

339. Samenwerking tussen Commissie en NMA's in concentratiezaken: verwijzingen en andere samenwerkingsvormen

MR. E. OUDE ELFERINK EN MR. M.O.G. TEMME

Dit artikel beschrijft de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan op het vlak van verwijzingen binnen het concentratiecontrolesysteem van de Europese Unie sinds 2016. In de afgelopen drie jaar heeft zich buiten het kader van formele verwijzingsmechanismen een trend ontwikkeld van coördinatie tussen de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten, en tussen die laatstgenoemde autoriteiten onderling. Daarnaast trachten nationale mededingingsautoriteiten besluitvorming in Brussel vaak gezamenlijk op informele wijze te beïnvloeden, en ondersteunen lidstaten verwijzingsverzoeken op grond van art. 22 van de concentratiecontrolerverordening. De politieke ontwikkelingen ten aanzien van het al dan niet wijzigen van die verordening komen in dit artikel ook aan de orde.

Inleiding

In het artikel 'Verwijzing van concentratiezaken door en naar de Europese Commissie' dat wij in 2016 in dit tijdschrift publiceerden,¹ werden de verwijzingsmechanismen bedoeld in de concentratiecontrolerverordening ('Covo')² kort beschreven en in hun historische context geplaatst. Mede op basis van statistieken beschreven wij in welke mate in de praktijk gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van verwijzing, en hoe kansrijk verzoeken daartoe zijn. Daarnaast plaatsten wij kritische opmerkingen over de toepassing van het criterium van de 'meest geschikte autoriteit' en gingen wij in op de aanstaande wijzigingen van de Covo die op de verwijzingsmechanismen een weerslag zouden kunnen hebben.

Relevante ontwikkelingen met betrekking tot verwijzingen binnen het concentratiecontrolesysteem van de EU sinds 2016

Het onderhavige artikel bouwt voort op de eerdere publicatie en behandelt de ontwikkelingen die zich op dit gebied

sindsdien hebben voorgedaan. In het bijzonder komt aan bod de toename van interactie tussen nationale mededingingsautoriteiten in het kader van concentratiecontrole, zowel onderling als met de Europese Commissie ('Commissie').³

Ondernemingen die bij een concentratie met EU-dimensie⁴ betrokken zijn, kunnen ten aanzien van concentratietoezicht in de Europese Unie ('EU') gebruik maken van het één-loket-beginsel, waarbij de Commissie het loket is.⁵ Geen van de nationale mededingingsautoriteiten ('NMA's') van de Europese Unie behoeft in geval van jurisdictie van de Commissie door betrokken ondernemingen over de concentratie te worden geïnformeerd.⁶ Onder omstandigheden is het overigens wel mogelijk dat ten aanzien van dezelfde transactie(s) eveneens een melding nodig is in een van de lidstaten waar ook minderheidsdeelnemingen onder het concentratiecontroleregime vallen, zoals Duitsland,

3 De statistieken waarop dit artikel zijn gebaseerd zijn ontleend aan de website van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

4 De Covo zelf hanteert nog de term 'communautaire dimensie'. Op grond van art. 1 lid 2 Covo is er sprake van een EU-dimensie wanneer alle betrokken ondernemingen in het laatste boekjaar gezamenlijk een totale wereldwijde omzet van meer dan 5 miljard euro hebben behaald en de omzet van ten minste twee betrokken ondernemingen in dat jaar ten minste 250 miljoen euro bedroeg. Ook indien een concentratie niet aan deze drempels voldoet, kan er nog steeds sprake zijn van een concentratie met een EU-dimensie, voor zover aan de voorwaarden van art. 1 lid 3 Covo is voldaan.

5 Overweging (8) Covo.

6 De lidstaten worden wel geïnformeerd indien en zodra de Commissie een melding heeft ontvangen. In beginsel wordt een elektronische kopie verschaft. Op die manier kunnen lidstaten beoordelen of een verwijzing door de Commissie aangewezen is.

1 E. Oude Elferink, 'Verwijzing van concentratiezaken door en naar de Europese Commissie', in: *Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2016, p. 55.

2 Verordening nr. 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 2004, L 14, p. 1.

Oostenrijk en Polen. De hierna nader te bespreken *E.ON/RWE*-zaak is daarvan een voorbeeld.⁷

Indien bij een concentratie geen sprake is van een EU-dimensie, staat het NMA's vrij om nationale regels omtrent concentratiecontrole toe te passen. Het is in dat geval daarom ook mogelijk dat er meerdere NMA's tegelijk bevoegd zijn.

De Covo kent vier verwijzingsmechanismen. De verwijzingsregels zijn opgenomen in art. 4(4), 4(5), 9 en art. 22 Covo en vinden hun grondslag in het subsidiariteitsbeginsel.⁸ De art. 4(4) en 9 Covo⁹ hebben betrekking op de verwijzing van een concentratie met een EU-dimensie door de Commissie naar een lidstaat. Art. 4(5) en 22 Covo betreffen de spiegelbeeldige verwijzing van concentraties zonder EU-dimensie door een lidstaat, of meerdere lidstaten, naar de Commissie.¹⁰

De verwijzingen op initiatief van bij de betreffende concentratie betrokken ondernemingen op grond van art. 4(4) en 4(5) Covo geschieden vóór notificatie van een concentratie (*pre-notificatie*). De verwijzingen op initiatief van de lidstaten op grond van art. 9 en 22 Covo¹¹ lenen zich eerst voor toepassing, nadat er een concentratiemelding bij de Commissie is gedaan of bij één of meer NMA's (*post-notificatie*).

Om de verwijzingsartikelen te kunnen toepassen, moet aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan. De *materiële*¹² voorwaarden hebben betrekking op de vraag welke concentraties überhaupt kunnen worden doorverwezen en betreffen de aard van de concentratie en de relevante markt.¹³ Op grond van art. 9 lid 2 onder a) Covo bijvoorbeeld, kan een verwijzing plaatsvinden door de Commissie naar een lidstaat wanneer de concentratie in significante mate gevol-

gen dreigt te hebben voor de mededinging op een markt, de betrokken markt in de verzoekende lidstaat is gelegen en alle kenmerken van een afzonderlijke markt vertoont. De Commissie heeft hier een discretionaire bevoegdheid. Indien de betrokken lidstaat ook nog kan aantonen dat de relevante markt geen wezenlijk deel van de gemeenschappelijke (Europese) markt vormt, is de Commissie op grond van art. 9 lid 2 onder b) Covo *verplicht* de zaak te verwijzen.¹⁴

Qua materiële voorwaarden valt daarnaast op dat art. 4(4) Covo betreffende pre-notificatie verzoeken van de betrokken ondernemingen om een verwijzing naar een NMA een zekere mate van zelfbeschuldiging vereist: namelijk de noodzaak om te stellen dat de concentratie in één of meer lidstaten in significante mate gevolgen zal hebben voor de mededinging. Dat nodigt naar ons oordeel bepaald niet uit tot het starten van deze procedure.

Daarnaast moeten er bepaalde *procedurele* voorwaarden in acht worden genomen.¹⁵ Bij art. 4(4) en 4(5) Covo moet bijvoorbeeld een formulier RS¹⁶ voor gemotiveerde kennisgeving aan de Commissie worden verzonden. In het kader van de procedure als bedoeld in art. 4(5) Covo, moet er op een later tijdstip nog een formulier CO¹⁷ aan de Commissie worden toegezonden. In art. 4(5) Covo is daarom sprake van een tweestaps-procedure.

Verder moet bij de toepassing van elke verwijzingsregel aan bepaalde in de Mededeling verwijzing concentratiezaken¹⁸ genoemde *leidende beginselen* zijn voldaan. Het gaat om het reeds genoemde één-loket-beginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de meest geschikte autoriteit.¹⁹ Zoals wij in 2016 beschreven, werd het beginsel van de meest geschikte autoriteit in het verleden vooral door NMA's ingeroepen als aanknopingspunten voor verzoeken tot verwijzing naar hen toe. De Commissie kende vooral gewicht toe aan het al dan niet vervuld zijn van de relevante materiële voorwaarden. Die aanpak is recentelijk ook gevolgd in de zaak *Heijmans/BAM/JV*, die de oprichting van een joint-venture op het gebied van asfaltproductie betreft. Dat toetsing door de Autoriteit Consument &

7 Zo keurde het Duitse Bundeskartellamt én de Britse Competition & Markets Authority (CMA) het minderheidsaandeel van E.ON in RWE goed, terwijl de Europese Commissie bevoegd was de concentratie waarbij E.ON de activa van RWE (Innogy) overnam (in ruil voor dat minderheidsaandeel) te beoordelen onder de Covo (zaken M.8870 en M.8871); 'The Bundeskartellamt has no objections to the acquisition of a stake in E.ON by RWE'; Persbericht Bundeskartellamt 26 februari 2019 en Besluit van de CMA van 8 april 2019 (ME/6800/19). In het VK wordt van daarbij van het volgende uitgegaan: 'The ability to exercise material influence constitutes the lowest level of control that may give rise to two or more enterprises ceasing to be distinct. Although there is no presumption of material influence below 25%, the CMA may examine any shareholding of 15% or more in order to see whether the holder might be able materially to influence the company's policy.' (par. 25 van dat besluit).

8 Overweging (11) Covo.

9 De laatste is opgenomen op verzoek van Duitsland en wordt daarom ook aangetoond als 'German clause'.

10 Van oudsher werd dit de 'Dutch clause' genoemd, omdat Nederland in die tijd – voor de invoering van de mededingingswet in 1998 – geen concentratiecontroleregime kende. Tegenwoordig is Luxemburg nog de enige lidstaat zonder eigen concentratiecontroleregime.

11 De laatste is opgenomen op verzoek van Nederland en wordt daarom ook aangetoond als 'Dutch clause'.

12 De Commissie noemt deze voorwaarden in haar besluiten 'inhoudelijke voorwaarden' ('substantive criteria').

13 Allemaal opgesomd en toegelicht in de Mededeling verwijzing concentratiezaken, zie voetnoot 16 hieronder. Vereisten voor art. 4(4) op p. 4, vereisten voor art. 4(5) op p. 7, vereisten voor art. 9(2)(a) op p. 8, voor art. 9(2)(b) op p. 9 en voor art. 22 op p. 10.

14 De verzoekende lidstaat dient dus niet alleen aan te tonen dat de markt waarop de mededinging door de operatie op de voornoemde wijze ongunstig wordt beïnvloed, een *afzonderlijke markt* binnen een lidstaat vormt, maar ook dat de betrokken markt *geen wezenlijk deel* van de gemeenschappelijke markt vormt. In dit verband is het, op basis van eerdere praktijk en rechtspraak kennelijk zo dat dergelijke situaties doorgaans beperkt zijn tot markten met een enge geografische dimensie, binnen een lidstaat. Voor voorbeelden zie Mededeling van de Commissie betreffende de verwijzing van concentratiezaken ('Mededeling verwijzing concentratiezaken'), Pb. 2005, C 56, p. 9, beschikbaar op: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0002:0023:NL:PDF>.

15 Voor een overzicht zie Slaughter and May 2018, 'The EU Merger Regulation, an overview of the EU merger control rules', beschikbaar op: <https://www.slaughterandmay.com/media/64572/the-eu-merger-regulation.pdf>.

16 De Engelstalige afkorting voor *reasoned submission*.

17 De Engelstalige afkorting voor *concentration*.

18 Mededeling verwijzing concentratiezaken, p. 1.

19 Mededeling verwijzing concentratiezaken, pp. 3-4.

Markt ('ACM') in plaats van de Commissie om veel redenen voor de hand lag, speelde slechts zijdelings een rol.²⁰

Recente ontwikkelingen

De gepubliceerde cijfers van de Commissie geven inzicht in het aantal verzoeken tot verwijzing dat is ingediend, en hoe vaak die verzoeken zijn toe- dan wel afgewezen.

Wat betreft verwijzingen door de Commissie naar lidstaten op basis van art. 4(4) en 9 Covo, vertonen de absolute cijfers met betrekking tot de periode van 2016 tot en met 2018²¹ de schommelingen die in de jaren voordien gebruikelijk waren.²² Er waren jaarlijks achtereenvolgend 16, 13 en 8 verzoeken op basis van art. 4(4) Covo, terwijl er 3, 2 en 5 verzoeken op basis van art. 9 Covo zijn gedaan.

Ten aanzien van verwijzingen door lidstaten naar de Commissie op basis van art. 4(5) en 22 Covo, is voor de periode van 2016 tot en met 2018²³ de volgende ontwikkeling waar te nemen: een lichte daling van verzoeken door betrokken ondernemingen van 23 in 2016 naar 15 in 2018, en een lichte stijging van verzoeken door NMA's, namelijk van 0 in 2016 tot 3 in 2018. De fluctuaties in de afgelopen tien jaar²⁴ laten een gelijke trend zien.

Uit een studie uit 2018 over de periode van 1990 tot en met 2014 blijkt dat van alle besluiten die de Commissie in die tijd met betrekking tot concentraties heeft genomen 1,33% verwijzingen van concentraties naar de lidstaten betroffen.²⁵ In dezelfde periode viel 0,31% van de besluiten van de Commissie in de categorie 'andere'. Het ging dan onder andere om verwijzingen in de zin van art. 22 Covo, dus van een of meer lidstaten naar de Commissie.²⁶ Deze percentages illustreren dat verwijzingen in de dagelijkse Brusselse praktijk verhoudingsgewijs niet vaak voorkomen.

Uit de statistieken valt af te leiden dat verzoeken tot verwijzing door betrokken ondernemingen gebruikelijker zijn dan verzoeken door NMA's. Van de laatste categorie worden de schaarse op art. 22 Covo gebaseerde verzoeken doorgaans gehonoreerd, terwijl de verzoeken op basis van art. 9 Covo weleens door de Commissie worden afgewezen. Als reden voor afwijzing van verzoeken tot verwijzing van lidstaten in de zin van art. 9 Covo beroept de Commissie zich doorgaans op haar eigen 'uitgebreide expertise' in de betreffende

sector: dat is bijvoorbeeld het geval bij de telecomsector en de mediasector.²⁷ In die sectoren heeft de Commissie in het verleden naar eigen zeggen door uitgebreid, grondig en recent onderzoek een goed begrip ontwikkeld van de sectoren zelf, en van de juridische en economische problemen die door dit soort zaken worden opgeworpen.²⁸

Consultatie 2016-2017

Zoals in ons artikel uit 2016 is uiteengezet, heeft de Commissie in 2014 na de consultatie van een groot aantal stakeholders een beleidsdocument opgesteld, getiteld witboek 'Naar een effectieve EU-controle' ('Witboek').²⁹ Dit Witboek heeft een aantal punten genoemd met betrekking tot de vraag hoe concentratiecontrole in de EU verbeterd zou kunnen worden, maar het heeft uiteindelijk – of wellicht: vooralsnog – niet tot een wijziging van regelgeving geleid.

In het najaar van 2016 heeft de Commissie een openbare consultatie gehouden met betrekking tot de evaluatie van procedurele en jurisdictionele aspecten van de EU-concentratiecontrole ('Consultatie 2016-2017').³⁰ Daaronder vielen ook de verwijzingsmechanismen. De toegevoegde waarde van een dergelijke consultatie, zo kort na consultatie in het kader van het Witboek, is niet evident.³¹ Het Ministerie van Economische Zaken ('EZ')³² en de ACM³³ hebben bijvoorbeeld in hun antwoorden korthedshalve verwezen naar hun eerdere reactie op het Witboek.

De Commissie beoogde naar eigen zeggen de kans te geven aan stakeholders om opnieuw commentaar te leveren op drie concrete voorstellen van mogelijke wijzigingen die zij in het Witboek had gedaan. Deze voorgestelde wijzigingen hadden betrekking op drie punten, namelijk (i) de opheffing van de huidige tweestaps-procedure in het kader van art. 4(5) Covo, (ii) de aanpassing van art. 22 Covo in die zin dat, indien de Commissie een dergelijk verzoek honoreert, zij toekomstig in de hele Europese Economische Ruimte

20 Besluit Europese Commissie 8 januari 2019, zaak M.9057, *Heijmans/BAM/JV*, op grond van art. 4 lid(4) Covo, (26) beschikbaar op: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9057_71_3.pdf.

21 Art. 4(4) verzoeken: 16, 13 en 8; art. 9 verzoeken: 3, 2 en 5.

22 Met gemiddeld 10 (art. 4(4) en 3,5 (art. 22) verzoeken per jaar.

23 Art. 4(5) verzoeken: 23, 15 en 15; art. 22 verzoeken: 0, 2 en 3.

24 Met gemiddeld 19,4 (art. 4(5)) en 1,6 (art. 22) verzoeken per jaar.

25 P. Affeldt et al., 'Research Report EU Merger Control Database: 1990-2014', *DIW Data Documentation*, 2018, p. 5, beschikbaar op: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/183589/1/1037087097.pdf>.

26 Ibid.

27 Besluit Europese Commissie 3 augustus 2016, M.7978, *Vodafone/Liberty Global/JV*, op grond van art. 9(3) Covo, (82), beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7978_1923_3.pdf.

28 Besluit Europese Commissie 6 februari 2018, zaak M.8665, *Discovery/Scripps*, op grond van art. 9(3) Covo, (68), beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8665_760_3.pdf.

29 Witboek 'Naar een effectievere EU-concentratiecontrole' (COM(2014) 449 final, beschikbaar op: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1430917453030&uri=CELEX:52014DC0449>).

30 Website Europese Commissie, Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

31 Cf. J. Modrall, 'EU Commission consults on merger control reform', *Kluwer Competition Law Blog*, 26 oktober 2016, beschikbaar op: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/10/26/eu-commission-consults-on-merger-control-reform/>.

32 Reactie Ministerie van Economische Zaken, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/dutch_ministry_for_economic_affairs_nl.pdf.

33 Reactie Autoriteit Consument en Markt, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/dutch_competition_authority_en.pdf.

(‘EER’) bevoegd is,³⁴ en (iii) een wijziging van art. 4(4) Covo door het voornoemde element van zelfbeschuldiging, ofwel het schrappen van de voorwaarde dat de concentratie in één of meer lidstaten in significante mate gevolgen zal hebben voor de mededinging.³⁵

Vooraf door particuliere stakeholders is de suggestie gedaan om het aantal lidstaten waarin een melding verplicht is te verlagen van drie naar twee, of zelfs naar slechts één lidstaat, om voor verwijzing naar de Commissie op grond van art. 4(5) Covo in aanmerking te komen. Daarnaast heeft een aantal particuliere stakeholders een nieuw voorstel gedaan om de jurisdictie van de Commissie in verband met een verwijzing door ondernemingen op grond van art. 4(5) Covo te begrenzen. De Commissie zou bij verwijzing enkel nog naar de effecten van een concentratie op een wereldwijde markt of EER-markt mogen kijken, en als het nationale of nog kleinere markten zijn dan zouden enkel de effecten op markten ten aanzien waarvan nationale autoriteiten in eerste instantie bevoegd waren tot toetsing in kaart worden gebracht.³⁶

Door velen van de particuliere stakeholders is ook de integrale afschaffing van art. 22 Covo gesuggereerd, en daarmee dus de verwijzing door een NMA naar de Commissie. Een minder verstrekkend alternatief zou zijn dat de competentie van de Commissie in het kader van verwijzingen op grond van art. 22 Covo ‘duidelijk’ begrensd blijft tot de verwijzende lidstaten.³⁷ Dit staat haaks op het voorstel van de Commissie hieromtrent.³⁸

Het is onduidelijk of en in hoeverre de Commissie actie onderneemt op basis van de uitkomsten van de consultatie. Volgens de meest recente ‘*Annual Report on Competition Policy*’ beziet de Commissie momenteel of potentiële verbeteringen ‘de moeite waard zijn’ om daarvoor wijzigingen in de EU-concentratieverordening door te voeren.³⁹

Sinds de publicatie van het Witboek zijn inmiddels vijf jaar verstreken. Dit is naar ons oordeel een teken dat tot dusverre de politieke wil ontbreekt maatregelen te nemen en wijzigingen op het vlak van de verwijzingsmechanismen door te voeren, ook is er algemeen overeenstemming over

het feit dat het verwijzingssysteem in de EU op een aantal aspecten verbeterd zou moeten worden.⁴⁰

Het is echter denkbaar dat andere ontwikkelingen op het vlak van concentratiecontrole een dynamiek teweeg brengen die aanpassing van de verwijzingsmechanismen reëel maken. Daarbij kan worden gedacht aan het debat over het nut en de noodzaak van de creatie en bescherming van ‘European champions’ waarop hieronder nader wordt ingegaan.

Andere vormen van samenwerking

Coördinatie tussen NMA's en de Commissie

Een belangrijke observatie is dat er in de afgelopen jaren in concentratiezaken meer coördinatie en afstemming tussen NMA's en de Commissie lijkt plaats te vinden, ook buiten het kader om van de hiervoor geschetste verwijzingsmogelijkheden. Publiekelijk wordt vaak medegedeeld dat er dan sprake is van – al dan niet ‘nauwe’ – samenwerking tussen de betrokken NMA('s) en de Commissie, maar nadere details worden daarbij doorgaans niet gegeven. Dat was bijvoorbeeld recentelijk het geval bij de overname van E.ON door RWE's duurzame energieopwekkingsactiviteiten.⁴¹ Hier ging het om de samenwerking van de Commissie enerzijds en het Duitse Bundeskartellamt alsmede de Britse Competition and Markets Authority (‘CMA’) anderzijds.⁴²

Samenwerking tussen nationale mededingingsautoriteiten in EU-concentratiezaken

Bij de beoordeling van de overname van Tele2 door T-Mobile in 2018 hebben de Commissie en de ACM ‘samen opgetrokken’.⁴³ De ACM heeft ‘haar kennis gedeeld’ met

34 In de huidige regels voor verwijzing wordt ná de notificatie van de Commissie door een of meer lidstaten op grond van art. 22 de Commissie alleen de bevoegdheid verleend voor de lidstaten die een verwijzingsverzoek hebben ingediend of zich daarbij hebben aangesloten. In sommige gevallen heeft dit geleid tot parallelle onderzoeken door de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten – in strijd met het concept van het één-loket-beginsel. Daarom stelt de Commissie voor om verwijzingen op grond van art. 22 te stroomlijnen zodat de Commissie EER-brede bevoegdheid krijgt in zaken die naar haar worden verwezen.

35 Summary of Replies, Consultatie 2016-2017 (“Samenvatting Consultatie p. 7, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf).

36 Samenvatting Consultatie, p. 7.

37 Samenvatting Consultatie, p. 8.

38 Witboek, (68).

39 2017 Annual Report on Competition Policy, p. 24, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2017/part1_en.pdf.

40 Zie daarover ook: A. Boutin en X. Boutin, ‘Proposals for a more efficient European Merger Control’, 2017, p. 11, beschikbaar op: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929312; A. Tóth, ‘Recent developments of the national enforcement of EU competition law’, 2018, p. 21, beschikbaar op: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3278544. Ook zijn er ook schrijvers die wel van oordeel zijn dat het huidige verwijzingssysteem goed werkt en niet moet worden aangepast: Ph. Werner et al., ‘Commission Expansionism in EU Merger Control – Fact and Fiction’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, beschikbaar op: <https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/9/3/133/4836922>.

41 Financial Times, ‘Eon and RWE set to complete landmark energy deal in 2019’, 13 november 2018, beschikbaar op: <https://www.ft.com/content/7cece304-e7e1-11e8-8a85-04b8afea6ea3>.

42 Website Bundeskartellamt, Press Release 26 februari 2019, beschikbaar op: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/26_02_2019_EON_RWE.html; Website Europese Commissie, Press Release 26 februari 2019, zaak M.8871, RWE/E.ON, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1432_en.htm.

43 Website ACM, Nieuwsbericht 3 mei 2018, T-Mobile/Tele2, beschikbaar op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-en-europese-commissie-trekken-samen-op-bij-beoordeling-overname-tele2-door-t-mobile>; Website Europese Commissie, Press Release 27 november 2018, zaak M.8792, T-Mobile/Tele2 beschikbaar op http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6588_en.htm.

de Commissie en door het verrichten van marktonderzoek 'belangrijke input' voor de beoordeling door de Commissie gegeven.⁴⁴ De ACM heeft kenbaar gemaakt ervan af te hebben gezien om een verwijzingsverzoek in de zin van art. 9 Covo in te dienen, omdat de Commissie in deze zaak 'het best geplaatst' was om de beoogde overname te beoordelen. De ACM verwees hier naar het feit dat de Commissie in de zaak *Liberty Global/Ziggo* uit 2017 ervaring heeft kunnen opdoen in deze sector, te weten media- en telecom. Dat is ironisch omdat de ACM in de betreffende zaak juist wel een verzoek tot verwijzing had ingediend op grond dat zij de 'meer geschikte autoriteit' voor de behandeling van de zaak was.⁴⁵ Het verzoek tot verwijzing werd toen door de Commissie afgewezen.⁴⁶

T-Mobile/Tele2 is niet de enige zaak waarin een NMA invloed heeft willen uitoefenen op de beoordeling van de concentratie, ondanks dat een formele rol niet voor haar was weggelegd. Zoals in ons artikel uit 2016 uitvoerig aan de orde is gekomen, heeft de CMA in dat jaar er publiekelijk – door middel van een openbaar gemaakte brief aan Eurocommissaris voor Mededinging Margrethe Vestager – op aangedrongen de voorgenomen overname van de Britse Dochter van Telefónica (O2) door haar concurrent Hutchison Whampoa te verbieden. Dit gebeurde nadat de Commissie een verzoek tot verwijzing, en daarmee de beoordeling, door CMA zelf had afgewezen.

Afstemming tussen NMA's onderling

Een relatief nieuw fenomeen is dat NMA's *gezamenlijk* door een publieke uiting proberen de besluitvorming in Brussel te beïnvloeden. Naar ons weten is dit de eerste keer dat NMA's voor een dergelijke optie kiezen. Op 21 december 2018 stuurden de hoofden van de NMA's van België, Nederland, Spanje en het Verenigd Koninkrijk een gezamenlijke brief aan de Commissie waarin zij hun zorgen uitten over de voorgenomen fusie van de mobiliteitsactiviteiten van Siemens en Alstom.⁴⁷

Die vier nationale autoriteiten maakten bekend dat zij de bezwaren van de Commissie deelden omdat de verwachte vermindering van de concurrentie als gevolg van de voorgenomen concentratie 'zeer significant en wijd verspreid' zou zijn. Uiteindelijk heeft de Commissie beslist dat de betreffende fusie geen doorgang mocht vinden.

De brief van de CMA aan de Commissie in 2016 en deze gezamenlijke actie zijn opvallend, omdat de betreffende nationale autoriteiten geen bevoegdheid hadden. Het betrof

concentraties met een EU-dimensie ten aanzien waarvan, voor zover wij weten, geen bevoegdheid zijdens de NMA's bestond. Is het dan niet aan de lidstatelijke autoriteiten om zich te onthouden van iedere bemoeienis?

Het lijkt natuurlijk sympathiek dat hiermee transparantie is betracht, maar daarmee is de actie zelf wat ons betreft niet gerechtvaardigd. Dat gaat de NMA's naar ons oordeel niet aan, juist gezien het bestaan van een in de Covo verankerde systeem van verwijzingsmechanismen en het één-loket-beginsel. De NMA's zijn, wat ons betreft, ook niet gelijk te stellen met belanghebbende derden.

Het eventuele argument dat toch wel invloed wordt uitgeoefend door de autoriteiten in European Competition Network ('ECN')-verband of via de informele weg, doet aan het voorstaande niet af. Hier is er door de hoofden van de NMA's voor gekozen om op semiformele wijze de Commissie proberen te beïnvloeden zonder dat daarvoor enige grondslag bestond. De vraag die wij opwerpen is of NMA's hun energie niet beter in zaken kunnen stoppen die zij ook echt aangaan.

Voeging in verwijzing op grond van art. 22 Covo

Bij verwijzingen op grond van art. 22 Covo ondersteunen nationale mededingingsautoriteiten elkaar in toenemende mate ten aanzien van een verzoek om verwijzing door een bepaalde NMA naar de Commissie. Dit is natuurlijk niet verplicht. In het geval van een verwijzing op grond van genoemde bepaling blijven de niet-betrokken NMA's onder omstandigheden nog steeds bevoegd om zich over een fusie buigen.

In *Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique*⁴⁸ hadden het Bundeskartellamt en de Autorité de la concurrence, de Franse mededingingsautoriteit, allebei op 9 november 2018 de concentratiemelding ontvangen.⁴⁹ Toen de Autorité de la concurrence op 22 november 2018 een verzoek tot verwijzing bij de Commissie had ingediend,⁵⁰ voegde het Bundeskartellamt zich hierbij enkele dagen later, te weten op 30 november 2018.⁵¹

In de recente zaak *Apple/Shazam* hebben meerdere NMA's die geen melding hadden ontvangen,⁵² inclusieve twee autoriteiten uit Europese Vrijhandelsassociatie (EVA)-landen, zich aangesloten bij het verzoek om verwijzing door de Bundeswettbewerbsbehörde, de Oostenrijkse mededingingsautoriteit, naar de Commissie.⁵³ De Commissie heeft uiteindelijk zeven – gelijkluidende – besluiten aan de betrokken NMA's verstuurd.

44 Website ACM, Nieuwsbericht 3 mei 2018, *T-Mobile/Tele2*, beschikbaar op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-en-europese-commissie-trekken-samen-op-bij-beoordeling-overname-tele2-door-t-mobile>.

45 Website ACM, 'Grounds for the referral request in accordance with Article 9(2)(a) of the EC Merger Regulation in case COMP.M/7978 – Ziggo/Vodafone Netherlands/JV', beschikbaar op: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17252_verwijzingsverzoek-eu-acm-wilde-fusie-vodafone-en-ziggo-behandelen-24052017.pdf.

46 Website Europese Commissie, Press Release 25 juni 2014, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-726_en.htm.

47 Website ACM, Correspondentie 21 december 2018, beschikbaar op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/brief-van-nationale-mededingingsautoriteiten-over-de-fusie-siemens-alstom>.

48 Website Europese Commissie, Press Release 8 januari 2019, zaak M.9162, *Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique*, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-262_en.htm.

49 Ibid, (3).

50 Ibid, (4).

51 Ibid, (6). Het is niet vanzelfsprekend dat NMA's zich bij de verzoeken van een andere nationale autoriteit gaan aansluiten. Het is nog steeds een geheel vrijwillige keuze, zie voetnoot 34.

52 Het ging om de NMA's van Frankrijk, IJsland, Italië, Noorwegen, Spanje en Sweden.

53 Website Europese Commissie, Press Release 6 februari 2018, zaak M.8788, *Apple/Shazam*, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-664_en.htm.

Dat lijkt erop te duiden dat, ook indien art. 22 Covo niet conform het Witboek van 2014 wordt aangepast, er blijkbaar ‘organisch’ een situatie ontstaat waar een verzoek van een NMA feitelijk leidt tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie, namelijk door de voeging van andere betrokken NMA’s.

Het feit dat in *Apple/Shazam* sprake is van de ‘meest geschikte zaken’ voor verwijzing is opmerkelijk,⁵⁴ tot nu toe heeft de Commissie vooral naar de ‘meest geschikte autoriteit’ verwezen.⁵⁵ Over het algemeen lijkt de Commissie het beginsel van de ‘meest geschikte autoriteit’ overigens inmiddels meer en meer ook zelf toe te passen, zowel voor zaken op grond van art. 22 Covo⁵⁶ als zaken op grond van art. 9 Covo.⁵⁷

Weigeringen op grond van art. 9 Covo

Zoals hierboven aangegeven, noemt de Commissie doorgaans haar eigen ‘uitgebreide expertise’ in de betreffende sector als reden voor de afwijzing van een verzoek van een lidstaat om op grond van art. 9 Covo een concentratie te mogen beoordelen. Dit geldt overduidelijk voor zaken die betrekking hebben tot zowel de telecom- als de media sector. Het is onduidelijk op welke markten de Commissie verder van oordeel is dat zij zelf best geplaagd is om de betreffende zaak te behandelen.

In de zaak *Apple/Shazam* verwees de Commissie echter naar haar eigen ‘aanzienlijke expertise’ op het gebied van zich ‘snel ontwikkelende digitale markten’ ook als reden om het verzoek van de *Bundeswettbewerbsbehörde* en zes andere NMA’s op basis van art. 22 Covo te honoreren, en de zaak zelf in behandeling te nemen.⁵⁸ De groeiende expertise van de Commissie op dit vlak duidt erop dat toekomstige verzoeken op basis van art. 9 Covo niet gehonoreerd zullen worden wanneer het concentraties in deze sector betreft.

Politisering concentratiecontrole

In de recente zaak *Siemens/Alstom*⁵⁹ heeft de Commissie de geplande fusie van de treindivisies van het Duitse industrieconcern Siemens en zijn Franse branchegenoot Alstom geblokkeerd. De betrokken ondernemingen hebben volgens de Commissie de zorgen over het concurrentieverstorend effect van het ontstaan van een dergelijke ‘treingigant’ niet of onvoldoende kunnen wegnemen. Voorafgaand aan het besluit van de Commissie hadden de Franse en Duitse regering ‘immense’ druk op de Commissie uitgeoefend om de fusie toch door te laten gaan om de Europese treinmarkt tegen buitenlandse (lees: Chinese) dominantie te beschermen.⁶⁰ Daags na het besluit hebben de betreffende regeringen bovendien gezamenlijk een ‘Manifest voor een Europese Industriepolitiek’ gepubliceerd. Daarin stellen zij dat er binnen de Europese Unie ‘meer strategisch’ moet worden gedacht om de uitdagingen van de hedendaagse tijd, vooral in de vorm van globalisatie en digitalisering, aan te kunnen.⁶¹ In feite betreft het een pleidooi voor de invoering van een instrument dat regeringen van lidstaten bij grote Europese fusiezaken ‘het laatste woord’ geeft.⁶² Protectionistische reflexen zouden, zo lijkt het uit het document te mogen en moeten worden afgeleid, onder omstandigheden de ruimte moeten krijgen.

Commissaris Vestager heeft onmiddellijk gereageerd met de mededeling dat het besluit inzake *Siemens/Alstom* geen reden zou moeten zijn voor een fundamentele wijziging van de Europese mededingingsregels. Het belangrijkste motief voor het verbod van de fusie in *Siemens/Alstom* was namelijk vooral gelegen in het feit dat de betrokken ondernemingen in het kader van de notificatieprocedure te weinig concessies hadden gedaan,⁶³ en niet dat de Europese mededingingsregels een dergelijke fusie onder geen omstandigheden zouden toelaten.

Dat mag het geval zijn, maar het is niet waarschijnlijk dat de politieke druk op basis van dat argument minder groot wordt. Het genoemde manifest lijkt bepaald geen losse flodder te zijn, en moet naar ons oordeel ook worden beoordeeld in het licht van de politieke ontwikkelingen in de Europese Unie. In de visie van nationale politici en regeringen voorziet een laatste woord voor lidstaten bij grote fusiezaken mogelijk in de behoefte aan waarborgen voor

54 Besluit Europese Commissie 6 februari 2018, zaak M.8788, *Apple/Shazam*, (62) et seq., beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1219_3.pdf.

55 Ook in haar meest recente besluit in het kader van art. 22 heeft de Commissie weer naar de ‘meest geschikte zaken’ verwezen (ter aanvulling van de ‘meest geschikte autoriteit’) verwezen, zie: Besluit Europese Commissie 15 maart 2019, zaak M.9293, *Iconex/HansolDenmark/R+S Group*, (22), beschikbaar op https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9293_655_5.pdf.

56 Besluit Europese Commissie 8 januari 2018, zaak M.9162, *Fincantieri/Chantiers de l'Atlantique*, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9162_98_4.pdf.

57 Besluit Europese Commissie 23 januari 2018, zaak M.8611, *Smithfield/Pini Polonia*, beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8611_547_3.pdf; Website Europese Commissie, Press Release 20 september 2018, zaak M.8966, *PGA Motors/Fiber/Bernard Participations*, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-18-5838_en.htm.

58 Besluit Europese Commissie 6 februari 2018, zaak M.8788, *Apple/Shazam*, (68), beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1219_3.pdf.

59 Website Europese Commissie, Press Release 6 februari 2009, zaak M.8677, *Siemens/Alstom*, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm.

60 Volkskrant, “Waarom deze Eurocommissaris – ondanks immense politieke druk – een Frans-Duitse treinfusie verbiedt”, 6 februari 2019, beschikbaar op: <https://bit.ly/2TTdouR>.

61 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, ‘A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century’, 19 februari 2019, beschikbaar op: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.html>.

62 Volkskrant, ‘Berlijn en Parijs richten gezamenlijk hun pijlen op Brusselse concurrentieregels’, 19 februari 2019, beschikbaar op: <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/berlijn-en-parijs-richten-gezamenlijk-hun-pijlen-op-brusselse-concurrentieregels~b9d0286d/>.

63 Commissaris Vestager had dit punt ook al in haar Statement van 6 februari 2019 met betrekking tot het verbod van de fusie benadrukt, beschikbaar op: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-19-889_en.htm.

het behoud van de Europese identiteit(en), wat dat laatste ook maar mag betekenen.

Ook in Nederland leeft de vraag hoe de EU zich moet wapenen tegen de buitenwereld op politiek niveau behoorlijk.⁶⁴ Dit blijkt uit het recente voorstel van de Nederlandse regering aan de Commissie om door invoering van een *level playing field instrument* uitgebreid en strenger mededingingstoezicht te kunnen handhaven.

Conclusie

Tegen deze achtergrond achten we niet onaannemelijk dat de regels op het vlak van concentratiecontrole binnen afzienbare tijd aan een revisie worden onderworpen. Indien en voor zover die voorspelling uit zou komen, dient zich bij

uitstek de gelegenheid aan om ook de schijnbaar eeuwigdurende periode van reflectie van de Commissie betreffende de verwijzingsmechanismen tot een einde te brengen. De meest voor de hand liggende aanpassingen, zoals opnieuw besproken in de consultatie 2016-2017, zouden in de slipstream van andere, meer fundamentele aanpassingen van de Covo kunnen worden gerealiseerd.

Over de auteurs

Mr. E. (Edmon) Oude Elferink

Advocaat – Partner (CMS).

Mr. M.O.G. (Merle) Temme

Advocaat (CMS).

⁶⁴ Zie Kamerbrief 4 december 2019, beschikbaar op: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2019/12/04/kabinet-uitbreiding-eu-mededingingstoezicht-voor-versterken-concurrentiekracht>.