

Europees kartelrecht als strijdmiddel bij overnames

De economische integratie van de Europese Gemeenschap is een veelgenoemd motief voor het overnemen van concurrerende ondernemingen. Om zich op een grote markt staande te kunnen houden is een aanzienlijk marktaandeel een belangrijke factor. Door overname kan het marktaandeel snel groeien. Het Europese kartelrecht kent evenwel verscheidene bepalingen gericht op het voorkomen van al te grote marktmacht in handen van één onderneming. Hoe dit recht in de strijd kan worden geworpen bij overnames en fusies wordt in dit artikel uiteengezet.

MR. A.J. BRAAKMAN*

Het aantal overnames in de Gemeenschap neemt de laatste jaren hand over hand toe. Het gaat daarbij niet meer uitsluitend om grote ondernemingen die kleinere overnemen. Steeds vaker komen overnames voor waarbij ondernemingen van een vergelijkbare, aanzienlijke omvang betrokken zijn. Daarbij moet dan worden gedacht aan ondernemingen met een jaaromzet van omstreeks 1 miljard ecu, of wel 2,35 miljard gulden. De Europese Commissie verwacht dat deze tendens zich zal voortzetten, mede gezien de naderende verwezenlijking van de interne markt.

De overnamegolf heeft tot gevolg gehad dat ondernemingen zich nader zijn gaan bezinnen op de middelen die hun ten dienste staan in de overnamestrijd. Enkele ondernemingen hebben daarbij een beroep gedaan op het Europese kartelrecht. In dit artikel zal een globale uiteenzetting worden gegeven van de werking van het Europese kartelrecht in verband met overnames, zowel naar geldend als naar toekomstig recht. Tegen deze achtergrond zal worden nagegaan of het Europese kartelrecht inderdaad een effectief strijdmiddel bij overnames kan zijn.

De werking van het Europese kartelrecht

Artikel 86 EEG-Verdrag

Artikel 86 EEG-Verdrag stelt het principiële, rechtstreeks werkende verbod van misbruik door één of meer ondernemingen van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, waardoor de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed.

De eerste keer dat de Commissie en het Hof van Justitie van de EG (HJEG) artikel 86 toepasten op een overname was in de Continental-Can-zaak. Het ging in casu om de aankoop door het Amerikaanse concern Continental Can van de aandelen in een Nederlandse onderneming, Thomassen & Drijver-Verblifa NV (TDV), een producent van lichtmetalen verpakkingsmaterialen. Continental Can realiseerde de aankoop via haar Duitse meerderheidsdeel-

neming Schmalbach-Lubeca Werke AG (SLW), eveneens een producent van lichtmetalen verpakkingsmaterialen.

De Commissie en het HJEG waren van oordeel dat deze overname binnen het toepassingsbereik van artikel 86 kwam daar SLW de grootste producent van genoemde materialen was op het Westeuropese vasteland en TDV in de Benelux. De overname zou volgens het HJEG betekenen "dat een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming"¹.

Het HJEG heeft in dit arrest de grenzen van het toepassingsbereik van artikel 86 op overnames getrokken. Duidelijk werd dat artikel 86 uitsluitend toepassing vindt bij een overname door een onderneming die zelf reeds een machtspositie op de relevante markt bezit en deze, door middel van de overname, dusdanig versterkt dat de mededinging op deze markt wezenlijk wordt belemmerd. Dit betekent dat overnames door een kleinere onderneming van een onderneming met een machtspositie² en ook overnames die leiden tot het ontstaan van een machtspositie³ buiten schot blijven (vgl. echter de subparagraaf over de concentratieverordering).

Voorts betekent de uitspraak van het HJEG dat artikel 86 slechts van beperkte toepassing zal kunnen zijn op overnames die leiden tot verticale en conglomerate fusies omdat de overgenomen onderneming in deze gevallen altijd op een andere markt werkzaam is. Toepassing van ar-

* Advocaat, partner Nauta Van Haersolte, Rotterdam en Brussel.
1. Zaak 6/72, Continental Can versus Commissie, Jur. 1973, blz. 215, 246-247.

2. Wertheimer noemt hierbij als voorbeeld de beursoverval van een kleine dynamische onderneming op een grote, wat uitgebluste onderneming, waaruit een belangrijke concentratie ontstaat. Vgl. H.W. Wertheimer, *Europees Kartelrecht anno 1980*, Europese Monografieën nr. 28, blz. 197-198.

3. Vgl. Schriftelijke vraag van de heer Rinche, lid Europees Parlement, en het antwoord van Commissaris Davignon, Pb. nr. C148/21 van 6 juni 1984.

tikel 86 blijft echter mogelijk, bij voorbeeld indien de overgenomen onderneming ten gevolge van de overname een zo sterke financiële of commerciële basis krijgt dat haar concurrenten op de markt waarop zij actief is, in hun gedrag van haar afhankelijk worden⁴.

Het arrest van het HJEG maakt duidelijk dat voor de beoordeling van een overname twee begrippen van cruciaal belang zijn, te weten welke is de relevante markt, dat wil zeggen welke is de markt waarop het eventuele misbruik in de zin van artikel 86, i.e. de overname, plaatsvindt, en wanneer is sprake van een machtspositie in de zin van artikel 86.

De relevante markt

De afbakening van de relevante markt heeft drie dimensies:

- materiële afbakening. Het gaat hierbij om de afbakening van een categorie van produkten of diensten⁵ die op grond van hun kenmerken bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en op grond van hun eigenschappen, prijs en gebruik niet met andere produkten of diensten verwisselbaar zijn;
- geografische afbakening. Hierbij gaat het om de vraag of een bepaald grondgebied kan worden beschouwd als "een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt" in de zin van artikel 86. Ook hier spelen de omstandigheden van het geval, zoals structuur en omvang van de productie en consumptie van het produkt of dienst, en de gewoonten en de economische mogelijkheden van kopers en verkopers⁶, een doorslaggevend rol. Het HJEG heeft uitgemaakt dat, de omstandigheden in aanmerking genomen, een deel van het grondgebied van een grote lidstaat⁷ en zelfs het grondgebied van één kleine lidstaat⁸ "een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt" kan vormen.
- afbakening in tijd. Het moment waarop de afbakening van de relevante markt moet plaatsvinden is het moment waarop het misbruik plaatsvond⁹.

Een juiste afbakening van de relevante markt is vaak lastig, maar wél belangrijk. Een onjuiste afbakening kan de toepassing van artikel 86 op een overname namelijk frustreren. Dit werd onder andere duidelijk in het Continental-Can-arrest. Het HJEG was van oordeel dat de Commissie in haar Beschikking niet had aangetoond dat lichtmetalen verpakkingen voor vleesconserven, lichtmetalen verpakkingen voor conserven van visserijprodukten en metalen deksels voor conserven drie afzonderlijke markten vormden, die dan ook nog te onderscheiden zouden zijn van de algemene markt voor lichtmetalen verpakkingen. Het HJEG oordeelde dat het verbod van artikel 86 dientengevolge niet op de overname van TDV van toepassing kon worden gebracht.

De machtspositie

De Commissie stelt in het *Tiende Mededingingsverslag* dat het bestaan van een machtspositie kan worden afgeleid uit een marktaandeel van 40 tot 50%¹⁰. Verwijzend naar het *Negende Mededingingsverslag* voegt zij daaraan toe dat het bestaan van zulk een positie zelfs niet uitgesloten hoeft te worden geacht bij een marktaandeel tussen 20 en 40%¹¹. "Al mag uit het bezit van zulk een aandeel op zichzelf niet automatisch tot controle van de markt worden geconcludeerd, het draagt, wanneer er een aanzienlijke afstand bestaat tot de positie van de naastbijzijnde concurrenten en er nog andere factoren zijn waaraan de betrokken onderneming voordelen in de concurrentie kan ontleen, bij tot de creatie van zulk een machtspositie". Naast het Continental-Can-arrest baseert de Commissie zich hierbij op de arresten van het HJEG in de zaken United Brands en Hoffmann-La Roche¹².

Artikel 86 kent tot dusver geen stelsel van voorafgaande aanmelding van overnames. Dit betekent dat de Commissie in de meeste gevallen slechts achteraf kan beoordelen of een overname in strijd komt met artikel 86. Het komt echter voor dat ondernemingen het risico van repressieve toetsing en een daarop gebaseerde eis tot aanpassing c.q. ontvlechting te groot vinden. Zij verzoeken de Commissie dan zelf om vooraf een onderzoek in te stellen naar de verenigbaarheid van de overname met artikel 86. In andere gevallen is de Commissie genoodzaakt op eigen initiatief op te treden via een verzoek om inlichtingen conform artikel 11 van Verordening 17/62 van de Raad¹³. Ten slotte komt het voor dat de Commissie een onderzoek instelt op basis van een klacht door derde ondernemingen die zich geschaad achten door voorgenomen overnameoperaties van hun concurrenten.

Artikel 85

* Artikel 85, lid 1, stelt het principiële, rechtstreeks toepasselijke verbod van mededingingsversturende afspraken waardoor de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed. Artikel 85, lid 3, geeft de Commissie de mogelijkheid om zulk een afspraak, na aanmelding, van het verbod van lid 1 vrij te stellen indien kan worden aangetoond dat de economische voordelen groter zijn dan de vanuit mededingingsoogpunt bestaande nadelen.

De Commissie stelde zich tot voor kort op het standpunt dat Artikel 85 niet van toepassing is op concentraties. Dit standpunt heeft zij echter moeten herzien als gevolg van het arrest van het HJEG in de zaak BAT en Reynolds versus de Commissie¹⁴. Het HJEG heeft in dit arrest uitgemaakt dat het nemen van een minderheidsdeelneming in het aandelenkapitaal van een concurrent moet worden getoetst aan artikel 85 van het EEG-Verdrag. Het nemen van zulk een minderheidsdeelneming is op zich zelf niet strijdig met artikel 85. Strijd met artikel 85 treedt op als de deelneming ten doel of tot gevolg heeft dat de commerciële onaf-

4. Vgl. Wertheimer, op.cit., blz. 198 en W. van Gerven, *Kartelrecht II*, EEG, 1986, randnr. 316. De eerste keer dat de Commissie een tot een verticale fusie leidende overname onderzocht, betrof de verwerving door het Michelin-concern van een meerderheidsdeelneming in de Nederlandse onderneming Actor NV, een holdingmaatschappij die onder andere een Nederlandse onderneming voor loopvlakvernieuwing alsmede een keten van bandenservicebedrijven in Nederland controleert. De Commissie achtte deze overname niet in strijd met artikel 86, daar de onafhankelijkheid van de handelaren/concurrenten van Actor op de bandenmarkt niet in gevaar kwam. Vgl. *Achtste verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 146.

5. Naast produkten kunnen ook diensten een relevante markt vormen. Vgl. HJEG, zaak 26/75, General Motors versus Commissie, Jur. 1975, blz. 1367.

6. HJEG, gev. zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Suijker Unie e.a. versus Commissie, Jur. 1975, 1663, 1983.

7. Vgl. Arrest geciteerd in noot 6, blz. 1984 en 2003-2004.

8. HJEG, zaak 322/81, Michelin versus Commissie, Jur. 1983, 3461, 3502.

9. Vgl. Arrest geciteerd in noot 6, 2004.

10. *Tiende Verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 150.

11. *Negende Verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 22.

12. Antwoord van de Commissie op Schriftelijke Vraag nr. 67/80 van de heer Bangemann, Pb.nr. C167, van 7.7.1980, blz. 28 respectievelijk zaak 27/76, Jur. 1978, 207, en 85/76, Jur. 1979, 461.

13. Vgl. *Negende verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 130; en *Tiende verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 151. Verordening 17/62 is gepubliceerd in Schuurman en Jordens, *Europese mededingingsregels*, deel 12A.

14. HJEG gev. zaken 142 en 156/84, arrest van 17 november 1984, nog niet gepubliceerd. Dit arrest is voor de Brusselse vestigingen van zeven in verschillende lidstaten gevestigde advocatenkantoren, waaronder Nauta Van Haersolte, aanleiding geweest om een seminar te organiseren over fusiecontrole in de EG. In verband met dit seminar hebben deze kantoren tevens een boek voorbereid met als titel *Merger control in the EEC* (Kluwer, 1988). In dit boek wordt het probleem van de fusiecontrole niet alleen naar communautair recht, maar ook naar het recht van vrijwel alle lidstaten behandeld.

hankelijkheid van de onderneming wier aandelen worden overgenomen, en/of van het concern waartoe zij behoort, in juridische of feitelijke zin wordt c.q. kan worden aangetaast. De beoordeling hiervan moet worden gebaseerd op de economische context en, in het bijzonder, op de situatie op de relevante markt; zij vindt onder andere plaats aan de hand van de statuten, de begeleidende overeenkomst(en) en de concernpolitiek van de betrokken groepen van ondernemingen.

De toepassing van artikel 85 op het nemen van een minderheidsdeelneming is overigens niet zonder problemen, met name niet wanneer er geen overeenkomst ter zake bestaat en de deelneming via aankoop op de beurs wordt verworven. Toepassing van Artikel 85 in deze laatste situatie lijkt niet goed mogelijk.

Voorlopige maatregelen

Het tijdslement speelt met name bij de toepassing van de Artikelen 85 en 86 op overnames veelal een belangrijke rol. Het is daarom van belang dat de Commissie, binnen het kader van zowel artikel 86 als artikel 85, voorlopige maatregelen kan nemen als strijd met één van deze artikelen dreigt. Wil de Commissie overgaan tot het nemen van voorlopige maatregelen, dan moet voldaan zijn aan een aantal voorwaarden:

- er moet een redelijk sterk 'prima facie'-geval zijn dat een inbreuk op artikel 85 of 86 voorligt;
- voorlopige maatregelen moeten dringend vereist zijn; en
- voorlopige maatregelen moeten noodzakelijk zijn om te voorkomen dat ernstige en onherstelbare schade wordt toegebracht aan de partij(en) die daarom vragen of dat een situatie ontstaat die onaanvaardbaar is in het licht van het algemeen belang¹⁵.

Daarbij komt dat voorlopige maatregelen tijdelijk moeten zijn en behoudend van aard, en niet verder mogen gaan dan de situatie vereist.

De concentratieverordening

De Commissie is steeds van oordeel geweest dat een specifieke verordening nodig is als basis voor een slagvaardig overnamebeleid. Zij heeft derhalve al in 1973 aan de Raad van Ministers een ontwerp voorgelegd voor een verordening waarin de principes die zij bij haar overnamebeleid wilde toepassen, waren neergelegd¹⁶. Dit ontwerp heeft een lijdensweg achter de rug. Behalve het Verenigd Koninkrijk kunnen alle lidstaten zich echter thans in de laatste versie van het ontwerp vinden¹⁷. Het is zeer te hopen dat de bezwaren van het VK binnenkort zullen worden weggenomen en de Raad het ontwerp zal aanvaarden.

In dit verband zij gewezen op een paar belangrijke onderdelen van het ontwerp. Allereerst is van belang dat de verordening van toepassing is op "alle concentraties van communautaire betekenis, met inbegrip van de concentraties die onder artikel 85, lid 1, of onder artikel 86" vallen. Een concentratie heeft communautaire betekenis wanneer haar effect, direct of indirect, niet tot één lidstaat beperkt blijft. Concentraties die geen communautaire betekenis hebben blijven onderworpen aan het nationale recht. Artikel 1, lid 3, bepaalt dat een concentratie geen communautaire betekenis heeft:

- wanneer de totale omzet van alle betrokken ondernemingen wereldwijd niet meer dan één miljard ecu (f 2,35 miljard) bedraagt; of
- wanneer de totale omzet van alle betrokken ondernemingen wereldwijd weliswaar meer dan een miljard ecu bedraagt, doch die van de over te nemen onderneming wereldwijd minder dan 50 miljoen ecu (f 117,5 mln.), of
- wanneer alle ondernemingen die de concentratie bewerkstelligen, meer dan drie vierde van hun totale omzet in de EG binnen dezelfde lidstaat behalen.

Communautaire concentraties moeten, ten einde op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te worden getoetst, voor hun totstandkoming bij de Commissie worden aangemeld, "ongeacht of zij al dan niet zijn overeengekomen" (artikel 4). Dit betekent dat ook overnames via de verwerving van aandelen op de beurs moeten worden aangemeld. De Commissie heeft twee maanden de tijd om te onderzoeken of een aangemelde concentratie valt c.q. lijkt te vallen onder het verbod van de verordening (artikel 6, lid 3), met andere woorden of aanleiding bestaat om een procedure in te leiden. Leidt de Commissie een procedure in, dan heeft zij vier maanden de tijd voor een inhoudelijk onderzoek. Binnen die periode moet een beschikking worden genomen. De Commissie onderzoekt niet alleen of een bestaande machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt versterkt, maar ook of zulk een positie in het leven wordt geroepen. Dit betekent derhalve een uitbreiding van de Continental-Candocctrine.

Zolang de periode van twee maanden niet is verstreken mogen ondernemingen hun voornemen tot een concentratie niet ten uitvoer leggen tenzij de Commissie eerder het groene licht geeft. Ingeval een procedure is ingeleid moet de uitslag hiervan worden afgewacht. Na het inleiden van een procedure stelt de Commissie, ingeval zij voornemens is een afwijzend standpunt in te nemen, de betrokkenen in de gelegenheid opmerkingen te maken naar aanleiding van de punten van bezwaar. De Commissie is voorts verplicht om alle natuurlijke en rechtspersonen die daarom verzoeken, te horen, tenminste indien zij aannemelijk kunnen maken hierbij voldoende belang te hebben (artikel 17, leden 1 en 2).

Europees kartelrecht als strijdmiddel

Beroep op de Commissie

Eén van de eerste gevallen waarin een onderneming met behulp van artikel 86 een haar onvriendelijke overname probeerde te voorkomen betrof de verwerving door de Duitse vennootschap Allianz Versicherungs AG van de controle over de Britse onderneming Eagle Star Holdings Ltd. Allianz had een machtspositie op de Duitse verzekeringsmarkt. Het marktaandeel dat Eagle Star rechtstreeks op de Duitse markt had, was gering en het bedrag aan premies voor verzekeringscontracten die zij sloot via het Duitse Nordstern, met wie zij een samenwerkingsovereenkomst had, was eveneens gering. Ook het indirecte effect van de transactie, voortvloeiend uit de samenvoeging van de internationale netten van beide betrokkenen, had niet het door artikel 86 vereiste effect op de Duitse markt¹⁸. De Commissie weigerde derhalve de door Eagle Star gevraagde voorlopige maatregelen.

In een ander geval had klaagster, dat wil zeggen de onderneming die dreigde te worden overgenomen, uiteindelijk meer succes. Het ging in dit geval om een klacht van British Sugar Corporation Ltd. (BSC) tegen de verwerving van een meerderheidsbelang in haar aandelenkapitaal door S&W Berisford Ltd. (Berisford). BSC vroeg als voorlopige maatregelen om bevrozing van de situatie zolang de Commissie zich niet over de klacht ten gronde had uitgesproken. Volgens BSC zou de verwerving van het aan-

15. Practice Note - Application to the EC Commission for interim measures under article 3 of Regulation No. 17, (1980) 2, *Common Market Law Reports*, 369.

16. Pb. nr. C92, 31.10.1973, blz. 1 e.v.

17. *Rapport Mensuel sur l'Europe*, juli 1988, blz. III, 14. De laatste versie van de ontwerp-verordening is gepubliceerd in Pb. nr. C130, 19.5.1988, blz. 4 e.v.

18. *Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 103.

delenpakket iedere concurrentie tussen Berisford, de belangrijkste handelaar en importeur van geraffineerde suiker in het Verenigd Koninkrijk, en haarzelf, als belangrijkste van de twee enige suikerfabrikanten op deze markt, onmogelijk maken. De Commissie heeft na onderzoek BSC meegedeeld dat de door haar verkregen gegevens de klacht niet konden rechtvaardigen en heeft derhalve aan het verzoek om voorlopige maatregelen geen gevolg gegeven.

De belangrijkste overweging voor de Commissie was dat "de rol die tot dan toe door Berisford werd vervuld en erin bestond de enige twee suikerproducenten in het Verenigd Koninkrijk te dwingen haar concurrerende prijzen te bieden om te voorkomen dat zij zelf uit de andere lidstaten suiker zou invoeren, naar het oordeel van de Commissie (kan) worden overgenomen door de overige 'merchants' en grootverbruikers in het Verenigd Koninkrijk alsmede door de handelaren en producenten op het vasteland van Europa. De concentratie zou de groep BSC/Berisford niet de macht geven de suikerprijzen in het Verenigd Koninkrijk te bepalen. Door het verdwijnen van Berisford als onafhankelijke verdeler, verkerend in een machtspositie, zal voorts de structuur van de distributiemarkt weer in evenwicht worden gebracht omdat de overige 'merchants' in het algemeen van dezelfde omvang zijn".

Na stappen van derde ondernemingen ten behoeve van BSC en nadat BSC nieuwe gegevens had voorgelegd ter staving van haar argument dat geen enkele onderneming, in het Verenigd Koninkrijk of op het Europese vasteland, BSC/Berisford concurrentie zou kunnen aandoen door regelmatige en continue invoer van continentale suiker, besloot de Commissie de procedure in deze aangelegenheid officieel aan te vangen, zonder echter voorlopige maatregelen te willen treffen¹⁹. Het openen van de procedure heeft tot gevolg gehad dat Berisford afstand van haar commerciële activa in BSC heeft gedaan ten gunste van Napier/Brown, een belangrijke suikerhandelaar in het Verenigd Koninkrijk²⁰.

Beroep op de nationale rechter

De artikelen 85 en 86 bevatten een rechtstreeks werkend verbod. Dit betekent dat ondernemingen die met een beroep op deze artikelen een voorgenomen overname wensen te voorkomen, zich ook kunnen wenden tot de nationale rechter.

De eerste keer dat voor de nationale rechter een beroep werd gedaan op artikel 86 betrof de voorgenomen overname door de Engelse Argyll Group van de aandelen van het eveneens Engelse Distillers Company Ltd.

Argyll, geen producente van whisky, had een bod uitgebracht op de aandelen in Distillers. Dit bod werd door Distillers bestreden. Vervolgens deed Guinness, de producente van Bell's whisky, een concurrerend bod. Dit bod was voor Distillers aanvaardbaar. Voor de sluitingsdatum van beide biedingen vroeg Argyll aan de nationale rechter voorlopige voorzieningen houdende een verbod van alle maatregelen die zouden kunnen leiden tot de totstandbrenging van de fusie tussen Distillers en Guinness. Haar argument was dat de fusie een misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 zou opleveren. De voorlopige voorzieningen werden gevraagd aan de Outer House of the Court of Session te Edinburg²¹.

Lord Jauncey was van oordeel dat in materieel opzicht de markt van whisky de relevante markt was. Geografisch gezien kwam alleen het grondgebied van België in aanmerking, daar Distillers alleen op deze markt een machtspositie zou kunnen hebben in de verkoop van whisky. Lord Jauncey was echter van mening dat zelfs op deze zo nauw afgebakende markt de machtspositie van Distillers niet was bewezen daar niet was aangetoond dat Distillers in staat was om haar marktgedrag te bepalen onafhankelijk van

haar concurrenten en de consumenten. Er was, volgens Lord Jauncey, geen sprake van "a significant and abnormal effect upon the market to the extent that the degree of competition is not only altered thereby but is distorted in a manner which could only be achieved by the exercise of a dominant position"²².

Er valt wel iets af te dingen op deze benadering van het begrip machtspositie. Zij is namelijk met name gebaseerd op de overwegingen van Lord Scarman in de zaak *Felixstowe Dock and Railway Company versus British Transport Docks Board*²³ en het arrest van het HJEG in de zaak *Commercial Solvents*²⁴ en houdt geen rekening met het arrest van het HJEG in de zaak *Hoffmann-La Roche*²⁵. Lord Jauncey heeft bewust de minder stringente principes voor de bepaling van een machtspositie in *Hoffmann-La Roche* buiten beschouwing gelaten (vgl. het hierboven gestelde over de machtspositie). Zijn redenering was dat deze zaak handelde over abnormale prijspolitiek en derhalve niet geschikt was voor de beoordeling van fusies. Het zijn echter nu juist de principes als neergelegd in het *Hoffmann-La Roche*-arrest die de Commissie zegt in aanmerking te nemen bij de toepassing van Artikel 86 op fusies²⁶.

Behalve dat geen sprake was van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 meende Lord Jauncey dat de gevraagde voorlopige voorzieningen ook moesten worden geweigerd in het licht van de belangenafweging. Immers, indien toegestaan, zouden de voorlopige voorzieningen vrijwel zeker de aanvaarding van het bod van Argyll betekenen, waardoor Guinness grote schade zou lijden. Zonder dergelijke voorzieningen zouden de aandeelhouders van Distillers vrij zijn te kiezen tussen Argyll en Guinness.

De eerste keer dat voor de nationale rechter een beroep werd gedaan op artikel 85 betrof de verwerving door de Franse onderneming Carnaud van een meerderheid in het aandelenkapitaal van haar concurrent Sofreb. De Duitse concurrent van Carnaud, Schmalbach-Lubeca Werke AG, die zelf één derde van het aandelenkapitaal in Sofreb bezat, diende ter zake een klacht in bij de Commissie. Tegelijkertijd vroeg zij aan de President van het Tribunal de Commerce van Nancy voorlopige voorzieningen houdende een verbod tot alle handelingen die konden leiden tot de aandelenoverdracht zolang de Commissie nog niet op de klacht had beslist. De President gaf inderdaad de gevraagde voorziening. Van deze uitspraak werd hoger beroep aangetekend. Het Cour d'Appel te Nancy bevestigde de uitspraak van de President. Het overwoog dat de aandelenoverdracht Carnaud een quasi-monopolie op de Franse markt zou geven daar zij door middel van een aandelenbezit van 66,6% in het kapitaal van haar enige concurrent op die markt, Sofreb, het beleid in deze onderneming zou kunnen bepalen²⁷.

De Commissie kwam in haar voorlopige onderzoek tot een ander oordeel dan de Franse rechters. Zij was van mening dat het mededingingsbeperkende effect van de overname gezocht moest worden in de band die als gevolg daarvan zou ontstaan tussen Carnaud en Continental Can, de moeder van SLW, door hun wederzijdse deelneming in Sofreb. Naar aanleiding van het onderzoek van de Commissie heeft Carnaud aangeboden om ook het aandeel van

19. *Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 104.

20. *Dertiende verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 166.

21. *Common Market Law Reports*, 1986, nr. 1, 764, uitspraak van de Scottish Court of Session.

22. *Common Market Law Reports*, 1986, nr. 1, 764, 769.

23. *Lloyd's Rep.*, 1976, nr. 2, 656; *Common Market Law Reports*, 1976, nr. 2, 655.

24. Zaken 6 en 7/73, Jur. 1974, 223.

25. Vgl. noot 12.

26. Vgl. *Tiende verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 150.

27. Cour d'Appel Nancy, arrest van 27 november 1987, nog niet gepubliceerd.

SLW in Sofreb over te nemen, waardoor iedere band tussen haar en Continental Can werd verbroken. SLW heeft dit aanbod aangenomen en haar klacht ingetrokken.

De Commissie is een groot voorstandster van de toepassing door de nationale rechter van het communautaire mededingingsrecht. Een belangrijk steunpunt voor deze mening is de overweging van het HJEG in het BRT-I-arrest: "dat het verbod van de artikelen 85, lid 1, en 86 naar zijn aard rechtstreeks gevolgen teweeg kan brengen in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren en die artikelen derhalve rechtstreeks rechten voor de justiciabelen doen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven"²⁸. In het Haecht II-arrest overwoog het HJEG dat de nationale rechter, behoudens de eventuele toepassing van artikel 177 van het Verdrag, kan beslissen dat de procedure dient te worden geschorst om partijen de gelegenheid te geven het oordeel van de Commissie te verkrijgen, dan wel dat een bepaald kartel de mededinging niet merkbaar ongunstig beïnvloedt, dan wel dat de onverenigbaarheid van het kartel met artikel 85 niet in twijfel kan worden getrokken²⁹. Het is duidelijk dat deze overweging mutatis mutandis geldt voor de toepassing door de nationale rechter van artikel 86³⁰.

Het is mogelijk dat voorschriften van nationaal recht en van gemeenschapsrecht op het gebied van de mededinging gelijktijdig op één zelfde economisch feit van toepassing zijn. In een dergelijk geval kunnen door de betrokken nationale autoriteit en de Commissie gelijktijdig twee procedures worden gevoerd ten aanzien van één zelfde concentratie³¹. Deze situatie deed zich voor bij de fusie tussen British Airways en British Caledonian. De fusie was zowel aan de Commissie als aan de Monopolies and Mergers Commission (MMC) in het Verenigd Koninkrijk voorgelegd. De MMC had de fusie goedgekeurd, maar de Commissie eiste, in het licht van artikel 86, aanpassingen. Na onderhandelingen zijn deze aanpassingen ook inderdaad aangebracht, zodat de Commissie haar bezwaren onder artikel 86 kon laten varen³².

Dit resultaat lag in de lijn der verwachtingen. Immers, het HJEG had kort tevoren nog eens bevestigd dat de nationale autoriteiten en de nationale rechter zich bij een beslissing van de Commissie dienen neer te leggen, ook al is deze duidelijk in strijd met het nationale mededingingsrecht³³. Indien de Commissie besluit artikel 86 niet op een fusie toe te passen, mogen de nationale autoriteiten deze nog steeds verbieden onder het nationale mededingingsrecht³⁴. Nog steeds; het is namelijk zeker denkbaar dat de nationale autoriteiten deze bevoegdheid verliezen zodra de concentratieverordening is aangenomen en de Commissie, onder deze verordening, een beslissing neemt waarbij een concentratie van communautaire betekenis expliciet verenigbaar wordt geoordeeld met het EG-mededingingsrecht. Het probleem dat zich hier zou kunnen voordoen lijkt zich overigens niet in Nederland te kunnen afspeelen gezien het feit dat de regelgeving in de Wet Economische Mededinging aanzienlijk minder ver gaat dan de kartelbepalingen van het EG-Verdrag.

Conclusie

De hierboven gegeven voorbeelden maken duidelijk dat de artikelen 85 en 86 bij de huidige stand van het recht een rol kunnen spelen bij overnames. De effectiefste wijze waarop deze artikelen in de strijd kunnen worden geworpen, is door een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen bij de Commissie en parallel daaraan voor de periode tot aan de beslissing van de Commissie op dit verzoek, in kort geding een verbod te vragen van alle maatregelen die zouden kunnen leiden tot de overname.

Het is daarbij van cruciaal belang dat zowel het verzoek om voorlopige maatregelen alsook de dagvaarding in kort geding worden onderbouwd met zoveel mogelijk gegevens over de relevante markt, de positie van de betrokken ondernemingen op deze markt, het effect van de overname op de mededingingsstructuur van deze markt en dergelijke. Ondernemingen die met een beroep op het Europese kartelrecht een overname van henzelf of een concurrent willen voorkomen doen er derhalve goed aan deze gegevens tijdig te verzamelen.

De rol die het Europese kartelrecht bij overnames kan spelen wordt belangrijker zodra de concentratieverordening is aangenomen. De verordening kent immers een stelsel van voorafgaande aanmelding. Ondernemingen die een overname willen voorkomen en kunnen aantonen daarbij voldoende belang te hebben, kunnen deze in ieder geval maximaal twee maanden uitstellen indien zij aan de Commissie aannemelijk kunnen maken dat de overname leidt tot een concentratie van communautaire betekenis en derhalve moet worden aangemeld. Naleving van de aanmeldingsverplichting kan zonodig via een kort geding worden afgedwongen. Ook dan zal echter aannemelijk moeten worden gemaakt dat de overname leidt tot een concentratie van communautaire betekenis. Indien de Commissie op basis van de verkregen gegevens besluit de procedure in te leiden duurt het uitstel nog eens maximaal vier maanden langer.

De onderneming die overgenomen dreigt te worden kan het uitstel aangrijpen om een andere partner te zoeken, een z.g. 'white knight', waarmee een concentratie tot stand wordt gebracht die niet onder het toepassingsbereik van de verordening valt. De potentiële overnemer kan hiertegen niets doen. Het enige wat de Commissie kan doen is haar onderzoek zo snel mogelijk afronden. Zij is voornemens dit ook inderdaad te doen³⁵. De vraag of zij in dit voornemen slaagt lijkt echter mede afhankelijk van de gegevens die de onderneming die dreigt te worden overgenomen en/of een derde-belanghebbende haar doen toekomen ten bewijze dat de overname onder het verbod van de verordening valt. Hoe vollediger en betrouwbaarder deze gegevens zijn, des te aarzelender zal de Commissie zijn om het groene licht voor de overname te geven.

Het is deze situatie die maakt dat het Europese kartelrecht in de toekomst waarschijnlijk steeds vaker als strijdmiddel zal worden gebruikt bij overnames die leiden tot concentraties van communautaire betekenis.

A.J. Braakman

28. Zaak 127/73, Jur. 1974, 51 (overweging 16).

29. Zaak 48/72, Jur. 1973, 77 (overweging 12).

30. Vgl. over deze materie een bijzonder instructieve voordracht van rechter Kakouris, Rechter bij het HJEG, gehouden bij gelegenheid van het congres van de Union des avocats Européens te Rome op 18-20 juni 1987, onder de titel "Aspects sur les relations entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques des Etats Membres".

31. HJEG zaak 14/68, Walt Wilhelm versus Bundeskartellamt, Jur. XIV, 1.

32. De zaak British Airways/British Caledonian is nog niet gerapporteerd in de Mededingingsverslagen van de Commissie. Andere zaken waarin het communautaire en het nationale mededingingsrecht gelijktijdig werden toegepast zijn bij voorbeeld Pilkington/BSN-Gervais-Danone, *Tiende verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 152, en Ashland Oil Inc./Cabot Co., *Veertiende verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 109.

33. HJEG zaak 249/85, Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co. KG versus Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, arrest van 21 mei 1987, nog niet gepubliceerd.

34. Vgl. *Tiende Verslag over het mededingingsbeleid*, nr. 155.

35. Vgl. J. Faull, assistent van de Directeur-Generaal Mededinging van de Commissie (DG IV) in zijn antwoord namens de Commissie op vragen tijdens het in noot 14 genoemde Seminar, samenvatting discussie, blz. 44/45.