

# Nevenrestricties

mr drs W. Knibbeler

De term 'nevenrestrictie' komt in de Mededingingswet niet voor. Niettemin speelt dit begrip zowel bij het op grond van die wet uitgeoefende concentratietoezicht als bij het gedragstoezicht een belangrijke rol. In deze bijdrage wordt een beschouwing gewijd aan de beoordeling van nevenrestricties door de D-G NMa. Daarbij komen relevante Europese ontwikkelingen aan de orde. Voorts wordt aandacht besteedt aan enkele procedurele aspecten.

Ingevolge artikel 10 Mw geldt het in artikel 6 Mw vervatte verbod op mededingingsafspraken niet voorzover beperkingen worden overeengekomen die rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van een concentratie in de zin van hoofdstuk 5 Mededingingswet. Blijkens de memorie van toelichting<sup>1</sup> bij de Mededingingswet heeft de wetgever voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van dergelijke toelaatbare beperkingen, beoogd aan te sluiten bij de mededeling<sup>2</sup> van de Europese Commissie ('Commissie') van 14 augustus 1990 betreffende 'nevenrestricties' bij concentraties. Blijkens de mededeling, die op het tijdstip van inwerkingtreding van de Mededingingswet al enigszins verouderd was, dienen nevenrestricties tezamen met een voorgenomen concentratie te worden achtergrond waarvan zij worden overeengekomen te worden beoordeeld. Deze beoordeling dient te geschieden aan de hand van een aantal in de mededeling opgesomde vuistregels. Inmiddels heeft de Commissie een concept voor een nieuwe mededeling gepubliceerd.<sup>3</sup>

Ook bij vormen van samenwerking die niet als concentratie in de zin van de Mededingingswet worden gekwalificeerd kunnen bijkomende afspraken worden gemaakt. Dergelijke afspraken moeten worden beoordeeld in het licht van artikel 6 Mw. Blijkens de beschikkingspraktijk van de D-G NMa kunnen ook deze afspraken in bepaalde gevallen als nevenrestrictie worden aangemerkt, als gevolg waarvan een afzonderlijke toets aan artikel 6 Mw niet noodzakelijk is.<sup>4</sup> Voor beantwoording van de vraag of afspraken die verband houden met de totstandbrenging van een samenwerkingsverband dat moet worden beoordeeld in het licht van artikel 6 Mw kunnen worden gekwalificeerd als nevenrestricties, kan de D-G NMa zich laten inspireren door hoofdstuk V van de bekendmaking<sup>5</sup> van de

Europese Commissie uit 1993 en de beschikkingspraktijk en jurisprudentie op grond van artikel 81 EG. In de praktijk wordt meer aandacht besteed aan nevenrestricties bij concentraties dan aan nevenrestricties bij samenwerkingsverbanden die binnen de werkingssfeer van het gedragstoezicht vallen. Voor een evenwichtige ontwikkeling van dit leerstuk lijkt het evenwel van belang de samenhang tussen beide vormen van toezicht niet uit het oog te verliezen.

## Nevenrestricties bij concentraties

### De concentratieverordening

Artikel 8 lid 2 en – sinds 1 maart 1998 – artikel 6 lid 1 sub b van de concentratieverordening<sup>6</sup> bieden een rechtsbasis voor de Commissie om zich bij beschikkingen op grond van deze verordening uit te spreken over mededingingsbeperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties welke worden goedgekeurd. Dit één-loketsysteem voor de beoordeling van nevenrestricties biedt zowel voor de Commissie als voor de meldende ondernemingen belangrijke voordelen. Beiden worden bevrijd van de noodzaak twee verschillende procedures te volgen: één voor de voorgenomen concentratie en één voor de afspraken die met deze concentratie samenhangen.

De notie dat het mededingingsrechtelijk lot van bepaalde mededingingsafspraken afhangt van de mededingingsrechtelijke beoordeling van de transactie waar zij deel van uitmaken is geen vrucht van de concentratieverordening. Reeds in 1976 beoordeelde de Commissie in haar beschikking Reuter/BASF<sup>7</sup> een niet-concurrentiebeding tegen de achtergrond van de verkoop van een onderneming. Bij haar beoordeling van de betrokken clause nam de Commissie als uitgangspunt de vraag of de overeengekomen beperking een *conditio sine qua non* was voor het instandhouden van de waarde van de verkochte onderneming. In de zaak Remia<sup>8</sup> bevestigde het Hof van Justitie deze benadering. In deze zaak oordeelde het Hof dat voor de beoordeling van een niet-concurrentiebeding bij de verkoop van een onderneming het noodzakelijk is zich te ver-

mr drs W. Knibbeler is advocaat bij Nauta Dutilh te Amsterdam

1 Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 63.

2 Pb. EG 1990, C 203.

3 <http://Europa.eu.int/comm/dg04/>.

4 Vgl. zaaknr. 21, Interpolis-Cobac, besluit van 19 oktober 1998, punt 102.

5 Bekendmaking van 16 februari 1993, Pb. EG 1993, C 43.

6 Pb. EG 1989, L 395; Pb. EG 1997, L 180.

7 Commissie-beschikking van 26 juli 1976, Reuter/BASF, Pb. EG 1976, L 254/40.

8 HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia/Commissie, Jur. 1985, p. 254.

## A r t i k e l e n

plaatsen in de vraag of de transactie levensvatbaar zou zijn geweest zonder een dergelijke clause. De mededingingsrechtelijke toetsing van de overeengekomen beperkingen diende zich in deze zaak naar het oordeel van het Hof van Justitie toe te spitsen op de vraag of de duur en het geografisch toepassingsgebied redelijkerwijs noodzakelijk waren voor de overdracht van de betrokken onderneming. De doctrine betreffende nevenrestricties werd vervolgens door de Commissie onder meer verder uitgewerkt in de zaak PPG<sup>9</sup> en in de hierboven geciteerde mededeling uit 1990.

Voor de beoordeling van nevenrestricties is een analyse van de mededingingsverhoudingen op de markt waar deze restricties effect sorteren niet noodzakelijk. Doorslaggevend is de vraag naar de relatie met de te beoordelen transactie. Daarin onderscheidt de beoordeling van nevenrestricties zich onder meer van de analyse van veel andere gedragsbeperkingen. Voor een beoordeling van deze beperkingen is een grondige marktanalyse nu juist wel van belang<sup>10</sup>.

Het feit dat een beperking tegelijk met een voorgenomen concentratie overeengekomen wordt is niet voldoende voor de kwalificatie 'nevenrestrictie'. Blijkens de mededeling uit 1990 moet het gaan om beperkingen van ondergeschikt belang waarvan het karakter duidelijk verband houdt, maar niet de kern vormt, van een voorgenomen concentratie. Overeenkomsten betreffende de huur van bedrijfsgebouwen of door een gemeenschappelijke onderneming uit te voeren bedrijfsactiviteiten worden bijvoorbeeld door de Commissie als onderdeel van de voorgenomen concentratie beschouwd en niet als nevenrestrictie. Naast de eis van een rechtstreeks verband geldt de eis van 'noodzakelijkheid'. Deze eis vormt het aanknopingspunt voor een proportionaliteitseis.

Over de beschikkingspraktijk van de Commissie op grond van de concentratieverordening terzake van nevenrestricties is inmiddels veel geschreven<sup>11</sup>. Deze beschikkingspraktijk valt onder vijf hoofdstukken te rubriceren: niet-concurrentiebedingen, licenties betreffende industriële eigendomsrechten en knowhow, overeenkomsten die betrekking hebben op het gebruik van handelsnamen en handelsmerken, afname- en leveringsverplichtingen en afspraken met betrekking tot de gezamenlijke verwerving van een onderneming.

Bij de analyse van nevenrestricties in het licht van deze vijf rubrieken is een tweede onderscheid van belang. Dit betreft het onderscheid tussen clausules die worden gebruikt bij de verwerving van een onderneming en die welke worden overeengekomen bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming. De economische ratio van nevenrestricties kan verschillen afhankelijk van deze context.

Voor wat betreft het doel van concurrentieverboden lijkt er bijvoorbeeld een verschil te bestaan tussen de overdracht van een onderneming en de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming. Het legitieme doel van een niet-concurrentiebeding dat rust op de verkoper van

een onderneming wordt gevormd door de noodzaak te waarborgen dat bij deze verkoper achterblijvende kennis omtrent klanten (goodwill) of bedrijfsactiviteiten (know-how) niet opnieuw wordt verzilverd, ten koste van de koper van de verkochte onderneming. Afhankelijk van de betrokken branche veroudert deze kennis evenwel snel. Tegen deze achtergrond is een niet-concurrentiebeding bij de verkoop van een onderneming slechts voor een beperkte periode gerechtvaardigd. Dat lijkt anders bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming. De mededeling van de Commissie uit 1990 gaat ervan uit dat een voor de oprichtende ondernemingen ten gunste van de gezamenlijke onderneming geldend concurrentieverbod ertoe strekt uitdrukking te geven aan de realiteit dat deze ondernemingen duurzaam de markt verlaten. In de beschikkingspraktijk van de Commissie wordt tot op heden een concurrentieverbod voor de oprichtende ondernemingen aanvaard, zolang zij zeggenschap uitoefenen over een gemeenschappelijke onderneming.<sup>12</sup>

Afname- en leveringsverplichtingen worden in het geval van de overdracht van een onderneming aangegaan om een plotselinge verstoring van traditionele leveringspatronen te voorkomen. Bij dergelijke verplichtingen wordt doorgaans beoogd gedurende een overgangperiode continuïteit te bewerkstelligen. Datzelfde geldt in het geval van gemeenschappelijke ondernemingen indien de moederondernemingen aanwezig blijven op een markt die in een verticale relatie staat tot de markt waarop de gemeenschappelijke onderneming actief wordt. De in de beschikkingspraktijk van de Commissie ontwikkelde criteria lijken zowel in het geval van een overname als bij de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming bruikbaar.<sup>13</sup>

9 Commissie-beschikking van 12 december 1984, PPG/Mecaniver, Pb. EG 1985, L 35/54.

10 Vgl. in dit verband: *Some reflections on the notion of ancillary restraints under EC Competition Law*, F. Enrique González Díaz, 1995 Fordham Corp. L. Inst. 325 (B. Hawk ed. 1996).

11 C.J. Cook & C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 1996, hoofdstuk 6; B.E. Hawk & H.L. Huser, *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*, 1996, hoofdstuk IX; J.R. Modrall, *Ancillary restraints in the Commission's Decisions under the Merger Regulation: non-competition clauses*, *ECLR* 1995, p. 40; C. Jones & E. González-Díaz, *The EEC Merger Regulation*, 1992, hoofdstuk 14; P. Bos, J. Stuyck & P. Wytinck, *Concentration Control in the European Economic Community*, 1992, p. 280; D.L. Holley, *Ancillary restraints in mergers and joint ventures*, 1990 Fordham Corporate Law Institute 423 (B. Hawk ed. 1991); E.H. Pijnacker Hordijk, *Towards the tenth anniversary of the EC Merger Regulation: an interim report*, *SEW* 1999, p. 135.

12 Voor recente voorbeelden zie: Commissie-beschikking van 22 oktober 1998, zaak IV/M.1202, Renault/Iveco en Commissie-beschikking van 19 mei 1998, zaak IV/M.1132, BT/ESB; Commissie-beschikking van 18 december 1998, zaak IV/M.1372, Hugh Baird/Scottish and Newcastle; Commissie-beschikking van 17 augustus 1999, zaak IV/JV.21, Skandia/Storebrand.

13 Anders E.H. Pijnacker Hordijk, *SEW* 1999, p. 137, die meent dat wel een onderscheid dient te worden gemaakt tussen verschillende transacties met betrekking tot dit aspect; overigens is dit continuïteitsvraagstuk ook van belang bij de verzelfstandiging van overheidsdiensten, de zogenoemde bruidsschatproblematiek in het aanbestedingsrecht; zie E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, tweede druk, 1999, p. 107.

## A r t i k e l e n

In de voorgestelde nieuwe mededeling zal niet meer het begrip 'nevenrestrictie' worden gebruikt, omdat de concentratieverordening daar evenmin van spreekt. In navolging van de concentratieverordening bezigt de nieuwe mededeling de uitdrukking 'bepalingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties'. Blijkens de conceptmededeling wil de Commissie – zoals de laatste tijd in haar beschikkingspraktijk vrijwel altijd gebeurt – in de toekomst bij de beoordeling van nevenrestricties de vraag in het midden laten of de betrokken bepalingen een mededingingsbeperkend karakter hebben. De analyse van de Commissie zal desgevraagd plaatsvinden voor zover dat het geval is.

De Commissie benadrukt in haar nieuwe concept bekendmaking dat de bewijslast voor de noodzaak van de betrokken beperkingen bij partijen ligt. Zij dienen in de melding de beweegredenen voor de betrokken clausules uiteen te zetten. In het geval van de overdracht van een onderneming overweegt de Commissie als uitgangspunt te nemen dat een niet-concurrentiebeding voor de verkoper toelaatbaar is voor twee of drie jaar wanneer respectievelijk goodwill of goodwill gecombineerd met knowhow wordt overgedragen. Thans geldt in dat laatste geval als uitgangspunt een periode van vijf jaar.<sup>14</sup> Een verbod werknemers van de verkochte onderneming te werven en vertrouwelijkheidsclausules worden blijkens de conceptmededeling (par. 43) door de Commissie voor wat betreft hun economisch effect op één lijn gesteld met niet-concurrentiebedingen. Dat strookt met de huidige beschikkingspraktijk.

Blijkens de voorgestelde mededeling (par. 39) geldt dat indien partijen bij de overeenkomst tot oprichting van een gemeenschappelijke onderneming een niet-concurrentiebeding willen overeenkomen voor een langere termijn dan drie jaar de noodzaak daarvoor zal moeten worden aangetoond. De duur die aanvaardbaar is – aldus de conceptmededeling – zal afhankelijk zijn van het doel dat met de betrokken beperking wordt nagestreefd, en kan in de tijd beperkt zijn of zich uitstreken tot de volledige bestaansduur van de gemeenschappelijke onderneming.

Het beleid van de Commissie terzake van de duur van niet-concurrentiebedingen tussen moedermaatschappijen van gemeenschappelijke ondernemingen was tot op heden opmerkelijk liberaal. Dit laat zich waarschijnlijk verklaren door de dichotomie tussen coöperatieve en concentratieve joint ventures die het concentratietoezicht van de Commissie tot voor kort kenmerkte. Een concurrentiebeding voor de moederondernemingen van de gemeenschappelijke onderneming was een belangrijk argument voor de stelling dat een voorgenomen samenwerking een concentratief karakter had.<sup>15</sup> Ondanks het verdwijnen van dit onderscheid lijkt de Commissie ook in haar recente beschikkingspraktijk – in tegenstelling tot het beleid van de toezichthouders in de Verenigde Staten<sup>16</sup> – zonder nadere noodzakelijkheidstoets concurrentiebedingen voor de duur van

een gemeenschappelijke onderneming als nevenrestrictie te aanvaarden.<sup>17</sup> Anders dan vroeger<sup>18</sup> is de Commissie kennelijk in beginsel evenwel niet meer bereid om beperkingen die langer duren dan het bestaan van gezamenlijke zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming te aanvaarden.

De conceptmededeling legt meer dan voorheen de nadruk op vragen van bewijslastverdeling. Voor concurrentiebeperkingen voor aandeelhouders zonder zeggenschap zal als hoofdregel gaan gelden dat deze in beginsel niet als rechtstreeks verband houdend met en noodzakelijk voor een concentratie zullen worden beschouwd, tenzij de meldende partijen het tegendeel bewijzen.

Op het punt van licentieovereenkomsten biedt de nieuwe mededeling geen nieuwe gezichtspunten. Wat de overdracht van een onderneming betreft zijn geen inhoudelijke wijzigingen aangebracht, met uitzondering van een passage (par. 44) die territoriale beperkingen mogelijk maakt in het geval van een licentie. Veel licenties zullen overigens kunnen profiteren van de groepsvrijstellingsverordening voor technologieoverdracht.<sup>19</sup>

Voor wat betreft licenties die worden verstrekt door een moedermaatschappij aan een gemeenschappelijke onderneming codificeert de conceptmededeling het liberale beleid dat de Commissie in haar beschikkingspraktijk heeft gevoerd. Zo kan een licentie beperkt zijn tot een bepaald gebruik dat overeenkomt met de activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming.<sup>20</sup> Licentieovereenkomsten tussen de moedermaatschappijen of licenties die door de gemeenschappelijke onderneming worden verstrekt zullen – behoudens tegenbewijs – in het algemeen niet als noodzakelijk voor de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming kunnen worden aangemerkt.

14 Deze periode van vijf jaar geldt in de praktijk als maximum. Het komt regelmatig voor dat de Commissie deze termijn uit eigener beweging terugbrengt. Vgl. bijv. Commissie-beschikking van 1 juli 1999, zaak IV/M.1513, Deutsche Post/Danzas/Nedlloyd, onderdeel 29, waar een niet-concurrentiebeding wordt teruggebracht tot drie jaar.

15 Vgl. de mededeling van de Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband, van 31 december 1994, Pb. EG 1994, C385.

16 B.E. Hawk en H.L. Huser, o.c. noot 11, p. 273, zie ook de onlangs gepubliceerde 'draft guidelines for collaborations among competitors', <http://www.ftc.gov>, waarin uitgegaan wordt van een integrale mededingingsrechtelijke analyse van joint ventures met alle daarbij behorende overeenkomsten.

17 Vgl. de beschikkingen genoemd in noot 12.

18 Vgl. bijvoorbeeld voor gevallen waarin de Commissie aanvaardde dat het niet-concurrentiebeding voortduurde tot één jaar nadat de moederondernemingen zeggenschap verloren over de gemeenschappelijke onderneming, Commissie-beschikking van 18 november 1994, zaak IV/M.535, Mannesmann/Delaval Stork; Commissie-beschikking van 1 september 1995, zaak IV/M.640, KNP/BT Société Générale; Commissie-beschikking d.d. 24 augustus 1998, zaak IV/M.1260, EDON/ROVA/REKO.

19 Verordening 240/96, Pb. EG 1996, L 31/2.

20 Commissie-beschikking van 23 augustus 1994, zaak IV/M.437, Matra/British Aerospace.

## A r t i k e l e n

In de conceptmededeling wordt uitvoerig ingegaan op koop- en leveringsovereenkomsten welke tot doel hebben voor de verkoper of de koper van een onderneming de continuïteit van de afname te bewerkstelligen. Als vuistregel is in de conceptmededeling (par. 29) vervat dat de duur van afname- en leveringsverplichtingen bij complexe industriële producten doorgaans niet gerechtvaardigd is voor een periode langer dan drie jaar.<sup>21</sup> De Commissie benadrukt in de conceptmededeling dat zij de voorkeur geeft aan overeenkomsten die verplichtingen bevatten tot levering of aankoop van bepaalde hoeveelheden, boven overeenkomsten die exclusiviteitsregelingen bevatten. De overeengekomen hoeveelheden mogen vanzelfsprekend *de facto* niet leiden tot exclusiviteit. De Commissie legt duidelijk een relatie tussen de aanvaardbaarheid van de duur en de toename van het beperkende effect van een verplichting. In de mededeling wordt een maximum van vijf jaar genoemd in het geval van specifieke marktomstandigheden.<sup>22</sup> Blijkens paragraaf 25 van de conceptmededeling staat de Commissie uiterst gereserveerd tegenover leveringsovereenkomsten die er toe strekken de verkoper te beschermen. De Commissie lijkt zich in ieder geval niet *a priori* te verzetten tegen bepalingen die moedermaatschappijen een geprivilegieerde leverancierstatus geven.<sup>23</sup>

De mededeling is vrijwel ongewijzigd gebleven voor wat betreft de beoordeling van clausules die samenhangen met de gezamenlijke verwerving van een onderneming. Blijkens de bestaande en de conceptmededeling kan de overeenkomst tussen deelnemers aan een gezamenlijk bod om niet afzonderlijk een concurrerend bod te doen als nevenrestrictie worden beschouwd. Biddingen door consortia van ondernemingen komen in de praktijk niet vaak voor. Wel gebeurt het bij veilingfusies regelmatig dat één van de gegadigden met een derde onderneming afspreekt dat een deel van de gekochte onderneming aan deze derde zal worden doorverkocht. In veel gevallen committeert deze derde zich in dat geval om niet als gegadigde aan de veilingfusie deel te nemen. Het lijkt verdedigbaar dat ook deze afspraken als nevenrestrictie moeten worden aangemerkt.

### Hoofdstuk 5 Mw

Gezien de wetsgeschiedenis, is het geen verrassing dat de beschikkingspraktijk van de D-G NMa terzake van nevenrestricties veel overeenkomsten vertoont met die van de Europese Commissie op grond van de concentratieverordening.<sup>24</sup> Blijkens zijn beschikkingspraktijk laat de D-G NMa zich voornamelijk leiden door de Commissie mededeling over nevenrestricties uit 1990. Bij zijn beleid op het gebied van nevenrestricties dient de D-G NMa in het oog te houden dat hij geen mededingingsbeperkingen als nevenrestricties aanmerkt die door het verbod van artikel 81 EG getroffen worden. Een verscherping van het beleid van de Commissie heeft daarom waarschijnlijk gevolgen voor de beschikkingspraktijk van de D-G NMa. Bij de toetsing van concurrentiebedingen waaraan de ver-

koper van een onderneming wordt gebonden kijkt de D-G NMa kritisch naar de duur, het territoriale toepassingsgebied en de materiële en de draagwijdte van het betrokken beding. In geval van overdracht van goodwill en knowhow lijkt de D-G NMa zonder nader onderzoek als vuistregel te hanteren dat een duur van vijf jaar aanvaardbaar is. Een uitzondering op dit beginsel wordt door de D-G NMa – in navolging van de beschikkingspraktijk van de Commissie – gemaakt voor sectoren waar geldt dat knowhow snel verouderd.<sup>25</sup>

Voor wat betreft de geografische werkingssfeer van een concurrentiebeding neemt de D-G NMa – in navolging van Europese Commissie – als uitgangspunt dat een concurrentieverbod beperkt dient te zijn tot het gebied waarin de verkochte onderneming voor de overdracht zijn producten of diensten aanbood. Indien partijen de werkingssfeer van een concurrentieverbod in hun contractuele relatie niet hebben gedefinieerd, oordeelt de D-G NMa dat toepasbaarheid van artikel 10 Mw uitsluitend kan worden aangenomen voor zover de reikwijdte van het betrokken concurrentieverbod niet ruimer is dan het gebied waarbinnen de over te dragen onderneming op het tijdstip van de transactie actief was.<sup>26</sup> Ook kan de D-G NMa oordelen dat een concurrentiebeding slechts in combinatie met een gedeelte van het oorspronkelijk omschreven geografisch gebied als nevenrestrictie kwalificeert. Bij de verkoop van het bedrijf van een Nissan-dealer oordeelde de D-G NMa dat uitsluitend een concurrentiebeding met een geografische reikwijdte die beperkt zou blijven tot activiteiten in de regio Amsterdam/Weesp als nevenrestrictie kon worden aangemerkt.<sup>27</sup> De beschikkingspraktijk van de D-G NMa met betrekking tot niet-concurrentiebedingen met een reikwijdte die groter is dan Nederland lijkt nog niet geheel te zijn uitgekristalliseerd. In de zaak Low & Bonar/Wad-

21 Vgl. Commissie-beschikking van 22 april 1999, zaak IV/M.1396, AT&T/IBM, waarin een contract van vijf jaar voor een belangrijk gedeelte van de door IBM benodigde netwerkdiensten werd teruggebracht tot drie jaar; vgl. ook zaak IV/M.1372, Hugh Baird/Scottish and Newcastle, geciteerd in noot 10 en Commissie-beschikking van 30 september 1999, Fujitsu/Siemens, waarin een geprivilegieerde afnemersstatus voor de betrokken joint venture werd teruggebracht van een onbepaalde tijd naar drie jaar.

22 Dit maximum werd overschreden in Commissie-beschikking van 2 februari 1999, zaak IV/M.1375, Volkswagen/Ford, waarin een leveringsverplichting ten behoeve van Ford voor een periode van 6 jaar als nevenrestrictie werd aangemerkt.

23 Vgl. Commissie-beschikking van 4 augustus 1998, zaak IV/M.1097, Wacker/Air Products.

24 Vgl. voor een overzicht van deze praktijk over het eerste jaar Y.E. de Muijnck, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 1999, nr. 2, p. 22 en I.W. VerLoren van Themaat en E.R. Vollebregt, één jaar gecontroleerd concentreren in Nederland, *M&M* 1999, p. 72.

25 Vgl. zaaknr. 93, Wang Olsy, besluit van 11 maart 1998.

26 Zaaknr. 309, Aviko/Kortweg, besluit van 16 juni 1998; zaaknr. 1064, Friesland Coberco/DF Kloosterkaas, besluit van 9 oktober 1998; zaaknr. 1257, Airtours, besluit van 25 maart 1999; zaaknr. 1285, CRH, besluit van 15 april 1999.

27 Zaaknr. 1204, Nissan Motor Nederland/Veeneman, besluit van 22 januari 1999.

## A r t i k e l e n

dington<sup>28</sup> merkte de D-G NMa een concurrentiebeding dat betrekking had op geheel Europa als nevenrestrictie aan, ondanks het feit dat de verkochte onderneming slechts in een aantal Europese landen actief was. De D-G NMa nam daarbij in aanmerking dat partijen aannemelijk hadden gemaakt *'dat zij bij hun activiteiten concurrentiedruk ondervinden van ondernemingen, gevestigd in landen waar Waddington [...] thans niet actief is ter zake van bedrukte vouwkartonverpakkingen'*. In de zaak Airtours<sup>29</sup> werd een niet-concurrentiebeding beperkt tot Nederland, het werkterrein van de verkochte onderneming op het tijdstip van de transactie. In andere zaken waarin de relevante geografische markt ruimer is dan Nederland en de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding in het midden wordt gelaten werden de betrokken clausules zonder meer als nevenrestrictie aanvaard.<sup>30</sup> Men kan zich afvragen of een niet-concurrentiebeding dat betrekking heeft op een markt buiten Nederland onder de werkingsfeer van artikel 6 Mw kan vallen. Omdat het doorgaans niet mogelijk is een volledige mededingingsrechtelijke toets uit te voeren op een clausule die als nevenrestrictie wordt aangemeld, laat de D-G NMa bij zijn beoordeling van nevenrestricties altijd in het midden of de betrokken clausule een overeenkomst vormt als bedoeld in artikel 6 Mw. Voor zover deze clausule in geen geval onder de werkingsfeer van deze bepaling kan vallen lijkt het evenwel niet erg zinvol zich het hoofd te breken over de vraag of sprake is van een nevenrestrictie. Tegen deze achtergrond zou de D-G NMa zich bij de toetsing van de geografische reikwijdte van een niet-concurrentiebeding kunnen beperken tot de vraag – zoals aan de orde in de Nissan-zaak – of het noodzakelijk is dat een concurrentiebeding op geheel Nederland betrekking heeft.

Voor wat betreft de materiële reikwijdte van een niet-concurrentiebeding kan worden aangenomen dat afspraken over het gedrag van de doelwitonderneming voor de goederenrechtelijke overdracht ('de closing') eveneens aanvaardbaar kunnen zijn. Het gaat daarbij met name om bepalingen die een goedkeuringsrecht geven aan de koper voor belangrijke commerciële beslissingen van het management van de te verwerven onderneming. In de beschikkingspraktijk van de D-G NMa zijn op dit punt nog geen voorbeelden te vinden.<sup>31</sup>

De kwalificatie van een verbod voor de verkoper om financiering te verstrekken aan ondernemingen die concurreren met de activiteiten van de verkochte onderneming is nog onzeker. In de zaak Pon/Beynex<sup>32</sup> werd een verplichting voor de verkoper om geen financiering te verstrekken aan ondernemingen die concurreren met de verkochte onderneming als nevenrestrictie aangemerkt. In de zaken 1324<sup>33</sup> en 1409<sup>34</sup> werd evenwel geoordeeld dat een verbod op het verschaffen van vreemd vermogen aan concurrenten van de verkoper niet als nevenrestrictie kan gelden.

Veel aandacht is in Nederland besteed aan nevenrestricties met betrekking tot werknemers van de verkochte onderneming. Aanvankelijk accepteerde de D-G NMa een

algemeen verbod voor de verkoper om gedurende vijf jaar na de transacties werknemers in dienst te nemen van de verkochte onderneming.<sup>35</sup> Sinds het begin van dit jaar aanvaardt de D-G NMa uitsluitend beperkingen op het actief werven van werknemers.<sup>36</sup>

Een ter bescherming van de verkopende onderneming aan een koper opgelegd concurrentiebeding maakt geen kans om door de D-G NMa als nevenrestrictie te worden beschouwd.<sup>37</sup> De enige uitzondering die daarop denkbaar lijkt is het geval dat de activa van een onderneming die als gevolg van een eerdere transactie als verkoper aan een toelaatbaar niet-concurrentiebeding gebonden is worden overgedragen aan een derde. Het is verdedigbaar dat deze derde – als koper – gebonden moet kunnen worden aan een niet-concurrentiebeding dat voortvloeit uit een eerdere transactie. Het is evenmin waarschijnlijk dat een clausule die de vrijheid van handelen beperkt van een partij die niet bij een transactie betrokken is als nevenrestrictie kan worden aangemerkt. In dat geval zijn evenwel uitzonderingen denkbaar als gevolg van concernverhoudingen of splitsingen die zich in het nabije verleden hebben voorgedaan. Tot op heden heeft de D-G NMa in twee zaken nevenrestricties aanvaard die als gevolg van de splitsing van KPN leidden tot beperkingen voor een derde.<sup>38</sup>

Inmiddels hebben zich in de Nederlandse praktijk eveneens een aantal gevallen voorgedaan van afnameovereenkomsten die er toe strekten het verbreken van een concernverband te ondervangen.<sup>39</sup> 'Gelet op de kenmerken van de IT-sector', werd in zaak nr. 1218 een verplichting voor de verkoper om de verkochte onderneming de status van geprivilegieerde leverancier te geven slechts als nevenrestrictie aangemerkt voor een periode van drie jaar. Deze periode was door de D-G NMa in deze sector eerder gehanteerd in de zaak Wang/Olsy.

Voor wat betreft niet-concurrentiebedingen waaraan de oprichters van een gemeenschappelijke onderneming

28 Zaaknr. 1069, besluit van 9 oktober 1998.

29 Zaaknr. 1340, besluit van 7 juni 1999.

30 Zaaknr. 1046, Deli/Crailo, besluit van 25 september 1998; zaaknr. 1271, Hillsdown/Jonker Fris, besluit van 7 april 1999.

31 Vgl. voor de Europese praktijk bijvoorbeeld Commissie-beschikking van 19 juli 1999, zaak IV/M.1606, EDF/Southwestern Electricity.

32 Zaaknr. 1224, besluit van 2 maart 1999.

33 HAL/Mutua Fides, besluit van 12 mei 1999.

34 Nutreco/Hencu, besluit van 4 augustus 1999.

35 Zaaknr. 1140, CVC/Veen, besluit van 20 november 1998.

36 Vgl. bijvoorbeeld zaaknr. 1271, Hillsdown/Jonker Fris, besluit van 7 april 1999; zaaknr. 1284, Van Wijnen, besluit van 13 april 1999; zaaknr. 1311, Nuts Ohra/Noorderkroon, besluit van 6 mei 1999; zaaknr. 1324, HAL/Mutua Fides, besluit van 12 mei 1999.

37 Zaaknr. 188, Vendex/Hafkamp, besluit van 17 april 1998, geannoteerd door J.F. Schutte, *M&M* 1999, p. 122.

38 Zaaknr. 1055, KPN/Autolease, besluit van 9 oktober 1998; zaaknr. 1166, Fabricon/KPN, besluit van 21 december 1998.

39 Voor voorbeelden wordt verwezen naar zaaknr. 93, Wang/Olsy, besluit van 11 maart 1998; zaaknr. 789, ABB Energie/Zantingh, besluit van 23 juni 1998; zaaknr. 1218, Econocom/EDS, besluit van 11 februari 1999; zaaknr. 1228, Stork/Philips, besluit van 3 maart 1999.

## A r t i k e l e n

worden gebonden volgt D-G NMa de praktijk van de Commissie.<sup>40</sup> Nu op grond van de Mededingingswet nog steeds een onderscheid wordt gemaakt tussen coöperatieve en concentratieve joint ventures ligt het voor de hand dat de D-G NMa een niet-concurrentiebeding in joint venture-verhoudingen zal blijven aanvaarden voor de duur dat de betrokken moederondernemingen zeggenschap uitoefenen.

De beschikkingspraktijk van de D-G NMa met betrekking tot de vraag welke licentieovereenkomsten als nevenrestrictie kunnen worden beschouwd is tot op heden beperkt. In de zaak Debitel<sup>41</sup> werd een exclusieve licentie voor de handelsnaam Cellway voor een periode van maximaal drie jaar als nevenrestrictie aangemerkt. Zaak 1229 betrof de totstandkoming van een gemeenschappelijke onderneming die een faciliteit zou gaan bieden voor een elektronische beurs.<sup>42</sup> Aan de gemeenschappelijke onderneming werd een geautomatiseerd software systeem exclusief geleverd. De D-G NMa oordeelde dat deze exclusieve overeenkomst kon worden gezien als de vervanging van de directe inbreng van dit systeem in de gemeenschappelijke onderneming. Tegen deze achtergrond kon de betrokken licentieovereenkomst als nevenrestrictie worden beschouwd.

### Nevenrestricties in het gedragstoezicht

#### Artikel 81 EG

De eerste beschikking waarin de Commissie tot de slotsom kwam dat bijkomende afspraken bij een samenwerkingsverband dat niet getroffen wordt door artikel 81 van het EG zonder nadere analyse als toelaatbare nevenrestricties kunnen worden beschouwd dateert uit 1990. In de zaak Odin<sup>43</sup> oordeelde de Commissie dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming voor onderzoek, ontwikkeling en exploitatie van een bepaalde soort verpakkingsmateriaal niet onder het verbod van artikel 81 EG-Verdrag viel. Datzelfde gold blijkens de beschikking voor een aantal beperkingen van de handelingsvrijheid van de moederondernemingen en de gemeenschappelijke onderneming omdat 'dergelijke bepalingen niet los van de oprichting van Odin kunnen worden gezien zonder haar bestaan en doelstelling te ondergraven'. Het leerstuk van nevenrestricties bij coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen is door de Commissie bevestigd en uitgewerkt in een aantal nadien genomen beschikkingen.<sup>44</sup> In haar bekendmaking<sup>45</sup> uit 1993 heeft de Commissie een separaat hoofdstuk gewijd aan nevenrestricties bij coöperatieve joint ventures. In deze bekendmaking maakt de Commissie een onderscheid tussen aan de gemeenschappelijke onderneming en aan de oprichters opgelegde beperkingen. Blijkens paragraaf 72 van de bekendmaking kan een aan een gemeenschappelijke onderneming opgelegde verplichting om geen producten te vervaardigen die met in licentie gegeven producten concurreren in de regel als een nevenrestrictie worden beschouwd. Dat geldt eveneens voor territoriale restricties en bepalingen die de gemeenschappelijk onderneming beperken in haar exploitatie van overgedra-

gen knowhow. Aan de gemeenschappelijke onderneming opgelegde afname- of leveringsverplichtingen jegens de oprichters kunnen blijkens de mededeling tijdens een startperiode als nevenrestrictie worden beschouwd.

Blijkens paragraaf 75 van de bekendmaking beschouwt de Commissie aan oprichters van een joint venture opgelegde niet-concurrentiebedingen tijdens een 'aanlooperperiode' als nevenrestricties. Deze passage is opmerkelijk gelet op de beschikkingspraktijk van de Commissie. In de beschikking Philips/Osram<sup>46</sup> werd een non-concurrentiebeding voor de oprichters van een gemeenschappelijke onderneming aanvaard voor een periode van ten minste dertig jaar. Ook in haar recente beschikking Cégétel<sup>47</sup> beschouwt de Commissie een niet-concurrentiebeding voor de moederondernemingen van een gemeenschappelijke onderneming die actief zal zijn op de Franse telecommunicatiemarkt als een aanvaardbare nevenrestrictie, zolang zij zeggenschap over Cégétel blijven uitoefenen.

In de recente zaak TPS<sup>48</sup> ging de Commissie nog verder. In deze zaak kwam een niet-concurrentiebeding aan de orde dat is overeengekomen door partijen die een onderneming hebben opgericht die niet aan gezamenlijke zeggenschap van de oprichters is onderworpen. TPS is actief op de betaaltelevisiemarkt in Frankrijk. Ondanks het feit dat over TPS geen gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend, oordeelt de Commissie in deze beschikking dat '*het niet-concurrentiebeding tijdens cruciale introductieperiode van het platform als een nevenrestrictie bij de oprichting van TPS kan worden beschouwd*'. Als gevolg daarvan valt de clausule naar het oordeel van de Commissie gedurende de eerste drie jaar van haar toepassing niet onder artikel 81.

Ofschoon zowel de conceptmededeling terzake van nevenrestricties in het concentratietoezicht als de bekendmaking uit 1993 als uitgangspunt hanteren dat niet-concurrentiebedingen voor de oprichters van een gemeenschappelijke onderneming uitsluitend als nevenrestrictie kunnen worden beschouwd tijdens een aanlooperperiode, wordt in de beschikkingspraktijk van de Commissie vrijwel zonder uitzondering aangenomen dat een niet-concurrentiebeding kan duren zolang de oprichters zeggenschap uit-

40 Zaaknr. 439, UPC/Nuon, besluit van 13 mei 1998; zaaknr. 890, KEMA/ECN, besluit van 28 augustus 1998; zaaknr. 1125, Stork/Hertel, besluit van 15 december 1998; zaaknr. 1201, ABP/PGGM/NIB, besluit van 5 maart 1999; zaaknr. 1229, UNM/Bloomberg, besluit van 8 maart 1999.

41 Zaaknr. 891, besluit van 29 juni 1998.

42 Zaaknr. 1229, UNM/Bloomberg, besluit van 8 maart 1999.

43 Commissie-beschikking van 13 juni 1990, Pb. EG 1990, L209.

44 Commissie-beschikking van 27 juni 1990, Konsortium ECR900, Pb. EG 1990, L228; Commissie-beschikking van 15 december 1994, IPSP, Pb. EG 1994, L354/75; Commissie-beschikking van 6 oktober 1994, Olivetti/Digital, Pb. EG 1994, L309 en Commissie-beschikking van 21 december 1994, Philips/Osram, Pb. EG 1994, L378.

45 zie noot 5.

46 zie noot 44.

47 Beschikking van de Commissie van 20 mei 1999, Pb. EG 1999, L218/14.

48 Beschikking van de Commissie van 3 maart 1999, Pb. EG 1990, L90/6.

## A r t i k e l e n

oefenen over de gemeenschappelijke onderneming. De TPS-beschikking illustreert dat bij nieuwe ondernemingen een niet-concurrentiebeding tijdens een introductieperiode zelfs als een nevenrestrictie kan worden beschouwd indien de oprichters van de onderneming niet beschikken over gezamenlijke zeggenschap. Dit roept de vraag op of voor wat betreft dit aspect een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen niet-concurrentiebedingen die rusten op de oprichters van gemeenschappelijke ondernemingen in de zin van artikel 3 lid 2 van de concentratieverordening en niet-concurrentiebedingen die oprichters van andere samenwerkingsverbanden aangaan. Voor dit onderscheid lijkt geen economisch ratio te bestaan.

### Artikel 6 Mededingingswet

Artikel 10 Mw geldt uitsluitend voor nevenrestricties die verbonden zijn aan een concentratie.

Voor wat betreft de beoordeling van nevenrestricties in het gedragstoezicht van de D-G NMa zijn de beschikkingen Interpolis & Cobac<sup>49</sup> en ASV-diensten<sup>50</sup> van belang. In de zaak Interpolis & Cobac oordeelde de D-G NMa dat de oprichting en de instandhouding van een gemeenschappelijke onderneming tussen een dochteronderneming van de Rabobank en de Belgische kredietverzekeraar Cobac verenigbaar is met artikel 6 Mw. De afspraken dat Interpolis en Cobac voor de duur van hun samenwerkingsovereenkomst geen soortgelijke samenwerkingsverbanden zouden aangaan met derden en dat het aan Interpolis verboden zou zijn om voor de duur van de samenwerking zelfstandig het kredietverzekeringsbedrijf uit te oefenen kwalificeerde de D-G NMa als toelaatbare nevenrestricties. Dit oordeel past in de hierboven besproken beschikkingspraktijk van de Commissie als gevolg waarvan niet-concurrentiebedingen kunnen worden aangegaan door de oprichtende ondernemingen voor de duur van hun samenwerking. De beschikking geeft geen uitsluitel over de vraag wat het lot van de nevenrestricties zou zijn als de samenwerking weliswaar zou worden voortgezet, maar één van beide partijen zeggenschap over de gemeenschappelijke onderneming zou verliezen.

De zaak ASV-diensten heeft betrekking op een samenstel van overeenkomsten waarbij door de arbeidsvoorzieningsorganisatie en de uitzendorganisaties Start en Vedior een nieuwe onderneming werd opgericht. Over deze nieuwe onderneming werd geen gezamenlijke zeggenschap uitgeoefend. Op grond van enkele niet-concurrentiebedingen was ASV-diensten verplicht zich gedurende de samenwerking te onthouden van de reguliere activiteiten van uitzendorganisaties, terwijl de aandeelhouders van ASV-diensten zich niet zouden richten op zogenoemde in- door- en uitstroomactiviteiten, welke ASV-diensten voor haar rekening zou nemen. Voor deze niet-concurrentiebedingen is – evenals voor de beoogde samenwerking – een ontheffing door de D-G NMa verleend. Omdat de oprichters van ASV-diensten potentiële concurrenten zijn op de relevante dienstenmarkt was een ontheffing in de ogen van de

D-G NMa noodzakelijk. De vraag of niet-concurrentiebedingen in de context van de oprichting van een onderneming waarover geen gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend – evenals in de zaak TPS – voor een aanloopperiode als nevenrestrictie kunnen worden aangemerkt is als gevolg daarvan niet door de D-G NMa beantwoord.

Gelet op de publicatie van de conceptmededeling over nevenrestricties in het concentratietoezicht lijkt een bezinning noodzakelijk op de doctrine van nevenrestricties in het gedragstoezicht. Daarbij is een consistente en heldere benadering, onder meer waar het betreft beperkingen tussen gemeenschappelijke ondernemingen en de oprichters daarvan, van groot belang. Nu onder het regime van de Mededingingswet een groot aantal samenwerkingsverbanden vooralsnog buiten het bereik van het concentratietoezicht valt, lijkt deze kwestie met name in Nederland de nodige aandacht te verdienen.

### Procedurele aspecten

Bij het leerstuk van nevenrestricties in het concentratietoezicht rijzen interessante procedurele vragen. Nevenrestricties worden niet getroffen door het verbod dat vervat is in artikel 81 EG en artikel 6 Mw. De bepalingen terzake van nevenrestricties in de concentratieverordening zijn vervat in secundaire communautaire wetgeving. Deze bepalingen kunnen dan ook geen wijziging aanbrengen in artikel 81 EG. De vaststelling van de Commissie dat een beperking als nevenrestrictie kan worden beschouwd is tegen deze achtergrond declaratoir van aard. Nevenrestricties vallen ook zonder deze vaststelling buiten de werkingssfeer van artikel 81 EG.

Gelet op het in de memorie van toelichting bij de Mededingingswet verwoorde doel dat artikel 6 Mw zo veel mogelijk aansluit bij artikel 81 EG lijkt het aannemelijk dat nevenrestricties evenmin door het verbod van artikel 6 Mw kunnen worden getroffen. Ook zonder artikel 10 Mw zou artikel 6 Mw derhalve niet gelden voor mededingingsafspraken die rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn voor een concentratie als bedoeld in artikel 27 Mw. Artikel 10 Mw lijkt dan ook zelfstandige betekenis te missen. Overigens geeft de Mededingingswet geen uitsluitel over de vraag of de D-G NMa zijn oordeel met betrekking tot nevenrestricties op hetzelfde tijdstip moet geven als zijn oordeel over een voorgenomen concentratie. Gelet op de wettelijke tijdsdruk waaraan hij bloot staat bij zijn bevoegdheden op grond van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet zou hij wel eens in de verleiding kunnen komen een oordeel over nevenrestricties op een later tijdstip te geven. Dat zou een onwenselijke praktijk zijn.

De vaststelling van de D-G NMa in het kader van zijn bevoegdheden op grond van het concentratietoezicht dat

49 Zaak nr 21, besluit van 19 oktober 1998.

50 Zaak nr 681 en 979, besluit op bezwaar, van 1 oktober 1999.

## A r t i k e l e n

een geïdentificeerde gedragsbeperking kan worden aangemerkt als nevenrestrictie, lijkt geen rechtsgevolg te hebben. Zonder deze vaststelling zou deze beperking evenmin worden getroffen door artikel 6 Mw. Een besluit van de D-G NMa waarin wordt vastgesteld dat een als nevenrestrictie aangemelde beperking niet als zodanig kan worden aangemerkt heeft mogelijk wel gevolgen. Indien tegen dat besluit geen bezwaar en beroep wordt ingesteld zou dit oordeel formele rechtskracht<sup>51</sup> kunnen krijgen. De civiele rechter zou in dat geval aan deze (dis)kwalificatie gebonden zijn.

Wanneer de aanmeldende partijen op grond van de concentratieverordening verlangen dat overeenkomsten door de Commissie als nevenrestrictie worden aangemerkt, moeten zij deze overeenkomsten in hun melding afzonderlijk aanduiden en de beweegredenen achter hun verzoek uiteenzetten in het formulier CO. Voor zover zij dat niet doen behandelt de Commissie de betrokken overeenkomsten niet in haar beschikking tot goedkeuring van de concentratie.

Ofschoon voor een melding geen bindende overeenkomst wordt verlangd, lijkt het aannemelijk dat de D-G NMa geen oordeel wil vellen over eventuele nevenrestricties bij het ontbreken van duidelijkheid en wilsovereenstemming terzake van de relevante clausules op dit punt. In het Nederlandse meldingsformulier wordt niet naar nevenrestricties gevraagd. Naar verluidt is er een wijziging van het besluit gegevensverstrekking op handen, waarin dat wel gebeurt. Thans worden partijen in de ontvangstbevestiging van de melding van een voorgenomen concentratie uitgenodigd eventuele nevenrestricties te identificeren. De D-G NMa stelt zich op het standpunt dat hij in het besluit geen oordeel behoeft te geven omtrent eventuele nevenrestricties indien binnen een week niet op deze ontvangstbevestiging wordt gereageerd. Naast de vraag of de D-G NMa bevoegd is dit standpunt in te nemen roept dit de vraag op of partijen er wijs aan doen om overeengekomen beperkingen die mogelijk als nevenrestricties kunnen gelden voor te leggen aan de D-G NMa. Voor zover het beperkingen betreft die duidelijk passen binnen het sjabloon dat door de D-G NMa is aanvaard lijkt dat verstandig. Geschillen over een in het verleden overeengekomen niet-concurrentiebeding bereiken regelmatig de kort geding rechter.<sup>52</sup> De koper – die doorgaans de melding bij de NMa verricht – heeft er geen belang bij dat onzekerheid ontstaat over de afdwingbaarheid van contractuele beperkingen waaraan hij de verkoper heeft willen binden. De kwalificatie nevenrestrictie in het besluit voorkomt dat bij een transactie overeengekomen beperkingen later worden genegeerd met een beroep op het mededingingsrecht.

De toets of een clause als nevenrestrictie kan worden aangemerkt dient niet te worden verward met de vraag of een bepaling in strijd is met artikel 6 Mw. Melding van nevenrestricties is niet verplicht. Het ligt niet voor de hand bepalingen waarvan het als gevolg van de beschikkingspraktijk van de Commissie of de D-G NMa zeer onzeker is of zij aan de criteria voor nevenrestricties voldoen te mel-

den. Voor het geval het verdedigbaar is dat het daarbij niet om merkbare mededingingsbeperkingen gaat – zoals bijvoorbeeld bij het verbod om werknemers van de verkochte onderneming in dienst te nemen – verdient het de voorkeur om uitsluitend dat deel van het overeengekomene als nevenrestrictie aan te melden – de nietwervingsclausule – waarvoor een fiat kan worden verwacht. Andere gedragsbeperkingen zouden in stand kunnen blijven voor zover partijen tot de slotsom komen dat clausules die niet als nevenrestrictie worden gemeld toch in rechte als nevenrestrictie zullen worden aangemerkt of niet als merkbare mededingingsbeperking zullen worden gekwalificeerd. Mocht in de loop van de procedure blijken dat de D-G NMa in zijn beschikking zal weigeren bepaalde clausules als nevenrestrictie aan te merken of dat hij er eigener beweging toe zal overgaan de duur of de werkingssfeer van een beding te beperken dan lijkt het voor partijen de voorkeur te verdienen daarop te anticiperen door de melding aan te passen. Ook in dit geval is het niet uitgesloten dat de oorspronkelijke beperking deel blijft uitmaken van de overeenkomst. Dit zal moeten afhangen van de mededingingsrechtelijke taxatie van partijen in het licht van artikel 6 Mw en de risico's die zij bereid zijn daarbij te nemen.

Zowel de procedurele als materiële aspecten van nevenrestricties verdienen in een vroeg stadium de aandacht van partijen bij een transactie en van beoefenaars van het mededingingsrecht.

51 Vgl. M.R. Mok/R.P.J.L. Tjittes, *RMThemis* 1995, p. 383; M.B.W. Biesheuvel/M.R. Mok en H.G. Sevenster, Van ordening naar Marktwerking, kanttekeningen bij het ontwerp Mededingingswet, preadvies voor de Vereniging 'Handelsrecht' en de Vereniging voor mededingingsrecht, p. 95.

52 Vgl. Hof Arnhem, 8 april 1997, *Kg* 1997, 173.