

Het non-concurrentiebeding in maatschapsovereenkomsten

Reikwijdte van non-concurrentiebeding vaak op gespannen voet met mededingingsrecht

Mr. K. Mous¹

1 INLEIDING

Maatschapsovereenkomsten tussen vrijgevestigde beroepsbeoefenaren, zoals medisch specialisten of fysiotherapeuten, kennen vrijwel altijd een non-concurrentiebeding. Dit beding krijgt betekenis op het moment dat een maat uittreedt en zijn praktijkdeel overdraagt aan een nieuwe (toetredende) maat of aan de blijvende maten. De maatschapsovereenkomst bepaalt dan meestal dat het de uittredende maat verboden is zich gedurende een *bepaalde periode* als specialist te vestigen of als specialist betrokken te zijn bij een (soortgelijke) praktijk binnen een *bepaalde cirkel* met als middelpunt de maatschapspraktijk. Van oudsher wordt die 'bepaalde tijd' en die 'bepaalde cirkel' vrij ruim ingevuld. Niet zelden wordt een termijn van vijf of tien jaar gehanteerd. De modelmaatschapsovereenkomst van de Orde van Medisch Specialisten noemt als voorbeeld een termijn van vijf jaar. Met betrekking tot de territoriale beperking van het non-concurrentiebeding noemt dit model een cirkel met een straal van tien of twintig kilometer met als middelpunt het ziekenhuis. In de praktijk wordt echter dikwijls een veel ruimere geografische reikwijdte gehanteerd, met soms een straal van maar liefst vijftig of zelfs honderd kilometer.

De achtergrond van het overeenkomen van een non-concurrentiebeding is natuurlijk duidelijk. De nieuwe maat of de blijvende maten 'kopen' het praktijkdeel van de uittredende maat en betalen daarvoor een goodwillvergoeding. Die praktijk is deze goodwillvergoeding enkel waard indien de uittredende maat ook daadwerkelijk vertrekt uit de (directe) omgeving van de maatschap. Goodwill vertegenwoordigt immers de toekomstige inkomsten van een onderneming, die nog niet gewaardeerd zijn op de balans, maar die al wel bestaan in de vorm van kennis, bekendheid, klanten, personeel, et cetera. Indien de vertrekkende maat gewoon in de (directe) omgeving werkzaam blijft, zal hij of zij bestaande en nieuwe klanten aan zich blijven binden op basis van zijn of haar kennis en bekendheid in de omgeving. Door het overeenkomen van een non-concurrentiebeding wil men dit voorkomen, zodat geen 'kat in de zak' gekocht wordt. Goodwill en non-concurrentiebeding zijn twee zijden van één medaille.

Dat men ver gaat om de eigen belangen te beschermen blijkt uit de ruime strekking die non-concurrentiebedingen – zoals opgemerkt – in de praktijk krijgen. In beginsel is het aan de vennoten van de maatschap om de reikwijdte van het non-concurrentiebeding te bepalen. Contractvrijheid staat voorop. Vrijgevestigde beroepsbeoefenaren

1. Koen Mous is advocaat gezondheidsrecht bij Dirkzwager Advocaten & Notarissen te Nijmegen. Met dank aan mr. H.C.E.P.J. Janssen, advocaat onder-

nemings- en mededingingsrecht bij Dirkzwager Advocaten & Notarissen te Nijmegen, voor zijn inhoudelijke bijdrage aan dit artikel.

zullen zich echter moeten realiseren dat in de praktijk grenzen gesteld kunnen worden aan de omvang van een non-concurrentiebeding, mocht daarover een conflict ontstaan. Die grenzen worden (met name) gesteld door het mededingingsrecht.

In het eerste deel van dit artikel zal ik die grenzen bespreken. In het tweede deel van dit artikel zal ik uiteenzetten wat de gevolgen zijn van overschrijding van die grenzen. Tot slot zal ik aandacht besteden aan het feit dat geschillen over non-concurrentiebedingen in maatschapsovereenkomsten vaak beslecht worden door middel van arbitrage en zal ik bespreken welke betekenis dat in de praktijk heeft voor de toetsing van die non-concurrentiebedingen aan het mededingingsrecht.

2 MEDEDINGINGSRECHT EN NON-CONCURRENTIEBEDING

Indien bij praktijkoverdracht de afspraak wordt gemaakt dat de uittredende maat de achterblijvende maten en/of de toetredende maat geen concurrentie aandoet, is sprake van een beperking van de mededinging die mogelijk strijdig is met het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet (Mw). Dit artikel bepaalt dat het verboden is om een overeenkomst aan te gaan die ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Een dergelijke overeenkomst is blijkens artikel 6 lid 2 Mw in beginsel van rechtswege nietig (tenzij geen sprake is van een *merkbare* beperking, waarover hierna meer).

Het overdragen van een praktijk zal dikwijls aangemerkt kunnen worden als een concentratie in de zin van artikel 27 Mw, omdat sprake is van het "direct of indirect verkrijgen van zeggenschap door een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste een onderneming hebben" (art. 27 sub b onder 1) of "direct of indirect verkrijgen van zeggenschap door een of meer ondernemingen over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan door middel van de verwerving van participaties in het kapitaal of van vermogensbestanddelen, uit hoofde van een overeenkomst of op enige andere wijze" (art. 27 sub b onder 2). Indien de blijvende maten de praktijk van een vertrekkende maat overnemen, is duidelijk sprake van een concentratie. Maar ook indien de vertrekkende maat zijn praktijk overdraagt aan een nieuwkomer, zal daarvan meestal sprake zijn. Vrijgevestigde medisch specialisten worden als zodanig namelijk aangemerkt als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet.²

Een non-concurrentiebeding kan onder omstandigheden aangemerkt worden als een zogenaamde nevenrestrictie, dat wil zeggen een mededingingsbeperkende afspraak die rechtstreeks verband houdt en noodzakelijk is voor de totstandkoming van de hoofdovereenkomst (de praktijkoverdracht). Nevenrestricties zijn onder omstandigheden vrijgesteld van het verbod van artikel 6 Mw.

2. Uitspraak van HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98 (*Pavlov*).

Indien sprake is van een concentratie volgt die vrijstelling uit artikel 10 Mw, dat bepaalt: "Artikel 6 geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in dat artikel die rechtstreeks verbonden zijn aan een concentratie als bedoeld in artikel 27, en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de desbetreffende concentratie". Als een non-concurrentiebeding aan deze definitie voldoet, kan het beding worden aangemerkt als een nevenrestrictie bij de concentratie, dat wil zeggen een afspraak die rechtstreeks verband houdt met de concentratie en die door partijen noodzakelijk geacht wordt voor het tot stand brengen van de concentratie. Uit artikel 10 Mw volgt dat dergelijke afspraken onder omstandigheden ontheven zijn van het verbod van artikel 6 Mw.

Indien geen sprake is van een concentratie vloeit de vrijstelling voort uit de richtsnoeren die de Europese Commissie heeft vastgesteld voor de toepassing van het communautaire kartelverbod.³ Hoewel die richtsnoeren niet rechtstreeks zien op de toepassing van artikel 6 Mw, oordeelde de Hoge Raad in zijn bekende 'Schuitema'-arrest dat ook bij de toepassing van artikel 6 Mw rekening gehouden moet worden met de vrijstelling van de in het communautaire recht erkende nevenrestricties.⁴

De gedachte achter de vrijstelling van nevenrestricties is dat indien de hoofdovereenkomst de mededinging op zichzelf niet beperkt, de bijkomende afspraken die deze hoofdovereenkomst mogelijk maken eveneens door de beugel moeten kunnen. Het gaat feitelijk om een 'rule of reason'-benadering, waarbij de voor- en nadelen van de beperkende afspraak tegen elkaar worden afgewogen: beperking van de mededinging is toegestaan als daar economische voordelen tegenover staan. In het eerder genoemde 'Schuitema'-arrest overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat geen enkele onderneming een stalletje in een supermarkt huurt als deze weet dat zijn verhuurder hem in de supermarkt gaat beconcurreren. Voor de uittreding en overdracht geldt hetzelfde. Niemand zal voor een (deel van een) onderneming betalen, als hij weet dat de verkoper hem meteen na de verkoop gaat beconcurreren en hem dus niet in staat stelt zijn investering terug te verdienen.

Non-concurrentiebedingen zijn als nevenrestrictie slechts onder bepaalde omstandigheden vrijgesteld van het kartelverbod. Om als nevenrestrictie aangemerkt te kunnen worden, zal een non-concurrentiebeding in ieder geval rechtstreeks verband moeten houden met én noodzakelijk moeten zijn voor de verwezenlijking van de hoofdovereenkomst (de praktijkoverdracht). Voor concurrentiebedingen in EU-verband vormt de 'Bekendmaking nevenrestricties' (verder te noemen: 'de bekendmaking') van de Europese Commissie in dat kader een handig richtsnoer.⁵ In deze bekendmaking legt de Commissie uit wanneer volgens haar sprake is van een beperking die rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de totstandkoming van een concentratie. Hoewel deze bekendmaking enkel ziet op concentraties, ligt het voor de hand om artikel 10 Mw en de bekendmaking analoog toe te passen op situaties waarin

3. Zie § 2.2.3 van de 'Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag van de Europese Commissie', *Pb EG* 2004, C 2001/97.

4. HR 17 december 2004, *JOL* 2004/677.

5. Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties (2005/C 56/03).

strikt genomen géén sprake is van een concentratie, maar wel van een daarmee vergelijkbare transactie.⁶ Aan de vrijstelling van nevenrestricties ligt immers een 'rule of reason'-benadering ten grondslag. Als een praktijkoverdracht in een specifiek geval niet aangemerkt kan worden als een concentratie, zal het in ieder geval gaan om een met een concentratie vergelijkbare transactie. De vraag of een bij die praktijkoverdracht overeengekomen non-concurrentiebeding aangemerkt kan worden als een van het kartelverbod vrijgestelde nevenrestrictie kan dan eveneens – naar analogie – beoordeeld worden aan de hand van de bekendmaking.

In de Bekendmaking nevenrestricties merkt de Commissie over non-concurrentiebedingen op dat dergelijke bedingen slechts gerechtvaardigd zijn door de legitieme doelstelling van de beoogde concentratie, wanneer de duur, het geografisch toepassingsgebied en de materiële en persoonlijke reikwijdte ervan niet verder gaan dan redelijkerwijs daartoe noodzakelijk kan worden geacht. De Commissie merkt voorts op: "Niet-concurrentiebedingen zijn gerechtvaardigd voor perioden van maximaal drie jaar wanneer de overdracht van de onderneming de overdracht van de klantentrouw in de vorm van zowel goodwill als knowhow omvat. Wanneer die bedingen uitsluitend op goodwill betrekking hebben, zijn zij voor perioden van maximaal twee jaar gerechtvaardigd". In een eerdere bekendmaking voegde de Commissie daaraan nog toe: "Een concurrentieverbod van langere duur kan slechts worden gerechtvaardigd in een beperkt aantal omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer kan worden aangetoond dat de klantentrouw ten aanzien van de verkoper van langere duur zal zijn dan twee jaar of drie jaar ingeval de reikwijdte of de aard van de overgedragen knowhow een bijkomende beschermingsperiode wettigt".⁷

Over de geografische reikwijdte merkt de Commissie in de bekendmaking op dat een non-concurrentiebeding doorgaans beperkt moet worden tot "het gebied waarin de verkoper vóór de overdracht de betrokken producten of diensten aanbood". Verder dienen non-concurrentiebedingen volgens de Commissie beperkt te blijven tot de producten en/of diensten die de economische activiteit van de overgedragen onderneming vormen.

Zoals opgemerkt, wordt in de praktijk regelmatig een non-concurrentiebeding overeengekomen met een duur van vijf tot tien jaar. Gelet op de uitleg die de Commissie geeft aan het begrip 'rechtstreeks verband houdend met en noodzakelijk voor de verwezenlijking van de concentratie' moet er voorshands van worden uitgegaan dat een dergelijk non-concurrentiebeding niet aangemerkt kan worden als een nevenrestrictie die ingevolge artikel 10 Mw aan de werking van artikel 6 Mw is onttrokken. Normaliter is volgens de Commissie enkel een non-concurrentiebeding van twee jaar acceptabel, tenzij een der partijen kan aantonen dat een langere termijn gerechtvaardigd is. Die partij zal dan aannemelijk moeten maken dat de klantentrouw ten aanzien

6. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft artikel 10 Mw bijvoorbeeld (impliciet) toegepast buiten concentratieve situaties (Besluit van de D-G NMa d.d. 19 oktober 1998, nr. B123, *Interpolis/COBAC*). Mok heeft over deze analoge toepassing geschreven in TVVS 1998, p. 369 e.v.

7. Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties (2001/C 188/03).

van de uittredende maat, bijvoorbeeld vanwege de aard van het specifieke specialisme, van langere duur zal zijn dan twee jaar. Dat zal geen eenvoudige klus zijn. Over het algemeen zal moeten gelden dat de beroepsbeoefenaar die de praktijk overneemt voldoende mogelijkheden heeft om (bestaande en nieuwe) patiënten aan zich te binden indien de vertrekkende maat twee jaar 'van het toneel verdwenen is' in de eigen regio. Bij het beoordelen van de geografische reikwijdte van het beding zal beoordeeld moeten worden binnen welk gebied de maatschap voorheen werkzaam was. Dat zal per geval verschillen. Een straal van vijftig tot honderd kilometer kan in bepaalde (uitzonderings)gevallen gerechtvaardigd zijn, maar veeleer zal sprake zijn van een straal van twintig tot dertig kilometer, afhankelijk van de lokale situatie en het type praktijk. Veel zal ook afhangen van de reisbereidheid van de patiënten. Van bepaalde bijzondere specialismen is bekend dat patiënten bereid zijn verder te reizen dan voor meer gewone specialismen. Ook de reputatie van specialisten kan een rol spelen bij de bereidheid van patiënten om te reizen. Sommige specialisten trekken patiënten uit heel Nederland.

Indien een non-concurrentiebeding is overeengekomen dat geldt voor een te lange periode en/of een te groot gebied, dan zal het beding getoetst moeten worden aan artikel 6 Mw. Zoals gezegd bepaalt dit artikel dat het verboden is een overeenkomst – in dit geval is dat vaak een maatschapsovereenkomst of een daarop gebaseerde dissociatieovereenkomst met een non-concurrentiebeding – aan te gaan die ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Vaste jurisprudentie is dat het daarbij moet gaan om een *merkbare* verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging. Het is niet eenvoudig om aan de hand van dit merkbaarheidsvereiste vast te stellen of een non-concurrentiebeding onder de werking van artikel 6 Mw valt. Hoe dat moet gebeuren staat in de richtsnoeren toepassing artikel 81 lid 3 EG: "Bij de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste moet rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin de betreffende overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert".⁸

Wanneer het gaat om een overeenkomst die reeds naar haar *strekking* de mededinging beperkt, hoeven de gevolgen daarvan echter niet te worden vastgesteld.⁹ Mogelijk is daarvan sprake indien een non-concurrentiebeding een evident te ruime reikwijdte kent. Een concurrentiebeding is immers slechts gerechtvaardigd voor een periode van twee of drie jaar (zie hiervoor). Onder omstandigheden kan een langere termijn

8. Pb EG 2004, C 101/97. Art. 81 lid 3 EG-Verdrag is vanaf 1 december 2009 omgenummerd tot art. 101 lid 2 VwEU.

9. Vaste rechtspraak van het HvJ EG: zie bijv. de uitspraak d.d. 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58-64, Jur. 1966, p. 449. En recentelijk: HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile/NMa*), waarin het Hof oordeelde dat "van een mededingingsbeperkende strekking reeds sprake is wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mede-

dinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen. De vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de berekening van het bedrag van de geldboeten en voor de bepaling van de rechten op schadevergoeding."

gerechtvaardigd zijn, maar een termijn van vijf of tien jaar zal meestal te lang zijn. Een dergelijke lange termijn moet geacht worden niet enkel bedoeld te zijn om de overnemende partij in staat te stellen de investering (het betalen van goodwill) terug te verdienen, maar ook – voor zover de termijn langer is dan twee of drie jaar – om de mededinging te beperken. Een uitvoerig feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse, wat vereist is indien het gaat om een overeenkomst die enkel *ten gevolge* heeft dat de mededinging wordt beperkt, is dan niet noodzakelijk. Strijdigheid met artikel 6 lid 1 Mw volgt reeds uit de omstandigheid dat de overeenkomst naar haar *strekking* de mededinging beperkt.

Een strekkingsbepaling kan overigens aan de nietigheidssanctie van artikel 6 lid 2 Mw ontkomen, indien een beroep kan worden gedaan op de bagatelvoorziening van artikel 7 Mw. De bagatelvoorziening houdt in dat in twee situaties het kartelverbod niet van toepassing is. Het gaat dan om overeenkomsten:

- i a. waarbij niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken, en
b. de gezamenlijke omzet niet meer bedraagt dan € 1.100.000,¹⁰ of
- ii a. waarbij de betrokken ondernemingen een marktaandeel hebben dat niet groter is dan 5%, en
b. de gezamenlijke omzet niet meer bedraagt dan € 40.000.000.

Deze uitzondering zal in de praktijk op lang niet alle maatschappen van toepassing zijn. Bij een maatschap van vier maten met een omzet van € 300.000 per maat wordt al niet meer voldaan aan de voorwaarden die onder (i) genoemd worden. Of wel voldaan wordt aan de voorwaarden als genoemd onder (ii) zal afhangen van (de afbakening van) de markt waarop de maatschap zich begeeft en het aandeel van de maatschap op die markt.

Wanneer het overigens niet gaat om een afspraak die naar haar *strekking* de mededinging beperkt, zullen de *gevolgen* daarvan moeten worden vastgesteld om te bezien of wellicht tóch strijdigheid bestaat met artikel 6 Mw. Dat vergt ingewikkeld technisch marktonderzoek. Ik zal daar in de context van dit artikel verder niet op ingaan. Ik beperk mij hier tot de opmerking dat het voor een partij veel lastiger zal zijn om op basis van de *gevolgen* (in plaats van op basis van de *strekking*) van een non-concurrentiebeding aan te tonen dat een beding in strijd is met artikel 6 Mw. Gelet daarop verdient het aanbeveling om het non-concurrentiebeding in ieder geval zodanig op te stellen dat in ieder geval géén sprake is van een bepaling die de strekking heeft de mededeling te beperken. De gangbare praktijk van non-concurrentiebedingen met een duur van vijf of tien jaar zal verlaten moeten worden.

10. Specialisten leveren diensten, zodat voor de toepassing van de hier bedoelde uitzondering de gezamenlijke omzet niet hoger mag zijn dan

€ 1.100.000. In geval er uitsluitend goederen worden aangeboden, mag de gezamenlijke omzet niet groter zijn dan € 5.500.000.

Artikel 6 Mw bepaalt dat overeenkomsten die strijdig zijn met het in dat artikel neergelegde verbod nietig zijn. In beginsel is niet de gehele maatschap- of dissociatie-overeenkomst nietig, maar is alleen het daarin opgenomen non-concurrentiebeding nietig. Voor het overige blijft de overeenkomst in stand. Dit is echter niet zonder meer het geval. Artikel 3:41 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt namelijk dat wanneer een grond voor nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft, de rechtshandeling voor het overige in stand blijft, voor zover dit – gelet op de inhoud en strekking van de handeling – niet in onverbrekkelijk verband staat met het nietige deel. Het is de vraag of, indien enkel het non-concurrentiebeding nietig is, het restant van de overeenkomst beide partijen nog altijd een zinvolle regeling biedt. Beoordeeld zal moeten worden of het resterende deel van de overeenkomst – zoals het Hof Leeuwarden op 7 november 2007 oordeelde in de zaak Slager/Prisma – “in onverbrekkelijk verband met het nietige deel staat”.¹¹ Voorstelbaar is dat de overnemende partij (die wil vasthouden aan de ruime reikwijdte van het beding) van mening zal zijn dat dit het geval is. Deze partij heeft zich er immers toe verplicht om een goodwillvergoeding te betalen in verband met de overname van de praktijk van de uittrekkende maat en voor hem zal het non-concurrentiebeding daarbij essentieel zijn geweest. Indien het beding dan achteraf nietig blijkt te zijn, lijkt verdedigbaar dat dit de nietigheid van de gehele overname-overeenkomst tot gevolg zal hebben.

Een andere vraag is of het mogelijk is om een non-concurrentiebeding met een te lange tijdsduur op grond van artikel 3:42 BW te converteren in een beding met een wel toegestane tijdsduur. Artikel 3:42 bepaalt: “Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt”.

In de literatuur en jurisprudentie is lange tijd omstrepen geweest of binnen het vraagstuk van de mededingingsrechtelijke nietigheid wel toepassing gegeven kan worden aan de conversiebepaling van artikel 3:42 BW. In beginsel zijn de bepalingen van Boek 3 Titel 2 BW van toepassing op situaties waarin de nietigheid op artikel 6 lid 2 Mw berust (zie ook de schakelbepaling van art. 3:59 BW). Betoogd werd echter dat de strekking van artikel 6 lid 2 Mw aan conversie in de weg staat.

De Rechtbank 's-Gravenhage besliste op 29 mei 2002 dat conversie wél mogelijk is.¹² Verschillende auteurs wezen er toen echter al op dat in de bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie feitelijk geen aanknopingspunten te vinden zijn voor een dergelijke mogelijkheid. Het Hof Leeuwarden oordeelde in het eerder genoemde arrest

11. Hof Leeuwarden 7 november 2007, LJN BB8288.

12. Rechtbank 's-Gravenhage 29 mei 2002, Ondernemingsrecht 2003/4.

van 7 november 2007 (*Slager/Prisma*) dat conversie niet mogelijk is. Het hof overwoog daarbij dat artikel 6 lid 2 Mw een absolute nietigheidsbepaling betreft, die bedoeld is om – preventief – een einde te maken aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging. Die prikkel wordt volgens het hof voor een belangrijk deel weggenomen wanneer conversie wordt toegestaan en de belanghebbende partij hooguit het risico loopt dat de niet geoorloofde bepaling wordt omgezet in een bepaling die nog net binnen grenzen van artikel 6 Mw valt. Daarmee zou de civiele handhaving van het mededingingsrecht volgens het hof tot een weinig effectief middel verworden, wat niet de bedoeling van de wetgever is.¹³ Het hof oordeelde dan ook dat conversie in een minder vergaande, nog net toelaatbare vorm van concurrentiebeperking, niet geoorloofd is. Tot een soortgelijk oordeel kwam het Hof Leeuwarden in zijn arrest van 30 januari 2008 (*de zaak Mitra*).¹⁴

In een recent arrest heeft de Hoge Raad het oordeel van het Hof Leeuwarden in de zaak *Slager/Prisma* in stand gelaten.¹⁵ De Hoge Raad oordeelde dat toepassing van artikel 3:42 BW onverenigbaar is met “de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentie-beperkende overeenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid”. Daarmee lijkt de discussie ten einde. Het is echter de vraag of dit uitsluitend geldt voor afspraken die een mededingingsbeperkende *strekking* hebben. Daarvan was namelijk sprake in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2009. A-G Keus merkte in zijn conclusie bij dit arrest terecht op dat conversie van een afspraak die naar haar aard mededingingsbeperkend is in een ‘vervangende’ geldige rechtshandeling niet mogelijk lijkt te zijn. De vervangende rechtshandeling dient immers naar haar strekking met de nietige rechtshandeling vergelijkbaar te zijn en dient partijen te verschaffen hetgeen zij blijkens hun nietige rechtshandeling in economisch opzicht wilden bereiken. Een toelaatbaar alternatief voor een naar haar strekking met de mededingingsregels strijdige en daarom nietige bepaling laat zich binnen het kader van artikel 3:42 BW niet denken, aldus A-G Keus. Dit arrest van de Hoge Raad geeft helaas geen uitsluitsel over de vraag of conversie ook niet mogelijk is in gevallen, waarin géén sprake is van een afspraak met een mededingingsbeperkende strekking, maar wél met mededingingsbeperkende gevolgen. Het feit dat de Hoge Raad de toepassing van artikel 3:42 BW uitsluit met een beroep op de “in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid” lijkt erop te wijzen dat conversie ook in die gevallen niet mogelijk is.

Het is jammer dat de Hoge Raad zich niet hoefde uit te laten over de vraag of *contractueel overeengekomen* conversie wél mogelijk is. Het cassatiemiddel stelde enkel ter discussie of conversie ex artikel 3:42 BW mogelijk is. Daardoor kwam de vraag niet aan de orde of het wél mogelijk is dat partijen in een contractueel beding overeenkomen dat zij zich op voorhand verbinden om, ingeval hun overeenkomst op grond van artikel 6 lid 2 Mw nietig is, alsnog een overeenkomst te sluiten waarmee zoveel mogelijk hetzelfde effect wordt bereikt, maar die wel binnen de grenzen van het mededingingsrechtelijk toelaatbare ligt.¹⁶ A-G Keus liet zich daarover in zijn conclusie overigens wél

13. Vgl. ook de noot van Mok onder HR 3 december 2004, *NJ* 2005/118.

14. Hof Leeuwarden 30 januari 2008, *LJN* BC3424.

15. HR 18 december 2009, *RvdW* 2010/30.

16. In de praktijk wordt een dergelijke clausule ook wel aangeduid als een *salvatorclausule*.

uit. Partijen waren in die zaak namelijk een dergelijk beding overeengekomen. In het arrest van het Hof Leeuwarden werd niet geheel duidelijk of het hof ook die afspraak in strijd achtte met artikel 6 lid 2 Mw. A-G Keus is in ieder geval van mening dat artikel 6 lid 2 Mw zich niet verzet tegen een dergelijke afspraak: "Waar het partijen bij een nietige overeenkomst vrijstaat een nieuwe (en wel rechtsgeldige) overeenkomst te sluiten, moet het naar mijn mening ook mogelijk zijn dat zij zich daartoe op voorhand verbinden, zonder dat art. 6 Mw daaraan in de weg staat".

In ieder geval staat vast dat partijen bij het overeenkomen van een non-concurrentiebeding zorgvuldig te werk zullen moeten gaan. Zij kunnen er niet (meer) van uitgaan dat een concurrentiebeding met een te lange duur uiteindelijk 'toch wel' geconverteerd zal worden in een concurrentiebeding met een beperktere – wél toegestane – duur. Verder verdient het aanbeveling om zekerheidshalve expliciet met elkaar overeen te komen om, ingeval de overeenkomst op grond van artikel 6 lid 2 Mw nietig is, alsnog een overeenkomst te sluiten waarmee zoveel mogelijk hetzelfde effect wordt bereikt, maar die wel binnen de grenzen van het mededingingsrechtelijk toelaatbare ligt.

4 BOETE

Hiervoor is uiteengezet dat een met artikel 6 Mw strijdig non-concurrentiebeding nietig is. Dit is echter niet de enige sanctie. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is namelijk bevoegd om ondernemingen die artikel 6 Mw hebben overtreden een boete op te leggen. Deze boete bedraagt maximaal € 450.000 of 10% van de omzet als dat resulteert in een hoger bedrag. Behalve aan ondernemingen kan de NMa ook aan natuurlijke personen een boete opleggen. Het gaat dan om personen die opdracht hebben gegeven tot of leiding hebben gegeven aan de overtreding. De maximale boete voor natuurlijke personen bedraagt € 450.000. Tot op heden zijn uit de beschikkingspraktijk van de NMa geen voorbeelden bekend waarin een boete is opgelegd aan specialisten omdat zij in hun maatschapsovereenkomst (of dissociatieovereenkomst) een met artikel 6 Mw strijdig non-concurrentiebeding hebben opgenomen. De mogelijkheid bestaat echter wel. Hoewel misschien niet erg waarschijnlijk, valt niet uit te sluiten dat de NMa in de toekomst van deze mogelijkheid gebruik zal maken. Al was het maar om een voorbeeld te stellen. De NMa heeft al regelmatig kenbaar gemaakt dat de zorgsector voor haar bijzondere prioriteit heeft.

5 ARBITRAGE EN NIETIGHEID

Maatschapsovereenkomsten kennen dikwijls een zogenaamde arbitrageclausule, op basis waarvan geschillen voorgelegd worden aan een arbitragecommissie (zoals bijvoorbeeld het Scheidsgerecht Gezondheidszorg of een door de Orde van Medisch Specialisten benoemde arbitragecommissie). De vennoten kunnen zich in geval van een geschil dan niet tot de burgerlijke rechter wenden. Dat zal ook gelden voor het geval een discussie ontstaat over de reikwijdte van een non-concurrentiebeding. Het is

dan de vraag of de medisch specialist die de reikwijdte van een beding wenst aan te vechten, zich *expliciet* op artikel 6 Mw dient te beroepen en of arbiters ambtshalve aan dit artikel moeten toetsen.

Of arbiters dat moeten doen, hangt af van de beslissingsmaatstaf die gehanteerd dient te worden. Bij arbitrage kan men bepalen dat arbiters dienen te beslissen naar de 'regelen des rechts' of als 'goede mannen naar billijkheid'. Met name de laatste maatstaf wordt veel gehanteerd in maatschapovereenkomsten. De modelmaatschapsovereenkomst van de Orde van Medisch Specialisten kent deze maatstaf en ook het arbitragereglement van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg bepaalt dat beslist wordt als 'goede mannen naar billijkheid'. Men dient zich goed te realiseren dat arbiters dan niet gebonden zijn aan aanvullend recht en evenmin aan dwingend recht dat bij een beslissing volgens de 'regelen des rechts' wél van toepassing zou zijn geweest. Arbiters zullen evenwel niet mogen beslissen in strijd met de openbare orde omdat anders verloop tot tenuitvoerlegging kan worden geweigerd (art. 1063 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) en het arbitraal vonnis voor vernietiging in aanmerking komt (art. 1065 Rv). Het Scheidsgerecht is dientengevolge, zonodig ambtshalve, gehouden tot toepassing van recht bij schending waarvan strijd met de openbare orde bestaat. Of arbiters *verplicht* zijn om het mededingingsrecht ambtshalve toe te passen, hangt dan dus af van de vraag of dit recht van openbare orde is. Strijd met de openbare orde bestaat als de inhoud van het arbitraal vonnis in strijd met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter is dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.¹⁷ Onder het oude mededingingsrecht kwam de Hoge Raad in de zaak *Eco Swiss/Benetton* tot de conclusie dat het Europese mededingingsrecht (art. 81 EG-Verdrag) van openbare orde is.¹⁸ In de zaak *'Sesam/Beton'* besliste het Hof Amsterdam in 2000 in dezelfde zin.¹⁹ Het Hof Amsterdam oordeelde in diezelfde uitspraak echter tevens dat de *nationale* mededingingsregels niet van openbare orde zijn. Het Hof Arnhem kwam in 2000 in de zaak *'Goos/Hanos'* tot diezelfde conclusie.²⁰ Volgens het Hof Arnhem zijn de doelstellingen van het Europese respectievelijk het nationale mededingingsrecht verschillend. Het Europese mededingingsrecht ziet toe op de totstandkoming van een gemeenschappelijke interne markt, terwijl het nationale mededingingsrecht efficiencyvoordelen van de vrije mededinging nastreeft.

Het oordeel van het Hof Amsterdam en het Hof Arnhem was in de literatuur meteen omstreden. Veel schrijvers pleiten ervoor de nationale mededingingsregels als van openbare orde te beschouwen. De wetsgeschiedenis van de Mededingingswet biedt daar volgens hen voldoende aanknopingspunten voor.

In het zogenaamde *Whizz*-arrest van 16 januari 2009 heeft de Hoge Raad uiteindelijk geoordeeld dat het nationale mededingingsrecht niet van openbare orde is. Dit zou dan dus betekenen dat arbiters die dienen te beslissen als 'goede mannen naar billijk-

17. Hoge Raad 21 maart 1997, NJ 1998/207 (*Eco Swiss/Benetton*).

18. Hoge Raad 21 maart 1997, NJ 1998/207 (*Eco Swiss/Benetton*).

19. Hof Amsterdam 12 oktober 2000, NJ 2002/111 (*Sesam/Beton*).

20. Hof Arnhem 1 augustus 2000, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 2000/9.

heid' in ieder geval niet *verplicht* zijn het aan hen voorgelegde geschil ambtshalve aan de nationale mededingingsregels (art. 6 Mw) te toetsen. Wél dienen zij het geschil ambtshalve te toetsen aan het Europese mededingingsrecht (art. 101 VwEU, voorheen art. 81 EG-Verdrag), maar schending van dat recht is in dergelijke gevallen veelal niet aan de orde, omdat meestal niet aannemelijk zal zijn dat het concurrentiebeding de interstatelijke handel beïnvloedt.

Dan rest nog de vraag of arbiters het geschil wél ambtshalve *mogen* toetsen aan het nationale mededingingsrecht. Als arbiters het concurrentiebeding wensen te toetsen aan het mededingingsrecht zonder dat één van partijen daarop een beroep heeft gedaan, dan zullen zij genoodzaakt zijn de rechtsgronden aan te vullen. In een civiele procedure mag een rechter onder bepaalde voorwaarden zonder meer tot aanvulling van de rechtsgronden overgaan (art. 25 Rv). De arbitrageprocedure verloopt echter niet via de normale procesregels die in een civiele procedure gelden, maar via de wettelijke regels van de artikelen 1020-1073 Rv. In de artikelen 1020-1073 Rv wordt artikel 25 Rv echter niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de arbitrageprocedure. In beginsel is artikel 25 Rv dan ook niet van toepassing op de arbitrageprocedure. Verdedigbaar is dan ook dat het arbiters *niet* is toegestaan ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (behoudens in die gevallen waarin zij daartoe verplicht zijn). Dit past bij het karakter van de arbitrageprocedure, waarbinnen de partij-autonomie over het algemeen nóg belangrijker is dan bij een civiele procedure. Anderzijds zou betoogd kunnen worden dat wanneer arbiters als 'goede mannen naar billijkheid' dienen te beslissen, dat betekent dat zij een ruimere mogelijkheid hebben tot het aanvullen van de gronden. Deze maatstaf ziet echter met name op het *materiële* recht dat arbiters in een geschil dienen toe te passen, terwijl de beslissing om de gronden aan te vullen feitelijk een *procesrechtelijke* handeling is. Omdat die procesrechtelijke handeling echter consequenties heeft voor het materieel toe te passen recht, zou in deze maatstaf wellicht een rechtvaardiging gevonden kunnen worden voor de beslissing om de gronden op dit punt aan te vullen. Zekerheidshalve dient de partij die de reikwijdte van een non-concurrentiebeding wenst aan te vechten echter altijd een expliciet beroep te doen op het mededingingsrecht.

6 TOT SLOT

Concurrentiebedingen in maatschapsovereenkomsten (en dissociatieovereenkomsten) zijn een alledaags verschijnsel. Dergelijke bedingen vervullen immers een nuttige functie. Het voorgaande toont echter aan dat de sky niet de limit is. Het mededingingsrecht kan, al dan niet achteraf, roet in het eten gooien. Om problemen te voorkomen is het daarom raadzaam om bij het redigeren van maatschapsovereenkomsten nadrukkelijker rekening te houden met het mededingingsrecht dan thans (nog steeds) veelal gebeurt.

Bij degenen die niet in het mededingingsrecht zijn ingevoerd, stuit het mededingingsrecht vanwege het specialistische karakter vaak op weerstand of onbegrip. A-G Huydecoper verzuchtte in zijn conclusie bij het Schuitema-arrest niet voor niets dat weinig rechtsgebieden in zo een mate de kwalificatie '*mandarijnen-wetenschap*' oproepen,

als het mededingingsrecht. Dat neemt niet weg dat non-concurrentiebedingen in de meeste maatschapsovereenkomsten (en dissociatieovereenkomsten) betrekkelijk eenvoudig in overeenstemming met het mededingingsrecht gebracht kunnen worden, zodat geen onduidelijkheid bestaat over de geldigheid en reikwijdte van een non-concurrentiebeding. De bekendmaking biedt een praktisch hulpmiddel bij het bepalen van de reikwijdte van een non-concurrentiebeding. Verder is het ook (nog steeds) raadzaam in de maatschapsovereenkomsten (en dissociatieovereenkomsten) een salvatorclausule op te nemen. Als in voorkomend geval een non-concurrentiebeding nietig is wegens strijd met het mededingingsrecht, dan kan deze clausule mogelijk voorkomen dat de partij die dacht door het non-concurrentiebeding beschermd te zijn helemaal in de kou komt te staan.

Ondanks alle goede voorbereiding kan nooit uitgesloten worden dat een non-concurrentiebeding onderwerp van een geschil wordt. In dat geval is het verstandig dat de meest gereede partij nadrukkelijk een beroep doet op het mededingingsrecht.

Het specialistische karakter van het mededingingsrecht heeft tot gevolg dat niet alle rechters en arbiters met de 'ins en outs' ervan bekend zijn. Voor het geval rechters of arbiters binnen de eigen gelederen onvoldoende specialistische kennis op het gebied van het mededingingsrecht tot hun beschikking hebben, bestaat in sommige gevallen de mogelijkheid om de hulp van de NMa in te roepen als 'amicus curiae'.²¹ Hiervoor is zelfs ruimte in een kort geding.²²

21. In het kader van de rechtstreekse toepassing van de art. 101 en 102 VwEU (voorheen de art. 81 en 82 EG-Verdrag) is in art. 15 lid 3 van Verordening 1/2003 de mogelijkheid voor de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten gecreëerd om 'eigen beweging' voor de 'rechterlijke instanties van hun lidstaat' schriftelijk opmerkingen te maken betreffende de toepassing van art. 101 of 102 VwEU. Deze hoedanigheid van interveniënt in een rechterlijke procedure wordt wel aangeduid met de term 'amicus curiae' (zie ook: 'Richt snoeren Amicus Curiae' van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)). Met toestemming van de rechterlijke instantie kunnen ook mondelinge opmerkingen worden gemaakt. De bevoegdheid tot het uitoefenen van de bevoegdheid van amicus curiae

heeft in principe alleen betrekking op het maken van opmerkingen betreffende de toepassing van de art. 101 en 102 VwEU, en derhalve niet betreffende de toepassing van de art. 6 en 24 Mw. Gezien de parallelle normstelling van de art. 6 en 24 Mw en de art. 101 en 102 VwEU kunnen die opmerkingen echter (indirect) gevolgen hebben voor de toepassing van de art. 6 en 24 Mw. Strikt genomen zal de NZa echter enkel als 'amicus curiae' ingeschakeld kunnen worden als (ook) de art. 101 en 102 VwEU aan de orde zijn. Is dat niet het geval, dan zal de NZa hooguit als deskundige gehoord kunnen worden.

22. Zie bijv. Rb. Amsterdam 16 oktober 2009, LJN BK0955 en Rb. Amsterdam 3 december 2009, LJN BK6496.