee voor de betrokken ondernemingen de kous af. Is de concentratie wel vergunningplichtig, dan treedt een tweede fase in, welke een meer formeel karakter heeft en waarin diepgaander onderzoek wordt verricht. Zonodig kan de vergunning onder beperkingen of voorwaarden worden verleend. De vergunning wordt geweigerd indien door de concentratie een economische machtspositie zal ontstaan of wordt versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

Aan de effectiviteit van de wet zal worden bijgedragen door het informeel concentratiebeleid dat de mededingingsautoriteit kan voeren. Over een voorgenomen concentratie kan namelijk voorafgaand aan de melding overleg worden gevoerd met de mededingingsautoriteit. En ook na melding kunnen nog wijzigingen in de voorgenomen concentratie worden aangebracht om te vermijden dat men de tweede fase, de vergunning-procedure, moet doorlopen. In deze fase zal het er vooral om gaan te onderzoeken welke mogelijkheden er zijn om bezwaren weg te nemen die vanuit het oogpunt van de mededinging zijn gerezen.

Van een concentratie is sprake bij:

- a fusie tussen twee of meer onafhankelijke ondernemingen;
- b overname waarbij direct of indirect zeggenschap wordt verkregen over een onderneming (of deel daarvan) door een of meer ondernemers of ondernemingen;
- c het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming (joint venture) door twee of meer ondernemingen (artikel 27 Mw).

Het onder a bedoelde begrip fusie moet in materiële zin worden opgevat, dit in navolging van het EG-recht inzake concentraties. Er is sprake van een fusie als voorheen onafhankelijke onder-

neming opgaan in een nieuwe onderneming of als afzonderlijke rechtspersonen ophouden te bestaan. Evenzeer is er een fusie indien voorheen onafhankelijke ondernemingen opgaan in een economische eenheid hoewel zij als afzonderlijke juridische eenheden blijven bestaan. Anders gezegd, zowel de aandelenfusie, de bedrijfsfusie als de juridische fusie vormen in principe een concentratie als bedoeld in de Mw. Hetzelfde geldt voor de juridische splitsing waarbij immers ook rechtspersonen kunnen ophouden te bestaan of waarbij eveneens een onderneming kan overgaan op een andere rechtspersoon.

Onder b is bedoeld het verkrijgen van zeggenschap zonder dat van fusie als bedoeld onder a kan worden gesproken. Het doorslaggevend criterium is steeds of de mogelijkheid ontstaat om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming (artikel 26). Onder c wordt bedoeld op een 'concentratieve' joint venture, een joint venture die opereert als een onafhankelijke onderneming. Dat wil zeggen, die duurzaam alle functies vervult van een zelfstandige economische eenheid terwijl bovendien de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag niet coördineren via de joint venture of anderszins. Wordt de joint venture gebruikt om het marktgedrag van de oprichtende ondernemingen te coördineren, dan spreekt men van een 'coöperatieve' joint venture. Van coördinatie is in beginsel sprake als deze ondernemingen op dezelfde of een verwante markt actief zijn als de joint venture. In dat geval moet de samenwerking niet worden beoordeeld onder het concentratietoezicht. Een dergelijke joint venture valt onder de categorie mededingingsafspraken.

Concentraties moeten worden gemeld indien bepaalde drempels worden overschreden. Beslissend is of de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar een gezamenlijke omzet hadden van meer dan f 250 miljoen, mits ten minste twee van die ondernemingen elk een omzet van f 30 miljoen in Nederland hebben behaald (artikel 29 lid 1). Bij de omzet van een betrokken onderneming worden opgeteld de omzetten van dochter- en/of groepsmaatschappijen onder aftrek van de omzet behaald met intragroepstransacties (artikel 30 lid 3 en 5). Komt de concentratie tot stand door verwerving van zeggenschap over delen van een onderneming, dan telt slechts de omzet van het te vervreemden gedeelte mee en niet de omzet

van de gehele onderneming van de vervreemder (artikel 30 lid 2).

Vrijgesteld van aanmelding volgens de Mw zijn voorts concentraties die zijn onderworpen aan het op EG-niveau uitgeoefende concentratietoezicht (artikel 33). Dat wil zeggen dat een concentratie met een communautaire dimensie slechts in 'Brussel' hoeft te worden gemeld en niet in 'Den Haag'. De communautaire dimensie is aanwezig indien de betrokken ondernemingen gezamenlijk een wereldwijde omzet van meer dan 5 miljard Ecu hebben terwijl de afzonderlijke omzet binnen de EG van ten minste twee betrokken ondernemingen meer moet zijn dan 250 miljoen Ecu. Een uitzondering geldt indien elk van de betrokken ondernemingen meer dan 2/3 van haar omzet in een en dezelfde lidstaat behaald.

Handhaving

Handhaving van de Mw vindt plaats langs civielrechtelijke en bestuursrechtelijke weg. Het eerste houdt in dat belanghebbenden die nadeel ondervinden van verboden concurrentiebeperkingen schadevergoeding kunnen vorderen van de betrokken ondernemingen. Bestuursrechtelijke handhaving betekent dat overtreding weliswaar geen strafbaar feit is maar wel kan leiden tot het opleggen van vaak hoge boetes. Teneinde te kunnen vaststellen of de wet is overtreden heeft de Nma vergaande onderzoeksbevoegdheden. Door de territoriale werking van de Nederlandse wet kan bestuursrechtelijke handhaving echter alleen plaatsvinden binnen Nederlands grondgebied. Anders gezegd, alleen ondernemingen die in Nederland zijn gevestigd dan wel in Nederland een dochteronderneming of nevenvestiging hebben, kunnen worden beboet.

Vereenzelviging?

Mr H.J. Vetter

Vereenzelviging doet zich voor wanneer bij de toepassing van een norm voorbij wordt gegaan aan het verschil in identiteit tussen de bij de toepassing van die norm betrokken rechtspersoon en een andere natuurlijke of rechtspersoon. In de twee arresten van de Hoge Raad d.d. 16 september 1997 (Gaswacht I en Gaswacht II, gepubliceerd in Jurisprudentie Onderneming & Recht 1997, 137 en 138) komt vereenzelviging aan de orde.

De Kantonrechter te Zuidbroek veroordeelt EGD Gaswacht BV (EGD) zich te onthouden van het gebruik van de handelsnaam 'Gaswacht', zulks op vordering van Gaswacht Assen BV (Assen BV). Bij niet-nakoming van het verbod verbeurt EGD dwangsommen. De advocaat van EGD verzuimt tijdig hoger beroep in te stellen tegen deze beslissing, als gevolg waarvan de beslissing tussen partijen onherroepelijk wordt. Een (op voorhand eigenlijk al kansloze) poging van EGD om via een kort geding tenuitvoerlegging van de beslissing van de Kantonrechter te voorkomen, strandt. En dan, op de dag waarop de president zijn vonnis in het kort geding wijst, vindt er iets wonderlijks plaats. EGD sluit een overeenkomst met haar zustersvennootschap AGOG BV (Agog), waarin zij haar volledige onderneming met handelsnaam voor de duur van de volgende procedure(s) over de handelsnaam overdraagt. De expliciet in de overeenkomst verwoorde bedoeling is Agog de onderneming, inclusief de verboden handelsnaam 'Gaswacht', te laten voortzetten totdat in een procedure die Agog zou starten alsnog zou blijken dat Assen BV geen verbod van het gebruik van de handelsnaam "Gaswacht" zou kunnen verlangen. Tegelijkertijd wijzigt EGD haar naam zodat zij, strikt genomen, de beslissing van de Kantonrechter naleeft. Vervolgens vordert Agog bij de rechtbank een zogenaamde verklaring van recht, inhoudende dat zij gerechtigd is de handelsnaam 'Gaswacht' te gebruiken. Assen BV laat zich niet onbetuigd en vordert harerzijds (met name) een verklaring van recht, inhoudende dat EGD niettemin de dwangsommen heeft verbeurd door de handelsnaam door Agog te laten gebruiken. Verder vordert Assen BV dat Agog (en de moedermaatschappij van EGD en Agog) het bevel van de Kantonrechter moet respecteren en – zulks niet doende – dwangsommen zal verbeuren. Uiteindelijk werd het geschil van partijen in twee verschillende procedures voorgelegd aan de Hoge Raad, die in beide zaken uitspraak deed op 19 september 1997.

Dit zojuist beschreven stuivertje wisselen van twee zuster-vennootschappen, zoals de gang van zaken gekarakteriseerd zou kunnen worden, mag niet ongestraft plaatsvinden, zo zal menigee denken. Assen BV stelde dan ook dat de overeenkomst tussen EGD en Agog nietig was en dat EGD, ondanks de feitelijke exploitatie van de onderneming met de naam Gaswacht door Agog, niettemin de dwangsommen verbeurd had. Een

dergelijke vereenzelviging van EGD en Agog gaat echter voorbij aan het feit dat de Kantonrechter uitsluitend EGD verbood gebruik te maken van de handelsnaam 'Gaswacht'. Agog is geen geadresseerde van de veroordeling en hoeft zich derhalve niets gelegen te laten liggen aan het aan EGD opgelegde verbod. Uitgangspunt blijft dat EGD en Agog als twee verschillende rechtspersonen niet verantwoordelijk zijn voor elkaanders (rechts-)handelingen.

Vereenzelviging van rechtspersonen is door de Hoge Raad erkend in het arrest Citco/Krijger (HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213). In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat misbruik van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Deze argumentatie voor vereenzelviging werd ook door het Hof Leeuwarden gehanteerd toen het EGD aansprakelijk achtte voor het gebruik van de handelsnaam door Agog. Maar zou de Hoge Raad bereid zijn het Hof hierin te volgen? In 1995, kort na het wijzen van het arrest Citco/Krijger, heeft de Hoge Raad immers tweemaal afstand genomen van een meer dan spaarzame toepassing van de vereenzelviging (HR 16 juni 1995, NJ 1996, 214, Bato's Erf en HR 3 november 1995, NJ 1996, 215, Roco/Staat).

De uitkomst van de procedures voor de Hoge Raad was gunstig voor Assen BV. EGD was verplicht de dwangsommen te betalen die verbeurd waren doordat, ondanks het verbod van de Kantonrechter, was voortgegaan met het gebruik van de handelsnaam 'Gaswacht' door de aan haar gelieerde vennootschap Agog. En verder was, naar het oordeel van de Hoge Raad, Agog gebonden aan het oordeel van de Kantonrechter, zodat terecht (ook) aan Agog door de rechtbank was verboden gebruik te maken van de handelsnaam 'Gaswacht'. Daarbij werd overwogen dat exact dezelfde onderneming, onder dezelfde zeggenschap (moedermaatschappij), naar de kennelijke bedoeling en verwachting van partijen tijdelijk door een andere rechtspersoon werd gedreven, terwijl uiteindelijk de onderneming weer gedreven zou gaan worden door de overdragende partij (EGD).

De Hoge Raad liet echter duidelijk blijken dat zijn oordeel niet was geënt op vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen. Het was namelijk, aldus een overweging van de Hoge Raad, 'het stelsel van de Handelsnaamwet' dat tot deze

uitkomst leidde. De Hoge Raad nam de motivering van het Hof omtrent vereenzelviging uitdrukkelijk niet over.

Hoe nu dit 'stelsel van de handelsnaamwet' moet worden begrepen, wordt uit de beslissing niet helemaal duidelijk. Kennelijk had de Hoge Raad hierbij op het oog dat een handelsnaam is verbonden aan een onderneming, welke handelsnaam met de onderneming kan worden overgedragen. Maar dat de overdracht van de onderneming, met handelsnaam, nu zonder meer zou kunnen leiden tot overtreding van het verbod door EGD ook al was Agog inmiddels rechthebbende van die onderneming, ligt niet voor de hand. Het waren de bijzondere bijkomende omstandigheden die ertoe leidden dat dit geen gewone overdracht was. De veroordeling van EGD niet langer aan haar onderneming de handelsnaam 'Gaswacht' te verbinden impliceerde, zo zou men toch kunnen betogen, ook dat het EGD niet was toegestaan de onderneming, puur formeel en nadrukkelijk tijdelijk, onder die naam te laten exploiteren door een zustersvennootschap. Gezien de aard van de overeenkomst tussen EGD en Agog is de onderneming in wezen door (in opdracht van) EGD geëx-

ploiteerd, zodat EGD gehandeld heeft in strijd met het door de Kantonrechter opgelegde verbod. De verwijzing naar het 'stelsel van de Handelsnaamwet' lijkt hiervoor niet noodzakelijk te zijn.

Geen vereenzelvigingsarresten derhalve. Er lijkt door de Hoge Raad nog eens benadrukt te worden dat hij vereenzelviging slechts als een schaars aanwendbaar redmiddel aanvaardt. Waarschijnlijk niet zo schaars als de cassatieadvocaat van EGD en Agog bepleitte, namelijk alleen voor gevallen waarop het arrest Citco/Krijger betrekking had (gefrustreerd conservatoir derdenbeslag). Zo eng heeft de Hoge Raad het destijds niet geformuleerd. In een geval als het onderhavige lijkt de Hoge Raad meer te voelen voor het aangrijpen van een tamelijk vaag aanknopingspunt in de geschonden wettelijke normen ('het stelsel van de Handelsnaamwet') dan de vereenzelviging in de strijd te willen werpen.

Voor het verlaten van het uitgangspunt dat iedere rechtspersoon een eigen entiteit, een zelfstandige drager van rechten en plichten is, behoeft voorlopig niet te worden gevreesd.