contrast



Rechtsonzekerheid voor overnames en fusies tussen sectorgenoten

Stel je voor…

Je bent CFO van een onderneming actief in de toelevering van artisanale bakkerijen. Je neemt je grootste concurrent over. Die overname blijft ruimschoots onder alle aanmeldingsdrempels en moet dus niet worden aangemeld aan enige mededingingsautoriteit. Je kondigt trots de overname aan. De business is heel enthousiast om de overname door te voeren. Aangezien niet moet worden gewacht op de goedkeuring van mededingingsautoriteiten, ben jij ditmaal niet de spelbreker voor de ambitieuze tijdslijn van de business.

Tot plots een brief van de Franse Mededingingsautoriteit op je bureau ligt. Die meldt jou dat het de overname onderzoekt wegens een mogelijke inbreuk van het mededingingsrecht.

Wat gek. Je had al gehoord dat dat kon gebeuren wanneer ondernemingen met een machtspositie overnames doen, maar jouw onderneming is helemaal niet dominant. De brief van de Franse Mededingingsautoriteit zegt dat ook niet, maar wel dat de overname mogelijk een mededingingsbeperkende afspraak tussen ondernemingen is.

Hoezo? Betekent dit dat al jouw overnames nu op losse schroeven staan?

Even verduidelijken.

In 2023 heeft het Europese Hof van Justitie zijn arrest geveld in de zaak *Towercast*. In dat arrest stelde

het Hof dat het niet uitgesloten is dat een overname die niet voorafgaand aangemeld moet worden, toch misbruik van machtspositie uitmaakt.

Daarmee creëerde het Hof bijkomende zorgen voor dominante ondernemingen op overnamepad. Let wel, het Hof stelde dat het niet volstaat dat een dominante onderneming haar positie versterkt om de overname als misbruik aan te merken. Er is pas sprake van misbruik als een eerder complexe test is vervuld, namelijk als na de overname "*de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming.*"

We signaleerden eerder dat het *Towercast* arrest niet zonder gevolgen zou blijven. Intussen blijkt dat die gevolgen nog groter zijn dan toen verwacht.

Meerdere mededingingsautoriteiten, waaronder de Belgische en de Franse mededingingsautoriteiten, hebben intussen het standpunt ingenomen dat het *Towercast* arrest ook tot gevolg heeft dat zij overnames door niet-dominante ondernemingen kunnen onderzoeken onder het verbod op mededingingsbeperkende afspraken. De test die de autoriteiten lijken te hanteren, is of de overname leidt tot een merkbare beperking van de daadwerkelijke mededinging. Ook de context van de overname in de ruimere strategie van de koper wordt in de weegschaal gelegd.

Op die manier eigenen deze mededingingsautoriteiten zich zogenaamde "call-in powers" toe. Deze verminderen de *deal certainty* voor niet-aanmeldbare overnames en fusies tussen sectorgenoten. In *auctions* hebben mogelijke kopers van buiten de sector dankzij het mededingingsrecht nu steeds een beentje voor, ook als niet moet worden aangemeld.

Concreet.

- Ga steeds na of je overname voorafgaand moet worden aangemeld bij de Europese Commissie of één of meerdere nationale mededingingsautoriteiten.
- Zelfs als dat niet het geval is, en je bent dominant, ga dan met je juridische raadgevers na of er alsnog sprake zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie.
- Ben je niet dominant, maar neem je een sectorgenoot over of wil je daarmee fuseren, ga dan met je juridische raadgevers na of die transactie zou kunnen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.
- Als dat mogelijks het geval is, overweeg dan om je overname kenbaar te maken aan de relevante nationale mededingingsautoriteiten. Is dat, gelet op de omstandigheden, geen zinvolle strategie, bereid je dan minstens voor op vragen. Hou in je overnamedocumenten sowieso rekening met de impact van een mogelijk onderzoek.

Meer weten?

- Het arrest van het Hof van Justitie van 16 maart 2023 in de zaak *Towercast* vind je hier.
- Consulteer de persberichten van de Franse en Belgische mededingingsautoriteiten.

Auteurs

Herlinde Burez, Laura Sente