

## Opmerkingen van de Belgische Mededingingsautoriteit op grond van artikel IV.88, §1 van het Wetboek Economisch Recht

### Amicus Curiae

#### Hof van beroep te Gent, 7e kamer

#### In de zaken met rolnummer 2023/AR/651 en 2023/AR/0990

### I. Inleiding

1. Bij deze wenst de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna “BMA”) op grond van artikel IV.88 WER schriftelijke opmerkingen in te dienen in het kader van het hoger beroep dat per verzoekschrift van 21 april 2023 en per verzoekschrift van 19 juni 2023 bij Uw Hof is ingesteld tegen het vonnis van de Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Dendermonde, van 21 maart 2023 inzake de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag van EDPNET NV en EDPNET BV (hierna “EDPNET”).

2. De BMA diende reeds op 2 juni 2023 schriftelijke opmerkingen in. Sinds het indienen van deze schriftelijke opmerkingen deden zich echter nieuwe ontwikkelingen voor die om een vervollediging van voormelde opmerkingen vragen. De BMA wenst in haar rol als *amicus curiae* een volledig en vooral actueel beeld te geven van de situatie.

3. Met name heeft het Mededingingscollege van de BMA, naar aanleiding van het verzoek van de auditeur-generaal van de BMA (hierna “auditeur-generaal”) tot het opleggen van voorlopige maatregelen overeenkomstig artikel IV.72 WER, op 21 juni 2023 beslissing nr. ABC-RPR-17 genomen (hierna “de Beslissing”). Met deze Beslissing legt het Mededingingscollege aan PROXIMUS NV (hierna “PROXIMUS”) voorlopige maatregelen op in het kader van diens overname van EDPNET.

4. Deze *amicus curiae* neemt de inhoud van de op 2 juni jl. neergelegde *amicus curiae* grotendeels over maar vult deze aan met een toelichting op deze nieuwe ontwikkeling. Onderhavige *amicus curiae* komt dan ook in de plaats van en vervangt de eerder neergelegde *amicus curiae*.

#### I.1 Draagwijdte van artikel IV.88, §1 WER

5. Artikel IV.88, §1 WER bepaalt dat de BMA, ambtshalve of op verzoek van het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is, schriftelijke opmerkingen kan indienen “in verband met de toepassing van artikel IV.1, artikel IV.2 en artikel IV.2/1 of van de artikelen 101 en 102 VWEU”.

6. Door de indiening van de schriftelijke opmerkingen wordt de BMA geen tussenkomende partij in de zin van het Gerechtelijk Wetboek maar treedt zij op als *amicus curiae* van het rechtscollege bij de toepassing van de mededingingsregels. In die hoedanigheid beperkt de BMA zich tot kennisname van de feitelijke gegevens die de partijen haar meedelen of die publiek toegankelijk zijn, alsook van de stukken die door het betrokken rechtscollege zijn toegezonden.

7. Artikel IV.88, §1, alinea 4, WER bepaalt dat de partijen in het geding de gelegenheid moeten hebben om op deze opmerkingen te antwoorden. Eveneens kan de BMA, met toestemming van het betrokken rechtscollege, mondelinge opmerkingen maken.

### **I.2 Voorwerp van onderhavige opmerkingen**

8. Gelet op de bijzondere draagwijdte van artikel IV.88 WER zal de BMA zich in het kader van deze schriftelijke opmerkingen beperken tot een aantal toelichtingen die, naar het oordeel van de BMA, nuttig kunnen zijn voor Uw Hof bij het beoordelen van de toepasselijke rechtsprincipes in onderhavige zaak.

9. Na een overzicht van de procedurele voorgaanden en recente ontwikkelingen, inclusief de stappen die tot nu toe zijn ondernomen door de auditeur-generaal in verband met de overname van de activiteiten van EDPNET door PROXIMUS en de Beslissing van het Mededingingscollege tot het opleggen van voorlopige maatregelen (*infra, sub II*), behandelen deze opmerkingen de algemene rechtsvraag of Uw Hof in het kader van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie rekening moet houden met de mededingingsregels, en zo ja, op welke wijze (*infra, sub III*).

10. Deze *amicus curiae* strekt enkel tot het verschaffen aan Uw Hof van informatie met betrekking tot de in randnr. 9 vermelde aspecten.

### **I.3 Artikel 102 VWEU en Artikel IV.2 WER**

11. Volgens artikel 102 VWEU is het misbruik dat één of meerdere ondernemingen maken van een machtspositie op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan onverenigbaar met de interne markt en verboden voor zover dat misbruik de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Het betreft een rechtstreeks werkende bepaling.

12. Krachtens artikel IV.2 WER is verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing nodig is, dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan.

## **II. Procedurele voorgaanden**

### **II.1 Procedure in eerste aanleg voor de Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Dendermonde**

13. In het kader van deze opmerkingen volstaat het om de procedurele voorgaanden samen te vatten als volgt (voor een volledig overzicht van de relevante feiten verwijst de BMA naar het vonnis *a quo*).

14. In de procedures van gerechtelijke reorganisatie met het oog op een overdracht onder gerechtelijk gezag van de activiteiten van EDPNET overeenkomstig artikel XX.84, §1 WER hebben de aangestelde

gerechtsmandatarissen drie biedingen geselecteerd, meer bepaald (i) van PROXIMUS, (ii) van CWAVE BV - CITYMESH NV (voor EDPNET NV) en HYRDE NETWORKS BV - CITYMESH NV (voor EDPNET BV) (CWAVE BV en HYRDE NETWORKS BV worden hierna als "CITYMESH" aangeduid), en (iii) van SEWAN BELGIUM NV.

15. Bij verzoekschriften overeenkomstig artikel XX.87 WER van 3 maart 2023, aangevuld op 7 maart 2023, vorderden de gerechtsmandatarissen om te mogen overgaan tot de realisatie van de voorgestelde verkoop/overdracht van activiteiten van EDPNET. Het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna "BIPT") verzocht om vrijwillig tussen te komen en maakte een voorbehoud met betrekking tot een mogelijke overdracht aan PROXIMUS.

16. Op 15 maart 2023 vond een zitting plaats voor de Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Dendermonde (hierna "Ondernemingsrechtbank"), ter behandeling van het verzoek van de gerechtsmandatarissen tot machtiging van de voorgestelde overdracht van de activiteiten van EDPNET aan PROXIMUS.

17. In het vonnis van 21 maart 2023 (hierna "Vonnis") overwoog de Ondernemingsrechtbank dat het mededingingsrecht van openbare orde is, doch dat dit niet betekent dat de rechtbank bij een overdracht onder gerechtelijk gezag de bevoegdheden zou kunnen overnemen van de BMA bij het beoordelen van de gevorderde machtiging tot overdracht.

Volgens de Ondernemingsrechtbank "*blijkt nergens dat de overname op zich een prima facie inbreuk op het mededingingsrecht zou inhouden*" en "*is voor de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat eens de rechtbank de machtiging tot overdracht aan PROXIMUS zal hebben gegeven, de BMA door voorlopige maatregelen zal tussenkomen en zo de overname van EDPNET door PROXIMUS onmogelijk [zal] maken*".

De Ondernemingsrechtbank verleende vervolgens de machtiging aan de gerechtsmandatarissen om over te gaan tot uitvoering van de voorgestelde overdracht van de activiteiten van EDPNET aan PROXIMUS in naam en voor rekening van de door PROXIMUS opgerichte vennootschap.

18. Deze overdracht werd uitgevoerd op 31 maart 2023.

## **II.2 Het arrest van het Hof van Justitie van 16 maart 2023 in de zaak Towercast (C-449/21)**

19. Op 16 maart 2023, d.i. daags na de zitting en het in beraad nemen van de zaak door de Ondernemingsrechtbank, bevestigde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna "HvJEU") in de zaak *Towercast* (C-449/21) dat een nationale mededingingsautoriteit of rechterlijke instantie een concentratie, die de drempels voor *ex ante* concentratiecontrole vastgesteld in de EU Concentratieverordening<sup>1</sup> en het nationale recht niet bereikt, wel degelijk kan toetsen aan het rechtstreeks werkende verbod van misbruik van machtspositie van artikel 102 VWEU.

20. Daarenboven bevestigde het HvJEU dat een misbruik van machtspositie kan resulteren uit de enkele verwerving door een onderneming – met een machtspositie – van de zeggenschap over een

---

<sup>1</sup> Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1).

andere onderneming indien door dit gedrag de mededinging op de markt wezenlijk wordt belemmerd (zie ook *infra*).

### **II.3 Stappen ondernomen door de auditeur-generaal**

21. **Onderzoek ten gronde.** Op 22 maart 2023 heeft de auditeur-generaal op basis van artikel IV.39, 2° WER<sup>2</sup> beslist om een onderzoek ten gronde te openen naar mogelijk misbruik van machtspositie door PROXIMUS in het kader van de overname van de activiteiten van EDPNET. De auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek heeft op dezelfde dag een eerste verzoek om inlichtingen gericht aan PROXIMUS.

22. De auditeur-generaal kan ambtshalve een onderzoek openen als er ernstige aanwijzingen bestaan van een mogelijke belemmering van de mededinging door de praktijk in kwestie, en dit na raadpleging van de directeur Economische Zaken van de BMA (artikelen IV.26, §3, 3° en IV. 39 WER). Het onderzoek kan onder meer uitmonden in de neerlegging door de auditeur-generaal van een voorstel van beslissing bij het Mededingingscollege van de BMA dat op basis van artikel IV.52, §1, 2° WER beslist of er sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht.

23. *In casu* heeft de auditeur-generaal beslist tot opening van het onderzoek op grond van de volgende overwegingen<sup>3</sup>:

- het arrest van het HvJEU van 16 maart 2023 in de zaak *Towercast* (C-449/21); en
- ernstige aanwijzingen van aanzienlijke belemmeringen van de mededinging.

24. Indien het Mededingingscollege het bestaan van een mededingingsinbreuk vaststelt, kan het bevelen dat de inbreuk wordt beëindigd, desgevallend volgens de door het College voorgeschreven modaliteiten. Als modaliteiten kan het Mededingingscollege alle corrigerende structurele of gedragsmaatregelen opleggen die evenredig zijn aan de inbreuk op het mededingingsrecht en die noodzakelijk zijn om hieraan daadwerkelijk een einde te maken (artikel IV.52 §1/1 WER). Het Mededingingscollege kan in voorkomend geval ook een geldboete opleggen.

25. Beslissingen van het Mededingingscollege zijn vatbaar voor beroep bij het Marktenhof (speciale kamer van het hof van beroep te Brussel) overeenkomstig artikel IV.90 WER.

26. **Voorlopige maatregelen.** Na analyse van de antwoorden van PROXIMUS op het eerste verzoek om inlichtingen van de auditeur heeft de auditeur-generaal op 12 april 2023 eveneens een verzoek om voorlopige maatregelen ingediend bij het Mededingingscollege op grond van artikel IV.72 WER om de situatie te regelen in afwachting van de uitslag van het onderzoek ten gronde. Dit werd bevestigd bij persbericht van 20 april 2023.

27. In zijn verzoek voerde de auditeur-generaal aan dat de overname van EDPNET door PROXIMUS *prima facie* een misbruik van machtspositie vormt dat schadelijk kan zijn voor het algemeen

---

<sup>2</sup> Artikel IV.39, 2° WER luidt als volgt: “De auditeur-generaal beslist tot het openen van een onderzoek: [...] 2° ambtshalve of na een klacht van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die aantoonbaar daarbij een rechtmatig belang te hebben, in het geval van een inbreuk op artikel IV.1, § 1, op artikel IV.1, § 4, op artikel IV.2, <sup>3</sup>[op artikel IV.2/1,]<sup>3</sup> op artikel IV.10, § 1, op artikel IV.10, § 4, of in geval van niet-naleving van een beslissing genomen krachtens de artikelen IV.10, § 6, IV.44, § 1, 2°, IV.45, eerste lid, 2°, IV.46 § 2, 1°, IV.52, IV.66, IV.69, IV.71 of IV.73;”.

<sup>3</sup> Persbericht d.d. 22 maart 2023.

economisch belang. Als voorlopige maatregelen vorderde de auditeur-generaal o.m. dat aan PROXIMUS de verplichting wordt opgelegd om de leefbaarheid, handelswaarde, competitiviteit en overdraagbaarheid van EDPNET te behouden alsook om de activiteiten van EDPNET gescheiden te houden van de andere activiteiten van PROXIMUS.

28. Het Mededingingscollege heeft op 21 juni 2023 uitspraak gedaan over dit verzoek tot voorlopige maatregelen (*infra, sub II.5*).

#### **II.4 Procedure(s) voor het hof van beroep te Gent**

29. Bij verzoekschriften van 21 april 2023 en 19 juni 2023 stelde CITYMESH, tweede bidder in het kader van de procedure van overdracht onder gerechtelijk toezicht, hoger beroep in tegen het Vonnis van de Ondernemingsrechtbank.

#### **II.5 De Beslissing tot voorlopige maatregelen van het Mededingingscollege van 21 juni 2023**

30. Artikel IV.71 WER verleent het Mededingingscollege van de BMA de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te nemen. Het Mededingingscollege beschikt hierbij over een ruime beoordelingsmarge, zoals al bevestigd door het Marktenhof<sup>4</sup>, en kan het verzoek om voorlopige maatregelen afwijzen of bevestigen<sup>5</sup>, of andere voorlopige maatregelen opleggen<sup>6</sup>.

31. Het Mededingingscollege kan een verzoek om voorlopige maatregelen inwilligen indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: (i) er wordt een onderzoek ten gronde ingesteld, (ii) er is een *prima facie* inbreuk op de mededingingsregels, en (iii) de situatie is dringend, dat wil zeggen dat schade dreigt die onmiddellijk en moeilijk herstelbaar is voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden of dat die situatie schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang<sup>7</sup>.

32. In de Beslissing oordeelde het Mededingingscollege dat aan bovenstaande voorwaarden is voldaan. Met betrekking tot de *prima facie* inbreuk concludeerde het Mededingingscollege meer bepaald als volgt (eigen onderlijning):<sup>8</sup>

*“165. Gelet op alle voorgaande overwegingen concludeert het College ten eerste dat het niet kennelijk onredelijk is om aan te nemen dat Proximus, door de overname van EDPnet, zijn enige concurrent op de relevante wholesalemarkt voor breedbandtoegang via koper-/glasvezelnetwerken uitschakelt en daardoor kopers op deze wholesalemarkt afhankelijk maakt van zijn gedrag.*

*Ten tweede concludeert het College dat het niet kennelijk onredelijk is om aan te nemen dat Proximus, door de overname van EDPnet, een concurrent uitschakelt die dicht bij zijn merken Scarlet en Mobile Vikings staat en in een positie verkeert om de toetreding en de ontwikkeling van de vierde mobiele operator, Citymesh/Digi, te belemmeren op de retailmarkt voor vaste breedbandtoegang voor particulieren en zeer kleine ondernemingen, een segment waarop de merken Scarlet en Mobile Vikings van Proximus zijn gericht. Deze overname houdt aldus het*

<sup>4</sup> Brussel 23 september 2020, 2020/MR/1, pag. 17.

<sup>5</sup> Artikel IV.73, §1 WER.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld BMA, Mededingingscollege, beslissing n° 2020-V/M-36 van 19 november 2020, zaak CONC-V/M-20/0012: verzoek om voorlopige maatregelen inzake Virton, pag. 151, §§139-140.

<sup>7</sup> Zie Brussel 7 september 2016, 2015/MR/2 en 2016/MR/1, punt 44.

<sup>8</sup> Beslissing, paragraaf 165, vrije vertaling.

risico in dat de mededinging beperkt wordt in vergelijking met het pertinente contrafeitelijke scenario, zijnde de overname van EDPnet door Citymesh/Digi, en vormt daardoor, prima facie, een misbruik van machtspositie in strijd met artikel 102 VWEU en artikel IV.2 WER."

33. Wat betreft de schade aan het algemeen economisch belang oordeelde het Mededingingscollege als volgt (eigen onderlijning):<sup>9</sup>

*"169. In de onderhavige zaak oordeelt het College dat de feiten prima facie een misbruik opleveren (zie punt 165 hierboven) en schade toebrengen aan het algemeen economisch belang om de volgende redenen.*

*Ten eerste, na de uitschakeling van de enige concurrent op de wholesalemarkt voor vaste centrale breedbandtoegang via koper-/glasvezelnetwerken, worden huidige en toekomstige kopers op deze wholesalemarkt afhankelijk van de gedragingen van Proximus op deze markt, wat het succes van hun toekomstige activiteiten op de retailmarkt en dus de structuur van deze markt zou kunnen beïnvloeden.*

*Ten tweede is het niet onredelijk om er in dit stadium van de procedure van uit te gaan dat de uitschakeling van een concurrent op de retailmarkt de concurrentiedruk op Mobile Vikings, Scarlet en alle andere op dit segment gerichte submerken vermindert en de toekomstige ontwikkeling van Citymesh/Digi belemmert. In het bijzonder dreigt de verminderde concurrentiedruk op Mobile Vikings en Scarlet te leiden tot hogere prijzen voor de klanten van EDPnet. EDPnet biedt namelijk een zeer gunstige prijs/kwaliteitsverhouding op de markt, in het bijzonder voor internet alleen of internet gecombineerd met mobiele telefonie. Als de integratie van EDPnet in de Proximus-groep ertoe leidt dat de prijzen van EDPnet worden gelijkgetrokken met die van Mobile Vikings en Scarlet, Proximus-merken waarvan de positionering op de markt dicht bij die van EDPnet ligt (supra, overwegingen 154 en 156), zal dit waarschijnlijk resulteren in hogere prijzen voor de EDPnet-aanbiedingen. Het College kan Proximus dus niet volgen wanneer het stelt dat verzoeker niet het minste concrete element levert dat het algemeen economisch belang zou worden bedreigd, zoals de mogelijke gevolgen voor de prijzen voor consumenten.*

*170. Zonder de overname van EDPnet door Proximus zou deze operator, waarvan het bijzonder aantrekkelijke aanbod vanuit tarifair en technisch oogpunt (kwaliteit-prijsverhouding) concurrentiedruk uitoefent, zijn overgenomen door een ambitieuze nieuwkomer. In dit contrafeitelijke scenario zou de vermeende schade aan het algemeen economisch belang kunnen worden vermeden, of in ieder geval beperkt. Zonder op enigerlei wijze vooruit te lopen op de uitkomst van het onderzoek ten gronde of de uitkomst van de procedure voor het Hof van Beroep te Gent in het kader van de gerechtelijke reorganisatieprocedure, is het daarom noodzakelijk en dringend om te voorkomen dat er acties worden ondernomen om EDPnet in de Proximus-groep te integreren die onomkeerbare gevolgen zouden hebben voor de activiteiten van EDPnet. Dit is het voorwerp van de voorlopige maatregelen bestemd om de continuïteit van de activiteiten van EDPnet te waarborgen, verzocht door de auditeur-generaal."*

---

<sup>9</sup> Beslissing, paragraaf 169-170, vrije vertaling.

34. Gelet op bovenstaande overwegingen legde het College voorlopige maatregelen op aan PROXIMUS. PROXIMUS werd hierbij in hoofdzaak bevolen om<sup>10</sup>:

- (i) verplichtingen na te leven om de levensvatbaarheid, marktwaarde en concurrentiekracht van EDPNET te behouden;
- (ii) verplichtingen na te leven om de activiteiten van PROXIMUS en EDPNET te scheiden;
- (iii) verplichtingen na te leven om de activiteiten van EDPNET te beschermen; en
- (iv) een beheerder aan te stellen die verantwoordelijk is voor de scheiding van de activiteiten.

35. Tegen deze Beslissing werd op 20 juli 2023 door PROXIMUS hoger beroep ingesteld bij het Marktenhof. Deze procedure wordt thans in staat gesteld (maar verliest uiteraard haar voorwerp, en is in die zin ondergeschikt aan de beroepsprocedure voor Uw Hof, indien de beroepsprocedure voor Uw Hof leidt tot een vernietiging van het Vonnis van de Ondernemingsrechtbank dat de overname onder het gerechtelijk gezag aan PROXIMUS beval).

### **III. Bevoegdheden van Uw Hof met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels in het kader van een gerechtelijke reorganisatie**

#### **III.1 De mededingingsregels, inclusief artikel 102 VWEU en artikel IV.2 WER, zijn van openbare orde en dienen ambtshalve in aanmerking te worden genomen**

36. Krachtens artikel XX.84, §1 WER kan de rechtbank de overdracht onder gerechtelijk gezag bevelen van het geheel of een gedeelte van de activiteiten van een onderneming met het oog op het behoud ervan.

37. Als er verscheidene vergelijkbare biedingen zijn, dient de rechter rekening te houden met de prijs, de bescherming van de rechten van de schuldeisers en het behoud van personeel (artikel XX.87, §1 en XX.89, §1 WER). De rechtspraak heeft deze criteria verfijnd en aangevuld, zoals onder meer de vereiste dat de weerhouden bieding een realiseerbaar en betrouwbaar karakter heeft<sup>11</sup>.

38. Naar het oordeel van de BMA moet een rechterlijke instantie bij de beoordeling in het licht van deze criteria ook rekening houden met de toepassing van de mededingingsregels.

39. In het kader van een gerechtelijke reorganisatie door collectief akkoord (art. XX.67 tot en met art. XX.83 WER) voorziet artikel XX.79 WER uitdrukkelijk dat de rechtbank bij de homologatie van een reorganisatieplan moet nagaan of er al dan niet een risico is van schending van de openbare orde. Eenzelfde verplichting bestaat uiteraard ook in het kader van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, ook al is zulks niet uitdrukkelijk voorzien in de artikelen XX.84 tot en met XX.97 WER.

---

<sup>10</sup> Cf. Beslissing, paragraaf 197.

<sup>11</sup> Ondrb. Waals Brabant, 18 mei 2021, N/21/00309, niet gepubliceerd maar samengevat in F. CASPAR, en Z. LEDENT, "Le transfert sous autorité de justice: analyse des récents développements jurisprudentiels", *TBH* 2021, afl. 6, p. 679-680.

40. Welnu, het is vaststaande rechtspraak dat het mededingingsrecht, waaronder de artikelen 102 VWEU en IV.2 WER, de openbare orde raakt. Dit werd reeds meermaals bevestigd door het HvJEU voor wat betreft artikel 102 VWEU, o.a. in het arrest *Manfredi*<sup>12</sup>:

*“Voor het overige zij eraan herinnerd dat de artikelen 81 EG en 82 EG [thans 101 en 102 VWEU] bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast (zie in die zin arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 39 en 40)”.*

41. Dat ook rechterlijke instanties deze regels in aanmerking dienen te nemen<sup>13</sup>, zonder dat dit impliceert dat zij de bevoegdheden van de mededingingsautoriteit zouden overnemen, wordt o.a. uitdrukkelijk bevestigd in artikel 6 (*“Nationale rechterlijke instanties zijn bevoegd de artikelen 81 en 82 [thans 101 en 102] van het Verdrag toe te passen”*) en overweging 7 van Verordening 1/2003<sup>14</sup>:

*“De nationale rechterlijke instanties vervullen bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak. [...] De rol van de nationale rechterlijke instanties is dienaangaande complementair aan die van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het is bijgevolg noodzakelijk hun de bevoegdheid toe te kennen de artikelen 81 en 82 [thans 101 en 102] van het Verdrag ten volle toe te passen”.*

42. Bovendien blijkt ook uit de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (nu opgenomen in Boek XX van het WER) dat deze wet tot doel heeft om *“de duurzame ontwikkeling en de gezondmaking van de ondernemingen voort [te] zetten, zonder daarom de mechanismen van de normale markten te verstoren door rechterlijke beslissingen”*<sup>15</sup>. Met betrekking tot de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag benadrukt de wetgever eveneens dat *“met het wetsvoorstel moest worden voorkomen dat «raiders» optreden als koper enkel met de bedoeling de onderneming te ontmantelen, dan wel vragen dat de overdracht wordt bevolen om zich van een concurrent te kunnen ontdoen”*<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Arrest van 13 juli 2006, *Manfredi*, zaak C-295/04, EU:C:2006:461, punt 31.

<sup>13</sup> Aangezien de toepassing van het mededingingsrecht door de nationale rechterlijke instanties ingewikkelde economische en juridische beoordelingen kan vergen, heeft de Europese Commissie reeds duidelijk gewezen op het belang van samenwerking met haar of met de nationale mededingingsautoriteiten. Met name heeft de Commissie in punt 12 van haar Mededeling 2004/C 101/04 (Mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, 27 april 2004) het geval van gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van (communautaire) mededingingsregels door de Commissie en de nationale rechterlijke instanties verduidelijkt:

*“Wanneer een nationale rechter vóór de Commissie een beslissing neemt, moet hij zien te voorkomen dat deze beslissing in strijd is met een beschikking die de Commissie overweegt te geven (30). Daartoe kan de nationale rechter de Commissie vragen of zij een procedure heeft ingeleid met betrekking tot dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen (31) en in voorkomend geval wat de stand van de procedure is en hoe waarschijnlijk het is dat in deze zaak een beschikking zal worden gegeven (32). De nationale rechter kan om redenen van rechtszekerheid ook overwegen om de procedure te schorsen totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven (33)”.*

Zie, wat dit betreft ook artikel 16, lid 1, van de verordening 1/2003 en zaak C-234/89, *Delimitis*, Jurispr. 1991, blz. I-935, punt 47, en zaak C-344/98, *Masterfoods*, Jurispr. 2000, blz. I-11369, punt 51.

<sup>14</sup> Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Publ.* van 4 januari 2003, pag. 1.

<sup>15</sup> *Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, n° 52-160/1, pag. 4 (eigen onderlijning).

<sup>16</sup> *Parl. St.*, Kamer, 2007-2008, n° 52-160/1, pag. 34; B. INGHELS, « Le transfert forcé dans la procédure de réorganisation judiciaire, un équilibre subtil entre le droit de l'insolvabilité et le droit de la concurrence », *J.T.*, 2016/38, p. 684.



43. Uit het voorgaande volgt dat het in aanmerking nemen van het mededingingsrecht, waaronder de artikelen 102 VWEU en IV.2 WER, deel uitmaakt van de taak van de rechter bij een gerechtelijke reorganisatie, hetzij door een collectief akkoord, hetzij door overdracht onder gerechtelijk gezag.

44. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat ondernemingen aan de regels van openbare orde zouden kunnen ontsnappen in het kader van een gerechtelijke reorganisatie procedure. Integendeel, de insolventierechter moet kunnen nagaan of het herstel van een onderneming in moeilijkheden niet ten koste gaat van de mededinging<sup>17</sup>.

### **III.2 Toepassing van artikel 102 VWEU en artikel IV.2 WER, ook op concentraties die de aanmeldingsdrempels niet bereiken (het “Towercast”-arrest)**

45. In het kader van de uitoefening van de bevoegdheid krachtens artikel XX.84 WER moet het rechtscollège daarnaast ook rekening houden met het recente arrest *Towercast* van het HvJEU van 16 maart 2023 in zaak C-449/21<sup>18</sup>.

46. In dit arrest bevestigt het HvJEU uitdrukkelijk dat een concentratie die niet onder het toepassingsgebied van de Europese en nationale concentratieregels valt (doordat de respectieve omzet van de betrokken partijen de toepasselijke drempels niet haalt) toch als strijdig met het in artikel 102 VWEU (en artikel IV.2 WER) voorziene verbod van misbruik van machtspositie kan worden beoordeeld.

47. Het HvJEU overweegt in het arrest *Towercast* o.a.:

- dat “artikel [102 VWEU] een rechtstreeks werkende bepaling is waarvan de toepassing niet afhangt van de voorafgaande vaststelling van een procedureverordening. Het roept voor de justitiabelen rechten in het leven die de nationale rechter moet beschermen (zie in die zin arrest van 14 maart 2019, *Skanska Industrial Solutions e.a.*, C-724/17, EU :C :2019 :204, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak)”<sup>19</sup>;
- dat “voor misbruik van machtspositie hoegenaamd geen vrijstelling kan worden verleend. Dergelijk misbruik wordt door het Verdrag namelijk zonder meer verboden”<sup>20</sup>;
- dat “[d]erhalve verordening nr. 139/2004 er niet aan in de weg [staat] dat de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties een concentratie met een niet-communautaire dimensie, zoals die in het hoofdgeding, op grond van de rechtstreekse

---

<sup>17</sup> “Les règles de concurrence, tant européennes que belges, doivent être considérées, en règle, comme des dispositions d’ordre public. Comme le législateur de 1997, le législateur de 2009 et de 2017 a confié au tribunal le soin d’examiner si, en accordant l’homologation du plan de redressement, il ne créait pas une situation anticoncurrentielle insupportable ou, en d’autres termes, si le redressement d’une entreprise en difficulté ne se ferait pas au détriment d’entreprises saines” in I. VEROUGSTRAETE, Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise, Luik, Kluwer, 2019, p. 563 (vrije vertaling: “Zowel de Europese als de Belgische mededingingsregels moeten worden beschouwd als bepalingen van openbare orde. Net als de wetgever in 1997 heeft de wetgever in 2009 en 2017 de rechter opgedragen te onderzoeken of hij door de goedkeuring van het reorganisatieplan geen ontoelaatbare concurrentieverstorende situatie creëert of, met andere woorden, dat de reorganisatie van een onderneming in moeilijkheden niet ten koste gaat van gezonde ondernemingen”).

<sup>18</sup> Arrest van 16 maart 2023, *Towercast*, zaak C-449/21, EU:C:2023:207, punt 50.

<sup>19</sup> Arrest *Towercast*, punt 44.

<sup>20</sup> Arrest *Towercast*, punt 45.

*werking van artikel 102 VWEU toetsen door gebruik te maken van hun eigen procedurevoorschriften*<sup>21</sup>; en

- dat “[h]et in artikel 102 VWEU neergelegde verbod [...] voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk [is], zodat er geen regel van afgeleid recht hoeft te worden vastgesteld waarbij uitdrukkelijk wordt gelast of toegestaan dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties deze regel toepassen”<sup>22</sup>.

48. Het HvJEU besluit dan ook dat concentraties die geen communautaire dimensie hebben, die onder de in het nationale recht vastgestelde drempels voor verplichte *ex ante* controle blijven en die geen aanleiding hebben gegeven tot verwijzing naar de Europese Commissie, wel degelijk kunnen worden aangemerkt als strijdig met het verbod van misbruik van machtspositie voorzien in artikel 102 VWEU (en/of artikel IV.2 WER)<sup>23</sup>.

49. Naar het oordeel van de BMA is het *Towercast*-arrest zonder meer relevant voor onderhavige zaak aangezien het ook hier gaat om een concentratie in de zin van de nationale en Europese regels die de aldaar voorziene drempels niet bereikt. Een dergelijke concentratie kan (en moet) wel degelijk worden getoetst aan de regels inzake misbruik van machtspositie.

50. Voorzover nodig wijst de BMA er daarenboven op dat, naar oordeel van de BMA, het feit dat een concentratie kadert in een gerechtelijke reorganisatie niet in de weg staat van een toepassing van de *Towercast*-rechtspraak. Dit was eveneens het standpunt van het Mededingingscollege in de Beslissing tot voorlopige maatregelen (eigen onderlijning):<sup>24</sup>

*“107. [...] Het feit dat de concentratie, die onder de Europese en nationale drempels valt, tot stand is gekomen in het kader van een gerechtelijke reorganisatieprocedure en dus na een beslissing waarbij de rechter de rechtsmandataris heeft gemachtigd de activiteiten van de doelennootschap over te dragen, doet niets af aan de bevoegdheid van de BMA om artikel 102 VWEU op een dergelijke concentratie toe te passen. In het *Towercast*-arrest wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen concentraties naargelang de wijze waarop zij tot stand zijn gekomen, hetzij na een aankoop buiten een gerechtelijke reorganisatieprocedure om, wat doorgaans het geval is, hetzij na een aankoop in het kader van een gerechtelijke reorganisatie.*

*Er is geen onderscheid aangezien het *Towercast*-arrest is gebaseerd op de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU, dat geen onderscheid maakt tussen soorten concentraties. Elk misbruik van een machtspositie is verboden, met inbegrip van de verwerving door een onderneming met een machtspositie van een onderneming die een gerechtelijke reorganisatie ondergaat, wanneer die verwerving de mededinging op de markt aanzienlijk belemmert.”*

51. De aard van de procedure van gerechtelijke reorganisatie verhindert zoals gezegd dan ook niet dat Uw Hof de toepassing van de *Towercast*-rechtspraak alsook artikel 102 VWEU verzekert.

---

<sup>21</sup> Arrest *Towercast*, punt 50.

<sup>22</sup> Arrest *Towercast*, punt 51.

<sup>23</sup> Arrest *Towercast*, punt 52.

<sup>24</sup> Beslissing, paragraaf 107 (vrije vertaling).

### **III.3 Implicaties voor de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag**

52. Volgens vaste rechtspraak moet de nationale rechter de volle werking van het Unierecht verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten beschermen<sup>25</sup>.

Zoals hierboven uiteengezet, maakt het in aanmerking nemen van het mededingingsrecht, waaronder de artikelen 102 VWEU en IV.2 WER, tevens deel uit van de taak van de rechter bij een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Dit geldt eens te meer nu artikel 102 VWEU rechtstreekse werking heeft in de nationale rechtsorde.

53. Meer bepaald dient de gerechtsmandataris en, na vordering, de insolventierechter, hierbij de voorschriften eigen aan de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in acht nemend<sup>26</sup>, bij de beoordeling (vergelijking) van één of meerdere biedingen de eventuele mededingingsproblemen en de daaraan verbonden gevolgen (inclusief voor de stabiliteit en continuïteit van de relevante activiteiten) in aanmerking te nemen.

Indien hij vaststelt dat er voldoende *aanwijzingen* zijn dat een bieding mogelijk een misbruik van machtspositie in hoofde van de bieder uitmaakt (een uitgebreide mededingingsrechtelijke analyse is met andere woorden niet in alle gevallen vereist, bijv. wanneer objectieve elementen voorliggen waaruit een voldoende risico op mededingingsrechtelijke bezwaren blijkt) moet de mandataris/rechter tot het besluit komen dat die bieding niet kan worden weerhouden, mede omdat zij vanwege de mogelijke strijdigheid met regels van openbare orde niet voldoet aan de vereiste van realiseerbaarheid en betrouwbaarheid.

Zoals hierboven benadrukt, rust op de insolventierechter immers de verplichting om de toepassing van de mededingingsregels in aanmerking te nemen en geen beslissing te nemen die mogelijks een situatie in het leven roept die een inbreuk op deze regels tot gevolg heeft<sup>27</sup>.

\*                      \*  
\*

De BMA hoopt dat deze *amicus curiae* nuttig is voor Uw Hof en is uiteraard beschikbaar voor bijkomende toelichting indien gewenst.

Voor het directiecomité van de Belgische Mededingingsautoriteit, 1 september 2023

Yves Van Gerven  
Directeur Juridische Zaken

---

<sup>25</sup> Arrest van 13 juli 2006, *Manfredi*, zaak C-295/04, EU:C:2006:461, punt 89.

<sup>26</sup> Zie Arrest *Towercast*, punt 50.

<sup>27</sup> A. VALLERY en E. HUJOEL, "La loi sur la continuité des entreprises à l'épreuve du droit de la concurrence" in A. ZENNER en M. DAL, *Etats généraux de la continuité des entreprises*, Larcier, 2012, p. 651-699; L. DE MULDER, en M. VANMEENEN, "Blijven staatssteunregels buiten spel in een reorganisatieplan?", *TBH* 2022, afl. 6, 723-743.