

PROF. MR. T.R. OTTERVANGER / MR. A.S. BIJLEVELD

De joint venture in het mededingingsrecht

Er bestaan vele vormen van samenwerking en 'strategische allianties' tussen bedrijven, op allerlei terreinen zoals R&D, productie, verkoop, marketing, waarbij activiteiten in meer of mindere mate worden geïntegreerd en waarbij de keuze bestaat uit verschillende, fiscaal of anderszins geïnspireerde, juridische structuren. In het spraakgebruik worden deze samenwerkingsvormen veelal aangeduid als 'joint ventures'.

In het mededingingsrecht spreekt men van 'joint ventures' in die gevallen waarin sprake is van ondernemingen die zijn onderworpen aan 'gezamenlijke zeggenschap' door twee of meer onafhankelijke ondernemingen, een begrip waarop hierna wordt ingegaan. Het zijn deze 'joint ventures' die onderwerp zijn van deze bijdrage. Andere vormen van samenwerking, hoe interessant ze vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt ook mogen zijn, blijven grotendeels buiten beschouwing.

Als er sprake is van 'gezamenlijke zeggenschap', dan rijst de vraag hoe zo'n joint venture formeel en materieel moet worden beoordeeld. Het is deze vraag die hierna centraal zal staan. Transacties waarbij 'gemeenschappelijke ondernemingen' worden gecreëerd, hebben een hybride karakter: enerzijds leidt de creatie al gauw tot overleg en afstemming tussen de moeders en de dochter; anderzijds vindt er altijd een integratie van activa of activiteiten plaats die aan een 'concentratie' doet denken. Zoals hierna zal blijken, is van belang af te bakenen of de joint venture in een concreet geval mededingingsrechtelijk gezien al dan niet als 'concentratie' moet worden beschouwd.

Mededingingsrechtelijk worden joint ventures beoordeeld op hun gevolgen voor de concurrentie in een bepaalde markt. Dit kan er toe leiden dat een joint venture verboden is en dat in verband met de joint venture gesloten overeenkomsten civielrechtelijk nietig zijn. Daarnaast geldt dat op niet-naleving van het mededingingsrecht aanzienlijke boetes staan.

Reden genoeg dus om bij het aangaan van een joint venture óók rekening te houden met het mededingingsrecht.

Het mededingingsrecht kent een complex, in de loop der tijd door jurisprudentie en wetgeving ontwikkeld, systeem dat verschillende soorten joint ventures kent. Het type joint venture bepaalt of deze aangemeld moet worden, en bij welke autoriteit en volgens welke procedure, en aan welke norm de joint venture moet worden getoetst. Omdat zowel de formele als de materiële aspecten verschillen naargelang het type joint venture, is het essentieel de typen te onderscheiden. Het onderscheid is niet altijd evident en overleg in een vroeg stadium met de mededingingsautoriteit(en) is dan raadzaam.

Deze bijdrage beoogt in beknopte vorm te beschrijven welke soorten joint ventures het mededingingsrecht kent. Per soort wordt aangegeven welke de procedure en het beoordelingscriterium zijn. Aan de hand van praktijkvoorbeelden zal een en ander vervolgens nader worden geïllustreerd.

Europees en Nederlands mededingingsrecht

Zowel het Europese als het Nederlandse mededingingsrecht (dat op Europese leest is geschoeid) beoogt, eenvoudig gezegd, een gezonde concurrentie te beschermen. Het verschil zit met name in het toepassingsbereik: het Europese mededingingsrecht richt zich op de gemeenschappelijke Europese markt, inbegrepen Nederland, voorzover er een grensoverschrijdende dimensie is. Het Nederlandse mededingingsrecht is beperkt tot de concurrentie binnen Nederland.

Het onderscheid tussen verschillende soorten joint ventures die het mededingingsrecht kent, vloeit voort uit de volgende twee pijlers waarop zowel het Europese als het Nederlandse mededingingsrecht is gebaseerd:

De concentratietoezichtprocedures zijn verplicht

De joint venture in het mededingingsrecht

	Europees recht	Nederlands recht
Karteltoezicht	Artikel 81 EG Verdrag: Verbod op concurrentie-beperkende afspraken	Artikel 6 Mw: Verbod op concurrentie-beperkende afspraken
Toetst marktgedrag van onafhankelijke ondernemingen	Procedure: Ontheffingsaanvraag bij de Commissie Toetsingsnorm: Wegen de voordelen op tegen de nadelen?	Procedure: Ontheffingsaanvraag bij de NMa Toetsingsnorm: Wegen de voordelen op tegen de nadelen?
Concentratietoezicht	Europese concentratie Vo.: Toezicht op tot stand brengen 'concentraties'	Artikel 34 Mw: Toezicht op tot stand brengen 'concentraties'
Toetst veranderingen in marktstructuur	Procedure: Melding bij de Commissie Toetsingsnorm: Ontstaan of versterken machtspositie	Procedure: Melding en eventueel vergunningsaanvraag bij de NMa Toetsingsnorm: Ontstaan of versterken machtspositie

voorgeschreven, zijn relatief kort en kennen fatale termijnen terwijl de inhoudelijke toets betrekkelijk 'licht' is. De karteltoezichtprocedures zijn onverplicht, lang en zonder fatale termijnen, terwijl de inhoudelijke toets traditioneel een strenge is, maar daar lijkt nu enige verandering in te komen.

Bij een joint venture gaat het (anders dan bij een fusie of overname) vaak om een combinatie van een quasi-permanente verandering in de marktstructuur (een nieuwe onderneming wordt actief) en een verandering in marktgedrag (de onafhankelijke moeders maken afspraken of de samenwerking in de joint venture leidt tot afstemming van gedrag). Afhankelijk van de aard, omvang en activiteiten van de joint venture en van de moeders kan op een joint venture het Europese of Nederlandse concentratietoezicht, dan wel het Europese of Nederlandse karteltoezicht van toepassing zijn. Denkbaar is ook dat in het Europese recht sommige aspecten van een joint venture onder het concentratietoezicht en andere onder het kartelverbod vallen. En er zijn joint ventures die aan geen enkel toezicht zijn onderworpen, meestal omdat zij qua omvang/omzet onbeduidend zijn. Om vast te stellen of en zo ja welk toezicht relevant is (om wat voor soort joint venture het dus gaat), kan men het beste beginnen bij het concentratietoezicht. Het concentratietoezicht ziet namelijk uitsluitend op concentraties, hetgeen zowel onder Nederlands als Europees mededingingsrecht een nauwkeurig gedefinieerd begrip is.

Concentratietoezicht

Procedure

Is de joint venture een concentratie in de zin van het Europese of Nederlandse concentratietoezicht én heeft de joint venture een communautaire of Nederlandse dimensie, dan moet de joint venture binnen de daartoe voorgeschreven termijn verplicht gemeld

worden bij de Europese Commissie ('Commissie'), respectievelijk de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa'). Zo'n joint venture mag vervolgens pas tot stand gebracht worden nadat toestemming van de betrokken kartelautoriteit is verkregen. Deze toestemming (of de onthouding daarvan) moet binnen vaste termijnen door de Commissie, respectievelijk de NMa gegeven worden.

Toetsingsnorm

De Europese Commissie en de NMa onderzoeken of als gevolg van de joint venture een machtspositie ontstaat of wordt versterkt die de concurrentie significant beperkt. Daarbij gaat het in het Europese recht om de concurrentie op de gemeenschappelijke Europese markt (of een deel daarvan), terwijl de NMa let op de concurrentie op de Nederlandse markt (of een deel daarvan). Of er sprake is van een machtspositie hangt niet uitsluitend af van marktaandeel van de joint venture. Het gaat erom of de joint venture zo'n sterke marktpositie heeft of verkrijgt dat deze zich min of meer onafhankelijk kan gedragen van concurrenten, afnemers en leveranciers. De 'test' die in dit kader veelal wordt genoemd is wat er gebeurt indien de joint venture zijn prijzen met 5-10% verhoogt. Indien dit leidt tot verlies van marktaandeel en omzet, zou geen sprake zijn van een machtspositie.

Is de joint venture een concentratie?

Een joint venture kwalificeert zowel onder het Europese als het Nederlandse concentratietoezicht als concentratie wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- Er is gezamenlijke zeggenschap van twee of meer moederondernemingen; en
- De joint venture is een 'volwaardige' onderneming; zij moet duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen; en
- De joint venture mag niet leiden tot coördinatie

De joint venture in het mededingingsrecht

van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen op de markt van de joint venture of op een aanverwante markt.

Een joint venture die aan bovenstaande voorwaarden voldoet wordt een 'concentratieve' joint venture genoemd. Een joint venture die niet aan (c) voldoet, en die dus kan leiden tot coördinatie van concurrentiegedrag, wordt wel aangeduid als een 'coöperatieve' joint venture.

Wat betreft (a), de gezamenlijke zeggenschap, geldt dat het in het meest eenvoudige geval gaat om twee moederondernemingen die elk 50% van de stemrechten bezitten. Gezamenlijke zeggenschap kan echter ook bestaan tussen meer dan twee aandeelhouders met verschillend aandelenbezit maar met bepaalde stemafspraken op het niveau van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders of de Raad van Commissarissen, of in het geval van een meerderheidsaandeelhouder en een minderheidsaandeelhouder die bepaalde (veto)rechten heeft ten aanzien van de benoeming van bestuurders of belangrijke beslissingen over bijvoorbeeld het businessplan en budget. Essentieel is dat er geen mogelijkheid is van wisselende meerderheden en dat de moeders elkaar dus nodig hebben om het strategische beleid van de joint venture te bepalen.¹

Wat betreft (b), een zelfstandige economische eenheid, gaat het erom dat de joint venture niet enkel een 'hulpinstrument' is, min of meer afhankelijk, van de moeders. Een volwaardige joint venture opereert zelfstandig op de markt, heeft voldoende financiële middelen en bepaalt zelf haar commerciële beleid.

Wat betreft (c) geldt dat de joint venture als zodanig niet leidt tot coördinatie van concurrentiegedrag wanneer de moeders zelf direct, noch indirect (meer) actief zijn op de markt van de joint venture of op een aanverwante markt.

Heeft de joint venture een communautaire of Nederlandse dimensie?

Kwalificeert een 'joint venture' als 'concentratie', dan is de vraag of de joint venture een 'communautaire dimensie' heeft. Een communautaire dimensie houdt in dat de moederondernemingen (en de joint venture, indien die reeds bestaat) aan bepaalde omzetcriteria voldoen. Het Europees mededingingsrecht veronderstelt dat alleen 'concentraties met een communautaire dimensie' vanuit Europeesrechtelijk perspectief relevant zijn, in welk geval ingevolge het 'one stop shop'-beginsel de Commissie exclusief bevoegd is over de concentratie te oordelen.

Communautaire dimensie:

- alle betrokken ondernemingen samen ten minste 5000 miljoen euro wereldwijd en ten minste 2 ondernemingen 250 miljoen euro in de EG; of
- alle betrokken ondernemingen samen 2500 miljoen euro wereldwijd en ten minste 2 ondernemingen 100 miljoen euro in de EG, gezamenlijk meer dan 100 miljoen euro in ieder van drie lidstaten, waarbij in ieder van die landen ten minste twee ondernemingen tenminste 25 miljoen euro omzet behalen; en (in beide gevallen)
- niet ieder van de betrokken ondernemingen meer dan 2/3 van de EG omzet in dezelfde lidstaat behaalt.

Is er geen communautaire dimensie, dan rijst de vraag of er sprake is van een Nederlandse dimensie. Ook hier gaat het om omzetcriteria. De NMa is namelijk niet in alle joint ventures geïnteresseerd.

Nederlandse dimensie:

- Alle betrokken ondernemingen samen tenminste f 250 miljoen wereldwijd, waarvan ten minste twee ondernemingen 30 miljoen in Nederland behalen.

Europese definitie van een concentratie is ruimer dan de Nederlandse definitie

Onder Europees concentratietoezicht kwalificeert sinds 1 maart 1998 een zogenaamde 'volwaardige coöperatieve' joint venture (een joint venture die wel aan (a) en (b), maar niet aan (c) voldoet) ook als concentratie. Dit is onder Nederlands concentratietoezicht *niet* zo.

Volwaardige coöperatieve joint ventures hebben gemeen met concentratieve joint ventures dat zij een blijvende verandering in de structuur van de markt teweegbrengen. Vóór 1998 (toen het huidige, op Europese leest geschoeide, Nederlandse mededingingsrecht nog niet in werking was getreden) werden alle coöperatieve joint ventures die mededingingsrechtelijk relevant waren uitsluitend beoordeeld onder artikel 81 EG-Verdrag, zodat aanmelding niet verplicht was en er geen vaste termijnen golden voor de beoordeling van een aanmelding. Het ontbreken van vaste termijnen werd gezien als een ongerechtvaardigd verschil in behandeling ten opzichte van concentratieve joint ventures. Daarom is de definitie van een concentratie in het Europees concentratietoezicht zo uitgebreid dat daar nu ook volwaardige coöperatieve joint ventures onder vallen.

De joint venture in het mededingingsrecht

Indien zo'n volwaardige coöperatieve joint venture een communautaire dimensie heeft dan moet (net als een concentratieve joint venture met een communautaire dimensie) deze verplicht preventief gemeld worden bij de Commissie conform de procedure van de Europese concentratieVo. Vervolgens wordt eerst de 'machtspositie' test op de joint venture losgelaten, waarna de eventuele coördinatie van het concurrentiegedrag afzonderlijk aan artikel 81 EG Verdrag wordt getoetst.

Karteltoezicht

Is de joint venture géén concentratie, dan geldt dat deze wellicht onder het Europese of Nederlandse kartelverbod valt. Dit betreft, zoals gezegd, een ruim verbod op concurrentiebeperkende afspraken inzake bijvoorbeeld prijzen, marktverdelingen, R&D, specialisatie, distributie, etc. Het Europese verbod in artikel 81 EG-Verdrag betreft uitsluitend afspraken die de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden, een criterium dat in de praktijk al gauw blijkt te zijn vervuld. Het Nederlandse kartelverbod in artikel 6 Mw ziet daarentegen alleen op concurrentiebeperkende afspraken die de Nederlandse markt of een deel daarvan raken.

De 'uitzonderingen' op het Europese en Nederlandse kartelverbod laten zich als volgt samenvatten:

Afspraken van geringe economische betekenis

De Nederlandse 'bagatel'-regeling houdt in dat het verbod van artikel 6 Mw niet van toepassing is op afspraken/joint ventures:

- waarbij niet meer dan 8 ondernemingen zijn betrokken; en
- waarvan de gezamenlijke concernomzet in het voorafgaande kalenderjaar niet meer bedroeg dan f 10 miljoen (in het geval van goederen) en f 2 miljoen (in het geval van diensten).

De Europese *de minimis* houdt in dat artikel 81 EG-Verdrag niet van toepassing is op afspraken/joint ventures waarbij de betrokken ondernemingen een (horizontaal) marktaandeel hebben van niet meer dan

5%, dan wel een (verticaal) marktaandeel van niet meer dan 10%. Aangenomen wordt dat een vergelijkbare toets ook onder de Mededingingswet dient plaats te vinden, al is de praktijk tot op heden niet eenduidig.²

Nevenrestricties concentratie

Het Europese en Nederlandse kartelverbod is niet van toepassing op afspraken die rechtstreeks verbonden zijn aan een joint venture die als concentratie kwalificeert en die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de desbetreffende concentratie/joint venture (concurrentiebeding bij overname, geheimhoudingsbeding, verplichtingen ten aanzien van levering en afzet).

Individuele ontheffingen en groepsvrijstellingen

De Commissie, respectievelijk de NMa, kan op aanvraag een individuele ontheffing verlenen van het kartelverbod indien de joint venture:

- bijdraagt aan de verbetering van de productie, distributie of technische/economische vooruitgang; én
- in het voordeel is van de consument.

Het gaat met andere woorden om de vraag of de voordelen van de joint venture opwegen tegen de nadelen ervan.

Voor bepaalde groepen van onder andere R&D en specialisatieovereenkomsten c.q. joint ventures heeft de Commissie groepsvrijstellingen in het leven geroepen. Joint ventures die aan de (gedetailleerde) voorwaarden voldoen worden automatisch (dus zonder dat een ontheffingsaanvraag nodig is) van het kartelverbod ontheven.

Procedure

Indien de joint venture in strijd is met het Europese, respectievelijk Nederlandse kartelverbod, heeft deze te gelden als een verboden, nietige afspraak. Het is echter zoals vermeld mogelijk om een ontheffing te vragen van het verbod aan de Europese Commissie, dan wel de NMa.

Uitzonderingen karteltoezicht:	Artikel 81 EG Verdrag	Artikel 6 Mw
Afspraken van geringe economische betekenis	De <i>de minimis</i> -bekendmaking van 9 december 1997	Bagatelregeling in artikel 7 Mw + merkbaarheidstoets
Nevenrestricties bij een concentratie	Mededeling van 14 augustus 1990 (zie ook nieuw concept uit 1999)	Artikel 10 Mw
Individuele ontheffingen	Artikel 81 lid 3 EG Verdrag	Artikel 17 Mw, alsmede doorwerking van individuele EG-ontheffingen
Groepsvrijstellingen	Diverse, onder andere op het gebied van R&D, specialisatie	Diverse Nederlandse groepsvrijstellingen + doorwerking van EG-groepsvrijstellingen

De joint venture in het mededingingsrecht

Toetsingsnorm

In de Europese praktijk werd een coöperatieve joint venture al snel in strijd geacht met het kartelverbod. Dit had tot gevolg dat er voor veel joint ventures ontheffingsaanvragen werden gedaan die, formeel of informeel, ook werden verleend, soms onder voorwaarden. Dit legde een enorm beslag op de capaciteit van de Commissie. In eerste instantie heeft de Commissie dit opgelost door een groot aantal groepsvrijstellingen in het leven te roepen. In de praktijk bleek echter dat veel joint ventures niet in het strakke keurslijf van de groepsvrijstellingen pasten waardoor toch weer een individuele ontheffing moest worden aangevraagd, ook voor vaak evident pro-competitieve joint ventures.

Recente beschikkingen en conceptrichtlijnen van de Commissie over de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag op horizontale samenwerking³ (hierna: 'richtlijnen') laten een kentering zien in de richting van een meer economische benadering.

De richtlijnen geven het raamwerk aan waarbinnen samenwerking tussen met name concurrenten op bijvoorbeeld het gebied van onderzoek & ontwikkeling, productie en inkoop moet worden beoordeeld en zijn van groot belang voor coöperatieve joint ventures (de bestaande Mededeling van de Commissie over de beoordeling van coöperatieve joint ventures zal vervallen). Het is niet (langer) voldoende voor toepasselijkheid van het kartelverbod dat een joint venture de concurrentie tussen de moeders beperkt. Het moet ook aannemelijk zijn dat de joint venture negatieve gevolgen heeft voor bijvoorbeeld prijzen, productie en innovatie of de verscheidenheid en kwaliteit van producten voordat de joint venture geacht wordt onder het kartelverbod te vallen.

'Joint ventures: welk mededingingsregime is relevant?'

Het schema geeft de verschillende stappen aan om te bepalen met wat voor soort joint venture men te maken heeft. Het schema betreft zowel het Europese systeem als het Nederlandse systeem en houdt ook rekening met het verschil in definitie van een concentratie onder Europees en Nederlands mededingingsrecht. Het schema ziet niet op andere nationale mededingingssystemen. De verschillende soorten joint ventures worden hierna aan de hand van voorbeelden toegelicht.

De aangehaalde voorbeelden van de Commissie en de NMa kunnen veelal in hun geheel worden nagelezen op de websites van beide autoriteiten.⁴

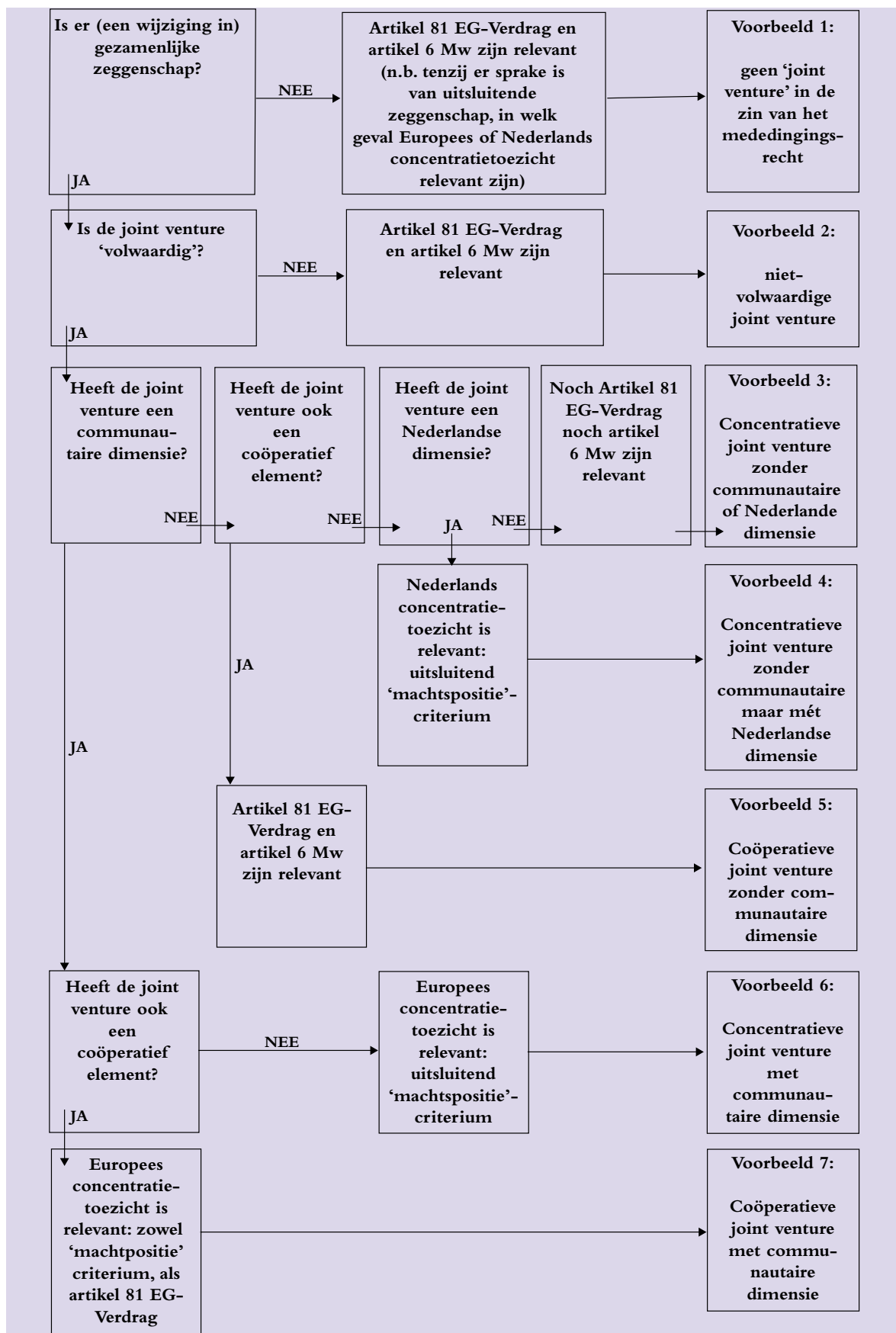
Voorbeeld 1: geen 'joint venture' in de zin van het mededingingsrecht

Er is in het algemeen geen gezamenlijke zeggenschap wanneer drie of meer aandeelhouders elk een minderheidsdeelneming in een joint venture hebben, die hen niet in staat stelt om individueel strategische beslissingen over de activiteiten van de joint venture te bepalen. Er is dan sprake van een situatie waarin in de besluitvorming wisselende coalities kunnen optreden. De creatie van een dergelijke situatie is in de regel niet als concentratie te beschouwen. Dit was de conclusie van de NMa in zaak 1665/residentie en NeSBIC – Menken waarin sprake was van de overgang van een situatie met een meerderheidsaandeelhouder met uitsluitende zeggenschap naar een situatie van drie minderheidsaandeelhouders, die geen van allen een beslissende invloed zouden hebben. Concentratietoezicht is dan niet aan de orde.

Een ander voorbeeld is de NMa-zaak 169/Hout Import Combinatie B.V. (hierna: 'HIC'). Drie ondernemingen hadden een onderneming genaamd HIC opgericht voor de inkoop van naaldhout. Omdat er geen sprake was van gezamenlijke zeggenschap, maar van wisselende coalities (zie hierboven), was het concentratietoezicht niet van toepassing. HIC had vervolgens op basis van het karteltoezicht een ontheffing aangevraagd voor het samenwerkingsverband voor de inkoop van naaldhout.

HIC had op de markten waarop zij actief was (de markt voor import van naaldhout en de markt voor groothandel in naaldhout) slechts een gering marktaandeel (minder dan 10%). Op basis hiervan en het feit dat het een uiterst competitieve markt betrof, gezien het grote aantal ondernemingen, de afwezigheid van significante toetredings- en expansiedrempels en de onderhandelingsmacht van afnemers, concludeerde de NMa dat de overeenkomst niet leidde tot een merkbare beperking van de mededinging op de betrokken markten. Ten slotte werd geconcludeerd dat de exclusieve afnameverplichting die net als de overeenkomst voor onbeperkte tijd was afgesloten niet als nevenrestrictie kwalificeerde, omdat deze niet noodzakelijk was voor het welslagen van het samenwerkingsverband en derhalve afzonderlijk beoordeeld moest worden. Aangezien de samenwerkingsovereenkomst niet leidde tot een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 6 Mw, was de NMa van mening dat dit ook gold voor de exclusieve afnameverplichting. Kortom de NMa concludeerde dat de samenwerking niet onder het verbod van artikel 6 Mw viel en dat daarom een ontheffing niet nodig was.

De joint venture in het mededingingsrecht



De joint venture in het mededingingsrecht

Voorbeeld 2: niet-volwaardige joint venture

Een voorbeeld is de NMa-zaak 1676/Waterbedrijf Europoort – Gemeentelijk havenbedrijf Rotterdam. De joint venture in kwestie zou zich gaan bezighouden met de winning en levering van oppervlaktewater. Het bleek dat vrijwel alle uitvoerende werkzaamheden door een van de moederondernemingen zou worden verricht, terwijl de gemeenschappelijke onderneming over zeer weinig eigen bedrijfsmiddelen zou beschikken. De NMa kwam tot de conclusie dat het hier ging om een niet-volwaardige joint venture. Het concentratietoezicht was daarom niet van toepassing.

Voorbeeld 3: concentratieve joint venture zonder communautaire of Nederlandse dimensie

Een voorbeeld is de oprichting van een joint venture tussen tien Nederlandse restaurants die zich gaat bezighouden met het telen van onbespoten groenten, zowel voor de verkoop aan de moeders als aan derden, terwijl niet meer dan een van de moeders een omzet behaalt van meer dan f 30 miljoen in Nederland (en ook niet aan de Europese drempels is voldaan).

Voorbeeld 4: concentratieve joint venture zonder communautaire, maar met Nederlandse dimensie

De NMa-zaak 1427/The Greenery en Fruitmasters betrof een 50/50 joint venture waarin alle activiteiten van The Greenery en Fruitmasters op het gebied van veilingdiensten voor de afzet van fruit zouden worden ondergebracht. De NMa concludeerde dat er sprake was van een concentratie, want (i) er was gezamenlijke zeggenschap, (ii) het betrof een 'volwaardige' joint venture en (iii) er was tenslotte geen gevaar voor coördinatie van concurrentiegedrag van de moeders, omdat zij al hun activiteiten op dit gebied in de joint venture zouden onderbrengen en afspraken zich te onthouden van met de joint venture concurrerende activiteiten. Hieruit bleek dat de moeders zich duurzaam van de markt terug zouden trekken waarop de joint venture actief zou worden. The Greenery zou weliswaar zelfstandig verwante activiteiten op het gebied van groenten blijven uitoefenen, maar Fruitmasters was niet op dit terrein actief. Derhalve kon de conclusie zijn dat The Greenery en Fruitmasters hun marktgedrag niet zouden coördineren.

De NMa stelde vervolgens vast, op basis van de door partijen aangegeven omzetten, dat de concentratie een Nederlandse dimensie had.

In het kader van de materiële beoordeling kwam de NMa onder andere tot de conclusie dat als gevolg van de voorgenomen concentratie circa 72% van de Nederlandse fruittelers zijn fruit zou (moeten) aanbieden aan één veilingorganisatie. De andere Nederlandse veilingen waren in vergelijking met de partijen relatief klein, waardoor het de vraag was of deze voor fruittelers een volwaardig alternatief zouden kunnen zijn. Geconcludeerd werd dat als gevolg van de voorgenomen concentratie een economische machtspositie op de markt voor veilingdiensten aan fruittelers zou ontstaan die tot gevolg had dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze zou worden belemmerd.

De NMa oordeelde mede op basis van het voorgaande dat voor het tot stand brengen van de concentratie een vergunning was vereist. Dat wil zeggen dat de NMa (nog) geen toestemming wenste te geven, maar eerst verder onderzoek wilde doen in een zogeheten tweedefaseonderzoek.

Voor een recent voorbeeld van een 'concentratieve joint venture' met een Nederlandse dimensie, zie het Besluit van de d-g NMa d.d. 19 juni 2000, zaak 1913/De Telegraaf – AMSE – WOW!

Voorbeeld 5: coöperatieve joint venture zonder communautaire dimensie

Een voorbeeld is zaak 1011/Teleservices. Dit betrof een joint venture genaamd Teleservices tussen KPN Telecom en SNT Holding B.V. Teleservices verrichtte directe telefonische marketing ten behoeve van derden.

De NMa ging eerst na of er sprake is van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie. De NMa oordeelde dat hier geen sprake was van mede omdat er gevaar voor de coördinatie van concurrentiegedrag bestond. Aangezien beide moederondernemingen na de oprichting van de joint venture actief bleven op de markt voor het aanbieden van teleservices in Nederland, kon er sprake zijn van coördinatie van marktgedrag en derhalve van een beperking van de mededinging. Daarnaast merkte de NMa op dat zowel KPN Telecom als SNT in staat waren om de activiteiten die ondergebracht werden in de joint venture alleen uit te voeren, waardoor de facto beide oprichters elkaars daadwerkelijke concurrenten zijn en de mededinging kan worden beperkt. Er was dus geen concentratie en dus viel de oprichting en instandhouding van de joint venture onder het karteltoezicht. De NMa stelde dat de joint venture in strijd was met het kartelverbod van artikel 6 Mw, maar ging vervolgens onderzoeken of een ontheffing van het verbod verleend kon worden.

De joint venture in het mededingingsrecht

Omdat de gezamenlijke productie-inspanningen van de twee ondernemingen nu bij de joint venture werden geconcentreerd achtte de NMa het aannemelijk dat op termijn een verbetering van de productie of van de distributie of van de economische en technische vooruitgang zou optreden. Gezien de concurrentiedruk op de markt voor het aanbieden van tele-services werd het ook aannemelijk geacht dat de joint venture de behaalde kostenvoordelen zou doorberekenen in zijn prijzen. Dit zou dan ten goede komen aan de consumenten. Ook vond de NMa het niet aannemelijk dat de voordelen door minder vergaande samenwerking zouden kunnen worden behaald. Tenslotte bleef er genoeg restconcurrentie over, mede dankzij het dynamische en groeiende karakter van de markt. De NMa oordeelde dat aan de voorwaarden gesteld in artikel 17 Mw werd voldaan en verleende een ontheffing van vijf jaar.

Voorbeeld 6: concentratieve joint venture met communautaire dimensie

Een voorbeeld is de Commissiezaak M.1996, SCA/Graninge/JV. Dit betrof een volwaardige joint venture tussen de Zweedse bedrijven Graninge en SCA waarin alle activiteiten van Graninge en gedeeltelijk van SCA op het gebied van bosbouw en houtzagerij zouden worden ondergebracht. Graninge zou overigens actief blijven als producent en distributeur van o.a. elektriciteit. SCA bleef zelf actief op de markt van de joint venture, alsmede op een aantal andere gebieden. Omdat Graninge echter niet langer actief zou zijn op de markt van de joint venture, noch op daaraan verwante markten, oordeelde de Commissie dat er geen gevaar was voor coördinatie van het concurrentiegedrag. Er was derhalve sprake van een concentratieve joint venture. Vanwege de communautaire dimensie moest de joint venture dus bij de Commissie worden gemeld.

Gegeven de lage gecombineerde marktaandelen van de betrokken ondernemingen, alsmede de afwezigheid van verticale links, oordeelde de Commissie dat er geen machtspositie zou ontstaan of worden versterkt. De joint venture kon dus tot stand worden gebracht.

Voorbeeld 7: volwaardige coöperatieve joint venture met communautaire dimensie

Een voorbeeld is de Commissiezaak JV.38 – KPN/BellSouth/E-plus. Dit betrof de joint venture tussen KPN en het Amerikaanse telecombedrijf BellSouth betreffende E-plus. E-plus is een aanbieder van mobiele telefonie in Duitsland. De Commissie oordeelde dat de joint venture een concentratie was

onder Europees mededingingsrecht:

- Alhoewel KPN bijna 80% van de aandelen zou houden in E-plus en BellSouth slechts 20% oordeelde de Commissie dat er toch sprake was van gezamenlijke zeggenschap. BellSouth kreeg namelijk het recht om een aantal bestuurders van E-plus te benoemen alsmede vetorechten voor bepaalde strategische beslissingen.
- Ook was E-plus een volwaardige joint venture. E-plus heeft zelf een vergunning om mobiele telefonie op haar eigen netwerk aan te bieden, en heeft een eigen bestuur dat belast is met de dagelijkse gang van zaken. Voorts heeft E-plus de beschikking over voldoende financiële middelen.

De Commissie stelde dat het ging om een concentratie met een communautaire dimensie, als gevolg waarvan de joint venture gemeld moest worden bij de Commissie.

De Commissie stelde vast dat de joint venture niet tot een machtspositie leidde. E-plus had een marktaandeel van minder dan 20% en KPN was nog niet actief op de Duitse markt. Voorts leidde de participatie van KPN in E-plus er niet toe dat er een potentiële nieuwe toetredster voor de Duitse markt verdween. Immers KPN zou nooit op korte termijn alleen tot de Duitse markt kunnen toetreden, omdat er simpelweg geen licenties meer beschikbaar zijn.

Vervolgens ging de Commissie na tot op welke hoogte het aangaan van de joint venture als doel of effect had om het concurrentiegedrag te coördineren, een en ander te beoordelen aan de hand van artikel 81 EG-Verdrag. Commissiebeleid is dat een dergelijke concurrentiebeperking in de zin van artikel 81 EG-Verdrag enkel wordt aangenomen indien coördinatie van het coördinatiegedrag tussen de moeders (i) aannemelijk, (ii) merkbaar en (iii) het gevolg is van het aangaan van de joint venture. Het oordeel van de Commissie in het geval van E-plus was dat KPN en BellSouth beide weliswaar actief waren en bleven op dezelfde c.q. aanverwante markten van de joint venture, maar dat gezien de zeer competitieve markten voor mobiele telefonie en de relatief beperkte positie van KPN en BellSouth op deze markten, mogelijke coördinatie van hun concurrentiegedrag niet merkbaar zou zijn.

De Commissie zag derhalve geen problemen, noch voor de 'machtspositie', noch wat betreft coördinatie van concurrentiegedrag. De joint venture kon derhalve tot stand worden gebracht.

Prof. mr. T.R. Ottervanger en mw. mr. A.S. Bijleveld zijn beiden advocaat bij Allen & Overy.

De joint venture in het mededingingsrecht

-
- 1 Zie de Mededeling van de Commissie omtrent het begrip 'concentratie' van 2 maart 1998, Pb. EG 1998, C 66/1.
 - 2 Zie Van Ginneken, M&M oktober 1999, p. 131, Recente ontwikkelingen inzake economische analyse van mededingingsafspraken.
 - 3 Pb. EG 2000, C 118/24, een herzien concept dateert van 18 juli 2000 en is te vinden op de website van de Commissie.
 - 4 Voor de NMa zie: <http://www.nma-org.nl/> en voor de Commissie zie <http://europa.eu.int/comm/competition/>.