

VU Research Portal

Hoe ver gaat rechtstreekse werking? Artikel 102 VWEU als toetsingsgrond van niet-meldingsplichtige concentraties door nationale mededingingsautoriteiten

Sauter, Wolf; Mulder, Jotte

published in

Markt en Mededinging
2023

DOI (link to publisher)

[10.5553/MenM/138762362023026004005](https://doi.org/10.5553/MenM/138762362023026004005)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Sauter, W., & Mulder, J. (2023). Hoe ver gaat rechtstreekse werking? Artikel 102 VWEU als toetsingsgrond van niet-meldingsplichtige concentraties door nationale mededingingsautoriteiten: HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (Towercast/Autorité de la concurrence). *Markt en Mededinging*, 26(4), 136-143. <https://doi.org/10.5553/MenM/138762362023026004005>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Annotatie

Hoe ver gaat rechtstreekse werking? Artikel 102 VWEU als toetsingsgrond van niet-meldingsplichtige concentraties door nationale mededingingsautoriteiten

HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (*Towercast/Autorité de la concurrence*)

Jotte Mulder en Wolf Sauter*

136

Inleiding

De uitspraken van het Gerecht in *Illumina/Grail* van juli 2022¹ en van het Hof van Justitie in *Towercast* van maart 2023² creëren nieuwe mogelijkheden voor de toetsing van concentraties die onder de nationale en Europese omzetrempels vallen. Deze nieuwe mogelijkheden betreffen voor niet-meldingsplichtige concentraties respectievelijk (1) de verwijzing naar de Europese Commissie door nationale mededingingsautoriteiten op grond van artikel 22 EG-concentratieverordening³ en (2) beoordeling als mogelijk misbruik van een economi-

sche machtspositie op basis van artikel 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU).⁴ In de Digitaalmarktenverordening (veelal aangehaald als DMA),⁵ die sinds 2 mei 2023 van toepassing is, is een verplichting opgenomen om alle concentraties waarbij poortwachters betrokken zijn in het digitale domein te melden om een artikel 22-verwijzing door de nationale mededingingsautoriteiten naar de Europese Commissie mogelijk te maken. Ten slotte heeft de Europese Commissie onder het mom van verlichting van de administratieve lasten recentelijk voorstellen gedaan voor het vereenvoudigd afdoen van bepaalde concentraties die boven de omzetrempels vallen.

* Mr. dr. Jotte Mulder is advocaat bij Pels Rijkken en verbonden aan de Universiteit Utrecht. Prof. mr. dr. Wolf Sauter is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Vrije Universiteit Amsterdam. Beide auteurs zijn redacteur van dit blad.

1 Gerecht 13 juli 2022, T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447 (*Illumina en Grail/Commissie*). Zie F. Roscam Abbing, 'Illumina/Grail en de zoektocht naar de heilige graal van de eeuwige jurisdictie', *M&M* 2022, afl. 5-6, p. 177-184.
2 HvJ EU 16 maart 2023, C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207 (*Towercast/Autorité de la concurrence*); concl. A-G Kokott 13 oktober 2022, C-449/21, ECLI:EU:C:2022:777 (*Towercast/Autorité de la concurrence*).
3 Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 over de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening) (*PbEU* 2004, L 24/1).

4 Zie ook N. Levy, A. Rimsa & B. Buzatu, 'The European Commission's new merger referral policy: A creative reform or unnecessary end to "bright-line" jurisdictional rules?', *European Competition and Regulatory Law Review* 2021, nr. 4, p. 363-379, op p. 369-371; A. Looijestijn-Clearie, C. Rusu & M. Veenbrink, 'In search of the holy grail? The Commission's new approach to Article 22 of the EU Merger Regulation', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2022, nr. 5, p. 550-571; E.H. Kim & M. Marquis, 'Illumina/GRAIL, Chapter 1: the unexpectedly broad merger control powers of the European Commission', *European Competition Law Review* 2023, nr. 4, p. 152-174; J. Mulder & W. Sauter, 'A new regime for below threshold mergers in EU competition law? The Illumina/Grail and Towercast judgments', *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad029>.
5 Art. 14 Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitaalmarktenverordening) (*PbEU* 2022, L 265/1).

Als resultaat van deze samenlopende ontwikkelingen lijkt zich dan ook een ingrijpende herschikking van de concentratiecontrole voor te doen. Die herschikking ziet in de eerste plaats op de door de Commissie gewenste behoefte aan effectief mededingingsrechtelijk toezicht op zogenoemde sluipmoordovernames (*killer acquisitions*), waarbij ondernemingen hun economische machtspositie bestendigen door kleine maar effectieve of bijzonder innovatieve (potentiële) concurrenten over te nemen. Dat tegelijkertijd sprake is van een vereenvoudiging van de afdoening van niet problematische overnames die boven de omzetrempels vallen, suggereert dat de Commissie voor mededingingsrechtelijk relevantere overnames, waaronder sluipmoordovernames, meer capaciteit vrij wil spelen.

De Europese rechters gaan in *Illumina/Grail* en *Towercast* mee in deze ontwikkeling, die ontegenzeggelijk een aantal voordelen heeft voor de bescherming van de mededinging en de betwistbaarheid van markten. Het voor de hand liggende nadeel van het toenemende aantal mogelijkheden voor concentratiecontrole dat hiermee wordt geopend is dat dit ten koste gaat van de rechtszekerheid en het eenloketsysteem (*one-stop-shop*-)begin-sel die tot nu toe kenmerkend waren voor het succes (en de aantrekkelijkheid) van de EU-concentratiecontrole-praktijk.

Omdat *Towercast* een controlemogelijkheid *ex post* (her)opent, geldt dit nadeel hier in nog sterkere mate dan in het kader van de nieuwe *ex-antemogelijkheden* op basis van artikel 22 EG-concentratieverordening. *Towercast* roept bovendien de vraag op of de structuur, het doel en de merites van concentratiecontrole in de Europese Unie (EU) gedurende de afgelopen 35 jaar verkeerd zijn begrepen en of het bestrijden van sluipmoordovernames voldoende redenen kan zijn om die uitgangspunten overboord te zetten. Ook kunnen sterke vraagtekens worden geplaatst bij de conceptuele benadering die het Hof van Justitie hanteert ten aanzien van het begrip rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU en de bevoegdheden die op basis van die rechtstreekse werking voor nationale mededingingsautoriteiten zouden bestaan.

Wij gaan hier in deze bijdrage nader op in, waarbij wij achtereenvolgens het juridisch kader en de feiten, de conclusie van de advocaat-generaal en de uitspraak van het Hof van Justitie behandelen, gevolgd door ons commentaar (inclusief de mogelijke consequenties voor Nederland), en een korte conclusie. De uitwerking van de bredere context van de veronderstelde herschikking van de concentratiecontrole die in deze inleiding kort is geschetst, laten wij voor een andere bijdrage.

Juridisch kader

De Uniewetgever heeft afzonderlijke mededingingsrechtelijke kaders opgezet voor de beoordeling van enerzijds gedrags- en anderzijds structurele mededingingseffecten: respectievelijk (1) Verordening (EG)

nr. 1/2003 ter uitvoering van artikel 101 en 102 VWEU;⁶ en (2) Verordening (EG) nr. 139/2004 ter controle van concentraties (de EG-concentratieverordening). In artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening staat uitdrukkelijk vermeld dat alleen die verordening van toepassing is op concentraties zoals omschreven in artikel 3, en dat Verordening (EG) nr. 1/2003 over de uitvoering van de mededingingsregels neergelegd in artikel 101 en 102 VWEU niet van toepassing is. De enige uitzondering zijn *joint ventures* zonder communautaire dimensie die betrekking hebben op de coördinatie van concurrentiegedrag van zelfstandige ondernemingen (welke coördinatie bij *joint ventures* mét communautaire dimensie overigens ook wordt getoetst aan artikel 101 VWEU, maar dan binnen het kader van de beoordeling van de fusiemelding onder de EG-concentratieverordening).

In *Towercast* is de uitleg van deze bepaling in het licht van de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU en de verdeling van het toezicht op gedrags- en structurele mededingingseffecten aan de orde. De oorsprong van deze verdeling gaat terug tot de roemruchte *Continental Can*-uitspraak uit 1973,⁷ waarin het Hof van Justitie voor het eerst oordeelde dat de Commissie artikel 102 VWEU rechtmatig kon toepassen op concentraties tussen ondernemingen.

Feiten

De uitspraak van het Hof van Justitie vindt zijn oorsprong in een beslissing van 16 januari 2020 van de Franse Mededingingsautoriteit (Autorité de la concurrence). In deze beslissing draait het om een klacht wegens misbruik van een economische machtspositie, die door *Towercast* in Frankrijk is ingediend tegen TDF Infrastructure Holding SAS vanwege de overname van hun beider concurrent Itas SAS. Volgens de klacht heeft de overname TDF in staat gesteld zijn dominante positie op de groothandelsmarkten voor digitale terrestrische televisiediensten sterk te versterken, zowel stroomopwaarts als stroomafwaarts. Dit zou komen doordat deze markten al sterk geconcentreerd waren op het moment van de concentratie: volgens *Towercast* waren op dat moment slechts drie bedrijven actief op deze markten (namelijk *Towercast*, *Itas* en *TDF*), waarbij *TDF* veruit het grootste marktaandeel had. Ondanks deze omstandigheden viel de overname onder de drempels van zowel de EG-concentratieverordening als het Franse fusiecontrolekader.

Eerder brachten de onderzoeksdiensten van de Franse Mededingingsautoriteit inderdaad punten van bezwaar uit tegen *TDF* op basis van een veronderstelde inbreuk op artikel 102 VWEU. De Franse Mededingingsautoriteit wees de klacht van *Towercast* echter uiteindelijk af om-

6 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 (*PbEU* 2003, L 1/1).

7 HvJ EG 21 februari 1973, 6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (*Europemballage Corporation en Continental Can Company Inc./Commissie*).

dat zij anders dan haar onderzoeksdiensten van mening was dat concentraties uitsluitend binnen het toepassingsgebied van de EG-concentratieverordening of nationale fusiecontrolekaders kunnen worden behandeld. Daarom zou artikel 102 VWEU niet van toepassing zijn op situaties waarin geen sprake is van mededingingsbeperkend gedrag dat zich afzonderlijk van de concentratie manifesteert. Towercast ging tegen deze afwijzende beslissing in beroep bij het Hof van Beroep van Parijs (Cour d'Appel de Paris). Dit Hof van Beroep heeft vervolgens een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld over de vraag of artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening de toepassing van artikel 102 VWEU door een nationale mededingingsautoriteit kan verhinderen, wanneer de concentratie onder de meldingsdrempels van de EG-concentratieverordening en nationale fusiecontrolevoorschriften valt en er geen verwijzing is gedaan op grond van artikel 22 EG-concentratieverordening.

Kort en goed, kan er op grond van Europees recht nog een ex-postbeoordeling van een concentratie plaatsvinden door een nationale mededingingsautoriteit wanneer er in het geheel geen ex-antetoetsing mogelijk was?

Conclusie van de advocaat-generaal

138

De conclusie van advocaat-generaal Kokott bespreekt hoofdzakelijk de status van het primaire recht van artikel 102 VWEU en de directe toepasselijkheid ervan. Zij concludeert dat artikel 102 VWEU een bepaling van primair recht is met directe toepasbaarheid en rechtstreekse werking. Op grond van de collisieregule *lex superior derogat legi inferiori* betekent dit voor de advocaat-generaal dat de praktische toepassing van artikel 102 VWEU per definitie niet kan worden beperkt door een norm van secundair recht zoals artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening.⁸ In dit verband merkt de advocaat-generaal op dat het feit dat de EG-concentratieverordening bedoeld is als het belangrijkste instrument voor de beoordeling van concentraties niet afdoet aan de rechtstreekse werking van artikel 101 en 102 VWEU,⁹ en dat er geen enkele nationale wet of praktijk is die daartoe in staat zou zijn vanwege de voorrang van het EU-recht.¹⁰ De advocaat-generaal bespreekt ook de bredere context van het EU-mededingingsrecht en het EU-fusiecontrolebeleid. Zij wijst in dat kader op de complementaire relatie tussen de twee stelsels waarbij de toepassing van artikel 102 VWEU kan bijdragen aan een effectieve bescherming van de mededinging op de interne markt, voor zover het concentraties betreft die ongewenst zijn vanuit het perspectief van mededingingsbeleid, maar onder de EU- en nationale meldingsdrempels vallen (de

8 Concl. A-G, *Towercast*, punt 33-39.

9 Concl. A-G, *Towercast*, punt 43.

10 Concl. A-G, *Towercast*, punt 36.

sluipmoordovernames op het gebied van internetdiensten, farmaceutische industrie en medische technologie). Volgens de advocaat-generaal moeten nationale autoriteiten in dergelijke gevallen een ex-postbeoordeling op grond van artikel 102 VWEU kunnen toepassen als laatste redmiddel.¹¹

Dit roept de vraag op naar de relevantie van de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie in *Continental Can*, en of er sprake kan zijn van parallelle of opeenvolgende toepassing van artikel 102 VWEU en de fusiecontrolevoorschriften, zoals toepassing van artikel 102 VWEU op een concentratie die al eerder ex ante is beoordeeld. Hier gaat advocaat-generaal Kokott ook op in. Volgens de advocaat-generaal is artikel 102 VWEU niet langer relevant in situaties waarin de EG-concentratieverordening reeds is toegepast: voor deze categorie gevallen hanteert zij de voorrang van de bijzondere regel met toepassing van het beginsel *lex specialis derogat legi generali*.¹² Hoewel artikel 102 VWEU ook dan nog steeds rechtstreekse werking heeft en rechtstreeks toepasbaar is, zou het volgens de advocaat-generaal daarom niet mogelijk zijn om een concentratie die is goedgekeurd onder de EG-concentratieverordening alsnog te kwalificeren als misbruik van een dominante positie.¹³ Vaststellen van misbruik in dergelijke gevallen zou vereisen dat er mededingingsbeperkende handelingen worden vastgesteld die verder gaan dan de uitvoering van de concentratie.

Volgens de advocaat-generaal zou deze wijze van toepassing, samen met de beperkte reikwijdte van artikel 102 VWEU, moeten bijdragen aan een verbetering van de effectiviteit van de bescherming van de mededinging, met minimale nadelige gevolgen voor de uitvoering van concentraties in de praktijk. Dit laatste geldt vooral omdat het een beperkt aantal gevallen betreft en de Commissie slechts bij wijze van uitzondering corrigerende maatregelen van structurele aard kan opleggen, waardoor in de regel de concentratie niet achteraf zal worden teruggedraaid.¹⁴

Arrest

In zijn uitspraak volgt het Hof van Justitie grotendeels de redeneringen van advocaat-generaal Kokott, zonder evenwel terug te grijpen op de noodzaak van effectieve handhaving van het mededingingsrecht. In plaats daarvan verwerpt het Hof van Justitie eenvoudigweg de propositie dat de rechtstreekse werking van een bepaling van primair recht ooit kan worden uitgesloten door een vorm van secundaire wetgeving. Het Hof van Justitie aanvaardt dat de bewoordingen en de wetgevingsgeschiedenis van artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening, evenals de doelstellingen en de algemene opzet

11 Concl. A-G, *Towercast*, punt 48.

12 Concl. A-G, *Towercast*, punt 59.

13 Concl. A-G, *Towercast*, punt 60.

14 Concl. A-G, *Towercast*, punt 63. De A-G verwijst naar art. 7 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

van deze verordening, die beogen deze te positioneren als het enige procedurele instrument dat van toepassing is op voorafgaande gecentraliseerde beoordelingen van concentraties in een eenloketsysteem. Dit betekent echter volgens het Hof van Justitie nog niet dat de EU-wetgever de nationale autoriteiten daarmee de mogelijkheid heeft willen ontnemen om een concentratie te controleren op basis van artikel 102 VWEU:

‘Uit het feit dat verordening nr. 139/2004 wegens het bij deze verordening ingevoerde “eenloketsysteem” – zoals blijkt uit overweging 8 van die verordening – een specifiek procedureel instrument vormt dat uitsluitend van toepassing behoort te zijn op concentraties van ondernemingen die gepaard gaan met ingrijpende structuurveranderingen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat, kan niet worden afgeleid dat de Uniewetgever de toetsing van een concentratie aan artikel 102 VWEU op nationaal niveau zonder voorwerp heeft willen maken.’¹⁵

Daarom is de EG-concentratieverordening volgens het Hof van Justitie alleen van toepassing op concentraties met een communautaire dimensie en kunnen bepaalde concentraties die aan ex-antecontrole ontsnappen, aan ex-postcontrole worden onderworpen, zij het enkel door nationale mededingingsautoriteiten.¹⁶

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de gevolgen van het feit dat artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening uitdrukkelijk de toepassing van Verordening (EG) nr. 1/2003 – en daarmee van artikel 5 daarvan dat nationale mededingingsautoriteiten machtigt om artikel 101 en 102 VWEU toe te passen – uitsluit voor concentraties zoals omschreven in artikel 3 EG-concentratieverordening, ongeacht of deze een communautaire dimensie hebben. Vanwege artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening dient ‘namelijk precies het procesrecht van de lidstaten te worden toegepast op concentraties met een niet-communautaire dimensie’.¹⁷ Het Hof van Justitie wijst erop dat het verbod van artikel 102 VWEU rechtstreekse werking heeft: het is voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk en nationale mededingingsautoriteiten kunnen artikel 102 VWEU toepassen ‘door gebruik te maken van hun eigen procedurevoorschriften’.¹⁸ Daarom zou geen noodzaak bestaan om op basis van secundaire wetgeving de toepassing ervan mogelijk te maken door nationale autoriteiten en rechtbanken.

Dit betekent volgens het Hof van Justitie echter niet dat een loutere constatering dat een concentratie die onder de drempelwaarde blijft een machtspositie versterkt, voldoende is voor de vaststelling van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU. Onder verwijzing naar de arresten *Continental Can* en *Compagnie maritime belge*

(2000),¹⁹ stelt zij dat de mate van dominantie die daarvoor wordt bereikt, de mededinging ‘wezenlijk’ moet belemmeren, wat betekent dat slechts ondernemingen die ‘afhankelijk’ zijn van de dominante onderneming op de markt blijven.²⁰

Het Hof van Justitie oordeelt dat artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening een nationale mededingingsautoriteit dan ook niet belet om een concentratie als misbruik van een dominante positie op grond van artikel 102 VWEU te beschouwen in het licht van de structuur van een nationale markt, als (1) die concentratie geen Unierechtelijke dimensie heeft, (2) onder de nationale drempelwaarde voor ex-antefusiecontrole valt, en (3) niet is doorverwezen naar de Commissie op grond van artikel 22 EG-concentratieverordening.²¹

Commentaar

Dit arrest geeft aanleiding tot een aantal algemene observaties en een kritische noot.

Beperkte gevolgen voor de praktijk

Het kunnen toepassen van artikel 102 VWEU op concentraties die buiten het bereik van concentratiecontrole vallen omdat ze onder de toepasselijke omzetz drempels blijven, maakt het voor nationale mededingingsautoriteiten mogelijk om dergelijke concentraties te beoordelen op basis van hun (daadwerkelijke of potentiële) schadelijke effecten op de mededinging. Op basis van de uitspraak in *Towercast* kunnen nationale mededingingsautoriteiten daarom op het eerste gezicht schadelijke concentraties beoordelen, zonder de noodzaak om eerst meldingsdrempels te verlagen. Die laatste route zou een aanzienlijke toename van meldingsplichtige concentraties met zich brengen, maar zou – voor zover het gaat om de Europese drempels – daaraan voorafgaand ook een tijdrovend wetgevingsproces en unanimitieit in de Raad vergen.

De Belgische mededingingsautoriteit (BMA) legde onlangs voorlopige conserverende maatregelen op om de overname door Proximus van concurrent EDPnet nader te kunnen analyseren als mogelijk misbruik van machtspositie en beriep zich daarbij op *Towercast*.²² In de praktijk lijkt echter de potentieel toegevoegde waarde van de *Towercast*-route vooralsnog toch nog van vrij beperkte betekenis, ook met betrekking tot de beleidsmatige wens om sluipmoordovernames aan te pakken. Om on-

15 *Towercast*, r.o. 37.

16 *Towercast*, r.o. 41.

17 *Towercast*, r.o. 48.

18 *Towercast*, r.o. 50.

19 *Continental Can*, r.o. 26; en HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132 (*Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie*), r.o. 113.

20 *Towercast*, r.o. 52.

21 *Towercast*, r.o. 53 en 63.

22 Gedurende vijftien maanden geldt het volgende: (1) de levensvatbaarheid, marktwaarde en concurrentiekracht van EDPnet moeten worden gewaarborgd; (2) de activiteiten van Proximus en EDPnet moeten gescheiden blijven; en (3) Proximus mag geen toegang krijgen tot vertrouwelijke informatie van EDPnet. Beslissing nr. ABC-2023-RPR-17 van 21 juni 2023 onder toepassing van art. IV.73 CDE in zaak nr. CONC-RPR-23/0002. Verzoek om voorlopige maatregelen.

der het verbod te vallen moet de concentratie volgens het Hof van Justitie immers leiden tot een versterking van een bestaande machtspositie en een wezenlijke beperking van de mededinging zodat slechts ondernemingen die afhankelijk zijn van de dominante onderneming op de markt zouden overblijven. Het bereik van de toets is daarmee een stuk beperkter dan de toets die kan worden uitgevoerd op basis van de EG-concentratieverordening. Op basis van de verordening kan immers ook de creatie van een machtspositie of een significante belemmering van de mededinging al voldoende zijn voor een verbod.

Als het gaat om sluipmoordovernames van bedrijven (of hun intellectuele-eigendomsrechten) in een zeer vroeg stadium van hun ontwikkeling zal aan het vereiste van het Hof van Justitie, dat ten gevolge van de concentratie in de relevante markt alleen nog ondernemingen blijven bestaan die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming, ook niet snel voldaan worden. In dat opzicht zou het nog interessant kunnen zijn om te overwegen of een reeks (niet-beoordeelde) overnames gezamenlijk misbruik zou kunnen opleveren.²³ Bijvoorbeeld een groeistrategie die is gericht op ‘kralen rijgen’, waarbij een dominante partij structureel andere kleinere concurrenten overneemt, zou in dit kader beoordeeld kunnen worden (weliswaar pas vanaf het moment dat de overnemende partij over een economische machtspositie is komen te beschikken). Wel biedt het gebruik van de mogelijkheid van artikel 22 EG-concentratieverordening, zoals mogelijk gemaakt door *Illumina/Grail*, een mogelijk alternatief voor mededingingsautoriteiten om op zichzelf staande sluipmoordovernames aan te pakken, met name daar waar minder aannemelijk is dat aan de afhankelijkheidseis wordt voldaan en/of niet aantoonbaar sprake is van een al bestaande machtspositie. In dit opzicht zijn de *Illumina/Grail*- en *Towercast*-routes geen pure alternatieven maar complementair.

In dit verband is nog relevant om op te merken dat de feiten van *Towercast* dateren van voor de ‘nieuwe toepassing’ van artikel 22 EG-concentratieverordening. Op die basis zou kunnen worden gesuggereerd dat de Franse mededingingsautoriteit inmiddels van de *Illumina/Grail*-verwijzingsbevoegdheid gebruik had kunnen maken en er dus geen noodzaak meer zou bestaan voor de *Towercast*-route. Die lezing wordt door ons niet gedeeld. *Towercast* is door het Hof van Justitie geclausuleerd voor uitzonderlijke situaties waarbij sprake is van een concentratie die speelt binnen een (sub)nationale markt waar sprake is van een bestaande dominante speler. Dat is niet het soort situaties waarvoor de beleidswijziging van de Commissie ten aanzien van artikel 22 lijkt te zijn bedoeld, temeer niet omdat de verwijzingsbevoegdheid ziet op situaties waar er geen effectief mededingingsrechtelijk toezicht mogelijk is. Op basis van *Towercast*

zou dat nu juist wel bestaan in de vorm van een toepassing van artikel 102 VWEU. Het is dan ook maar de vraag of de verwijzing van een onwenselijke concentratie onder artikel 22 EG-concentratieverordening die ook door toepassing van de *Towercast*-route zou kunnen worden geredimeerd, door de Commissie zou worden geaccepteerd. Daarnaast speelt hier nog het vereiste van een interstatelijk effect voor een artikel 22 EG-concentratieverordening-verwijzing, weliswaar een lage drempel.

Samenhang met de DMA

De mogelijkheid om artikel 102 VWEU toe te passen op niet-meldingsplichtige concentraties is niet alleen een interessante aanvulling op de concentratiecontrole-regels maar kan ook een rol gaan spelen in de uitvoering van de DMA. Zoals we in de inleiding al noemden, moeten volgens artikel 14 lid 1 DMA, poortwachters in de zin van artikel 3 DMA de Commissie informeren over al hun voorgenomen concentraties, zowel meldingsplichtige als niet-meldingsplichtige. Op basis van artikel 14 lid 4 DMA zal de Commissie dergelijke informatie overdragen aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Dit stelt de lidstaten in staat om te beslissen of zij gebruik willen maken van artikel 22 EG-concentratieverordening voor sommige van deze concentraties. Met *Towercast* in de hand kunnen nationale mededingingsautoriteiten er ook voor kiezen om in plaats daarvan artikel 102 VWEU toe te passen.

Het is aannemelijk dat deze nieuwe constellatie verder zal bijdragen tot de noodzaak van intensieve contacten over concentraties beneden de omzeldrempels tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten.

Efficiëntie of effectieve handhaving

De gevolgen van *Towercast* voor de praktijk lijken op het eerst gezicht te overzien vanwege de strikte voorwaarden die het Hof van Justitie heeft geformuleerd. In een bredere context geplaatst zijn de consequenties voor de toepassing van het mededingingsrecht omvangrijker en bezien vanuit een systematisch Europeesrechtelijk perspectief zijn er behoorlijk wat kritische kanttekeningen te plaatsen bij de overwegingen van het Hof van Justitie. Voor het eerst sinds de invoering van EU-fusiecontrole in 1989 herzielt de uitspraak in *Towercast* namelijk het systeem gebaseerd op drempels en het gecentraliseerde eenloketsysteem voor ex-antecontrole. Verordening (EG) nr. 1/2003 is door de Uniewetgever expliciet niet van toepassing gemaakt op concentraties in de zin van artikel 3 EG-concentratieverordening. De letterlijke tekst van artikel 21 lid 1 EG-concentratieverordening laat – anders dan het Hof van Justitie aanneemt – er geen twijfel over bestaan dat concentraties in de zin van de verordening niet onderhevig kunnen zijn aan ex-posttoezicht door de Commissie of nationale mededingingsautoriteiten op grond van artikel 102 VWEU. Deze keuze van de EU-wetgever voor exclusief ex-ante-toezicht op concentraties, inclusief meldings- en *standstill*verplichtingen (en dus ook uitsluiting van ex-post-(gedrags)toezicht), is een logische geweest. Een ex-post-

23 Voor zover het hier niet gaat om transacties die ‘zodanig nauw verweven zijn dat de ene transactie niet zou zijn gesloten zonder de andere’ waardoor sprake zou kunnen zijn van één concentratie in de zin van art. 3 en art. 5 lid 2 tweede alinea EG-concentratieverordening.

beoordeling van concentraties op grond van artikel 102 VWEU zou afbreuk kunnen doen aan het belang van de efficiëntie van het stelsel voor de beoordeling van concentraties en het belang van rechtszekerheid voor de markt. Bedrijven moeten binnen een redelijke termijn zekerheid kunnen krijgen of de transactie die zij voor ogen hebben, de toets van het mededingingsrecht kan doorstaan. Uitzonderingen op ex-antemededingingstoezicht kunnen deze rechtszekerheid in gevaar brengen. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat efficiëntie niet zaligmakend is en dat de balans kennelijk begint te verschuiven in de richting van een effectievere handhaving van het mededingingsrecht.

Een verdere nuancering van deze zorg betreft, naast het gegeven dat de situaties waarvoor *Towercast* zou kunnen worden ingezet beperkt zijn, dat dit een vorm van onzekerheid is die in vergelijkbare mate bestaat ten aanzien van de concentratiecontroleregimes in bijvoorbeeld de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. In deze landen heeft men daarmee blijkbaar goed weten om te gaan – hoewel de mogelijkheden om daar ex post in te grijpen van beperkte duur zijn, hetgeen niet geldt voor de toepassing van artikel 102 VWEU.

Hoe ver gaat de rechtstreekse werking?

De redenering van het Hof van Justitie dat artikel 102 VWEU rechtstreekse werking heeft en daarom aan nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid en verplichting kan geven om niet-meldingsplichtige concentraties te beoordelen, lijkt echter onvoldoende doordacht.

Verordening (EG) nr. 1/2003 machtigt expliciet de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten (op basis van art. 5) om artikel 101 en 102 VWEU toe te passen in individuele gevallen. Verordening (EG) nr. 1/2003 vormt dus de juridische basis voor de toepassing van deze artikelen door de Commissie en nationale autoriteiten. In ieder geval tot nu toe hebben de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten hun bevoegdheden niet ontleend aan het VWEU of aan de rechtstreekse werking van artikel 101 en 102 VWEU. De Commissie heeft overigens ook helemaal geen bevoegdheden die buiten Verordening (EG) nr. 1/2003 om zouden kunnen worden ingezet voor de toepassing van artikel 102 VWEU, hetgeen de wonderlijke situatie creëert dat nationale autoriteiten wel bevoegdheden kunnen ontleenen aan de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU maar de Commissie niet.

Het Hof van Justitie oordeelt dat nationale autoriteiten artikel 102 VWEU kunnen toepassen ‘door gebruik te maken van hun eigen procedurevoorschriften’,²⁴ maar zoals ook het geval is voor de ACM verwijzen die procedurevoorschriften veelal ook naar Verordening (EG) nr. 1/2003 voor zover het gaat over de toepassing van artikel 102 VWEU. Daarnaast negeert en miskent het Hof van Justitie artikel 104 VWEU dat bepaalt dat de autoriteiten van de lidstaten beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en het misbruik

maken van een machtspositie in overeenstemming met het nationale recht en artikel 101 en 102, ‘[t]ot op het tijdstip van inwerkingtreding van de voorschriften, op grond van artikel 103 vastgesteld’, waarmee bedoeld wordt de uitvoeringsvoorschriften van Verordening (EG) nr. 1/2003 en de EG-concentratieverordening. De nationale autoriteiten zijn na de inwerkingtreding van deze verordeningen dus helemaal niet meer bevoegd om (louter) op basis van nationale procedurevoorschriften artikel 101 en 102 VWEU toe te passen. Dit geldt evenzeer voor de nationale mededingingsautoriteiten als voor andere nationale autoriteiten, zoals sectorspecifieke toezichthouders.

Het Hof van Justitie overweegt dat artikel 102 VWEU een ‘rechtstreeks werkende bepaling is waarvan de toepassing niet afhangt van de voorafgaande vaststelling van een procedureverordening’,²⁵ maar dat geldt niet voor de handhavingsbevoegdheden van nationale mededingingsautoriteiten die artikel 102 VWEU willen toepassen: die ontleenen hun bevoegdheden doorgaans wel degelijk aan nadere regelgeving. Om uitvoering te kunnen geven aan *Towercast* moeten zij in ieder geval op nationaal niveau een grondslag hebben om handhavingsbevoegdheden in te zetten, die niet gebaseerd is op Verordening (EG) nr. 1/2003.

Het concept rechtstreekse werking is volgens ons nog niet eerder toegepast om op deze wijze aan een nationale mededingingsautoriteit bevoegdheden te verlenen. Rechtstreekse werking brengt mee dat lidstaten geen maatregelen mogen nemen die rechtstreeks indruisen tegen de betreffende bepalingen van Unierecht, ongeacht of dit primair of secundair Unierecht betreft. Maar het brengt niet mee dat nationale autoriteiten (zonder nadere grondslag in het nationale recht die weer zijn grondslag vindt in het Unierecht) bevoegd zouden zijn repressief op te treden tegen gedragingen van justitiabelen waarvan zij menen dat deze strijdig zijn met rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht.

Rechtstreekse werking is als concept binnen het Europese recht immers geïntroduceerd door het Hof van Justitie om ervoor te zorgen dat bepaalde centrale Europese rechtsnormen direct inroepbaar zijn in nationale rechtssystemen, zonder dat daartoe verdere (omzetting)wetgeving nodig is. Dit dient in het bijzonder om ervoor te zorgen dat individuen zich rechtstreeks kunnen beroepen op deze Europese rechtsnormen voor nationale rechtbanken.²⁶ In de context van het mededingingsrecht moet dan vooral worden gedacht aan de Europese rechtspraak over civiele handhaving en vorderingen tot vergoeding van kartelschade.²⁷

²⁴ *Towercast*, r.o. 50.

²⁵ *Towercast*, r.o. 44, onder verwijzing naar HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska Industrial Solutions e.a.*), r.o. 24 en de daar aangehaalde rechtspraak.

²⁶ HvJ EG 16 december 1976, 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral*), r.o. 5; HvJ EG 9 maart 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmenthal*), r.o. 16; en HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame e.a.*), r.o. 19.

²⁷ HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage en Crehan*); HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi e.a.*); HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:

In dat verband is nog van belang dat het Hof van Justitie in *Aircargo* (2021) heeft geoordeeld dat de nationale rechter op grond van de rechtstreekse werking zonder meer bevoegd is tot toepassing van die onderdelen van artikel 101 VWEU die geen nadere uitwerking behoeven – met andere woorden met uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU.²⁸ Veel eerder heeft het Hof van Justitie in *Saeed Flugreisen* al geoordeeld dat artikel 102 VWEU rechtstreekse werking heeft, ook in situaties waarin nog geen uitvoeringsverordening is vastgesteld.²⁹ Het concept van rechtstreekse werking is dus van belang omdat het de burgers van lidstaten in staat stelt om hun rechten te handhaven en om de nationale autoriteiten aan te spreken wanneer deze het Europese recht niet naleven. Het zorgt daarmee voor een directe en effectieve bescherming van de rechten die voor burgers voortvloeien uit het Europese recht. Dit zou *Towercast* dus inderdaad in staat moeten stellen om aan een nationale civiele rechter voor te leggen dat een overname misbruik van een economische machtspositie oplevert op basis van artikel 102 VWEU. Tot zover is dit ook in lijn met de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie.

Creatieve oplossing of expliciete bevoegdheidsattributie?

Niet in te zien is echter hoe het concept rechtstreekse werking zoals uitgelegd in het *Towercast*-arrest *ipso facto*, zonder verdere grondslag, zou kunnen leiden tot een aanvulling van de handhavingsbevoegdheden van nationale mededingingsautoriteiten, die tot nu toe alleen door de nationale wetgever kunnen worden gemachtigd tot het uitvoeren van Europees recht – en in beginsel niet meer na de vaststelling van verordeningen op basis van artikel 103 VWEU. Het arrest bevat hierover ook geen overwegingen anders dan verwijzingen naar eigen nationale procedurevoorschriften waarvan het bestaan of de beschikbaarheid kennelijk wordt verondersteld – op zichzelf overigens ook een aanwijzing dat het bestaan daarvan als noodzakelijk wordt beschouwd.

Een en ander zou nog wel eens kunnen leiden tot een creatieve lezing van de bestaande grondslagen voor de inzet van handhavingsbevoegdheden. In de Mededingingswet (Mw) is dit voor zover hier relevant geregeld in artikel 88 en 89 Mw. Artikel 88 Mw merkt de ACM aan als de autoriteit:

‘voor Nederland in de zin van verordening 1/2003 en als bevoegde autoriteit in de zin van verordening 139/2004 en oefent de krachtens de verordeningen op grond van artikel 103 van het Verdrag bestaande bevoegdheid uit om de artikelen 101 en 102 van het Verdrag toe te passen, alsmede de krachtens artikel 104 van het Verdrag bestaande bevoegdheid om te

beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsafspraken en over het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt’.

Artikel 89 Mw bepaalt vervolgens dat de ACM ‘[t]er zake van de uitoefening van de in artikel 88 bedoelde bevoegdheden’ hoofdstukken 6 en 7 Mw kan toepassen (de handhavings- en sanctiebevoegdheden).

Daarmee verkrijgt de ACM dus de bevoegdheden van Verordening (EG) nr. 1/2003 en de EG-concentratieverordening die op basis van artikel 103 VWEU expliciet zijn vastgesteld met het oog op onder meer ‘de verhouding (...) tussen de nationale wetgevingen enerzijds en de bepalingen van [artikel 101 en 102 VWEU] anderzijds’. In het geval van een *Towercast*-situatie moet de ACM artikel 102 VWEU echter toepassen zonder gebruik te maken van Verordening (EG) nr. 1/2003. Een ruime lezing van het in artikel 88 Mw genoemde artikel 104 VWEU zou in dat geval soelaas kunnen bieden. Daarin staat:

‘Tot op het tijdstip van inwerkingtreding van [verordening 1/2003 en verordening 139/2004], beslissen de autoriteiten van de lidstaten over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een machtspositie op de interne markt, in overeenstemming met hun nationale recht’.

Aangezien het Hof van Justitie heeft besloten dat de EG-concentratieverordening geen afbreuk kan doen aan de mogelijkheid voor mededingingsautoriteiten om artikel 102 VWEU toe te passen op concentraties die onder de meldingsdrempels blijven, zou kunnen worden argumenteerd dat daarmee de algemene bevoegdheid herleeft voor de ACM om voor de handhaving van artikel 102 VWEU de bevoegdheden in hoofdstukken 6 en 7 Mw in te zetten. Elke andere lezing zou immers afbreuk kunnen doen aan de uitspraak van het Hof van Justitie in *Towercast* en daarmee aan de effectieve werking van artikel 102 VWEU. Een spanning bestaat dan nog wel met artikel 24 lid 2 Mw waarin simpelweg staat: ‘Het tot stand brengen van een concentratie (...) wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie’. Het zou in de rede liggen dit artikel aan te passen of te schrappen.

Hoewel hiermee voor wat de ACM betreft dus wellicht een creatieve oplossing via de band van artikel 104 VWEU (en art. 89 Mw) mogelijk lijkt, moet deze uitspraak (in den brede) wellicht eerder worden beschouwd als een impliciete suggestie aan nationale wetgevers om toepassing van artikel 102 VWEU op niet-meldingsplichtige concentraties mogelijk te maken op grond van nationale wetgeving. Dit kan er namelijk voor zorgen dat de EU-rechtelijke dimensie van de bevoegdheid die *Towercast* al levert op een draagkrachtige wijze expliciet gekoppeld wordt met de nationale bevoegdheidsattributie die nodig is om het systeem van mededingingsrechtshandhaving door nationale mededingingsautoriteiten tot een werkend en effectief geheel te smeden.

EU:C:2011:389 (*Pfleiderer*); HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 (*Donau Chemie e.a.*).

28 HvJ EU 11 november 2021, C-819/19, ECLI:EU:C:2021:904 (*Stichting Cartel Compensation en Equilib Netherlands BV/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV e.a.*).

29 HvJ EG 11 april 1989, 66/86, ECLI:EU:C:1989:140 (*Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro*), r.o. 32.

Conclusie

Het zijn roerige tijden op het gebied van de concentratiecontrole, als gevolg van een samenloop van acties van het Hof van Justitie en de Commissie, alsook de Europese wetgever. Op zich zijn de stappen die tot dusver gezet zijn in de rechtspraak beperkt. Gekoppeld aan een actieve inzet van artikel 22 EG-concentratieverordening, ook in het kader van de DMA, zal in de nabije toekomst het speelveld voor het ontstaan of versterken van machtsposities ook in Nederland toch sterk kunnen veranderen. Op nationaal niveau lijken deze ontwikkelingen in Nederland overigens ook weerklank te vinden, waar de ACM zich eerder ook voegde bij het verwijzingsverzoek op basis van artikel 22 EG-concentratieverordening over *Illumina/Grail*. Na *Towercast* zal zelfs het schrappen van nationale beperkingen op het toezicht op concentraties moeten worden overwogen.

Als we ons concentreren op de reikwijdte van de rechtstreekse werking die het Hof van Justitie aanneemt in *Towercast* past een kritische noot, omdat het lijkt alsof hier bij wijze van *novum* direct bevoegdheden aan nationale mededingingsautoriteiten worden toegeschreven, waarbij het Hof van Justitie simpelweg aanneemt dat de autoriteiten hieraan uitvoering kunnen geven op basis van hun eigen procedurevoorschriften. Artikel 103 VWEU staat aan dergelijke autonome nationale bevoegdheden echter juist in de weg. Rechtstreekse werking van het mededingingsrecht ligt voor dergelijke autoriteiten dan ook heel anders dan ten aanzien van nationale rechters op wie justitiabelen direct een beroep kunnen doen.

Towercast lijkt ons daarom een wankel basis voor een eigenstandige bevoegdheid voor nationale mededingingsautoriteiten tot het beoordelen van niet-meldingsplichtige concentraties op grond van artikel 102 VWEU – en meer in het algemeen voor bevoegdheden van nationale autoriteiten op grond van rechtstreeks werkende Verdragsbepalingen. Hier is het laatste woord vast nog niet over gesproken en wellicht dat de aanstaande algemene herziening van Verordening (EG) nr. 1/2003 ook op dit punt zou kunnen leiden tot een verduidelijking van de bevoegdheidsverdeling.

Een praktische oplossing van het concrete probleem dat *Towercast* oproept, is ondertussen te vinden in het spiegelbeeld van de Europeesrechtelijke rechtstreekse werking die daarin wordt aangenomen voor artikel 102 VWEU door alsnog de expliciete nationale bevoegdheidsattributie ten aanzien van nationale mededingingsautoriteiten in te voeren, die deze rechtstreekse werking effectief kan doen zijn. Het resultaat is dat sluipmoordovernames effectiever kunnen worden tegengegaan. Dat is op zichzelf winst, en past in de klimaatverandering ten aanzien van mededingingsbeperkingen die in de EU – zo niet wereldwijd – lijkt door te zetten.