

This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Een concentratie kan een misbruik van machtspositie vormen

Reference:

Blockx Jan.- Een concentratie kan een misbruik van machtspositie vormen
SEW : tijdschrift voor Europees en economisch recht - ISSN 0165-098X - 9(2023), p. 395-399
To cite this reference: <https://hdl.handle.net/10067/1999260151162165141>

Een concentratie kan een misbruik van machtspositie vormen

Zaak C-449/21, Towercast

Arrest van 16 maart 2023 (tweede kamer) ECLI:EU:C:2023:207, conclusie van A-G J. Kokott van 13 oktober 2022

Prejudiciële verwijzing – Mededinging – Controle op concentraties van ondernemingen – Verordening (EG) nr. 139/2004 – Artikel 21, lid 1 – Exclusieve toepasselijkheid van deze verordening op transacties die onder het begrip ‚concentratie‘ vallen – Draagwijdte – Concentratie die geen communautaire dimensie heeft, die onder de in het recht van een lidstaat vastgestelde drempels voor een verplichte ex-antecontrole blijft en die niet naar de Europese Commissie is verwezen – Door de mededingingsautoriteiten van die lidstaat verrichte toetsing van deze transactie aan artikel 102 VWEU – Toelaatbaarheid

1. Inleiding

De Europese verdragen bevatten sinds het Verdrag van Rome twee bepalingen van Europees mededingingsrecht: het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (nu in artikel 101 VWEU) en het verbod op misbruik van een machtspositie (nu in artikel 102 VWEU). Sinds de jaren '60 werden deze regels toegepast op verschillende gedragingen van ondernemingen, gaande van prijsafspraken tussen concurrenten, distributieovereenkomsten en leveringsweigeringen.

In de jaren '70 rees de vraag of deze verdragsbepalingen ook toepasbaar waren op fusies en overnames van bedrijven. Veeleer dan een gedraging van één of meer onderneming(en), zorgt zo'n fusie of overname immers voor een verandering in de onderneming zelf: waar voorheen twee ondernemingen waren, is er na de fusie of overname nog maar één. Het Hof van Justitie oordeelde in het Continental Can-arrest¹ dat een fusie of overname weldegelijk een inbreuk kan uitmaken op wat nu artikel 102 VWEU is (en in BAT en Reynolds² bevestigde het datzelfde voor artikel 101 VWEU).

Toch werd al snel duidelijk dat de mededingingsregels in het verdrag geen sluitend kader vormden voor de beoordeling van mededingingsbeperkende fusies en overnames. Met name slaat het verbod van wat nu artikel 102 VWEU is enkel op fusies of overnames die een misbruik vormen van een bestaande machtspositie, niet op fusies of overnames die zo'n machtspositie in het leven roepen. Bovendien was het handhavingssysteem van de artikelen 101 en 102 VWEU (voornamelijk)³ gericht op *ex post*-controle van gedragingen van ondernemingen. Het omvatte met name de mogelijkheid om een onderneming te beboeten voor een gepleegde inbreuk en haar te verbieden die inbreuk opnieuw te stellen. In het geval van een voltrokken fusie of overname brengt dat echter weinig zoden aan de dijk: eens de fusie of overname is uitgevoerd, zijn de twee ondernemingen één geworden, en is het erg moeilijk om de mededingingsbeperkende gevolgen daarvan voor de toekomst uit te wisselen. Een eventuele

¹ HvJ EU 21 februari 1973, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (Europemballage en Continental Can/Commissie).

² HvJ EU 17 november 1987, 142/84 en 156/84, ECLI:EU:C:1987:490 (BAT en Reynolds/Commissie)

³ Onder Verordening Nr. 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, *PbEEG* 13, 21 februari 1962, 204-211 waren voorafgaande aanmeldingen bij de Commissie wel mogelijk om overeenkomsten te toetsen aan wat nu artikel 101, lid 3 VWEU is.

heropsplitsing van de gefuseerde bedrijven wordt wel eens vergeleken met de onmogelijkheid om eieren in een omelet opnieuw van elkaar te scheiden ('unscrambling the eggs')

Daarom werd door Verordening 4064/89 een nieuwe regime ingevoerd voor fusies en overnames (gezamenlijk 'concentraties' genoemd).⁴ Dit vereist dat partijen bij een concentratie die een 'communautaire dimensie' heeft (wat bepaald wordt aan de hand van omzetcriteria) voorafgaandelijk een goedkeuring vragen en verkrijgen van de Europese Commissie. Intussen wordt dit regime beheerst door Verordening 139/2004 (hierna ook de huidige concentratieverordening genoemd).⁵ Deze voorafgaande concentratiecontrole laat de Commissie toe om na te gaan of de geplande fusie of overname leidt tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken.⁶

Voor concentraties die geen communautaire dimensie hebben en dus niet bij de Commissie aangemeld moeten worden, zijn vaak nationale systemen van concentratiecontrole van toepassing, die eveneens een voorafgaande aanmelding vereisen indien meestal (lagere) omzetcriteria vervuld zijn. Maar wat met concentraties die geen voorafgaande aanmelding vereisen, noch op Europees noch op nationaal niveau? Zijn daarop de verdragsregels van artikel 101 en 102 VWEU nog van toepassing? Of sluit het regime geïntroduceerd door de concentratieverordeningen zo'n *ex post* controle uit? Dit is de vraag die het Hof voorgeschiedt kreeg in de zaak die leidde tot het geannoteerde arrest.

2. Feiten en juridische beoordeling door de Advocaat-Generaal en het Hof

TDF is de voormalige monopolist voor terrestrische televisie-uitzendingen in Frankrijk en nog steeds de grootste aanbieder van zulke diensten. In 2016 besluit het Itas, één van zijn twee concurrenten, over te nemen. Aangezien die overname noch de Europese noch de Franse concentratiedrempels bereikt, dient hiervoor geen voorafgaande goedkeuring verkregen te worden. De overblijvende concurrent op de terrestrische televisiemarkt in Frankrijk, Towercast, legt echter een klacht neer bij de Franse mededingingsautoriteit argumenterende dat de overname een misbruik van machtspositie vormt en dus een inbreuk op artikel 102 VWEU en het Franse equivalent daarvan, artikel L. 420-2 van de *code de commerce*.

De Franse mededingingsautoriteit wijst deze klacht van Towercast af omdat volgens haar de introductie van het regime van voorafgaande concentratiecontrole de toepassing van het verbod van misbruik van machtspositie op concentraties uitsluit. Tegen dit besluit stelt Towercast beroep in bij de *cour d'appel de Paris* dat hierover een prejudiciële vraag stelt aan het Hof van Justitie.

In haar conclusie, stelt Advocaat-Generaal Kokott dat artikel 102 VWEU een regel van primair Unierecht is met rechtstreekse werking, en dat de introductie van de concentratieverordening de werking daarvan niet kon beperken.⁷ Verordening 139/2004 sluit enkel, zoals gesteld in

⁴ Verordening 4064/89 van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEEG* L 395, 30 december 1989, 1-12.

⁵ Verordening 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* L 24, 29 januari 2004, 1-22.

⁶ Artikel 2, § 3 van Verordening 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* L 24, 29 januari 2004, 1-22.

⁷ Concl. A-G EU 13 oktober 2022, C-449/21, ECLI: EU:C:2022:777 (Towercast), punten 30-33.

artikel 21, lid 1, de toepassing uit van Verordening 1/2003⁸ (die de procedure regelt voor de toepassing van artikel 101 en 102 VWEU door de Commissie) op concentraties, maar kan, aldus de Advocaat-Generaal, niet de inhoudelijke rechtsregels in het verdrag wijzigen. Overweging 6 van de huidige concentratieverordening die stelt dat zij ‘het enige voor concentraties geldende instrument [moet] zijn’, dient volgens de Advocaat-Generaal dus terzijde te worden gelegd.⁹

A-G Kokott wijst ook op de logica achter de invoering van de voorafgaande concentratiecontrole. Deze vertrekt vanuit het vermoeden dat het meer waarschijnlijk is dat concentraties die bepaalde omzetrempels overschrijden een grote impact zullen hebben op de mededinging en dat zij dus onderworpen moeten worden aan *ex ante* toezicht. Daaruit valt echter niet *a contrario* af te leiden dat concentraties die die drempels niet overschrijden sowieso onproblematisch zijn.¹⁰ Om redenen van rechtszekerheid adviseert de Advocaat-Generaal wel om *ex post* controle van concentraties op grond van artikel 102 VWEU enkel mogelijk te maken indien een concentratie niet onderworpen is aan voorafgaande controle, zodat dubbele toetsing uitgesloten is.¹¹

In het geannoteerde arrest volgt het Hof de conclusie van zijn Advocaat-Generaal. Het Hof stelt dat artikel 21 van de huidige concentratieverordening enkel de toepassing van andere secundaire regels van Europees recht (en dan met name Verordening 1/2003) uitsluit. Daarnaast verwijst het Hof, net als de Advocaat-Generaal, naar de overwegingen in de concentratieverordeningen die precies verwijzen naar de Continental Can-rechtspraak van het Hof over de toepasselijkheid van wat nu artikel 102 VWEU is op concentraties. De bepalingen in de concentratieverordeningen die stellen dat zij gelden voor alle concentraties moeten volgens het Hof gelezen worden in de gehele context van die verordeningen en hun opzet. Daaruit volgt, aldus het Hof, dat ‘bij deze verordening weliswaar een ex-antecontrole op concentraties met een communautaire dimensie wordt ingevoerd, maar dat zij niet in de weg staat aan een ex-postcontrole op concentraties die deze drempel niet bereiken.’¹²

Het Hof herhaalt verder dat artikel 102 VWEU rechtstreekse werking heeft en daarom kan worden toegepast op concentraties die de Europese en nationale drempels voor ex-antecontrole niet bereiken. Bij de toepassing van artikel 102 VWEU op zulke concentraties dient de ‘aangezochte autoriteit ... na te gaan of de koper met een machtspositie op een bepaalde markt die zeggenschap over een andere onderneming op deze markt heeft verworven, door dit gedrag de mededinging op die markt wezenlijk heeft belemmerd.’¹³ Het Hof vult aan:

‘In dit verband volstaat de loutere vaststelling dat een onderneming haar positie versterkt niet om van misbruik te spreken, aangezien moet worden aangetoond dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil

⁸ Verordening 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* L 1, 4 januari 2003, 1-25. Dit principe was door het Hof al bevestigd in HvJ EU 7 september 2017, C-248/16, ECLI:EU:C:2017:643 (Austria Asphalt), punt 32.

⁹ Concl. A-G EU 13 oktober 2022, C-449/21, ECLI: EU:C:2022:777 (Towercast), punt 34.

¹⁰ Concl. A-G EU 13 oktober 2022, C-449/21, ECLI: EU:C:2022:777 (Towercast), punt 38.

¹¹ Concl. A-G EU 13 oktober 2022, C-449/21, ECLI: EU:C:2022:777 (Towercast), punt 63.

¹² HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (Towercast), punt 41.

¹³ HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (Towercast), punt 52.

zeggen slechts ondernemingen laat bestaan die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming¹⁴

Net als de Advocaat-Generaal verwerpt het Hof de vraag van TDF om de werking van het arrest in de tijd te beperken.

3. Commentaar

In mijn commentaar besteed ik aandacht aan drie kwesties: (i) het toetsingscriterium om te oordelen wanneer een concentratie een misbruik van machtspositie vormt, (ii) de relatie met het (Nederlandse en Belgische) nationale recht en (iii) de relatie tussen het Towercast-arrest en de nieuwe interpretatie van de Commissie van artikel 22 van de huidige concentratieverordening over opwaartse verwijzingen.

3.1. Toetsingscriterium concentraties als misbruik van machtspositie

Artikel 102 VWEU verbiedt dat ondernemingen ‘misbruik maken van een machtspositie’, maar omvat geen algemene definitie van wat misbruik is. Het bevat wel enkele voorbeelden, maar die zijn volgens de rechtspraak van het Hof niet-limitatief.¹⁵ Het Hof van Justitie heeft wel een (vrij algemene) definitie van misbruik geformuleerd,¹⁶ maar eigenlijk is de rechtspraak (en de beslissingspraktijk) geclusterd rond bepaalde typen misbruik van machtspositie, zoals exclusiviteitsovereenkomsten, roofprijzen, koppelverkoop en leveringsweigering. Het Hof heeft voor elk van die typen misbruik toepassingscriteria geformuleerd, die echter specifiek zijn voor elk type. Voor het kwalificeren van concentraties als misbruik ontbreekt deze rechtspraak – precies omdat de Commissie en het Hof de laatste 30 jaar niet meer geconfronteerd zijn met gevallen waarin een concentratie als misbruik werd aangemerkt.

Daarentegen zijn er in de rechtspraak (en de beslissingspraktijk) in dezelfde periode wel duidelijke criteria ontwikkeld om te bepalen wanneer een concentratie verboden moet worden onder de *ex ante* concentratiecontrole. De huidige concentratieverordening bepaalt dat concentraties verboden moet worden als ‘die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie.’¹⁷ Bijgevolg stelt zich de vraag of ditzelfde criterium toegepast moet worden om te bepalen of een concentratie aangegaan door een onderneming in machtspositie een misbruik vormt.

Volgens het geannoteerde arrest lijkt dit niet het geval te zijn. Veeleer dan te verwijzen naar het criterium onder de concentratieverordening, stelt het Hof in punt 52 van het geannoteerde arrest dat de loutere versterking van de (dominante) positie van een onderneming niet volstaat om te concluderen dat een concentratie misbruik vormt. Dat lijkt erop te wijzen dat de toetsingsstandaard om tot misbruik te besluiten hoger is dan die van de *ex ante*

¹⁴ HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (Towercast), punt 52.

¹⁵ HvJ EU 21 februari 1973, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (Europemballage en Continental Can/Commissie), punt 26.

¹⁶ Zie met name HvJ EU 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (Hoffmann-La Roche/Commissie), punt 91.

¹⁷ Artikel 2, § 3 van Verordening 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* L 24, 29 januari 2004, 1-22.

concentratiecontrole die immers de versterking van een machtspositie wel vermeldt als een reden om de concentratie te verbieden.

Het Hof lijkt dit te concluderen uit de criteria vermeld in het Continental Can arrest, namelijk dat de autoriteit enkel tot misbruik van machtspositie kan besluiten als de overheersing van de markt waartoe de concentratie leidt, ‘de mededinging wezenlijk belemmert’. Dat is volgens het Hof het geval als de concentratie ‘slechts ondernemingen laat bestaan die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming’. In tegenstelling tot wat het Hof in het geannoteerde arrest stelt, sluiten deze criteria m.i. niet uit dat een loutere versterking van een machtspositie in de zin van de criteria van de concentratieverordening een misbruik uitmaakt. De concentratieverordening vereist immers ook een ‘significante’ (in het Engels: ‘significant’) belemmering van de mededinging. Dit lijkt sterk op de ‘wezenlijke’ (in het Engels: ‘substantial’) belemmering als vereist door Continental Can.

Het bijkomende criterium vermeld door het Hof in datzelfde arrest dat de concentratie misbruik vormt als ze ‘slechts ondernemingen laat bestaan die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming’, voegt daaraan weinig toe. Immers, zelfs zonder misbruik, zijn andere ondernemingen meestal afhankelijk van de dominante onderneming. Een machtspositie wordt weliswaar gedefinieerd als een situatie van onafhankelijkheid waarin de dominante onderneming zich bevindt,¹⁸ maar de consequentie daarvan is dat andere ondernemingen in principe afhankelijk zijn van de dominante onderneming. Zoals het Hof zegt in British Airways: ‘[w]egens haar aanmerkelijk groter marktaandeel vormt de onderneming met een machtspositie doorgaans een onvermijdelijke handelspartner op de markt.’¹⁹ In heel wat andere arresten spreekt het Hof op vergelijkbare wijze over dominante ondernemingen.²⁰ In die omstandigheden, suggereert ook het afhankelijkheids criterium dat het Hof voorstaat in Continental Can dat elke concentratie die de dominante positie van een onderneming versterkt een misbruik van machtspositie vormt.

In mijn interpretatie zijn de criteria uit Continental Can dus wel degelijk gelijkaardig als die in de concentratieverordening. Enkel als een concentratie geen versterking van de machtspositie teweegbrengt (bijvoorbeeld omdat de doelonderneming niet actief is op de markt waarop de overnemer een machtspositie heeft) of zo’n versterking *de minimis* is, zal de overname uitgesloten zijn van het misbruikverbod.

3.2. Verhouding met nationale recht

De redenering van het Hof in het geannoteerde arrest lijkt het mogelijk te maken dat zowel de Commissie als nationale mededingingsautoriteiten een misbruik van machtspositie opstarten voor een concentratie die niet onderworpen is aan *ex ante* controle. Maar de feiten van het Towercast-arrest gaan over een onderzoek van een nationale mededingingsautoriteit en, meer in het algemeen, is het waarschijnlijk dat voor een concentratie die geen enkele aanmeldingsdrempel haalt, een nationale mededingingsautoriteit meestal de meeste geschikte autoriteit is om een onderzoek te voeren naar misbruik van machtspositie. In wat volgt bespreek

¹⁸ HvJ EU 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (United Brands/Commissie), punt 65.

¹⁹ HvJ EU 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 (British Airways/Commissie), punt 75.

²⁰ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (Hoffmann-La Roche v Commission), punt 41 en HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (Nederlandsche Banden-Industrie Michelin), punt 56.

ik daarom of de huidige regels onder Nederlands en Belgisch recht compatibel zijn met het Towercast-arrest.

In het Nederlandse mededingingsrecht bepaalt artikel 24, lid 2 Mw. expliciet: ‘Het tot stand brengen van een concentratie ... wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie.’ Het Nederlandse mededingingsrecht sluit momenteel dus de toepassing uit van het verbod van misbruik van een machtspositie op concentraties. Voor concentraties die een mogelijke invloed op de interstatenhandel hebben, lijkt deze uitsluiting tegenstrijdig te zijn met de interpretatie die het Hof in het geannoteerde arrest geeft aan artikel 102 VWEU. Alhoewel artikel 3, lid 2 van Verordening 1/2003 de lidstaten wel toelaat om ‘strengere nationale wetten’ aan te nemen die misbruik van machtspositie beteugelen, voorziet zij geen uitzondering voor laksere nationale wetten. Deze uitzondering lijkt dus in strijd met het Europese recht.

In het Belgische mededingingsrecht is er geen equivalent van artikel 24, lid 2 Mw. (noch overigens van artikel 21, lid 1 van de huidige concentratieverordening). In tegendeel, in 2007 al bevestigde het Hof van Beroep van Brussel expliciet in het arrest Gabriella Rocco dat een concentratie ‘die niet onderworpen is aan een voorafgaande aanmeldingsverplichting niet geacht wordt rechtmatig te zijn wat betreft de artikelen 81 of 82 van het EG-Verdrag [nu 101 en 102 VWEU] of wat betreft de artikelen 2 en 3 van de wet [nu IV.1 en IV.2 WER].’²¹ Deze principiële positie werd opnieuw bevestigd in het Alken-Maes arrest van het Hof van Beroep in 2017.²² Op dit vlak lijkt het Belgische recht dus in overeenstemming met de interpretatie van het Europese recht in het geannoteerde arrest.

Daarentegen lijkt het toetsingscriterium dat het Belgische recht tot nu toe hanteerde moeilijk in overeenstemming te brengen met het Towercast-arrest, zelfs rekening houdend met de interne contradicties die dat toetsingscriterium omvat (zoals hoger uiteengezet). In de Gabriella Rocco-zaak wordt slechts summier ingegaan op het beweerde misbruik van machtspositie (met name omdat de eisende partij in die zaak daarover zelf weinig argumenten aanbracht). In de Alken-Maes zaak, daarentegen, werd door het Hof van Beroep (en voorafgaand door de Belgische mededingingsautoriteit) wel uitgebreid besproken of er sprake was van een misbruik van machtspositie. Daarbij moet echter opgemerkt worden dat de Alken-Maes zaak betrekking had op een verzoek om voorlopige maatregelen, waarbij enkel geoordeeld moest worden of er sprake was van een *prima facie* inbreuk op het mededingingsrecht. De Belgische mededingingsautoriteit oordeelde in die zaak dat de loutere overname als dusdanig geen (*prima facie*) misbruik van machtspositie vormde maar dat er ‘een van het concentratie-effect te onderscheiden inbreuk’ moest zijn vooraleer de autoriteit voorlopige maatregelen kon opleggen.²³ Ook het Hof van Beroep stelt dat ‘een concentratie “op zichzelf” – zonder begeleidende maar determinerende gedragingen – geen misbruik van machtspositie’ vormt.²⁴ M.i. is deze vereist van bijkomende gedragingen naast de concentratie sowieso onverenigbaar met het geannoteerde arrest dat immers onomwonden stelt dat de ‘autoriteit [dient] na te gaan

²¹ Brussel, 15 december 2006 (Gabriella Rocco), *TBM* 2007/4, 39.

²² Brussel, 28 juni 2017 (Alken-Maes), *Competitio* 2018, afl. 1, 80-85.

²³ Belgische mededingingsautoriteit, beslissing BMA-2016-V/M-36 van 21 november 2016 (Verzoek om voorlopige maatregelen betreffende de overname van de Brouwerij Bosteels door ABI), punt 37.

²⁴ Brussel, 28 juni 2017 (Alken-Maes), *Competitio* 2018, afl. 1, 80-85. Zie hierover mijn kritische noot: J. Blockx, ‘Misbruik met mate: het Marktenhof oordeelt dat kleine overnames, zelfs van sterke bieren, de gezondheid van de mededinging niet kunnen schaden’, *Competitio* 2018, afl. 1, 85-89.

of de koper met een machtspositie op een bepaalde markt die zeggenschap over een andere onderneming op deze markt heeft verworven, *door dit gedrag* de mededinging op die markt wezenlijk heeft belemmerd' (mijn cursivering).²⁵ Het is dus wel degelijk de overname zelf die een misbruik van machtspositie kan vormen.

Overigens heeft de Belgische mededingingsautoriteit intussen, in navolging van het Towercast arrest wel voorlopige maatregelen aangenomen in een overname die de Belgische aanmeldingsdrempels niet bereikte.²⁶ Wordt dus ongetwijfeld vervolgd.

3.3. Relatie Towercast en interpretatie artikel 22 concentratieverordening

Ik sluit af met een bedenking over de coherentie van de aanpak van niet-aanmeldingsplichtige concentraties onder het geannoteerde arrest en het huidige beleid van de Commissie ten aanzien van artikel 22 van Verordening 139/2004. Dat artikel bepaalt dat nationale mededingingsautoriteiten de Commissie kunnen verzoeken om een concentratie te onderzoeken die de Europese aanmeldingsdrempels niet bereikt.

Deze bepaling werd oorspronkelijk ingevoerd in Verordening 4064/89 om een *ex ante* controle mogelijk te maken van concentraties in lidstaten, zoals Nederland, die geen voorafgaandelijke concentratiecontrole kenden. Ze werd daarom zelfs de 'Dutch clause' genoemd.²⁷ De versie van de bepaling in artikel 22 van Verordening 139/2004 verduidelijkt ook dat de verwijzing kan gebeuren zelfs als er geen aanmelding is gebeurd op nationaal niveau.²⁸

Artikel 22 werd zelden toegepast, maar gedurende lange tijd werden de opwaartse verwijzingsverzoeken minstens initieel ingediend door lidstaten waar de concentratie wel boven de aanmeldingsdrempels viel, alhoewel soms lidstaten zich voegden bij een verwijzingsverzoek voor een concentratie waarvoor ze zelf niet bevoegd waren.²⁹ Dit resulteerde in een praktijk waarbij enkel concentraties die minstens in één van de Europese lidstaten de concentratiedrempels haalden, verwezen werden naar de Commissie onder artikel 22 van de concentratieverordening. Zoals de Commissie verduidelijkt in haar mededeling over verwijzingen, was de logica van dergelijke verwijzingen dat daardoor concentraties die grensoverschrijdende effecten op de mededinging hebben (of waarvoor grensoverschrijdende oplossingen dienden gevonden te worden), op het supranationale niveau beoordeeld kunnen worden.³⁰

In 2021 besloot de Commissie echter dat deze praktijk niet langer gevolgd kon worden. In een nieuwe mededeling legt de Commissie uit dat er meer en meer overnames gebeuren van

²⁵ HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (Towercast), punt 52.

²⁶ Belgische mededingingsautoriteit, beslissing BMA-ABC-2023-V/M-XX van 22 juni 2023 (Verzoek om voorlopige maatregelen betreffende de overname van EDPNet door Proximus) (nog niet gepubliceerd).

²⁷ Zie Commissie, 'Staff working paper accompanying the Communication from the Commission to the Council Report on the functioning of Regulation No 139/2004', (COM(2009) 281 final), punt 133.

²⁸ Artikel 22, lid 1, tweede paragraaf, stelt immers dat de lidstaat het verzoek om verwijzing moet indienen 'binnen 15 werkdagen na de dag waarop de concentratie is aangemeld of, indien geen aanmelding vereist is, waarop de concentratie op andere wijze kenbaar is gemaakt aan de betrokken lidstaat'. Dit omvat echter ook vormen van concentratiecontrole waar de aanmelding vrijwillig is, zoals in het Verenigd Koninkrijk.

²⁹ Zie bijvoorbeeld de zaken M.5828 Procter & Gamble/Sara Lee Air Care en M.5969 SC Johnson/Sara Lee, waar het oorspronkelijke verwijzingsverzoek kwam van respectievelijk Duitsland en Spanje (die telkens bevoegd waren onder hun nationaal recht), maar andere lidstaten, waaronder het niet-bevoegde België zich daarbij aansloten.

³⁰ Commissie, *Mededeling van de Commissie betreffende de verwijzing van concentratiezaken*, PbEU C56, 5 maart 2005, 2-23.

bedrijven die weinig of geen omzet halen (en dus de aanmeldingsdrempels niet bereiken), maar die wel innovatieve producten ontwikkelen en daardoor tot een belangrijke marktspeler kunnen uitgroeien in de nabije toekomst.³¹ Dit vereist volgens de Commissie een evaluatie van het gebruik van omzeldrempels als criterium voor aanmeldingen van concentraties. Maar tegelijkertijd stelt de Commissie dat ze de praktijk voor opwaartse verwijzingen zal veranderen zodat de nationale mededingingsautoriteiten een verwijzing kunnen vragen ongeacht of de concentratie in kwestie de nationale aanmeldingsdrempels vervult.³² In toepassing van dit nieuwe beleid heeft de Commissie ook meteen een opwaartse verwijzing van Frankrijk van de overname van Grail door Illumina aanvaard, ondanks het feit dat die transactie in geen enkele lidstaat was aangemeld.³³ Het Gerecht van de Europese Unie bevestigde intussen dat een dergelijke verwijzing in overeenstemming met artikel 22 van Verordening 139/2004 is.³⁴

Dat betekent dat er momenteel dus twee verschillende manieren zijn waarop een concentratie die niet aangemeld moet worden onder de Europese en nationale omzeldrempels desondanks onderworpen kan worden aan een mededingingsonderzoek. Enerzijds is er de mogelijkheid voor nationale mededingingsautoriteiten om de Commissie te verzoeken de concentratie alsnog te beoordelen via een opwaartse verwijzing conform artikel 22 van de huidige concentratieverordening. Anderzijds laat het Towercast-arrest toe om de concentratie in een later stadium te beoordelen in het licht van artikel 102 VWEU.

Vanuit het perspectief van de coherentie van het Europese mededingingsrecht lijkt het me niet wenselijk dat deze twee mogelijkheden naast elkaar bestaan. Er is duidelijk een lacune in de *ex ante* concentratiecontrole, maar de Commissie en het Hof dienen een keuze te maken. Ofwel kunnen nationale mededingingsautoriteiten de verwijzing vragen van alle concentraties in lijn met Illumina/Grail, maar zijn concentraties achteraf niet meer onderworpen aan het misbruiktoezicht. Ofwel is zo'n misbruiktoezicht mogelijk conform Towercast maar dan dient artikel 22 van de huidige concentratieverordening gezien te worden als enkel een instrument om rekening te houden met grensoverschrijdende effecten van aan te melden concentraties (of grensoverschrijdende oplossingen daarvoor te zoeken). Een tussenoplossing zou erin kunnen bestaan om het ondernemingen de mogelijkheid te geven om hun concentratie vrijwillig aan te melden bij de Commissie om te vermijden dat ze achteraf onderworpen worden aan misbruiktoezicht. De lacune in de concentratiecontrole mag er echter niet toe leiden, om Ockhams scheermes te parafrasen, dat de mogelijke onderzoeksprocedures om dit op te lossen zomaar gedupliceerd worden: *inquisitiones non sunt multiplicandae praeter necessitatem*.

J. Blockx³⁵

³¹ Commissie, *Mededeling van de Commissie: handvatten voor de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de concentratieverordening op bepaalde categorieën zaken*, PbEU C 113, 31 maart 2021, 1-6, punt 9.

³² Commissie, *Handvatten voor de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de concentratieverordening op bepaalde categorieën zaken*, PbEU C 113, 31 maart 2021, 2-23, punt 11.

³³ Zaak M.10188 Illumina/Grail.

³⁴ Gerecht EU 13 juli 2022, T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447 (Illumina/Commissie). De zaak is nog hangende voor het Hof van Justitie.

³⁵ Jan Blockx is docent aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen.