

Noot

*De opschortingsverplichting in rook vervolgen?*Johan Ysewyn en Thomas Franchoo¹

1. In tegenstelling tot de Europese Verordening inzake concentratiecontrole, die partijen in principe verbiedt uitvoering te geven aan hun concentratie tot de Europese Commissie deze goedkeurt², geeft de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging³ (“WEM”) de partijen meer flexibiliteit. Artikel 12, § 4, WEM bepaalt immers dat de betrokken ondernemingen wel degelijk uitvoeringsmaatregelen kunnen nemen vooraleer de Raad voor de Mededinging een beslissing neemt betreffende de toelaatbaarheid van de concentratie op voorwaarde dat deze maatregelen de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en de marktstructuur niet duurzaam wijzigen.

De WEM schenkt echter geen klare wijn wanneer het er op aankomt te bepalen welke maatregelen in afwachting van een goedkeuringsbeslissing kunnen worden genomen. Hoewel het besproken arrest van het Hof van Beroep te Brussel, zetelend als beroepsinstantie tegen beslissingen van de raad⁴, duiding lijkt te geven betreffende de reikwijdte van de opschortingsverplichting in de context van concentratiecontrole, rijzen er toch een aantal vragen wat betreft de toepassing van de principes in het arrest.

2. De achtergrond van het arrest kan vrij beknopt uiteengezet worden. In juni 2002 nam Lyfra Partagro, voornamelijk actief in de tabaksgroothandel, de activa over van sectorge-

noot Tabavin. Hoewel de overname zelf geruisloos werd goedgekeurd, bedacht de Raad voor de Mededinging beide partijen niettemin met een – relatief beperkte – geldboete⁵. Immers, zo oordeelde de raad, de partijen hadden de opschortingsverplichting voorzien in artikel 12, § 4, WEM niet nageleefd doordat, zonder de goedkeuring van de raad af te wachten, (i) de overnemer reeds een arbeidsovereenkomst had gesloten met de zaakvoerder van de doelonderneming en (ii) de door deze zaakvoerder in tussentijd aangebrachte cliënteel definitief werd vastgelegd bij de overnemer.

Beide partijen tekenden hoger beroep aan tegen de opgelegde geldboetes bij het Hof van Beroep te Brussel dat, met het hier besproken arrest van 11 november 2003, dit beroep gegrond verklaarde. Het hof vernietigde de boetes omdat een schending van artikel 12, § 4, WEM niet afdoende was aangetoond.

3. Deze noot brengt vooreerst de rechtspraak van de Raad voor de Mededinging betreffende artikel 12, § 4, WEM in herinnering. Vervolgens behandelen we de uiteenlopende argumentatie van de raad en het hof in het arrest *Lyfra Partagro* alsook de mogelijke implicaties ervan voor ondernemingen die de goedkeuring van een aangemelde concentratie afwachten. We sluiten af met een korte conclusie.

1. DE RECHTSPRAAK INZAKE DE OPSCHORTINGSVERPLICHTING

4. Tot het arrest in *Lyfra Partagro* had het Hof van Beroep te Brussel zich nog niet dienen uit te spreken over de draagwijdte van artikel 12, § 4, WEM. De raad, daarentegen, had zich reeds in enkele zaken over de interpretatie van deze bepaling gebogen.

De opschortingsverplichting kwam een eerste keer voor het voetlicht in *Amylum NV en Ogilvie Aquitaine SA*⁶ waar de raad oordeelde dat de juridische overdracht van aandelen (“closing”) vóór de goedkeuring geen inbreuk uitmaakte op artikel 12, § 4, WEM indien twee cumulatieve voorwaarden

¹ Johan YSEWYN en Thomas FRANCHOO zijn advocaten bij Linklaters.

² Art. 7, Verordening (EEG), nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B.* L 395, 30 december 1989.

³ Zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999, *B.S.* 1 september 1999, 32315.

⁴ De WEM heeft het Hof van Beroep te Brussel aangewezen als appelrechter, bevoegd voor hogere beroepen tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging (art. 34 WEM), en als rechtcollege bevoegd voor het beantwoorden van prejudiciële vragen vanwege hoven en rechtbanken inzake de toepassing van de WEM. De specifieke procedurele problemen die het hof van beroep overduidelijk heeft bij de toepassing van de WEM vallen buiten het bestek van deze noot. Hiervoor wordt verwezen naar een aantal artikels die de laatste jaren zijn verschenen: D. DESSARD en B. FRANCO, “Application par les juridictions ordinaires”, in P. DE VROEDE, *Bescherming van de economische mededinging*, Brugge, die Keure, 1993, 143 e.v.; P. DE VROEDE, *De Wet tot bescherming van de Economische Mededinging*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 323-361; G. LONDERS, “De controle op de toepassing van het Belgisch mededingingsrecht door de hoven en de rechtbanken”, in *Wet tot Bescherming van de economische mededinging. Haar werking, TBH-Dossier n° 1-1994*, 68 e.v.; A.-M. VANDENBOSSCHE, “Curia non novit ius... De prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Beroep te Brussel ex art. 42 WEM”, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1995*, 601; W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCEAU, J. STUYCK en J. STEENBERGEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht XIII, Handels- en Economisch Recht, Deel 2 Mededingingsrecht, B Kartelrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1996, 993 e.v., § 824 e.v.; G. ZONNEKEYN, “De prejudiciële procedure en de WBEM – een overbodige luxe?”, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002*, 957.

⁵ Lyfra Partagro kreeg een boete van € 35.000 en Tabavin een boete van € 2.500.

⁶ *Amylum NV en Ogilvie Aquitaine SA*, 94-C/C-7, 10 februari 1994, *B.S.* 10 maart 1994, 6050.

vervuld zijn: (i) de overnemer mag de controlerechten die verbonden zijn aan de verkregen aandelen niet uitoefenen⁷; en (ii) de overnemer moet in staat zijn om de aandelen opnieuw van de hand te doen indien de raad de concentratie naderhand zou verbieden.

De raad bevestigde dit standpunt in *Fortis Banque SA en Heller International Group, Inc.*⁸, *NV Aveve en Groep Spoormans*⁹ en *SMAP en Naviga*¹⁰. In deze zaken hadden de partijen voorzien in de overdracht van de aandelen op het moment van de ondertekening. Veiligheidshalve hadden zij de transactie echter onderworpen aan een ontbindende voorwaarde ingeval de raad de concentratie zou verbieden.

5. In twee recente zaken werd de raad geconfronteerd met een vroegtijdige overdracht van activa (in tegenstelling tot een overdracht van aandelen). In *Electrabel Customer Solutions en NV Electrabel en CV Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening*¹¹ betrof de concentratie in essentie de overdracht van cliënteel. Ingevolge het aanduiden aan bepaalde klanten van Electrabel als “default supplier”, had de overdrager reeds klantgegevens aan de overnemer doorgespeeld. De raad vond dat de partijen, onder zulke

omstandigheden, de concentratie reeds tot stand hadden gebracht en legde de partijen solidair een boete op van één miljoen euro.

In *Johnson Controls en ECA*¹² dienden de partijen, in de loop van het tweedefaseonderzoek, overeenkomstig artikel 12, § 5, WEM, een verzoek in om, vóór de uitspraak van de raad, te kunnen overgaan tot de juridische overname van de materiële en immateriële activa. De raad verwierp het verzoek omdat het in feite de vraag zou inhouden om de concentratie zelf reeds goed te keuren. De overname van de activa zou immers een situatie realiseren die onomkeerbaar is en meteen ook de marktstructuur definitief zou wijzigen.

De beslissing van de raad in *Lyfra Partagro en Tabavin*¹³ kwam tussen vóór de twee laatstgenoemde beslissingen. Zoals hierboven reeds vermeld, sprak de raad zich uit over de toelaatbaarheid onder artikel 12, § 4, WEM van (i) het sluiten van een arbeidsovereenkomst tussen de zaakvoerder van de doelonderneming en de overnemer en (ii) het vastleggen van het klantenbestand dat in tussentijd door deze zaakvoerder bij de overnemer werd aangebracht. Deze twee maatregelen worden hierna besproken.

2. HET SLUITEN VAN EEN ARBEIDSOVEREENKOMST MET DE ZAAKVOERDER VAN DE DOELONDERNEMING

6. De aangemelde overeenkomst tussen Lyfra Partagro en Tabavin voorzag, behalve in de voorwaardelijke overdracht van de activa van laatstgenoemde, ook in de onmiddellijke indiensttreding van de zaakvoerder van Tabavin als handelsvertegenwoordiger bij Lyfra Partagro. Een arbeidsovereenkomst werd afgesloten met ingang van 17 juni 2002, dag waarop de concentratie zelf werd aangemeld. De overeenkomst bepaalde dat de betrokkene niet langer de indruk mocht wekken voor Tabavin op te treden.

Argumentatie van de Raad voor de Mededinging en van het Hof van Beroep te Brussel

7. Door deze arbeidsovereenkomst te sluiten en uit te voeren zonder de uitspraak van de Raad voor de Mededinging af te wachten hadden de aanmeldende partijen, naar de mening van de raad, de opschortingsverplichting geschon-

den. In zijn traditioneel beknopte stijl oordeelde de raad dat deze, uit de overeenkomst voortvloeiende, maatregel de omkeerbaarheid van de concentratie belemmerde, “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 summierere motivering van de raad had onvoldoende om het lijf om het hof van beroep te overtuigen. Ten eerste vond het hof dat de overstap van de zaakvoerder, hoewel zij plaatsvond in het kader van de concentratie, daarom op zich nog geen maatregel vormde ter verwezenlijking van de concentratie zelf. Ten tweede stelde het hof dat het bewijs niet was geleverd dat de overdracht van de zaakvoerder het onmogelijk zou maken, bij een verbodsbeslissing, voor de aanmeldende partijen om snel hun vroeger positie op de markt te herwinnen en opnieuw onafhankelijk van elkaar te opereren.

7. In *Bodycote International Plc en HIT SA (Bodycote International Plc en HIT SA)*, 98-C/C-10, 26 mei 1998, B.S. 1 juli 1998, 21627), had de overnemer meteen na ondertekening van de overeenkomst nieuwe leden benoemd in de Raad van Bestuur. De raad meende dat de benoeming op zich, als uitoefening van de rechten verbonden aan de overgedragen aandelen, reeds een overtreding van art. 12, § 4, WEM inhield. Deze beslissing lijkt aanvechtbaar nu de loutere benoeming van de leden van de Raad van Bestuur bezwaarlijk de onomkeerbaarheid van de concentratie met zich meebrengt (zie ook J. YSEWYN, “Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1998”, *T.B.H.* 1999, 830).

8. *Fortis Banque SA en Heller International Group, Inc.*, 00-C/C-1, 25 januari 2000, B.S. 9 maart 2000, 7132.

9. *NV Aveve en Groep Spoormans*, 00-C/C-25, 14 juli 2000, B.S. 9 januari 2001, 471.

10. *SMAP en Naviga*, 02-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

11. *Electrabel Customer Solutions en NV Electrabel en CV Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening*, 03-C/C-12, 14 februari 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/1, 50.

12. *Johnson Controls Gent NV en Johnson Controls Automotive (UK) Ltd. en ECA NV*, 03-C/C-44, 28 mei 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/2, 119.

13. *Lyfra Partagro NV en Tabavin BVBA*, 02-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40.

Bespreking

8. Vooreerst lijkt de stellingname van het hof van beroep te zijn gebaseerd op het feit dat de raad onvoldoende bewijs had geleverd van de inbreuk op de opschortingsverplichting. Dit stelt de vraag naar wie de bewijslast draagt in het kader van concentratiecontrole¹⁴.

Het lijkt geen twijfel dat de Raad voor de Mededinging de bewijslast draagt bij de ultieme beoordeling of een concentratie al dan niet een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd¹⁵.

Voor de toepassing van artikel 12, § 4, WEM lijkt de situatie echter verschillend. Uit de bewoordingen van de WEM volgt dat de aanmeldende partijen, in principe, geen uitvoerende maatregelen kunnen nemen. Het uitzonderlijke karakter¹⁶ van de demarches die wel zijn toegelaten, wordt beklemtoond als men deze bepaling samen leest met artikel 12, § 5, WEM dat de partijen de mogelijkheid biedt om, tijdens een tweedefaseprocedure, een verzoek in te dienen bij de raad om bepaalde maatregelen te nemen in afwachting van een eindbeslissing. Het lijkt minstens verdedigbaar dat wie een verzoek indient om bepaalde, uitzonderlijke maatregelen te mogen nemen tevens dient aan te tonen dat de voorgenomen maatregelen in overeenstemming zijn met de voorwaarden die de wet in artikel 12, § 4, WEM oplegt. De raad kon daarom terecht van de aanmeldende partijen verlangen dat zij het bewijs zouden leveren dat het sluiten en uitvoeren van de arbeidsovereenkomst tussen Lyfra Partagro en de zaakvoerder van de doelonderneming geen inbreuk uitmaakte op artikel 12, § 4, WEM. Anderzijds is de motivering voor de boete die de raad oplegt wel uiterst summier, een, helaas traditionele onvolkomenheid die reeds elders werd aangeklaagd¹⁷.

9. Afgezien van de vraag naar de bewijslast, blijft het interessant na te gaan of de bewuste arbeidsovereenkomst inderdaad de omkeerbaarheid van de concentratie belemmert en de marktstructuur duurzaam wijzigt. In dat opzicht

oordeelde het hof, ten eerste, dat de arbeidsovereenkomst, hoewel zij plaatsvond in het kader van de concentratie, niet een maatregel was die de concentratie zelf verwezenlijkte. Dit lijkt echter niet onmiddellijk relevant in de mate dat een maatregel niet noodzakelijk de concentratie zelf hoeft te verwezenlijken om niettemin de omkeerbaarheid ervan te belemmeren of de marktstructuur duurzaam te wijzigen¹⁸. Toegegeven, het is de daadwerkelijke overdracht van de activa, en niet het uitvoeren van de arbeidsovereenkomst, die de concentratie verwezenlijkt. Dit betekent bijvoorbeeld echter niet dat de overstap van de zaakvoerder van de doelonderneming naar de overnemer daarom, per definitie, geen belemmering kan zijn voor de omkeerbaarheid van de concentratie¹⁹, en dus, voor het herstellen van de mededingingssituatie zoals deze bestond vóór de concentratie. Het leek redelijk voor de raad om aan te nemen dat het vertrek van de zaakvoerder bij Tabavin de concentratie onomkeerbaar maakt. Zelfs in het geval dat de arbeidsovereenkomst zonder meer kan worden ontbonden, zal het in de praktijk niet mogelijk zijn om de betrokken persoon *manu militari* te verplichten bij Tabavin terug te keren. Zoals de raad terecht stelt, is er geen enkele garantie dat de zaakvoerder zal worden gereïntegreerd in het bedrijf van de overdrager.

Ook merkt het hof op dat de enkele vaststelling dat de gesloten arbeidsovereenkomst juridische gevolgen heeft en de partijen tot de overeenkomst bindt irrelevant is. Volgens het hof moet nog steeds het bewijs worden geleverd dat deze juridische gevolgen de onomkeerbaarheid van de concentratie teweegbrengen. Gesteld dat er inderdaad bindende juridische gevolgen zijn – bijvoorbeeld omdat deze arbeidsovereenkomst niet kan ontbonden worden – en dus onomkeerbaar is²⁰ – dan moet nog worden aangetoond dat de concentratie zelf evenzeer onomkeerbaar is. Dat is het geval wanneer het onmogelijk blijkt voor Tabavin om haar positie in de markt terug te winnen wanneer zij haar zaakvoerder ziet vertrekken naar een concurrent. Dat de arbeidsovereenkomst juridische gevolgen heeft, lijkt dus niet zo zeer irrelevant maar eventueel wel onvoldoende. Niettemin dient zulk bewijs te worden geleverd door de partijen, zoals hierboven geargumenteerd.

¹⁴. Zie ook D. BAILEY, "Standard of Proof in EC Merger Proceedings", *Common Market Law Review* 2003, 845.

¹⁵. Art. 10, § 3 en § 4, WEM.

¹⁶. Het uitzonderlijke karakter van art. 12, § 4, WEM kan ook geplaatst worden in het licht van de Europese wetgeving inzake concentratiecontrole (Verordening (EEG), nr. 4064/89, zie voetnoot 2). Art. 7 van deze verordening stelt immers dat in principe geen maatregelen kunnen worden genomen ter uitvoering van een concentratie vooraleer de Commissie een definitieve beslissing heeft genomen.

¹⁷. J. YSEWYN en P. CAMESASCA, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2001-2002", *T.B.H.* 2004, 121.

¹⁸. Daarenboven heeft art. 12, § 4, WEM betrekking op "uit de concentratie voortvloeiende maatregelen" en niet uitsluitend op "maatregelen die de concentratie verwezenlijken".

¹⁹. In dit onderdeel gaan we niet dieper in op de laatste zinsnede van art. 12, § 4, WEM ("duurzame wijziging van de marktstructuur"). Dit wordt meer in detail besproken in het volgende onderdeel betreffende de overdracht van cliënteel.

²⁰. Dit overzicht neemt de vrijheid niet nader in te gaan op het bindend karakter van het arbeidsrecht. Het zou niettemin interessant zijn dit bindend karakter af te wegen ten aanzien van het openbareordekarakter van het mededingingsrecht.

3. DE OVERDRACHT VAN CLIËNTEEL AANGEBRACHT DOOR DE ZAAKVOERDER NA DIENS OVERGANG NAAR DE OVERNEMER

10. De overeenkomst tussen Lyfra Partagro en Tabavin bepaalde tevens dat de cliënteel die de zaakvoerder van Tabavin zou aanbrengen na diens overstap automatisch, uitsluitend en exclusief zou toekomen aan de overnemer.

Hoewel deze bepaling slechts relevant is in het licht van de arbeidsovereenkomst tussen Lyfra Partagro en de zaakvoerder van Tabavin, is het effect ervan fundamenteel verschillend. Immers, het betreft hier activa, met name een bepaalde cliënteel, die onvermijdelijk en zonder dat voorbehoud wordt gemaakt voor een eventuele verbodsbeslissing van de raad, verworven is voor de overnemer.

Argumentatie van de Raad voor de Mededinging en van het Hof van Beroep te Brussel

11. Betreffende de motivering van de beslissing van de raad, waarin gesteld wordt dat zulke bepaling niet conform is met artikel 12, § 4, WEM, tasten we in het duister. De raad merkt enkel op dat deze maatregel de omkeerbaarheid van de concentratie belemmert.

Het hof van beroep slaat een andere weg in. Op basis van enkele summere marktgegevens stelt het hof vast dat de concentratie op zich (de overdracht van de bestaande cliënteel van Tabavin) geen significante, noch duurzame gevolgen kan hebben op de marktstructuur. Vervolgens voorziet de overeenkomst dat, in geval van een verbodsbeslissing, enkel de cliënteel die is aangebracht door de betrokken zaakvoerder na diens overstap aan de overnemer toebehoort. Het hof komt tot de conclusie dat, gelet op de beperkte impact van de concentratie als dusdanig, de overeenkomst betreffende deze zeer geringe aanbreng van cliënteel, *a fortiori*, de omkeerbaarheid van de concentratie niet kan belemmeren, noch de marktstructuur duurzaam kan wijzigen.

Bespreking

12. Het is belangrijk voorafgaandelijk op te merken dat het in deze zaak ging om de overdracht van activa – niet van aandelen. Uit de geciteerde beslissingspraktijk van de raad (*supra*, § 4) blijkt dat deze consequent een strikter standpunt inneemt ten aanzien van de overdracht van activa en de maatregelen die daartoe leiden haast per definitie als onverenigbaar met artikel 12, § 4, WEM beschouwt²¹.

De overdracht van de cliënteel vormt in voorkomend geval zonder twijfel de essentie van de concentratie. Dit is niet minder waar wanneer het slechts om een precies afgelijnd, en

beperkt, deel van deze cliënteel gaat. Daarenboven zijn de bewoordingen van de bepaling in de overeenkomst duidelijk: de cliënteel behoort automatisch, uitsluitend en exclusief toe aan de overnemer. Er kan, o.i., dus geen onduidelijkheid over bestaan dat de betrokken maatregel de omkeerbaarheid van de concentratie (eventueel slechts gedeeltelijk) belemmert.

Naar onze mening kristalliseert de discussie zich hier rond de vraag of de overdracht van de betrokken cliënteel zondigt tegen de laatste zinsnede uit artikel 12, § 4, WEM, namelijk of zij de marktstructuur duurzaam wijzigt.

13. Terzijde kan men zich trouwens afvragen of artikel 12, § 4, WEM wel degelijk twee afzonderlijke voorwaarden bevat. Wat is immers het onderscheid tussen “het belemmeren van de omkeerbaarheid van de concentratie” en “de duurzame wijziging van de marktstructuur”? Een concentratie brengt per definitie een wijziging mee in de marktstructuur: een concurrent verdwijnt, een bedrijf ontpopt zich tot een verticaal geïntegreerde marktspeeler, een bedrijfstak wordt overgenomen en geeft aanleiding tot synergieën bij de overnemer, enzovoort. Indien de concentratie onomkeerbaar is, is die wijziging duurzaam.

14. In het besproken arrest voegt het hof echter een belangrijke element toe aan de voorwaarde dat de betrokken maatregel geen “duurzame wijziging van de marktstructuur” mag teweegbrengen. In overweging 7 stelt het hof namelijk dat de overdracht van cliënteel “geen *significante* noch duurzame gevolgen kan hebben op de marktstructuur”. Uit de lezing van overweging 8 volgt dat de overdracht van de cliënteel, die is aangebracht door de zaakvoerder na diens overstap, de opschortingsverplichting niet schendt omdat het aantal betrokken afnemers “enkel *zeer gering* kan zijn”. In feite introduceert het hof dus een zekere *de minimis* controle: opdat er een inbreuk zou zijn op de opschortingsverplichting moet de uitvoeringsmaatregel resulteren in een *significante* wijziging van de marktstructuur.

Een dergelijke *de minimis* benadering is door de raad nooit in overweging genomen. In zijn beslissing in *Johnson Controls en ECA*²², boorde de raad de hoop van de partijen om tot de uitvoering van de transactie over te gaan genadeloos en categoriek de grond in. De overname van de activa zou automatisch leiden tot een situatie die niet meer omkeerbaar is en meteen ook de marktstructuur duurzaam zou wijzigen. De raad rept met geen woord over de al dan niet *significante* impact van de concentratie op de markt.

15. De stelling van het hof dat enkel een *significante* wijziging van de marktstructuur aanleiding kan geven tot een

²¹. Vergelijk de beslissingen in *Electrabel Customers Solutions e.a.* en *Johnson Controls en ECA*, voetnoten 11 en 12.

²². Zie voetnoot 12.

schending van artikel 12, § 4, WEM, vindt geen steun in de bewoordingen van deze wetsbepaling. Er bestaat niet zoiets als een “onbelangrijke overtreding”: zodra een maatregel de marktstructuur wijzigt is er een schending van artikel 12, § 4, WEM. Deze bepaling garandeert de relevantie van de voorafgaande concentratiecontrole door de raad en, belangrijker, de rechtszekerheid voor alle betrokken partijen. Deze doelstellingen van algemeen belang primeren op de eventuele voordelen die de aanmeldende partijen zouden kunnen halen uit een onmiddellijke uitvoering van de concentratie.

16. Het introduceren van een *de minimis* drempel in de context van uitvoeringsmaatregelen brengt een aantal problemen met zich mee. Niet alleen is zulk een drempel niet ingeschreven in de wet, bovendien lijkt deze bijzonder moeilijk te hanteren. Om te beginnen is niet helemaal duidelijk waarop een *de minimis* controle moet worden toegepast: moet men de impact nagaan van de specifieke maatregel of van de concentratie zelf? Aangezien de essentie van de concentratie *in casu* de overdracht van cliënteel betreft en dus zelfs de overdracht van een gering deel ervan de omkeerbaarheid van de concentratie kan aantasten, kan men stellen dat in voorliggend geval in feite rekening werd gehouden met de impact van de concentratie.

De bewoordingen van de WEM doen ons echter veeleer aannemen dat het de maatregel zelf is die de marktstructuur niet duurzaam mag wijzigen. Indien we dit kunnen aannemen, moet nog uitgemaakt worden hoe het *de minimis* karakter van een uitvoeringsmaatregel kan worden bepaald. We vinden desbetreffend geen verduidelijking in het arrest van het hof. Het hof stelt enkel vast dat de concentratie op zich (de overdracht van Tabavins cliënteel) geen duurzame marktwijziging veroorzaakt. Aangezien de betrokken maatregel slechts een deel van de cliënteel betreft, geldt dezelfde conclusie logischerwijze ook voor deze maatregel. Met andere woorden, uit het *de minimis* karakter van de concentratie volgt automatisch het *de minimis* karakter van de betrokken maatregel.

Het *de minimis*-karakter van de concentratie volgde, volgens het hof, uit het feit dat het marktaandeel van Lyfra Partagro, ten belope van 19%, slechts wordt aangedikt met ongeveer 1% tot 20%. Bovendien blijven er voldoende concurrenten over op een relatief gefragmenteerde markt. Het is dus vooral de beperkte impact van de concentratie op de marktpositie van Lyfra Partagro die voor het hof de doorslag heeft gegeven bij zijn besluit dat de concentratie (en dus de

betrokken maatregel) geen significante impact had op de structuur van de markt.

17. Aangezien het hof zijn conclusie dat de marktstructuur niet wordt gewijzigd, o.i., uitsluitend baseert op het *de minimis* karakter van de concentratie en de betrokken maatregel (namelijk, de overdracht van de “nieuwe” cliënteel) lijkt het nuttig verder in te gaan op dit *de minimis*-element. Men kan zich daaromtrent twee specifieke vragen stellen: vooreerst, hoe het *de minimis* karakter van een concentratie te bepalen; en, ten tweede, wie bepaalt dit *de minimis*-karakter.

18. Vooreerst: hoe bepaalt men het *de minimis*-karakter van een concentratie? Er zijn drie mogelijke benaderingen. Ten eerste, kan men het gezamenlijk marktaandeel van de partijen onderzoeken. Is, in dat opzicht, een gezamenlijk marktaandeel van 20%, zoals in Lyfra Partagro, als *de minimis* te bestempelen, met name in het licht van de Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende *de minimis*-overeenkomsten²³?

Ten tweede is het mogelijk om de beperkte verhoging van het marktaandeel door de concentratie als criterium te nemen. Een dergelijke *de minimis* benadering vinden we ook terug in een recente beslissing van de raad in *NV Imprimerie des Éditeurs, NV Regionale Uitgeversgroep en NV Mass Transit Media*²⁴. De raad oordeelde in deze zaak dat, ondanks de hoge marktaandelen van de partijen (tot ongeveer 90%) en ondanks de tussenkomst van klagende partijen, de concentratie in eerste fase kon worden goedgekeurd. De aandelen van de aanmeldende partijen op de relevante markten namen immers slechts toe met minder dan 3%. Volgens de raad had de concentratie geen significant effect in de zin van artikel 10, § 3, WEM.

Ten derde, kan de “25%-drempel” eventueel een indicatie geven. De vraag is dan of een concentratie tussen partijen, die gezamenlijk niet meer dan 25% van de relevante markt in handen hebben en die, volgens de bepalingen van de WEM²⁵, automatisch moet goedgekeurd worden, *de minimis* is. O.i., zou het onverstandig zijn voor zulke partijen te menen dat zij de opschortingsverplichting van artikel 12, § 4, WEM naast zich neer kunnen leggen.

Bovendien kunnen de partijen, in die omstandigheden aannemen via de vereenvoudigde procedure en reeds na een verkorte termijn de eindbeslissing van de raad verwachten²⁶. Is het dan wel nodig deze partijen daar bovenop de toelating te geven de concentratie reeds (gedeeltelijk) uit te voeren,

^{23.} De Bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), PB. C 368, 22 december 2001, terzake stelt dat een transactie tussen concurrenten slechts onder de *de minimis*-drempel blijft wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen niet meer dan 10% bedraagt. Deze Bekendmaking betreft weliswaar geen concentraties maar kan eventueel per analogie als leidraad worden gebruikt teneinde vast te stellen of een concentratie een significante impact heeft op de relevante markt.

^{24.} *NV Imprimerie des Éditeurs, NV Regionale Uitgeversgroep en NV Mass Transit Media*, 03-C/C-69, 22 augustus 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/3, 235.

^{25.} Art. 33, § 2, WEM.

^{26.} Zie Gezamenlijke Mededeling van de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties, B.S. 11 december 2002, 55777.

tenzij daartoe dringende redenen bestaan? Voor partijen die in een tweedefaseonderzoek belanden, bestaat nu reeds de mogelijkheid om een verzoek in te dienen op basis van artikel 12, § 5, WEM (*supra*, § 1). Het is waarschijnlijk niet erg nuttig of noodzakelijk om de aanmeldende partijen bijkomende opties te verschaffen om de concentratie prematuur uit te voeren. Niemand, ook de partijen niet, is er bij gebaat om een concentratie uit te voeren wanneer deze nadien, na een verbodsbeslissing van de raad, ongedaan moet worden gemaakt.

19. Een tweede belangrijke vraag is: wie bepaalt het *de minimis*-karakter? De toepassing van een *de minimis*-regel veronderstelt steeds een marktdefinitie. Een *de minimis*-controle gebeurt immers steeds op basis van het marktaandeel van partijen, of het nu gaat om de toepassing van de Bekendmaking van de Europese Commissie, een beoordeling van de toename van de marktaandelen ten gevolge van de concentratie of om de vaststelling van het gecombineerde marktaandeel van partijen.

De uitspraak van het hof zou er toe kunnen leiden dat partijen een concentratie reeds gaan uitvoeren, of reeds bepaalde maatregelen nemen die uit de concentratie voortvloeien, op basis van een eigen *de minimis* beoordeling die is uitgevoerd overeenkomstig een eigenmachtig gehanteerde marktdefinitie. Niet alleen moet de raad daarmee *de facto* in zekere zin het vastleggen van de marktdefinitie uit handen geven, zulks creëert eveneens grote risico's voor de aanmel-

dende partijen wanneer de gehanteerde marktdefinitie naderhand niet correct blijkt te zijn.

20. Tot slot merken we nog op dat het Hof van Beroep met zijn arrest de partijen *de facto* toelaat een niet-concurrentiebeding in te lassen in hun overeenkomst. Volgens het hof is de overdracht van de cliënteel die door de zaakvoerder van Tabavin, na diens indiensttreding bij Lyfra Partagro, is aangebracht *de minimis*.

Dit betekent klaarblijkelijk dat, bij een verbodsbeslissing, de betrokken bepaling in de overeenkomst uitvoering kan vinden en Tabavin de betrokken cliënteel niet kan benaderen, daar dit uitsluitend en exclusief voor Lyfra Partagro is verworven. Hoewel zij op dezelfde markt actief is, mag Tabavin betreffende deze cliënteel geen concurrentie aandoen aan Lyfra Partagro.

Een dergelijke afspraak komt neer op marktverdeling en is een strikt verboden beperking van de mededinging²⁷. Zulk vergrijp is zo fundamenteel dat zelfs *de minimis* transacties geen bepalingen van die aard mogen bevatten. Met andere woorden, de vrijstelling voor mededingingsbeperkende bepalingen op grond van het feit dat de overeenkomst waarin zij vervat zijn van geringe betekenis is, geldt niet voor afspraken die marktverdeling inhouden²⁸. Marktverdeling kan nimmer toegelaten zijn, ook niet in het kader van een anders geldige overeenkomst en ook niet als zij slechts een geringe impact heeft op de mededinging. Men zou zelfs kunnen voorhouden dat marktverdeling in elk geval, per definitie, de marktstructuur duurzaam wijzigt.

4. CONCLUSIE

21. De heersende opvatting inzake artikel 12, § 4, WEM is nog steeds dat de Belgische concentratiecontrole, in tegenstelling tot het Europese regime, de aanmeldende partijen toelaat een operatie te voltooien ("closing") vooraleer de raad een definitieve beslissing heeft genomen. Zo kunnen de partijen aandelen overdragen zolang de overnemer de controlerechten niet uitoefent en de operatie nog ongedaan kan maken. Tot voor kort bestond er min of meer duidelijkheid dat bepaalde onomkeerbare handelingen (bedrijfsluiting, het stopzetten van productielijnen, het vervangen van personeel, e.d.m.) niet mogelijk waren.

Het arrest van het hof van beroep in *Lyfra Partagro* stelt dit laatste nu in vraag. De partijen kunnen, in navolging van het arrest, allicht bepaalde "onomkeerbare" handelingen (zoals bijvoorbeeld de definitieve overdracht van enkele activa)

stellen, zolang het effect van zulke maatregel op de relevante markt niet "significant" is.

O.i. begeeft het hof zich aldus op gevaarlijk terrein: het wordt er voor de ondernemingen allerminst eenvoudiger op om uit te maken welke maatregelen toelaatbaar zijn en welke risico's daar eventueel mee gepaard gaan. Wat de mededingingsautoriteiten betreft, leidt het arrest van het hof ertoe dat de bevoegdheid van de raad om een concentratie te verbieden ten dele wordt uitgehold in die transacties die partijen *de minimis* achten en, op basis daarvan, verregaande uitvoeringsmaatregelen nemen die heel moeilijk terug te draaien zijn. De vraag is terecht of het arrest van het hof de opschortingsverplichting van artikel 12, § 4, WEM niet in rook heeft doen opgaan.

²⁷. Art. 2 WEM.

²⁸. Zie de Bekendmaking van de Europese Commissie, voetnoot 23, punt 11.

RÉSUMÉ

L'opinion majoritaire en ce qui concerne l'article 12, § 4, LPCE demeure que le contrôle belge des concentrations, contrairement au régime européen, permet aux parties notifiantes de finaliser une opération avant même la décision définitive du conseil d'administration. Ainsi, les parties peuvent procéder au transfert d'actions aussi longtemps que le repreneur n'exerce pas ses droits de contrôle, et peut encore annuler l'opération. Jusqu'il y a peu, il était encore plus ou moins clairement établi qu'il n'était pas permis de procéder à certaines transactions irréversibles. Ainsi, des fermetures d'entreprises, l'arrêt des lignes de production, ou encore le remplacement de personnel n'étaient pas autorisés.

Aujourd'hui, l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire Lyfra Partagro remet cette certitude en question. Sur la base de cet arrêt, les parties peuvent en effet conclure certaines transactions "irréversibles" (comme par exemple la transmission définitive de certains actifs), aussi longtemps que l'effet d'une telle mesure sur le marché pertinent n'est pas "significatif".

La cour s'aventure ainsi en terrain dangereux, et ne rend certainement pas la tâche des entreprises plus aisée lorsqu'il s'agit pour ces dernières de déterminer quelles mesures sont autorisées ou pas, et quels risques peuvent éventuellement y être liés. En ce qui concerne les autorités de la concurrence, l'arrêt de la cour conduit à ce que la compétence du Conseil d'interdiction des concentrations soit en partie érodée pour les transactions que les parties estiment de minimis, et sur la base desquelles elles prennent des mesures d'exécution pratiquement irréversibles. La question est dès lors en effet de savoir si l'arrêt de la cour n'a pas miné l'obligation de sursis reprise à l'article 12, § 4.