



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 13 oktober 2022¹

Zaak C-449/21

Towercast

tegen

Autorité de la concurrence,

Ministère de l'Économie,

in tegenwoordigheid van:

Tivana Topco S.A.,

Tivana Midco S.A.R.L.,

TDF Infrastructure Holding S.A.S.,

TDF Infrastructure S.A.S.,

Tivana France Holdings S.A.S.

[verzoek van de cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging – Controle op concentraties van ondernemingen („fusiecontrole”) – Artikel 21 van verordening (EG) nr. 139/2004 („EG-concentratieverordening”) – Exclusieve toepasselijkheid van de regels inzake de controle op concentraties – Nationale controle op concentraties – Niet-bereiken van de drempelwaarden – Artikel 102 VWEU – Misbruik van machtspositie – Rechtstreekse toepasselijkheid – Verordening (EG) nr. 1/2003”

Inhoud

I.	Inleiding	2
II.	Toepasselijke bepalingen	3
A.	Afgeleid Unierecht	3
1.	Verordening nr. 139/2004	3
2.	Verordening nr. 4064/89	4

¹ Oorspronkelijke taal: Duits.

B. Nationaal recht	5
III. Feiten en verzoek om een prejudiciële beslissing	6
IV. Juridische analyse	7
A. Verhouding tussen artikel 21 van de concentratieverordening en artikel 102 VWEU	7
1. Afbakening van de werkingssfeer ervan in artikel 21 van de concentratieverordening ..	7
2. Rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU	8
B. Werking en systematiek van de Unierechtelijke bescherming tegen concurrentievervalsing	10
C. Betekenis van het arrest Continental Can en rechtszekerheid	13
V. Conclusie	16

I. Inleiding

1. Met zijn vraag over de verhouding tussen enerzijds de regeling betreffende de ex-antecontrole op concentraties en anderzijds de regeling betreffende de ex-postcontrole op misbruik in de zin van artikel 102 VWEU wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een nationale mededingingsautoriteit een door een onderneming met een machtspositie tot stand gebrachte concentratie achteraf mag toetsen aan artikel 102 VWEU wanneer die concentratie onder de relevante, aan de omzet gerelateerde drempelwaarden van verordening (EG) nr. 139/2004 (hierna: „concentratieverordening”)² en van het nationale recht inzake de controle op concentraties ligt, zodat in dit verband geen ex-antetoetsing heeft plaatsgevonden.

2. In het hoofdgeding staat concreet de vraag centraal of artikel 102 VWEU aanvullend van toepassing is of als een vangnetregeling fungeert ten opzichte van de nationale regels betreffende de controle op concentraties. De prejudiciële vraag heeft in wezen tot doel te verduidelijken of uit artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening voortvloeit dat concentraties uitsluitend aan het recht betreffende de controle op concentraties moeten worden getoetst, zodat een parallelle toepassing of een toepassing achteraf van artikel 102 VWEU is uitgesloten [zogenheten „Sperrwirkung” (blokkerende werking)]. Om de onderlinge verhouding tussen deze regels nader te bepalen, moet acht worden geslagen op het respectieve rechtskarakter ervan en op de respectieve functie die zij vervullen binnen het Unierechtelijke stelsel van bescherming van de mededinging op de interne markt en de daaraan ten grondslag liggende fundamentele doelstellingen.

3. Met het oog hierop zal ik eerst een uiteenzetting van het rechtskader (II) en de feiten (III) geven, waarna ik zal bespreken hoe artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening zich verhoudt tot artikel 102 VWEU en wel in het licht van de rangorde van laatstgenoemd artikel in de hiërarchie der rechtsregels en de rechtstreekse werking ervan (IV-A). De uitkomst van deze analyse zal ik vervolgens toetsen aan de doelstellingen van het Unierechtelijke stelsel van bescherming tegen concurrentievervalsing (IV-B). Tot slot zal ik ingaan op de vraag of en in hoeverre deze uitkomst strookt met de eerdere rechtspraak van het Hof en met het rechtszekerheidsbeginsel (IV-C).

² Verordening van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Afgeleid Unierecht

1. Verordening nr. 139/2004

4. De overwegingen 2 en 6 van de concentratieverordening luiden als volgt:

„(2) Teneinde de doelstellingen van het Verdrag te bereiken, stelt artikel 3, lid 1, onder g), van dat Verdrag de Gemeenschap ten doel een regime in te stellen waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. [...]

(6) Een specifiek rechtsinstrument is dan ook vereist waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap, en dit moet het enige voor concentraties geldende instrument zijn. [...]

5. In overweging 7 van de concentratieverordening wordt met betrekking tot de rechtsgrondslag het volgende verklaard:

„De artikelen 81 en 82 [VEG] gelden volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie weliswaar voor bepaalde concentraties, maar zijn toch niet voldoende om alle transacties te toetsen die onverenigbaar kunnen blijken met het door het Verdrag gewenste regime van niet vervalste mededinging. Deze verordening dient derhalve niet alleen op artikel 83, maar hoofdzakelijk op artikel 308 [VEG] te worden gebaseerd [...]

6. De overwegingen 8 en 9 van de concentratieverordening hebben betrekking op de bevoegdheidsverdeling en het toepassingsgebied van de concentratieverordening:

„(8) De in deze verordening vast te stellen bepalingen dienen te gelden voor ingrijpende structuurveranderingen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat. [...] Concentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, behoren in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten.

(9) Het toepassingsgebied van deze verordening dient aan de hand van het geografische bereik van de activiteit van de betrokken ondernemingen te worden vastgesteld en door kwantitatieve drempels te worden beperkt, teneinde daaronder die concentraties te doen vallen welke een communautaire dimensie hebben. [...]

7. In artikel 1 van de concentratieverordening wordt het toepassingsgebied van de concentratieverordening bepaald aan de hand van onder meer de in lid 2 bedoelde omzetsdrempels:

„1. Deze verordening geldt onverminderd artikel 4, lid 5, en artikel 22, voor alle concentraties die in de zin van dit artikel worden beschouwd als concentraties met een communautaire dimensie.

2. Een concentratie heeft een communautaire dimensie indien [de volgende omzetten worden behaald] [...]

8. In artikel 3 van de concentratieverordening wordt het begrip „concentratie” gedefinieerd:

„1. Een concentratie komt tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:

- a) de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, of
- b) het verkrijgen, door één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of door één of meer ondernemingen, van zeggenschap – door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze –, rechtstreeks of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.

[...]”

9. Artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening bakent het toepassingsgebied van de concentratieverordening af ten opzichte van andere rechtshandelingen van de Unie:

„Op concentraties zoals omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing; de verordeningen (EG) [nr. 1/2003] [...] zijn niet van toepassing, behalve op gemeenschappelijke ondernemingen welke geen communautaire dimensie hebben en de coördinatie beogen of tot stand brengen van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven.”

10. Artikel 22 van de concentratieverordening bepaalt ten slotte onder meer:

„1. Eén of meer lidstaten kunnen de Commissie verzoeken een concentratie zoals omschreven in artikel 3, die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 maar die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten van welke het verzoek uitgaat, te onderzoeken. [...]

[...]

3. [...] De lidstaat of lidstaten die het verzoek heeft of hebben ingediend, past of passen niet langer zijn of hun nationale mededingingswetgeving toe op de concentratie.

[...]”

2. Verordening nr. 4064/89

11. Verordening (EEG) nr. 4064/89³ is de voorganger van de thans geldende concentratieverordening.

³ Verordening van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1989, L 395, blz. 1).

12. De overwegingen 6 tot en met 8 ervan luiden als volgt:

- „(6) Overwegende dat de artikelen 85 en 86 [van het EEG-Verdrag] volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie weliswaar voor bepaalde concentraties gelden, maar toch niet voldoende zijn om alle concentraties te dekken die onverenigbaar kunnen blijken met het door het Verdrag gewenste regime van niet vervalste mededinging;
- (7) Overwegende derhalve dat er in de vorm van een verordening een nieuw rechtsinstrument moet worden geschapen waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden gecontroleerd op hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap en dat dit het enige voor concentraties geldende instrument moet zijn;
- (8) Overwegende dat deze verordening bijgevolg niet alleen op artikel 87, maar hoofdzakelijk op artikel 235 van het [EEG-Verdrag] moet worden gebaseerd, op grond waarvan aan de Gemeenschap de aanvullende bevoegdheden kunnen worden toegekend welke voor de verwezenlijking van haar doelstellingen noodzakelijk zijn [...]”.

13. Artikel 22 van verordening nr. 4064/89 – waarvan de leden 1 en 2 zijn vervangen door artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening, terwijl lid 3 ervan is vervangen door artikel 22 van diezelfde verordening – bepaalde het volgende:

- „1. Op concentraties als omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing.
- 2. De verordeningen nr. 17, (EEG) nr. 1017/68, (EEG) nr. 4056/86 en (EEG) nr. 3975/87 zijn niet van toepassing op concentraties als omschreven in artikel 3.
- 3. Indien de Commissie, op verzoek van een lidstaat, constateert dat een concentratie als omschreven in artikel 3 doch zonder communautaire dimensie in de zin van artikel 1, een machtspositie doet ontstaan of versterkt waardoor een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat in belangrijke mate zou worden belemmerd, kan zij, voor zover die concentratie de handel tussen lidstaten beïnvloedt, de in artikel 8, lid 2, tweede alinea, en leden 3 en 4, bedoelde beschikkingen geven.”

B. Nationaal recht

14. Artikel L. 490-9 van de Franse code de commerce (wetboek van koophandel) bepaalt onder meer:

„Voor de toepassing van de artikelen 81 tot en met 83 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap beschikt [onder meer] de mededingingsautoriteit [...] over de bevoegdheden die [haar] zijn toegekend bij de artikelen van dit wetboek en bij verordening [nr. 139/2004] en verordening (EG) [nr. 1/2003]. De in deze teksten vervatte procedurevoorschriften zijn op [haar] van toepassing.”

15. Ook het Franse recht voorziet in een ex-antecontrole op concentraties. Het begrip „concentratie” wordt omschreven in artikel L. 430-1 van het wetboek van koophandel. Artikel L. 430-2 bepaalt vanaf welke omzetsdrempels het recht inzake de controle op concentraties van toepassing is.

16. Artikel L. 430-9 van het wetboek van koophandel bepaalt bovendien: „De mededingingsautoriteit kan, in geval van misbruik van een machtspositie [...], bij een met redenen omkleed besluit de betrokken onderneming of groep van ondernemingen gelasten om binnen een bepaalde termijn alle overeenkomsten en handelingen die hebben geleid tot de concentratie van economische macht die het misbruik mogelijk heeft gemaakt, te wijzigen, aan te vullen of te beëindigen [...].”

III. Feiten en verzoek om een prejudiciële beslissing

17. Het hoofdgeding en het verzoek om een prejudiciële beslissing zijn gebaseerd op een beroep dat de te Parijs (Frankrijk) gevestigde Franse vennootschap Towercast S.A.S.U. heeft ingesteld tegen het besluit van de Franse Autorité de la concurrence (hierna: „Franse mededingingsautoriteit”) waarbij haar klacht over misbruik van een machtspositie door de Franse vennootschap TDF Infrastructure Holding S.A.S. (hierna: „TDF”) is afgewezen.⁴

18. Op 15 november 2017 had Towercast bij de Franse mededingingsautoriteit een klacht ingediend in verband met de verwerving door TDF, op 13 oktober 2016, van de (alleen-)zeggenschap over de vennootschap Itas S.A.S. Volgens Towercast leverde deze overname misbruik van een machtspositie op, omdat TDF de mededinging op de upstream- en downstreamgroothandelsmarkten voor de digitale uitzending van terrestrische televisiediensten (Digital Video Broadcasting – Terrestrial of DVB-T) belemmerde door haar machtspositie op deze markten aanzienlijk te versterken.

19. De Franse markt voor terrestrische televisie-uitzendingen, waarop TDF oorspronkelijk een wettelijk monopolie bezat, werd begin 2004 geliberaliseerd. De afgelopen jaren is er echter opnieuw een sterke mate van concentratie ontstaan, zodat er ten tijde van de gelaakte overname nog slechts drie ondernemingen op deze markt actief waren, te weten Towercast, Itas en TDF. Het staat buiten kijf dat verreweg het grootste marktaandeel in handen van TDF was.

20. De overname van Itas door TDF lag onder de drempelwaarden van artikel 1 van de concentratieverordening en artikel L. 430-2 van het Franse wetboek van koophandel, zodat deze destijds niet aan een ex-antecontrole door de Commissie of de Franse mededingingsautoriteit is onderworpen. Evenmin heeft er een verwijzing naar de Commissie krachtens artikel 22 van de concentratieverordening plaatsgevonden.

21. Bij besluit van 16 januari 2020 heeft de Franse mededingingsautoriteit de klacht van Towercast afgewezen op grond dat het gestelde misbruik van een machtspositie niet was aangetoond. TDF had volgens die autoriteit weliswaar een machtspositie, maar sinds de invoering van verordening nr. 4064/89 bestaat er een duidelijke scheidslijn tussen de controle op concentraties enerzijds en het toezicht op mededingingsverstorende gedragingen krachtens de artikelen 101 en 102 VWEU anderzijds, zodat op concentraties in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening enkel en alleen deze verordening van toepassing is. Artikel 102 VWEU is dus niet langer van toepassing wanneer er geen sprake is van concurrentiebeperkende gedragingen die losstaan van een concentratie. Dit is volgens de Franse mededingingsautoriteit in casu echter niet het geval.

⁴ Volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter is TDF een dochteronderneming van de Luxemburgse vennootschap Tivana Topco S.A.

22. Towercast heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij de cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk).

23. In zijn uitspraak van 1 juli 2021, ingekomen bij het Hof op 21 juli 2021, heeft de cour d'appel de Paris er met name op gewezen dat artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening in de lidstaten uiteenlopend wordt toegepast en het Hof krachtens artikel 267 VWEU de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 21, lid 1, van [de concentratieverordening] aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een concentratie die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 van deze verordening, die onder de in het nationale recht vastgestelde drempels voor een verplichte ex-antecontrole blijft en die geen aanleiding heeft gegeven tot een verwijzing naar de Europese Commissie krachtens artikel 22 van deze verordening, door een nationale mededingingsautoriteit als een bij artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie wordt geanalyseerd in het licht van de mededingingsstructuur op een markt met een nationale dimensie?”

24. Towercast, de Franse mededingingsautoriteit, de Franse, de Italiaanse en de Nederlandse regering, de Europese Commissie, TDF en Tivana Topco hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van de Italiaanse regering hebben zij tevens deelgenomen aan de mondelinge behandeling op 6 juli 2022.

IV. Juridische analyse

A. Verhouding tussen artikel 21 van de concentratieverordening en artikel 102 VWEU

1. Afbakening van de werkingssfeer ervan in artikel 21 van de concentratieverordening

25. Artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening regelt de werkingssfeer van deze verordening met betrekking tot de toetsing van concentraties in verhouding tot, respectievelijk ter onderscheiding van de werkingssfeer van de overige bepalingen van afgeleid recht van het mededingingsrecht van de Unie. Deze bepaling sluit onder meer uitdrukkelijk uit dat verordening (EG) nr. 1/2003⁵ van toepassing is op concentraties, tenzij er sprake is van (coöperatieve) „gemeenschappelijke ondernemingen welke geen communautaire dimensie hebben en de coördinatie beogen of tot stand brengen van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven” en daarom binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen.

26. Zo heeft het Hof in de zaak Austria Asphalt bevestigd dat de concentratieverordening bij uitsluiting van toepassing is op de toetsing van concentraties, waarmee het dus de toepassing van verordening nr. 1/2003 heeft uitgesloten.⁶ Laatstgenoemde verordening is dus enkel van toepassing op gedragingen van ondernemingen die, net als coöperatieve gemeenschappelijke

⁵ Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1).

⁶ Arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punt 32): „Zoals volgt uit artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004, is deze verordening uitsluitend van toepassing op concentraties zoals omschreven in artikel 3 van die verordening, waarop verordening nr. 1/2003 in beginsel niet van toepassing is.” Dit geval had betrekking op een volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening die aan de definitie van concentratie voldeed. Zie ook arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), en beschikking van 29 januari 2020, Silgan Closures en Silgan Holdings/Commissie (C-418/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:43, punt 50).

ondernemingen, niet als een concentratie kunnen worden gekwalificeerd, maar niettemin kunnen leiden tot een onderlinge coördinatie die indruist tegen artikel 101 VWEU.⁷ Het arrest in de zaak *Austria Asphalt* behelst derhalve geen algemene uitspraak over de verhouding tussen de regels inzake de controle op concentraties enerzijds en de artikelen 101 en 102 VWEU anderzijds.

27. De in artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening geregelde uitsluiting van de toepassing van verordening nr. 1/2003 op concentraties biedt echter geen antwoord op de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 102 VWEU. De beantwoording van deze vraag is des te belangrijker wanneer, zoals in casu, de betrokken concentratie zowel onder de Unierechtelijke als onder de nationale drempels ligt en er evenmin een verwijzing naar de Commissie krachtens artikel 22 van de concentratieverordening heeft plaatsgevonden, zodat geen ex-antetoetsing aan de regels inzake de controle op concentraties plaatsvindt.⁸

28. In het kader van de beantwoording van de vraag of artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening de toepassing van artikel 102 VWEU uitsluit, is met name van belang dat laatstgenoemd artikel een bepaling van primair recht is die rechtstreekse werking heeft.

2. Rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU

29. Artikel 102 VWEU is een bepaling van primair recht waarvan de rechtstreekse werking sinds jaar en dag door het Hof wordt erkend.⁹

30. Bovendien volgt uit het beginsel van de hiërarchie der rechtsregels¹⁰ en de daaruit voortvloeiende collisieregels *lex superior derogat legi inferiori* dat een bepaling van afgeleid recht het toepassingsgebied noch de rechtstreekse werking van een bepaling van primair recht kan beperken, doch dat het de voorwaarden ervan moet eerbiedigen en in voorkomend geval zélf beperkend moet worden uitgelegd in het licht van die bepaling.¹¹

31. Om deze reden kan artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening de toepassing van verordening nr. 1/2003 – die ter uitvoering van onder meer artikel 102 VWEU dient¹² – op concentraties weliswaar uitsluiten, maar blijft het verbod van artikel 102 VWEU niettemin, anders dan de Franse mededingingsautoriteit meent, rechtstreeks toepasselijk en is de toepassing ervan niet geblokkeerd. Dit verbod is voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk, zodat het geen regel van afgeleid recht behoeft waarbij de toepassing ervan door de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties uitdrukkelijk wordt gelast of toegestaan.¹³

32. De rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU stelt particulieren in staat om zich ten overstaan van nationale autoriteiten en rechterlijke instanties te beroepen op de rechtspositie die zij daaraan ontleen; daartegenover staat de verplichting van deze autoriteiten en instanties om

⁷ Arresten van 7 september 2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, punt 33), en 31 mei 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371, punt 57).

⁸ Zie in dit verband arrest *Gerecht* van 13 juli 2022, *Illumina/Commissie* (T-227/21, EU:T:2022:447).

⁹ Zie bijvoorbeeld arresten van 27 maart 1974, *BRT en Belgische Vereniging van auteurs, componisten en uitgevers* (127/73, EU:C:1974:25, punten 15 en 16); 5 juni 2014, *Kone e.a.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 20), en 14 maart 2019, *Skanska Industrial Solutions e.a.* (C-724/17, EU:C:2019:204, punt 24).

¹⁰ Zie arrest van 26 juni 2012, *Polen/Commissie* (C-335/09 P, EU:C:2012:385, punt 127).

¹¹ Zie, met betrekking tot een uitlegging in overeenstemming met het primaire recht, arrest van 20 januari 2021, *Commissie/Printeos* (C-301/19 P, EU:C:2021:39, punten 70 e.v.).

¹² Zie overweging 1 van verordening nr. 1/2003.

¹³ Zie in die zin arrest van 11 april 1989, *Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, punt 32).

deze rechtspositie te beschermen.¹⁴ Het Hof heeft bovendien uit deze rechtstreekse werking en de daaruit voortvloeiende voorrang van de artikelen 101 en 102 VWEU geconcludeerd dat nationale mededingingsautoriteiten verplicht zijn om daarmee strijdige nationale wettelijke bepalingen buiten toepassing te laten.¹⁵

33. Als echter uit de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU zelfs een verplichting voor de nationale autoriteiten voortvloeit om dit artikel toe te passen, geldt a fortiori dat een regel van afgeleid recht zoals artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening in dit verband hoe dan ook niet de door de Franse mededingingsautoriteit voorgestane blokkerende werking kan hebben.

34. Ook de bewoordingen van deze bepaling, waarin het begrip „uitsluitend”¹⁶ wordt gebezigd, doen hieraan niet af. Hetzelfde geldt voor de bewoordingen van overweging 6 van de concentratieverordening, waarin staat dat deze verordening „het enige voor concentraties [in de zin van artikel 3] geldende instrument [moet] zijn”.¹⁷

35. Dit wordt bevestigd door het feit dat artikel 103 VWEU – naast artikel 352 VWEU – als rechtsgrondslag voor de concentratieverordening is gekozen.¹⁸ Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, dient ook de concentratieverordening ter uitvoering van de artikelen 101 en 102 VWEU en maakt deze verordening deel uit van een wetgevingspakket dat tot doel heeft te waarborgen dat de mededinging in de interne markt de Unie volledig wordt beschermd.¹⁹ Hieruit blijkt eens te meer dat deze verordening hiërarchisch niet op één lijn staat met de artikelen 101 en 102 VWEU en dat zij als uitvoeringsregeling de werkingssfeer van deze beoordelingsmaatstaven niet kan wijzigen, laat staan beperken.

36. Aangezien op grond van de voorrang van het Unierecht geldt dat nationale rechtsregels niet in de weg kunnen staan aan de toepassing van artikel 102 VWEU en dat dit artikel in de gehele Unie op uniforme wijze moet worden uitgelegd²⁰, is ook de verwijzing van Towercast, TDF en Tivana Topco naar de mogelijk uiteenlopende toepassing ervan in de rechtstelsels van de lidstaten irrelevant en kan die niet van invloed zijn op het op de prejudiciële vraag te geven antwoord.

37. Met betrekking tot het vooral door TDF aangevoerde argument dat een concentratie die onder de drempelwaarden ligt en dus niet hoeft te worden aangemeld, niet achteraf alsnog ter discussie kan worden gesteld door middel van de toepassing van artikel 102 VWEU, wil ik er verder nog op wijzen dat de in artikel 1 van de concentratieverordening of de overeenkomstige nationale regels vastgestelde drempelwaarden net zo min als artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU kunnen beperken of uitsluiten.

¹⁴ Dit komt zeer duidelijk naar voren in het arrest van 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, punten 19-24).

¹⁵ Arrest van 9 september 2003, *CIF* (C-198/01, EU:C:2003:430, punten 49 en 50), onder verwijzing naar het arrest van 22 juni 1989, *Costanzo* (103/88, EU:C:1989:256, punt 31).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld ook „alone” in de Engelse taalversie, „seul” in de Franse taalversie, „solo” in de Italiaanse taalversie en „allein” in de Duitse taalversie.

¹⁷ Zie ook overweging 7 van verordening nr. 4064/89.

¹⁸ Zie overweging 7 van de concentratieverordening.

¹⁹ Arresten van 7 september 2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, punt 31), en 31 mei 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371, punt 55), alsook mijn conclusie in de zaak *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:322, punt 35).

²⁰ Arrest van 9 september 2003, *CIF* (C-198/01, EU:C:2003:430, punten 49 en 50). Zie ook arrest van 13 februari 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, EU:C:1969:4, punt 6).

38. Dit volgt ook uit de functie die de drempelwaarden vervullen. Enerzijds worden op basis hiervan de bevoegdheden tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten verdeeld, aan de hand waarvan vervolgens wordt bepaald welk recht van toepassing is op de toetsing van de concentratie.²¹ Anderzijds ligt aan de drempelwaarden het oordeel van de wetgever en het daarmee verbonden weerlegbare vermoeden ten grondslag dat concentraties die bepaalde omzetsdrempels overschrijden, een grote impact hebben en ongunstige gevolgen voor de marktstructuur en de mededinging kunnen hebben, zodat zij een ex-antecontrole door de autoriteiten behoeven.²² Omgekeerd leidt het feit dat deze omzetsdrempels niet worden bereikt tot het vermoeden dat een dergelijke voorafgaande controle op de betrokken concentratie niet nodig is. De drempels als zodanig zeggen echter niets over de vraag of het in bepaalde gevallen mogelijk is om de gedragingen van ondernemingen met een machtspositie in samenhang met een concentratie ex post te controleren op grond van artikel 102 VWEU.

B. Werking en systematiek van de Unierechtelijke bescherming tegen concurrentievervalsing

39. Het hierboven in de punten 29 tot en met 38 uiteengezette standpunt met betrekking tot de hiërarchie der rechtsregels alsmede de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU volstaan eigenlijk als bewijs dat de toepasselijkheid ervan op concentraties niet door artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening kan worden uitgesloten. Daarnaast pleiten ook de werking en de systematiek van de door het Unierecht geboden bescherming tegen concurrentievervalsing op de interne markt voor een aanvullende toepassing van artikel 102 VWEU op concentraties.

40. Terwijl de concentratieverordening voor wijzigingen in de marktstructuur voorziet in een stelsel van verplichte preventieve ex-antecontrole, is het marktgedrag van ondernemingen – of het nu gaat om gecoördineerde gedragingen dan wel eenzijdige handelingen – krachtens verordening nr. 1/2003 enkel onderworpen aan een repressieve ex-postcontrole. Deze functie wordt nog verder versterkt door het bij deze verordening ingevoerde stelsel van „wettelijke uitzondering”, waarbij op grond van de (thans integrale) rechtstreekse werking van de artikelen 101 en 102 VWEU controle- en uitvoeringstaken grotendeels zijn overgedragen aan de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties (decentralisatie).²³ De discretionaire bevoegdheid waarover zij bij de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU beschikken, wordt echter ook hier weer beperkt door het beginsel van rechtstreekse werking en het voorrangsbeginsel.²⁴

41. Het zelfstandige karakter van de *preventieve* controle op concentraties wordt beklemtoond in overweging 6 van de concentratieverordening.²⁵ Volgens deze overweging moet deze verordening, als „specifiek rechtsinstrument”, het „enige” instrument zijn voor de juridische beoordeling van het effect van concentraties op de mededinging in de interne markt.²⁶ Bovendien heeft het Hof zich uitgesproken tegen een ongeoorloofde uitbreiding van de werkingssfeer van deze

²¹ Zie de overwegingen 8 en 9 van de concentratieverordening.

²² Zie de overwegingen 3-5 en 8 van de concentratieverordening.

²³ Zie overweging 4 en de artikelen 5 en 6 van verordening nr. 1/2003.

²⁴ Zo kunnen de nationale mededingingsautoriteiten met name niet – zulks in tegenstelling tot de Commissie – het onderzoek naar de gedragingen van ondernemingen met een marktpositie staken wegens het ontbreken van een „belang van de Unie”; zie bijvoorbeeld arrest van 4 maart 1999, *Ufex e.a./Commissie* (C-119/97 P, EU:C:1999:116, punten 88 en 89); arresten *Gerecht* van 16 mei 2017, *Agria Polska e.a./Commissie* (T-480/15, EU:T:2017:339, punten 34 e.v.), en 13 juli 2022, *Design Light & Led Made in Europe en Design Luce & Led Made in Italy/Commissie* (T-886/19, niet gepubliceerd, EU:T:2022:442, punten 38 e.v.).

²⁵ Zie ook overweging 7 van verordening nr. 4064/89.

²⁶ Zie ook beschikking van 29 januari 2020, *Silgan Closures en Silgan Holdings/Commissie* (C-418/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:43, punt 50).

verordening tot handelingen die niet bijdragen tot de totstandbrenging van een concentratie.²⁷ Daarmee heeft het er een stokje voor gestoken dat de bepalingen ervan „binnendringen” op andere wetgevingsterreinen.²⁸

42. Niettemin kan hieruit, anders dan de Franse regering en de Franse mededingingsautoriteit stellen, niet worden geconcludeerd dat de concentratieverordening een exhaustieve lex specialis is.

43. Ook het feit dat artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening bepaalt dat onder meer verordening nr. 1/2003 niet van toepassing is op concentraties, wettigt deze conclusie niet. Weliswaar kan hieruit worden afgeleid dat de eventuele schadelijke gevolgen van een concentratie voor de mededinging bij voorrang moeten worden getoetst aan de regeling inzake de controle op concentraties, als speciale regeling ten opzichte van de artikelen 101 en 102 VWEU, maar dit sluit niet de mogelijkheid uit om de gedragingen van een onderneming met een machtspositie op de markt in verband met een dergelijke concentratie te onderwerpen aan een ex-postcontrole. Overigens zou het voor de wetgever juridisch ook niet mogelijk zijn geweest om een regel van afgeleid recht vast te stellen die de toepassing van artikel 102 VWEU, dat van hogere rang is en rechtstreekse werking heeft, uitsluit.

44. Voor de toepassing van artikel 102 VWEU naast de concentratieverordening spreekt ook dat deze verordening – zoals uit overweging 7 ervan naar voren komt – niet alleen is gebaseerd op artikel 103 VWEU, maar ook op de in artikel 352 VWEU vervatte grondslag voor aanvullende bevoegdheid. Dit wordt bevestigd door overweging 6 van verordening nr. 4064/89 (punt 12 supra), waarin wordt verduidelijkt dat de invoering van een stelsel van concentratiecontrole tot doel had om lacunes met betrekking tot concentraties in het regime ter bescherming tegen concurrentievervalsing op te vullen.

45. Omgekeerd komt uit de vaste rechtspraak van het Hof naar voren dat artikel 102 VWEU een ruime werkingssfeer heeft, temeer daar de daarin genoemde algemene voorbeelden van gedragingen die misbruik opleveren, niet exhaustief zijn.²⁹ Dit betekent dat ook gedragingen van ondernemingen met een machtspositie in het kader van de voorbereiding of realisatie van de overname van een concurrent binnen de materiële werkingssfeer en onder de rechtstreekse werking van deze bepaling kunnen vallen. Dit geldt a fortiori, omdat de onrechtmatige verdrijving van een concurrent uit de markt verschillende vormen kan aannemen³⁰ en een onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid heeft om zich zodanig te gedragen dat zij geen afbreuk doet aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt.³¹

²⁷ Arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punt 58).

²⁸ Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, punten 68 en 69). Zie bovendien mijn conclusie in de zaak Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punt 37) en arrest Gerecht van 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie (T-251/00, EU:T:2002:278, punten 77-79).

²⁹ Zie bijvoorbeeld arresten van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punt 37); 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 57); 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 173), en 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 26).

³⁰ Zie, met betrekking tot de verschillende vormen van misbruik door uitsluiting, Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (PB 2009, C 45, blz. 7).

³¹ Arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a. (C-307/18, EU:C:2020:52, punt 153).

46. Anders dan TDF, Tivana Topco, de Franse mededingingsautoriteit en de Franse en de Nederlandse regering betogen, strookt deze uitkomst volledig met mijn conclusie³² en het arrest van het Hof in de zaak Austria Asphalt.³³ Daar ging het immers uitsluitend om de afbakening van de werkingssfeer van de concentratieverordening ten opzichte van die van verordening nr. 1/2003 met betrekking tot de ex-antetoetsing van een concentratie die de oprichting van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming tot doel had. Daarentegen had die zaak geen betrekking op vragen over een eventuele ex-posttoetsing van de concentratie of de gedragingen van de daarbij betrokken ondernemingen aan met name artikel 102 VWEU.³⁴

47. Anders dan de Franse mededingingsautoriteit, de Franse regering, Tivana Topco, TDF en de verwijzende rechter menen, is ook het in artikel 22 van de concentratieverordening vervatte verwijzingsmechanisme, op grond waarvan de Commissie bij wijze van uitzondering bevoegd kan zijn ten aanzien van concentraties die geen communautaire dimensie hebben, wanneer de lidstaten hier om verzoeken, niet relevant voor de uitlegging van de verhouding tussen artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening en artikel 102 VWEU³⁵, want als bepaling van afgeleid recht kan ook artikel 22 van de concentratieverordening niet rechtvaardigen dat de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU in een geval als het onderhavige wordt uitgesloten (punten 29-33 supra).

48. De aanvullende toepassing van artikel 102 VWEU is juist – net als die van artikel 22 van de concentratieverordening – geschikt om bij te dragen tot de daadwerkelijke bescherming van de mededinging op de interne markt wanneer concentraties die uit mededingingsrechtelijk oogpunt als problematisch worden ervaren, de in de regeling inzake de controle op concentraties vastgestelde drempels niet bereiken en in beginsel dus niet aan een ex-antecontrole zijn onderworpen. Zoals de Italiaanse regering en de Commissie hebben opgemerkt, is de afgelopen jaren namelijk een lacune aan het licht getreden in het kader van de mededingingsrechtelijke registratie en controle van overnames van innovatieve startups op het gebied van bijvoorbeeld internetdiensten, de farmaceutische industrie of medische technologie (zogeneten „killer acquisitions”). Het gaat hierbij om situaties waarin gevestigde ondernemingen met een machtspositie opkomende, maar nog weinig omzet genererende ondernemingen die op dezelfde, naburige, upstream- of downstreammarkten actief zijn, in een vroeg ontwikkelingsstadium overnemen, teneinde deze ondernemingen als concurrenten uit te schakelen en hun eigen marktpositie te consolideren.³⁶ Om ook hier een doeltreffende bescherming van de mededinging te waarborgen, zou een nationale mededingingsautoriteit dus ten minste gebruik moeten kunnen maken van het „zwakkere”³⁷ instrument van de repressieve ex-postcontrole krachtens artikel 102 VWEU, mits aan de vereisten daarvan is voldaan. Eenzelfde behoefte kan zich ook doen gevoelen bij overnames op sterk geconcentreerde markten, zoals de onderhavige, wanneer deze tot doel hebben om de concurrentiedruk van een opkomende concurrent te elimineren.

³² Zie mijn conclusie in de zaak Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punten 36 en 37).

³³ Arresten van 7 september 2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punten 31-33), en 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punten 54 e.v.).

³⁴ Dit geldt eveneens ten aanzien van de beschikking van 29 januari 2020, Silgan Closures en Silgan Holdings/Commissie (C-418/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:43, punt 50).

³⁵ Zie in dit verband arrest Gerecht van 13 juli 2022, Illumina/Commissie (T-227/21, EU:T:2022:447).

³⁶ Zie Europese Commissie, Handvatten voor de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de concentratieverordening op bepaalde categorieën zaken (PB 2021, C 113, blz. 1, punten 9 en 10), en arrest Gerecht van 13 juli 2022, Illumina/Commissie (T-227/21, EU:T:2022:447).

³⁷ Zie reeds mijn conclusie in de zaak Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punt 36).

49. Dit brengt mij tot de – tussen de deelnemers aan de procedure in geding zijnde – vraag of en in hoeverre de in het arrest *Continental Can*³⁸ geformuleerde beginselen met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 102 VWEU op concentraties nog steeds geldig zijn.

C. Betekenis van het arrest Continental Can en rechtszekerheid

50. Op grond van de voorgaande overwegingen acht ik het hoe dan ook noodzakelijk om de inhoud van het arrest van het Hof in de zaak *Continental Can* te verduidelijken.

51. In dat arrest had het Hof met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 86 van het EEG-Verdrag (thans artikel 102 VWEU) onder meer het volgende vastgesteld:

„dat de beïnvloeding van de mededinging, die is verboden indien zij het gevolg is van de in artikel 85 bedoelde handelwijzen, niet rechtmatig kan worden, indien deze handelwijzen door toedoen van een overheersende onderneming zich concretiseren in een vervlechting der ondernemingen; [...]

dat derhalve sprake kan zijn van misbruik, indien een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming”.³⁹

52. Daaruit zou zelfs kunnen worden afgeleid dat artikel 102 VWEU volledig van toepassing is op de controle op concentraties.

53. Dit arrest moet echter worden begrepen tegen de achtergrond van de destijds bestaande rechtssituatie en met name het feit dat het Hof het noodzakelijk achtte om concentraties „bij ontbreken van uitdrukkelijke voorschriften”⁴⁰ te toetsen aan artikel 86 van het EEG-Verdrag, teneinde te garanderen dat de goede werking van de mededinging op de gemeenschappelijke markt voldoende werd beschermd. Tegenwoordig zijn dergelijke „uitdrukkelijke voorschriften” echter zonder meer voorhanden in de vorm van de concentratieverordening; bovendien zijn zij volgens de wetgever nu juist uitdrukkelijk bedoeld om de destijds door het Hof geconstateerde lacune in de regelgeving op te vullen.⁴¹

54. Gelet echter op de hiervoor bepleite aanvullende toepasselijkheid van artikel 102 VWEU met het oog op de controle van misbruik opleverende gedragingen die verband houden met een concentratie, is deze rechtspraak ondanks de invoering van een Unierechtelijk stelsel van controle op concentraties niet volkomen inhoudsloos geworden. Zowel overweging 7 van de concentratieverordening (punt 5 supra), die naar deze rechtspraak lijkt te verwijzen, als het feit dat in het arrest *Continental Can* zelf wordt verwezen naar de in het Verdrag geformuleerde doelstelling om de mededinging op de gemeenschappelijke markt zo doeltreffend en volledig mogelijk te beschermen⁴², bevestigt dit. De door de deelnemers aan de procedure veelvuldig aangehaalde beknopte overweging in een voetnoot bij mijn conclusie in de zaak *Austria Asphalt*

³⁸ Arrest van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie* (6/72, EU:C:1973:22).

³⁹ Arrest van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie* (6/72, EU:C:1973:22, punten 25 en 26).

⁴⁰ Arrest van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie* (6/72, EU:C:1973:22, punt 25).

⁴¹ Overwegingen 5-8 van de concentratieverordening, resp. de overwegingen 6 en 7 van verordening nr. 4064/89.

⁴² Arrest van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie* (6/72, EU:C:1973:22, punt 25).

dat dit arrest „achterhaald is”, had betrekking op een andere prejudiciële vraag en daarmee op een ander voorwerp van het geding (namelijk de toepassing van artikel 101 VWEU op gemeenschappelijke ondernemingen) en kan dus niet worden veralgemeniseerd.⁴³

55. Dit betekent dat de door de deelnemers aan de procedure opgeworpen vraag, onder welke voorwaarden artikel 102 VWEU aanvullend van toepassing kan zijn op concentraties in het licht van het arrest *Continental Can* en het rechtszekerheidsbeginsel, nog steeds moet worden beantwoord.

56. In dit verband dienen twee situaties te worden onderscheiden, namelijk enerzijds de aan het onderhavige geding ten grondslag liggende situatie dat geen ex-antetoetsing van de concentratie aan de regeling inzake de controle op concentraties heeft plaatsgevonden, omdat de drempelwaarden niet waren bereikt, en anderzijds de situatie van een parallelle of consecutieve „dubbele toetsing” van een concentratie aan zowel de regeling inzake de controle op concentraties als artikel 102 VWEU.

57. Zoals in de punten 29 tot en met 48 van deze conclusie is uiteengezet, is de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 102 VWEU op concentraties niet rechtens uitgesloten. Dit geldt zonder meer in een zaak als de onderhavige waarin, zoals uit punt 20 naar voren komt, geen ex-antetoetsing van de concentratie aan de regeling inzake de controle op concentraties heeft plaatsgevonden en er dus geen risico op een dubbele toetsing bestaat.

58. Dit zou echter anders liggen in de hypothetische situatie dat daadwerkelijk een ex-anteonderzoek had plaatsgevonden, hetzij door de nationale mededingingsautoriteit op grond van de nationale regels inzake de controle op concentraties, hetzij door de Commissie op grond van de concentratieverordening. Kan een dergelijke concentratie dan aan een aanvullende ex-postcontrole krachtens artikel 102 VWEU worden onderworpen?

59. Met het oog op de eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel is het van belang dat de wetgever een dergelijke dubbele toetsing in beginsel heeft willen uitsluiten, zoals uit artikel 21, lid 1, van de concentratieverordening blijkt (punt 43 supra). Naar mijn mening blijft er daarom – in weerwil van het feit dat artikel 102 VWEU een bepaling van primair recht is en rechtstreekse werking heeft – ruimte voor de toepassing van het beginsel *lex specialis derogat legi generali*.

60. Dit is niet in strijd met het in punt 30 van deze conclusie vermelde beginsel van de hiërarchie der rechtsregels, want artikel 102 VWEU zou in beginsel toepasselijk blijven. Maar een concentratie die op grond van de meer specifieke regels inzake de controle op concentraties is goedgekeurd en waarvan het effect op de marktstructuur en de mededingingsvoorwaarden verenigbaar met de interne markt is verklaard, zou als zodanig niet (meer) als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU kunnen worden aangemerkt, voor zover de betrokken onderneming verder geen andere gedragingen vallen te verwijten die aan de vereisten van dit artikel voldoen. De overwegingen in het arrest in de zaak *Continental Can*, die ook in een dergelijk geval ten onrechte aldus zouden kunnen worden opgevat dat een dubbele toetsing van concentraties mogelijk is, moeten in dit kader dan ook worden verduidelijkt.

⁴³ C-248/16, EU:C:2017:322, punt 37, voetnoot 18.

61. Gelet op het voorgaande hebben de rechtsgevolgen die voortvloeien uit de complementaire toepasselijkheid van de regels inzake de controle op concentraties en artikel 102 VWEU een veel geringere impact op de totstandbrenging van concentraties en de rechtszekerheid dan bijvoorbeeld de Nederlandse regering en TDF beweren.

62. Enerzijds volgt dit uit de toepassing van het beginsel *lex specialis derogat legi generali*, op grond waarvan een goedkeuring van de concentratie krachtens de regels inzake de controle op concentraties en van de daarmee bewerkstelligde verandering van de marktstructuur en de mededingingsvoorwaarden noodzakelijkerwijs uitsluit dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU (punten 59 en 60 supra). Met betrekking tot een dergelijke concentratie zou dus nadien ook niet, bijvoorbeeld op grond van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003, kunnen worden gelast om de gefuseerde onderneming weer te ontbinden. Anderzijds kan een ex-postcontrole krachtens artikel 102 VWEU uitsluitend betrekking hebben op concentraties die door een onderneming met een machtspositie tot stand worden gebracht.

63. Daarmee is de eventuele aanvullende toepassing van artikel 102 VWEU in de rechtspraktijk beperkt tot gevallen waarin het wegens de macht van deze onderneming op de markt nodig is dat vooraf een mededingingsrechtelijke controle plaatsvindt, maar die niet aan een ex-antetoetsing aan de regels inzake de controle op concentraties zijn onderworpen. En zelfs in deze gevallen dreigt in geval van een inbreuk, gelet op de voorrang van gedragscorrigerende maatregelen en het evenredigheidsbeginsel, in de regel de concentratie niet achteraf te worden teruggedraaid⁴⁴ – in tegenstelling tot wat sommige deelnemers aan de procedure vrezen – maar enkel een geldboete te worden opgelegd.⁴⁵

64. Ter afsluiting wil ik in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel nog ingaan op het subsidiaire verzoek van Tivana Topco om de werking van het arrest van het Hof in de tijd te beperken.

65. In dit verband zij eraan herinnerd dat de uitlegging die het Hof bij de uitoefening van de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid geeft aan Unierechtelijke voorschriften, de betekenis en strekking van deze voorschriften zoals zij moeten of hadden moeten worden opgevat en toegepast sedert het tijdstip van hun inwerkingtreding, toelicht en preciseert. Het Hof kan slechts bij wijze van uitzondering – krachtens het aan de rechtsorde van de Unie inherente algemene beginsel van rechtszekerheid – beperkingen stellen aan de mogelijkheid voor iedere belanghebbende om zich te beroepen op een door het Hof uitgelegde bepaling teneinde te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen ter discussie te stellen. Een dergelijke beperking, die uitsluitend kan worden gesteld in het arrest van het Hof zelf waarbij de gevraagde uitlegging wordt gegeven, is enkel geoorloofd, indien voldaan is aan twee essentiële criteria, te weten de goede trouw van de belanghebbenden en het gevaar voor ernstige verstoringen.⁴⁶

66. In casu is mijns inziens niet aan deze laatste voorwaarden voldaan. Ten eerste konden de belanghebbenden er, gelet op de vaste rechtspraak over de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU en het arrest *Continental Can*, niet te goeder trouw van uitgaan dat deze bepaling anders zou worden uitgelegd dan op de wijze als in de punten 29 en volgende van deze conclusie is vermeld. Ten tweede is een gevaar voor ernstige verstoringen, gelet op hetgeen ik hiervoor in de punten 55 en volgende heb overwogen, eveneens uitgesloten.

⁴⁴ Zie, met betrekking tot de bevoegdheid van de Commissie om slechts bij wijze van uitzondering corrigerende maatregelen van structurele aard op te leggen, artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003.

⁴⁵ Zie de artikelen 23 en 24 van verordening nr. 1/2003.

⁴⁶ Zie arrest van 22 juni 2021, *Latvijas Republikas Saeima (Strafpunten)* (C-439/19, EU:C:2021:504, punten 132 en 133 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67. Concluderend zie ik geen enkele overtuigende reden om de toepassing van artikel 102 VWEU op een geval als het onderhavige categorisch uit te sluiten en om de werking in de tijd van het arrest van het Hof te beperken.

V. Conclusie

68. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om het verzoek om een prejudiciële beslissing als volgt te beantwoorden:

„Artikel 21, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de ‚concentratieverordening’) moet aldus worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een nationale mededingingsautoriteit een concentratie onderzoekt die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 van die verordening, die onder de in het nationale recht vastgestelde drempels voor een verplichte ex-antecontrole blijft en die geen aanleiding heeft gegeven tot een verwijzing naar de Commissie krachtens artikel 22 van deze verordening, teneinde na te gaan of deze concentratie, in het licht van de mededingingsstructuur op een nationale markt, misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 102 VWEU.”