

consignations. Le remplacement d'un curateur dans une telle hypothèse se rapproche d'une sanction²².

12. Du point de vue du curateur remplacé, la publication du jugement qui ordonne le remplacement est incontestablement le point le plus délicat. L'article 31 L.Faill. dispose que tout jugement dans lequel le remplacement d'un curateur est décidé doit être publié par le greffe, dans les cinq jours, par extrait au *Moniteur belge*. Il convient de signaler ici que le remplacement d'un juge commissaire n'est pas soumis à une telle publication.

Le fait qu'il ne s'agisse que d'un extrait a pour conséquence que les motifs de remplacement ne sont pas mentionnés. Cette discrétion n'est toutefois pas appréciée par tous les curateurs dans la mesure où le remplacement se fait parfois à leur propre demande, pour des raisons personnelles. C'est pour rencontrer ce problème que l'article 31 L.Faill. a été modifié par l'article 9 de la Loi de réparation. L'article 31, dernier alinéa, L.Faill., dispose que si le curateur est remplacé à sa demande, il en est fait explicitement mention dans la publication. De cette manière, il est clairement communiqué au monde extérieur que le remplacement n'a pas eu lieu suite à de mauvaises prestations du curateur. La distinction entre le remplacement sur demande et le remplacement forcé avait déjà été commentée lors de la rédaction de la loi sur la faillite de 1997 mais, à l'époque, on avait renoncé à faire une différenciation²³. La demande persistante de pouvoir publier expressément qu'il s'agit d'un remplacement qui fait suite à une demande personnelle du curateur indique donc bien qu'un remplacement peut avoir un effet stigmatisant.

La possibilité de mentionner expressément qu'il s'agit d'un remplacement sur demande, éclaire donc la procédure de remplacement d'un jour nouveau. La non-mention du fait que le remplacement se fait suite à une demande personnelle, implique en effet qu'il s'agit d'un remplacement forcé, ce qui va indubitablement à nouveau dans le sens d'une sanction²⁴.

13. En tenant compte des nuances reprises ci-dessus, il n'est donc pas incompréhensible que les curateurs postulent un second recours dans le cadre d'une procédure de remplacement. Un curateur qui a été remplacé, d'après lui à tort, dispose pourtant encore d'autres possibilités que le recours en appel. D'une part, il existe la possibilité d'introduire un recours en cassation contre un jugement de remplacement d'un curateur²⁵. L'appréciation de la Cour de cassation ne peut toutefois porter que sur des questions de droit et non sur des questions de fait (art. 608 C.jud.). D'autre part, un cura-

teur qui a été remplacé à tort peut éventuellement citer l'État belge (artt. 1382 ou 1384, 3^{ème} alinéa, C.civ.) ou le magistrat concerné (art. 1140 C.jud.) pour l'indemnisation de son dommage matériel et moral²⁶. Cette possibilité entraîne toutefois une charge de la preuve particulièrement difficile pour le curateur remplacé.

Nous estimons cependant que dans la majorité des cas, les tribunaux de Commerce décideront avec la circonspection nécessaire à la lumière des circonstances concrètes et en tenant compte des arguments du curateur concerné.

Mélissa Vanmeenen
Aspirant FWO Vlaanderen

HOF VAN BEROEP BRUSSEL

10 NOVEMBER 2003

MEDEDINGING

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

Zet.: S. Raes (raadsheer dd. voorzitter), Ch. Schurmans en B. Lybeer (raadsheren)

Pl.: Mrs. B. Van Lidth loco D. Putzeys (voor Lyfra Partagro en Tabavin) en Mr. J.-F. De Bock (voor de Minister van Economie)

Arrest "Lyfra Partagro, Tabavin"

I. Inleiding

De Belgische Mededingingswet²⁷ (hierna "BWEM") voorziet in een systeem van voorafgaande aanmelding van concentraties (fusies, overnames, joint ventures,...) welke de in de BWEM bepaalde omzetsdrempels overschrijden²⁸. Om te vermijden dat deze voorafgaande aanmeldingsplicht dode letter blijft, bepaalt artikel 12, § 4, BWEM dat, vooraleer de Raad voor de Mededinging een beslissing heeft genomen omtrent de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie, de betrokken ondernemingen "*slechts de uit de concentratie voortvloeiende maatregelen kunnen nemen welke de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en de marktstructuur niet duurzaam wijzigen*".

In tegenstelling tot de Europese Concentratieverordening, voorziet de BWEM in afwachting van een beslissing omtrent

²² Voy. aussi A. ZENNER, *Faillites et Concordats 2002: la réforme de la réforme et sa pratique*, Bruxelles, Larcier, p. 148, n° 127.

²³ *Doc. parl.* Sénat 1996-97, n° 1-498/11, pp. 112-113.

²⁴ Dans ce sens également I. VEROUSTRATE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 2003, p. 270, n° 400.

²⁵ *Doc. parl.* Chambre 1991-92, n° 631/1, p. 19; I. VEROUSTRATE, *Manuel 2003, o.c.*, p. 269, n° 399.

²⁶ I. VEROUSTRATE, *Manuel 2003, o.c.*, p. 270, n° 400; voy. en général concernant cette problématique, A. VAN OEVELEN, *De overheidsaanprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, Anvers, Maklu, 1987, 940 p.

²⁷ Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, *B.S.* 1 september 1999.

²⁸ Art. 11 *iuncto* 12, § 1, BWEM.

de toelaatbaarheid dus niet in een algehele opschorting van de tenuitvoerlegging van aangemelde concentraties. De betrokken partijen kunnen de transactie (ten dele) vervroegd ten uitvoer leggen, op voorwaarde dat deze uitvoeringsmaatregelen 1) de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en/of 2) de structuur van de betrokken markt niet duurzaam wijzigen.

Uit de beslissingspraktijk van de Raad voor de Mededinging blijkt dat de Raad, in elk geval voor wat betreft concentraties waarbij de controle door de overnemer wordt verworven door de overdracht van aandelen, onder bepaalde voorwaarden geen bezwaar maakt tegen de vervroegde voltooiing of "closing" van de transactie. Dit betekent dat de overdracht van de aandelen reeds kan plaatsvinden alvorens de aangemelde transactie door de Raad is goedgekeurd. De overnemer mag evenwel geen gebruik maken van de controle-rechten die aan de aandelen zijn verbonden op een manier die onomkeerbare gevolgen zou meebrengen op de Belgische markt. Bovendien dient de overnemer, wanneer de Raad uiteindelijk tot de ontoelaatbaarheid van de concentratie zou besluiten, nog steeds de mogelijkheid te hebben de reeds overgedragen aandelen door te verkopen²⁹.

Hieruit volgt dat de overnemer, vooraleer de concentratie door de Raad toelaatbaar is verklaard, in elk geval een aantal beslissingen niet zal kunnen nemen: bedrijfssluitingen en stopzetting of verkoop aan derden van bepaalde productie-eenheden³⁰.

Om betwistingen omtrent de omkeerbaarheid te vermijden, kunnen de aanmeldende partijen het omkeerbaar karakter van de transactie uitdrukkelijk bevestigen door te voorzien in een ontbindende voorwaarde die de transactie terugdraait wanneer deze uiteindelijk door de Raad voor de Mededinging zou worden verboden.

Voor transacties waarbij niet de aandelen worden overgedragen maar wel een aantal materiële en immateriële activa, zoals cliënteel, is de vraag naar de toelaatbaarheid van een vervroegde tenuitvoerlegging minder eenduidig te beantwoorden. Deze problematiek zal hierna in de context van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 november 2003 verder worden behandeld.

Momenteel heeft de Raad voor de Mededinging niet de bevoegdheid de opschortingsverplichting (gedeeltelijk) op te heffen. Enkel wanneer, wegens ernstige twijfels omtrent de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie, een tweede fase in het onderzoek wordt geopend (na een eerste fase van 45 dagen), kan de Raad voor de Mededinging op verzoek van de betrokken partijen uitspraak doen over het al dan niet omkeerbaar karakter of over het al dan niet duur-

zaam karakter van de wijziging van de marktstructuur, van maatregelen welke de bij de concentratie betrokken ondernemingen vervroegd zouden willen uitvoeren³¹.

De Europese Commissie heeft, voor wat betreft het toezicht op concentraties die de Europese drempels overschrijden, daarentegen wel de mogelijkheid om in elke fase van het onderzoek – zelfs voorafgaand aan de aanmelding – op verzoek van de betrokken partijen een (gedeeltelijke) vrijstelling te verlenen van de opschortingsplicht en dus, indien nodig, bepaalde onomkeerbare of duurzaam structurele maatregelen vervroegd toe te laten³². Gezien de flexibiliteit die dergelijke ontheffingsmogelijkheid meebrengt en het reeds bestaande sterke parallellisme tussen het Europees en Belgisch concentratietoezicht, lijkt het aangewezen dat ook de Raad voor de Mededinging in de toekomst gelijkaardige bevoegdheden zou worden toegekend.

Indien de aanmeldende partijen wensen de concentratie reeds (gedeeltelijk) tot stand te brengen vooraleer de Raad voor de Mededinging zijn goedkeuring heeft gegeven, gebeurt dat uitsluitend op risico van de aanmeldende partijen. Naast het commercieel risico dat een vervroegde tenuitvoerlegging door een deconcentratiebeslissing van de Raad ongedaan dient te worden gemaakt, kunnen uitvoeringsmaatregelen die verder gaan dan wat op basis van artikel 12, § 4, BWEM is toegelaten bovendien door de Raad voor de Mededinging – zelfs bij een eventuele positieve beslissing omtrent de toelaatbaarheid – gesanctioneerd worden met geldboeten van maximum 10% van de omzet van de bij inbreuk betrokken ondernemingen³³.

2. Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 november 2003

Het hier besproken arrest van het Hof van Beroep te Brussel behandelt het hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging waarin de Raad heeft geoordeeld dat de betrokken partijen, met schending van artikel 12, § 4, BWEM, maatregelen ter uitvoering van een aangemelde concentratie hadden getroffen welke de omkeerbaarheid van de concentratie belemmerden³⁴. Hoewel de Raad de aangemelde concentratie uiteindelijk heeft goedgekeurd, heeft de Raad beide aanmeldende partijen een boete opgelegd (35.000 en 2.500 EUR).

De aangemelde concentratie betrof niet de overdracht van de aandelen van de over te nemen onderneming, maar enkel de overdracht van verschillende vermogensbestanddelen. De

²⁹. *Jaarverslag Raad voor de Mededinging* 2002, p. 18.

³⁰. Voor een overzicht van de rechtspraak van de Raad voor de Mededinging voor wat betreft de toepassing van art. 12, § 4, BWEM: zie J. YSEWYN, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1999 en 2000", *T.B.H.* 2001, 648-649.

³¹. Art. 12, § 5, BWEM. Het dient te worden benadrukt dat deze mogelijkheid niet bestaat wanneer een ontwerpovereenkomst werd aangemeld.

³². Art. 7, lid 3 van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [2004], *P.B. L.* 24/1.

³³. Art. 38 *iuncto* 36, § 1, BWEM.

³⁴. *Lyfra Partagro en Tabavin*, 2002-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40.

concentratie voorzag meer bepaald in de overname door de NV Lyfra Partagro (een groothandelaar in tabaksproducten) van bepaalde exploitatiemiddelen, de voorraden, het personeel en het cliënteel van de afdeling groothandel in tabaksproducten van de BVBA Tabavin.

De Raad oordeelde dat de omkeerbaarheid van de aangemelde transactie belemmerd werd door het feit dat de zaakvoerder en tevens mede-eigenaar van de BVBA Tabavin in het kader van de aangemelde transactie, reeds op het tijdstip van de aanmelding – en dus voor de goedkeuring door de Raad – als handelsvertegenwoordiger in dienst trad van de NV Lyfra Partagro, de overnemer. Hierbij moest de gewezen zaakvoerder er bij de uitoefening van zijn nieuwe functie voor waken niet de indruk te wekken nog op te treden voor Tabavin. In de overeenkomst was bovendien voorzien dat de door hem aangebrachte klanten exclusief aan de Lyfra Partagro zouden toekomen. De omkeerbaarheid van de vervroegde tenuitvoerlegging werd volgens de Raad verder versterkt doordat niet de minste garantie bestond dat de gewezen zaakvoerder, bij een eventuele verbodsbeslissing, in zijn oude functie zou worden gereïntegreerd.

Deze beslissing van de Raad voor de Mededinging lijkt te zijn ingegeven door de bekommernis dat, bij een eventuele negatieve beslissing van de Raad, de (gevolgen van de) transactie volledig zou (den) kunnen worden tenietgedaan. De aanstelling op het tijdstip van de aanmelding, van de zaakvoerder van de overdragende onderneming als handelsvertegenwoordiger van de overnemer, maakt het mogelijk om, reeds voor de goedkeuring door de Raad, het cliënteel van de overdrager actief aan de overnemer over te dragen. *In casu* maakte de aanstelling van de zaakvoerder van Tabavin het voor Lyfra Partagro mogelijk het cliënteel van Tabavin te benaderen en met hen overeenkomsten te sluiten. Bij het bestaande cliënteel van Tabavin kon de aanstelling van de zaakvoerder bovendien de indruk wekken dat het om een gezamenlijk optreden van beide ondernemingen ging.

Hoewel de beslissing van de Raad op dit punt niet uitvoerig gemotiveerd werd, lijkt de redenering van de Raad te zijn dat een eventuele verbodsbeslissing niet langer zou kunnen verhinderd hebben dat de reeds door de overnemer benaderde afnemers definitief naar deze laatste zouden zijn overgegaan³⁵.

Het hof van beroep aanvaardde deze redenering *in casu* niet en vernietigde de beslissing van de Raad in zoverre deze aan de aanmeldende partijen een geldboete oplegt. Volgens het hof van beroep kan het afsluiten van een arbeidsovereenkomst als handelsvertegenwoordiger tussen de zaakvoerder van de overdragende onderneming Tabavin en de overnemer Lyfra Partagro *in casu* niet worden gezien als een maatregel

die de omkeerbaarheid van de concentratie belemmert of de marktstructuur duurzaam wijzigt.

Voor het hof kan de overstap van de zaakvoerder van Tabavin naar Lyfra Partagro zelfs niet worden gekwalificeerd als een maatregel ter verwezenlijking van de concentratie. In het economisch leven is dergelijke overstap, volgens het hof, immers een uiterst courante praktijk. Daaruit volgt dat het niet relevant is of de gewezen zaakvoerder van Tabavin al dan niet opnieuw in zijn oude functie kan gereïntegreerd worden.

Voor wat betreft de vervroegde overdracht van het bestaande cliënteel, neemt het hof bij de beoordeling van de vraag of deze vervroegde tenuitvoerlegging de marktstructuur al dan niet duurzaam wijzigt, de specifieke samenstelling van de betrokken markt in overweging. (Tabavin had slechts 146 afnemers, met een marktaandeel dat volgens de partijen 0.96% van de markt vertegenwoordigt. Bovendien waren op de betrokken markt een 50-tal ondernemingen actief met een marktaandeel kleiner dan 3% en een 6-tal met een marktaandeel tussen 5 en 22%.) Op basis van deze gegevens oordeelde het hof dat, zelfs indien bij een afkeuring van de concentratie zou blijken dat het cliënteel van Tabavin volledig aan de overnemer trouw zou blijven, dit geen significante noch duurzame gevolgen op de markt zou inhouden.

Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat niet elke wijziging van de marktstructuur die uit een vervroegde tenuitvoerlegging van een aangemelde concentratie resulteert, een inbreuk op artikel 12, § 4, BWEM inhoudt. Volgens de beslissing van het hof van beroep in voorliggende zaak blijkt dat de impact op de marktstructuur *significant* dient te zijn, waarbij een verschuiving in marktaandeel tussen de aanmeldende partijen van minder dan 1% duidelijk als niet significant wordt beschouwd.

Bovendien, in tegenstelling tot de Raad voor de Mededinging, maakt het hof van beroep *in casu* geen principiële bezwaar tegen de vervroegde overdracht aan Lyfra Partagro van het bestaande cliënteel van Tabavin. De omkeerbaarheid van de transactie lijkt voor het hof *in casu* voldoende te zijn gewaarborgd aangezien aan de goedkeuring door de Raad voor de Mededinging een uitdrukkelijk ontbindend beding werd gekoppeld. Volgens het hof brengt dergelijk ontbindend beding mee dat, bij een eventuele afkeuring van de concentratie, het op het tijdstip van de aanmelding bestaande cliënteel van Tabavin automatisch terug naar Tabavin zou gaan. Volgens het hof had Lyfra Partagro zich bij een eventuele negatieve beslissing dan ook moeten onthouden om de afnemers van Tabavin nog verder actief te benaderen.

Hierbij kan evenwel worden betwijfeld of deze verplichting in hoofde van Lyfra Partagro voor de vroegere afnemers van Tabavin, die in de periode voorafgaand aan de beslissing van de Raad voor de Mededinging actief door de overnemer werden benaderd, ook de verplichting meebrengt om, na een

³⁵ Zie ook *Electrabel Customer Solutions, Electrabel en Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening*, 2003-C/C-12, 14 februari 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/01, 50 waarin de aanmeldende partijen wegens schending van art. 12, § 4, BWEM een boete van 1.000.000 EUR werd opgelegd.

eventuele afkeuring van de concentratie door de Raad, zich opnieuw bij Tabavin te bevoorraden. Dit lijkt niet het geval te zijn, wat zou betekenen dat de concentratie – ten dele – onomkeerbaar is geworden.

Met deze beslissing lijkt het hof van beroep de opschorting-verplichting vervat in artikel 12, § 4, BWEM merkbaar minder ruim te interpreteren dan de Raad voor de Mededinging, en in elk geval meer ruimte te laten voor een (gedeelte)lijke vervroegde tenuitvoerlegging van aangemelde concentraties, zelfs wanneer deze betrekking hebben op de overdracht van immateriële activa zoals cliënteel.

Jan Bocken
Praktijkassistent Europees recht, Universiteit Gent
Advocaat te Brussel

Het besproken arrest zal integraal verschijnen in een volgend nummer en de problematiek zal verder worden uitgediept door Johan Ysewyn en Thomas Franchoo.

COUR D'APPEL DE BRUXELLES
10 NOVEMBRE 2003

CONCURRENCE

Droit belge – Concentrations – Suspension d'une concentration notifiée – Amende

Siég.: S. Raes (conseiller ff. président), Ch. Schurmans et B. Lybeer (conseillers)

Pl.: Mes B. Van Lidth loco D. Putzeys (pour Lyfra Partagro en Tabavin) et Me Jean-François De Bock (pour le ministre de l'Économie)

Arrêt "Lyfra Partagro, Tabavin"

1. Introduction

La loi belge sur la concurrence³⁶ (ci-après "LBC") prévoit un système de notification préalable des concentrations (fusions, reprises, joint-ventures,...) qui dépassent les seuils de chiffres d'affaires déterminés dans celle-ci³⁷. Pour éviter que cette obligation de notification préalable reste lettre morte, l'article 12, § 4, LBC dispose que, jusqu'à ce que le Conseil de la concurrence rende une décision sur l'admissibilité de la concentration, les entreprises concernées "ne peuvent prendre que des mesures liées à la concentration qui n'entravent pas la réversibilité de la concentration et ne modifient pas de façon durable la structure du marché".

^{36.} Loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999, *M.B.* 1^{er} septembre 1999.

^{37.} Art. 11 *juncto* 12, § 1, LBC.

Contrairement au Règlement européen sur les concentrations, la LBC ne prévoit donc pas de suspension générale de la mise en œuvre des concentrations notifiées, dans l'attente d'une décision concernant leur admissibilité. Les parties concernées peuvent mettre la transaction (partiellement) en œuvre de manière anticipée, à condition toutefois que les mesures d'exécution utilisées 1) n'entravent pas la réversibilité de la concentration et/ou 2) ne modifient pas de façon durable la structure du marché.

Il ressort des décisions prises par le Conseil de la concurrence que le Conseil ne s'oppose pas, sous certaines conditions, à l'accomplissement anticipé ou "closing" de la transaction, en tout cas en ce qui concerne les concentrations dans lesquelles le contrôle est acquis par le repreneur par le biais d'une cession d'actions. La cession des actions peut donc intervenir avant que la transaction notifiée ne soit approuvée par le Conseil. Le repreneur ne peut toutefois pas faire usage des droits de contrôle qui sont attachés aux actions de manière telle que cela engendre des effets irréversibles sur le marché belge. En outre, si le Conseil devait finalement décider du caractère non admissible de la concentration, le repreneur doit toujours avoir la possibilité de retransférer les actions déjà cédées³⁸.

Il en résulte que le repreneur ne pourra en tout cas pas prendre un certain nombre de décisions avant que la concentration n'ait été déclarée admissible par le Conseil: la fermeture de l'entreprise, la cessation de ses activités ou la vente à des tiers de certaines unités de production³⁹.

Pour éviter que des litiges ne naissent à propos de la réversibilité, les parties notifiantes peuvent confirmer expressément le caractère réversible de la transaction en prévoyant une clause résolutoire qui entraîne la nullité de la transaction si celle-ci devait être finalement interdite par le Conseil de la concurrence.

Dans le cas des transactions où les actions ne sont pas cédées, mais bien un certain nombre d'immobilisations corporelles et incorporelles, comme la clientèle, la question du caractère admissible d'une exécution anticipée reçoit une réponse moins unanime. Cette problématique sera examinée ci-dessous dans le contexte de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 novembre 2003.

À l'heure actuelle, le Conseil de la concurrence ne dispose pas de la compétence de dispenser une partie de l'obligation de suspension (partielle). Ce n'est que si une deuxième phase d'enquête est ouverte (après une première phase de 45 jours), en raison de doutes sérieux concernant l'admissibilité de la concentration notifiée, que le Conseil de la concurrence peut se prononcer, à la demande des parties concernées, sur

^{38.} *Rapport annuel du Conseil de la concurrence* 2002, p. 18.

^{39.} Pour un aperçu de la jurisprudence du Conseil de la concurrence en ce qui concerne l'application de l'art. 12, § 4, LBC: voy. J. YSEWYN, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1999 en 2000", *R.D.C.* 2001, 648-649.