
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 10 NOVEMBER 2003

MEDEDINGING**Belgisch mededingingsrecht – Concentratie – Opschorting van een aangemelde concentratie – Geldboete**

Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 november 2003 vernietigt in hoger beroep de boetes die de Raad voor de Mededinging had opgelegd aan de appellanten, de ondernemingen Lyfra Partagro en Tabavin. De Raad had deze partijen boetes opgelegd wegens schending van artikel 12, § 4, van de Wet tot bescherming van de economische mededinging, met name door het nemen van maatregelen ter uitvoering van een aangemelde concentratie welke de omkeerbaarheid van de concentratie belemmeren.

Naar het oordeel van de Raad, hadden de partijen de omkeerbaarheid van de concentratie belemmerd door de overgang van de zaakvoerder van Tabavin te bewerkstelligen vóór de Raad de concentratie had goedgekeurd én door de cliënteel die de zaakvoerder in tussentijd reeds zou aanbrengen bij Lyfra Partagro exclusief voor deze onderneming te laten verwerven.

Het hof verwerpt de redenering van de Raad en stelt ten aanzien van de overgang van de zaakvoerder dat het afsluiten van een arbeidsovereenkomst op zich geen maatregel is ter verwezenlijking van de concentratie. Bovendien had de Raad niet het bewijs geleverd dat de overgang van de zaakvoerder het voor de partijen onmogelijk zou maken om hun vroegere positie op de markt te herwinnen, indien de Raad uiteindelijk de concentratie zou verbieden. Terzake van de exclusieve verwerving van de aangebrachte cliënteel oordeelde het hof dat, gelet op de beperkte impact van de concentratie zelf op de markt, de overdracht van een beperkt cliënteel de omkeerbaarheid van de concentratie niet kan belemmeren, noch de marktstructuur duurzaam kan wijzigen. Immers, enkel de cliënteel die de zaakvoerder zou aanbrengen na zijn overgang naar Lyfra Partagro zou exclusief aan deze onderneming toebehoren.

Het hof besluit dat de partijen artikel 12, § 4, van de Wet niet hebben geschonden en vernietigt de beslissing van de Raad in zoverre deze geldboeten oplegt aan de appellanten.

**NV Lyfra Partagro en BVBA Tabavin in aanwezigheid van de Minister van Economie
Zet.: Raes (kamervoorzitter), Schurmans en Lybeer (raadsheren)
Pl.: Mrs. Van Lidth loco Putzeys en De Bock**

(...)

Procedurevoorgaanden

1. Bij overeenkomst van 11 juni 2002, afgesloten in uitvoering van een intentieverklaring van 5 juni 2002, heeft de NV

CONCURRENCE**Droit belge de la concurrence – Concentration – Suspension d’une concentration notifiée – Amende**

L’arrêt de la cour d’appel de Bruxelles du 10 novembre 2003 annule en appel les amendes qui avaient été infligées par le conseil de la concurrence aux appelants, les entreprises Lyfra Partagro et Tabavin. Le Conseil avait infligé des amendes à ces parties pour violation de l’article 12, § 4, de la loi sur la protection de la concurrence économique, à savoir en prenant des mesures en vue de l’exécution d’une concentration notifiée qui entravent le caractère réversible de la concentration.

D’après le Conseil, les parties avaient entravé le caractère réversible de la concentration en engageant le gérant de Tabavin avant que le Conseil n’ait approuvé la concentration et en faisant acquérir au profit exclusif de cette entreprise la clientèle que le gérant aurait entre-temps apportée à Lyfra Partagro.

La cour rejette le raisonnement du Conseil et décide, concernant le passage du gérant, que la conclusion d’un contrat de travail ne constitue pas en soi une mesure visant à réaliser la concentration. En outre, le Conseil n’avait pas fourni la preuve que le passage du gérant aurait rendu impossible pour les parties le retour à leur position antérieure sur le marché, si le Conseil avait finalement empêché la concentration. En matière d’acquisition exclusive de la clientèle apportée, la cour a décidé que, vu l’impact limité de la concentration elle-même sur le marché, la cession d’une clientèle limitée ne peut entraver le caractère réversible de la concentration, ni ne peut modifier durablement la structure du marché. En effet, seule la clientèle que le gérant aurait pu apporter après son passage vers Lyfra Partagro aurait appartenu exclusivement à cette entreprise.

La cour décide que les parties n’ont pas violé l’article 12, § 4, de la loi et elle annule la décision du Conseil dans la mesure où celle-ci inflige des amendes aux appelants.

Lyfra Partagro de cliënteel, de voorraden, sommige exploitatiegoederen – inzonderheid vijf bestelwagens – en het personeel van de afdeling groothandel in tabaksproducten en rookwaren van de BVBA Tabavin overgenomen.

Deze overeenkomst bepaalt dat de NV Lyfra Partagro de heer Johan Dewit, zaakvoerder van de BVBA Tabavin, in dienst zal nemen als handelsvertegenwoordiger, en verder dat:

– “de heer Dewit erop zal toezien dat hij in hoofde van de cliënteel geen verwarring sticht als trad hij nog op als zaakvoerder/vertegenwoordiger van de overdrager;

– de cliënteel welke hij zou aanbrengen na de indiensttreding bij de overnemer automatisch, uitsluitend en exclusief toekomt aan de overnemer”.

De overeenkomst werd gesloten “onder de uitdrukkelijk opschortende en desgevallend ontbindende voorwaarde van goedkeuring of het uitblijven van tijdig protest vanwege de Raad voor de Mededinging”.

Deze concentratie werd op 17 juni 2002 aangemeld bij de Raad voor de Mededinging.

De heer Johan Dewit trad in dienst van de NV Lyfra Partagro op 17 juni 2002, krachtens een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiging afgesloten op 6 juni 2002 voor een periode van twee jaar om na deze termijn te worden omgezet in een overeenkomst van onbepaalde duur.

2. De Raad voor de Mededinging heeft de concentratie goedgekeurd onder meer op grond van de vaststelling dat het marktaandeel van de NV Lyfra Partagro op de betrokken markt – in waarde uitgedrukt –, dat 18,85% bedraagt, na concentratie met 0,96% zou stijgen, en op grond van de overweging dat deze kleine toename geen invloed heeft op de positie van de overnemer t.a.v. de dichtste rivalen.

De raad heeft verder vastgesteld dat de aanmeldende partijen een inbreuk hadden gepleegd op artikel 12, § 4 van de Gecoördineerde Wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging, dat als volgt luidt: “Tot de Raad voor de Mededinging een beslissing neemt betreffende de toelaatbaarheid van de concentratie, kunnen de betrokken ondernemingen slechts de uit concentratie voortvloeiende maatregelen nemen welke de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en de marktstructuur niet duurzaam wijzigen”.

Volgens de bestreden beslissing bestaat de inbreuk in het feit dat de NV Lyfra Partagro de zaakvoerder van de BVBA Tabavin in dienst nam, vooraleer de raad een beslissing nam.

De vaststelling van een inbreuk steunt op de volgende overwegingen:

“Vanaf de inwerkingtreding oefent de betrokkene zijn vorige activiteit als zaakvoerder van een familiebedrijf uit als handelsvertegenwoordiger. Hierbij moet hij er meteen voor waken niet de indruk te wekken nog langer voor de overdrager op te treden. De door hem aangebrachte cliënteel behoort exclusief toe aan de overnemer.

Deze uit de aangemelde overeenkomst voortvloeiende maatregel belemmert de omkeerbaarheid van de concentratie, ook omdat in geval van deconcentratie partijen niet de minste garantie kunnen geven dat de betrokkene zal worden gereïntegreerd in het bedrijf van de overdrager”.

De raad heeft bij toepassing van artikel 38 van dezelfde wet de NV Lyfra Partagro veroordeeld tot een geldboete van 35.000 euro en de BVBA Tabavin tot een geldboete van 2.500 euro.

3. Appellanten vragen het hof de bestreden beslissing teniet te doen in zoverre een geldboete wordt opgelegd en te zeggen dat er geen aanleiding was tot het opleggen van een geldboete.

In ondergeschikte orde betogen zij dat de opgelegde geldboeten buitensporig zijn, en verminderd moeten worden.

De Minister van Economie concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

Beoordeling

(...)

Ten gronde

6. Appellanten voeren terecht aan dat de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiging, afgesloten tussen de NV Lyfra Partagro en de heer Johan Dewit, niet kan worden bestempeld als een maatregel die de omkeerbaarheid van de aangemelde concentratie belemmert of de marktstructuur duurzaam wijzigt.

7. Uit de gegevens verstrekt door de partijen in het kader van de aanmelding, waarvan de juistheid niet werd bestreden, blijkt dat de BVBA Tabavin slechts 146 afnemers had op een totaal van 62.500 in België aanwezige verkooppunten van tabaksproducten.

Uit dezelfde gegevens blijkt verder dat de afnemers van Tabavin kleine operatoren waren, hoofdzakelijk dagbladhandelaars.

Het marktaandeel van Tabavin die als groothandelaar actief was, was verder zo gering dat het te verwaarlozen is.

Op de betrokken markt – gedefinieerd door de raad als de totale markt van tabaksproducten bestemd voor doorverkoop aan de detailhandel –, nam Tabavin immers de dertiende plaats in, omringd door 47 concurrenten waarvan het marktaandeel kleiner is dan 3% en 6 concurrenten met een marktaandeel tussen 22% en 5%.

Hieruit volgt dat indien zou vaststaan dat de bestaande cliënteel van Tabavin, ook in geval de concentratie werd verboden, aan de overnemende onderneming trouw zou blijven, dit geen significante noch duurzame gevolgen kan hebben op de marktstructuur.

8. Uit de aangemelde overeenkomst moet worden afgeleid dat indien de concentratie niet was goedgekeurd, alle overgedragen activa met inbegrip van het op het tijdstip van de concentratie bestaande klantenbestand – met name 146 klanten –, terug naar de BVBA Tabavin zouden zijn gegaan.

De overeenkomst werd immers aangegaan onder de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde van goedkeuring van de concentratie door de Raad voor de Mededinging.

Dit brengt met zich mede dat indien de concentratie niet was goedgekeurd:

– de NV Lyfra Partagro zich had moeten onthouden om de afnemers van de BVBA Tabavin actief te benaderen met het oog op de instandhouding van de kortstondige handelsrelaties die gebeurlijk ingevolge de concentratie zouden zijn totstandgekomen tussen haarzelf en deze afnemers;

– de BVBA Tabavin zich had moeten onthouden om de door de heer Johan Dewit aan de NV Lyfra Partagro *na zijn indiensttreding* aangebrachte cliënteel actief te benaderen.

Zoals de verzoekende partijen terecht stellen, kan de clause luidens dewelke de cliënteel die de heer Dewit na zijn indiensttreding zou kunnen aanbrengen aan de overnemer toebehoort, niet slaan op afnemers die behoren tot de cliënteel die ingevolge de concentratie door de BVBA Tabavin zelf is overgedragen, doch enkel op de afnemers die aangebracht zouden worden tussen het tijdstip waarop de heer Dewit in dienst trad van de overnemer en het tijdstip waarop de beslissingstermijn voor de raad verstreek, met name gedurende een termijn van 45 dagen vanaf 17 juni 1992.

Het enkele feit dat de BVBA Tabavin deze afnemers – waarvan het aantal enkel zeer gering kan zijn – niet tot haar eigen klantenbestand had kunnen rekenen in geval de concentratie niet werd goedgekeurd, bijvoorbeeld in het kader van een andere concentratieoperatie, kan geenszins leiden tot de vaststelling dat de litigieuze maatregel de omkeerbaarheid van de aangemelde concentratie belemmert of de marktstructuur enigszins wijzigt.

9. Uit het voorgaande volgt tevens dat het feit dat de aanmeldende partijen niet de waarborg konden bieden, althans volgens de raad en de minister, dat de heer Dewit Johan opnieuw geïntegreerd zou worden in het bedrijf van de overdrager, niet ter zake dienend is.

De gebeurlijke instandhouding van de arbeidsovereenkomst ondanks een beslissing tot niet-toelaatbaarheid, had in hoofdte van de NV Lyfra Partagro de verbintenis teweeggebracht om geen gebruik te maken van de gegevens – zoals

klantenbestand – die enkel met het oog op de verwezenlijking van de concentratie werden overgemaakt.

Dat het overstappen van de heer Dewit als handelsvertegenwoordiger van de BVBA Tabavin naar de NV Lyfra Partagro plaatsvond in het kader van de voorgenomen concentratie, volstaat uiteraard niet om zulke courante praktijk in het economisch leven te bestempelen als een maatregel ter verwezenlijking van de concentratie zelf.

Verder blijkt uit het proces-verbaal van de zitting voor de raad dat de aanmeldende partijen bij monde van hun gemeenschappelijke vertegenwoordiger, uitdrukkelijk hebben verklaard, dat “indien de concentratie niet wordt goedgekeurd dan zal de zaakvoerder terug naar Tabavin gaan”. Er is geen reden voorhanden om de waarachtigheid van deze verklaring in twijfel te trekken en desbetreffend waarborgen te eisen.

Veronderstellen dat de NV Lyfra Partagro ondanks een ongunstige beslissing, de zaakvoerder en mede-eigenaar van een concurrerende vennootschap in dienst zou houden – al dan niet als handelsvertegenwoordiger – is daarentegen zeer onredelijk.

10. In tegenstelling tot wat de minister betoogt is de enkele vaststelling dat de gesloten arbeidsovereenkomst juridische gevolgen heeft en de partijen tot die overeenkomst bindt, irrelevant.

Gezien het doel van het voorafgaande toezicht van concentratie, dient nog te worden aangetoond dat bedoelde juridische gevolgen het onmogelijk zouden maken, in geval de concentratie wordt geweigerd, dat de aanmeldende partijen snel hun vroegere positie op de betrokken markt terug zouden vinden alsook de onafhankelijkheid die onmisbaar is om opnieuw als concurrenten te rivaliseren.

Dit bewijs wordt niet geleverd.

11. Het hoger beroep is geheel gegrond.

(...)

Om deze redenen:

Het hof, rechtdoende na tegenspraak,

(...)

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Doet de bestreden beslissing teniet in zoverre deze geldboeten oplegt aan de aanmeldende partijen, huidige appellanten.