CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. EMILIOU
van 21 maart 2024[1]

Gevoegde zaken C-611/22 P en C-625/22 P

Illumina, Inc.
tegen
Europese Commissie (C-611/22 P)
en
Grail LLC
tegen
Illumina, Inc.,

Europese Commissie (C-625/22 P)

„Hogere voorziening – Mededinging – Concentraties van ondernemingen – Artikel 22 van verordening (EG) nr. 139/2004 – Concentraties die geen communautaire dimensie hebben – Verwijzingsverzoek van een mededingingsautoriteit die volgens de nationale wetgeving niet bevoegd is – Beslissing van de Commissie om de concentratie te onderzoeken – Bevoegdheid van de Commissie – Termijn voor de indiening van het verwijzingsverzoek – Verplichting om binnen een redelijke termijn te handelen – Beginsel van behoorlijk bestuur – Recht van verdediging – Gewettigd vertrouwen”

I. Inleiding

1. De meeste moderne antitrustwetten, zowel binnen de Europese Unie als daarbuiten, zijn gebaseerd op drie groepen bepalingen: regels over overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, regels over eenzijdig gedrag (of misbruik van een machtspositie) en regels over concentratiecontrole.

2. De bijzonderheid van regels over concentratiecontrole ligt in het feit dat zij, anders dan de twee andere reeksen regels, over het algemeen vereisen dat de bevoegde (administratieve en/of gerechtelijke) autoriteiten een toetsing *vooraf* uitvoeren in plaats van *achteraf*, waarbij zij nagaan of een voorgestelde concentratie, indien deze tot stand komt, significante schade zou berokkenen aan de daadwerkelijke mededinging. Het gaat om een bijzonder complexe en bewerkelijke technische beoordeling, „die niet is gebaseerd op de toepassing van precieze wetenschappelijke regels, maar op criteria en beginselen die voor discussie vatbaar zijn”, met het oog op een beoordeling van „de mogelijke toekomstige gevolgen van de concentratie op de structuur en de

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

mededingingsdynamiek van de betrokken markten", waarbij rekening moet worden gehouden „met talloze, voortdurend evoluerende factoren die van invloed kunnen zijn op de toekomstige ontwikkeling van vraag en aanbod op deze markten". [2]

3. Die beoordeling moet evenwel op zo kort mogelijke termijn plaatsvinden. Om de doeltreffendheid van het systeem te vrijwaren, vereisen de meeste wettelijke regelingen – waaronder die van de Europese Unie – namelijk dat de betrokken ondernemingen de transactie bij de bevoegde autoriteiten aanmelden en de concentratie opschorten totdat zij toestemming krijgen van die autoriteiten. De aanmelding en de opschorting brengen voor de betrokken ondernemingen aanzienlijke kosten en enkele risico's mee.

4. Tegen deze achtergrond is de keuze door de wetgever van het soort drempels en de vaststelling van de relatieve bedragen die, wanneer zij worden bereikt, de aanmeldings- en opschortingsverplichtingen voor de fuserende partijen in werking doen treden, van cruciaal belang voor de goede werking van de regeling. Deze drempels vervullen een dubbele functie: zij waarborgen een „lokaal verband" dat het optreden van de betrokken autoriteiten rechtvaardigt en filteren de transacties die mogelijk van belang zijn. Idealiter zouden de drempels gemakkelijk te berekenen moeten zijn (om onzekerheid over de vraag of een bepaalde transactie moet worden aangemeld, te vermijden) en op een zodanig niveau moeten worden vastgesteld dat tegelijkertijd het aantal transacties waarvan het onwaarschijnlijk is dat zij mededingingsbezwaren doen rijzen maar die wel door het systeem worden gedetecteerd, en het aantal transacties die dergelijke bezwaren kunnen doen rijzen maar die buiten het systeem vallen, tot een minimum worden beperkt. [3]

5. De regeling voor concentratiecontrole van de Europese Unie – die wordt beheerst door verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „[EU]-concentratieverordening") [4] – is voornamelijk gebaseerd op de omzet van de fuserende ondernemingen. Die verordening bevat echter enkele bepalingen die, bij wijze van uitzondering, de Commissie machtigen om fusies te toetsen waarbij de desbetreffende omzetdrempels niet worden bereikt, wanneer zaken naar haar worden verwezen door de autoriteiten van de lidstaten, in voorkomend geval nadat die daartoe zijn uitgenodigd door de Commissie. De onderhavige zaak draait voornamelijk om de vaststelling van de betekenis en draagwijdte van een van deze bepalingen: artikel 22 van de EU-concentratieverordening. In een notendop gaat het in de onderhavige procedure om het volgende vraagstuk: kan de Commissie op grond van deze bepaling een concentratie toetsen die naar haar is verwezen door de autoriteiten van een lidstaat, wanneer deze autoriteiten niet bevoegd zijn om de concentratie te toetsen omdat deze beneden de in hun nationale wetgeving inzake concentratiecontrole vastgestelde drempels blijft?

6. Ondanks de schijnbare eenvoud van deze vraag is het geenszins eenvoudig om er het juiste antwoord op te vinden. Het vergt van de uitlegger een nauwgezette hermeneutische analyse om de juiste uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening vast te stellen. Daartoe moeten niet alleen de bewoordingen, de oorsprong, de context en het doel van die bepaling worden onderzocht, maar moet ook rekening worden gehouden met de logica van de regeling voor concentratiecontrole van de Europese Unie en met een aantal fundamentele beginselen van het Unierecht (zoals institutioneel evenwicht, subsidiariteit, rechtszekerheid, territorialiteit enz.).

2 Conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318, punt 73).

3 Zie over deze kwesties de International Competition Network Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, „Setting Notification Thresholds for Merger Review", april 2008 (beschikbaar op de website van het netwerk).

4 PB 2004, L 24, blz. 1.

Tot slot kan niet genoeg worden benadrukt hoe belangrijk het antwoord op die vraag kan zijn voor de juiste en doeltreffende werking van de regeling voor concentratiecontrole van de Europese Unie.

II. Unierecht

7. Artikel 22 van de EU-concentratieverordening, met als opschrift „Verwijzing naar de Commissie", bepaalt:

„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.

Een dergelijk verzoek moet uiterlijk binnen 15 werkdagen na de dag waarop de concentratie is aangemeld of, indien geen aanmelding vereist is, waarop de concentratie op andere wijze kenbaar is gemaakt aan de betrokken lidstaat, worden ingediend.

2. De Commissie stelt de bevoegde autoriteiten van de lidstaten en de betrokken ondernemingen onverwijld in kennis van elk verzoek krachtens lid 1 dat zij ontvangt.

Elke andere lidstaat heeft het recht zich binnen 15 werkdagen na de dag waarop hij door de Commissie in kennis is gesteld van het oorspronkelijke verzoek, bij het oorspronkelijke verzoek aan te sluiten.

[...]

3. De Commissie kan uiterlijk tien werkdagen na het verstrijken van de in lid 2 genoemde termijn besluiten de concentratie te onderzoeken, indien zij van oordeel is dat deze 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 die het verzoek doet respectievelijk doen. Indien de Commissie binnen de gestelde termijn geen besluit neemt, wordt zij geacht een besluit te hebben genomen om de concentratie overeenkomstig het verzoek te onderzoeken.

De Commissie stelt alle lidstaten en de betrokken ondernemingen in kennis van haar besluit. Zij kan verlangen dat een aanmelding overeenkomstig artikel 4 wordt ingediend.

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.

4. Artikel 2, artikel 4, leden 2 en 3, en de artikelen 5, 6 en 8 tot en met 21 zijn van toepassing wanneer de Commissie een concentratie onderzoekt op grond van lid 3. Artikel 7 is van toepassing, voor zover de concentratie nog niet tot stand is gebracht op de datum waarop de Commissie de betrokken ondernemingen ervan in kennis stelt dat een verzoek is ingediend.

Indien een aanmelding overeenkomstig artikel 4 niet vereist is, vangt de bij artikel 10, lid 1, gestelde termijn waarbinnen een procedure kan worden ingeleid, aan op de werkdag volgende op die waarop de Commissie de betrokken ondernemingen ervan in kennis stelt dat zij heeft besloten de concentratie overeenkomstig lid 3 te onderzoeken.

5. De Commissie kan één of meer lidstaten ervan in kennis stellen dat een concentratie naar haar oordeel aan de criteria van lid 1 voldoet. In dat geval kan de Commissie die lidstaat of lidstaten uitnodigen een verzoek zoals bedoeld in lid 1 in te dienen."

8. Het verwijzingsmechanisme dat thans is opgenomen in artikel 22 van de EU-concentratieverordening was oorspronkelijk vastgelegd in artikel 22 („Toepassing van deze verordening"), leden 3 tot en met 6, van de EG-concentratieverordening van 1989[5] (hierna: „EG-concentratieverordening"), die vervolgens is gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad.[6] De EG-concentratieverordening is vervolgens met ingang van 1 mei 2004 ingetrokken bij de EU-concentratieverordening.

III. Feiten

9. De meest relevante feiten, zoals weergegeven in het arrest in de zaak T-227/21, Illumina/Commissie (hierna: „bestreden arrest")[7], kunnen als volgt worden samengevat.

10. Op 20 september 2020 heeft Illumina Inc. – een in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap die op sequencing- en array-technieken gebaseerde oplossingen voor genoom- en genetische analyse verkoopt – een fusieovereenkomst en -plan ondertekend voor de verwerving van de uitsluitende zeggenschap over Grail LLC (voorheen Grail, Inc.), die bloedtesten voor de vroegtijdige opsporing van kanker ontwikkelt en waarvan Illumina reeds 14,5 % van het kapitaal in handen had (hierna: „aan de orde zijnde concentratie"). Op 21 september 2020 hebben Illumina en Grail (hierna: „rekwirantes") een persbericht uitgebracht waarin deze concentratie werd aangekondigd.

11. Aangezien de omzet van rekwirantes de relevante drempels niet overschreed, in het bijzonder gelet op het feit dat Grail geen inkomsten genereerde in een lidstaat van de Unie of elders in de wereld, had de aan de orde zijnde concentratie geen Europese dimensie in de zin van artikel 1 van de EU-concentratieverordening en was zij derhalve niet bij de Commissie aangemeld. De aan de orde zijnde concentratie was evenmin aangemeld in de lidstaten van de Unie of in staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte[8], aangezien zij niet binnen de werkingssfeer van hun nationale regelingen voor concentratiecontrole viel.

5 Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1989, L 395, blz. 1). Artikel 22, leden 3 tot en met 6, luidde als volgt:
„3. Indien de Commissie, op verzoek van een lidstaat, constateert dat een concentratie [...] 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.
4. Artikel 2, lid 1, onder a) en b), en de artikelen 5, 6, 8 en 10 tot en met 20 zijn van toepassing. [...] Dit verzoek moet worden gedaan uiterlijk binnen een termijn van een maand vanaf de datum waarop de concentratie bij de lidstaat is aangemeld of is verwezenlijkt. [...]
5. De Commissie treft uit hoofde van lid 3 slechts de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn om een daadwerkelijke mededinging te handhaven of te herstellen op het grondgebied van de lidstaat op wiens verzoek zij is opgetreden.
6. De leden 3, 4 en 5 blijven van toepassing totdat de in artikel 1, lid 2, genoemde drempels zijn bijgesteld."

6 Verordening van 30 juni 1997 houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1997, L 180, blz. 1) (hierna: „verordening van 1997"). Deze verordening wijzigde artikel 22 van de EG-concentratieverordening door, onder meer: i) in lid 3 een verwijzing naar gezamenlijke verzoeken van twee of meer lidstaten in te voegen; ii) in lid 4 de zinsneden „artikel 7 is van toepassing, voor zover de concentratie nog niet tot stand is gebracht op de datum waarop de Commissie de partijen ervan in kennis stelt dat een verzoek is ingediend" en „dit verzoek moet worden gedaan uiterlijk binnen één maand na de datum waarop de concentratie bij de verzoekende lidstaat of lidstaten is aangemeld of tot stand is gebracht" in te voegen, en iii) lid 6 te schrappen.

7 EU:T:2022:447.

8 PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-overeenkomst".

12. Nadat de Commissie in december 2020 een klacht had ontvangen over de aan de orde zijnde concentratie, heeft de Commissie een aantal keer gecommuniceerd met de klager, met een aantal nationale mededingingsautoriteiten van lidstaten en met de Competition and Markets Authority van het Verenigd Koninkrijk.

13. Op 19 februari 2021 heeft de Commissie de lidstaten in kennis gesteld van de aan de orde zijnde concentratie door hen een brief te sturen overeenkomstig artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening (hierna: „uitnodigingsbrief"). In deze brief heeft de Commissie uiteengezet waarom zij op het eerste gezicht van mening was dat de concentratie aan de voorwaarden van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening leek te voldoen, en heeft zij de lidstaten verzocht een verwijzingsverzoek in te dienen.

14. Tijdens een telefoongesprek op 4 maart 2021 heeft de Commissie de wettelijke vertegenwoordiger van elk van de rekwirantes in kennis gesteld van de uitnodigingsbrief, en van de mogelijkheid van een verwijzingsverzoek op grond van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening.

15. Op 9 maart 2021 heeft de Autorité de la concurrence française (mededingingsautoriteit, Frankrijk; hierna: „ACF") de Commissie krachtens artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening verzocht de aan de orde zijnde concentratie te onderzoeken (hierna: „verwijzingsverzoek"). Op 10 maart 2021 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 22, lid 2, van de EU-concentratieverordening de nationale mededingingsautoriteiten en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in kennis gesteld van het verwijzingsverzoek. Op 11 maart 2021 heeft de Commissie ook rekwirantes in kennis gesteld van het verwijzingsverzoek en verklaard dat de aan de orde zijnde concentratie niet tot stand mocht worden gebracht zolang en voor zover de opschortingsverplichting (hierna: „standstillverplichting") van artikel 7 van de EU-concentratieverordening, gelezen in samenhang met artikel 22, lid 4, eerste alinea, tweede volzin, van die verordening, gold (hierna: „kennisgevingsbrief").

16. Op 16 en 29 maart 2021 hebben rekwirantes bij de Commissie opmerkingen ingediend waarmee zij zich tegen het verwijzingsverzoek verzetten. Op 2, 7 en 12 april 2021 heeft Illumina geantwoord op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie van 26 maart en 8 april 2021.

17. Bij brieven van 24, 26 en 31 maart 2021 hebben de Belgische, de Griekse, de IJslandse, de Nederlandse en de Noorse mededingingsautoriteiten overeenkomstig artikel 22, lid 2, van de EU-concentratieverordening verzocht om zich bij het verwijzingsverzoek aan te sluiten (hierna: „aansluitingsverzoeken").

18. Op 31 maart 2021 heeft de Commissie een mededeling bekendgemaakt met als titel „Handvatten voor de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de [EU-]concentratieverordening op bepaalde categorieën zaken". [9]

19. Bij besluiten van 19 april 2021 heeft de Commissie het verwijzingsverzoek en de aansluitingsverzoeken ingewilligd. Bij deze besluiten heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat i) het verwijzingsverzoek binnen de in artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening gestelde termijn van 15 werkdagen was ingediend; ii) de aansluitingsverzoeken waren ingediend binnen de in artikel 22, lid 2, van de EU-concentratieverordening gestelde termijn; iii) de aan de orde zijnde concentratie aan de

9 PB 2021, C 113, blz. 1.

criteria voor verwijzing in de zin van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening voldeed, en iv) de argumenten van rekwirantes dat inbreuk was gemaakt op hun rechten van verdediging en op andere algemene beginselen van het Unierecht als ongegrond moesten worden beschouwd.

IV. Procedure voor het Gerecht, bestreden arrest en procedure voor het Hof

20. Bij verzoekschrift van 28 april 2021 heeft Illumina op grond van artikel 263 VWEU het Gerecht verzocht de kennisgevingsbrief, het besluit om de verwijzing van de ACF te aanvaarden en de besluiten om de aansluitingsverzoeken in te willigen (hierna: „litigieuze besluiten") nietig te verklaren.

21. Bij beschikkingen en besluiten van de president van de Derde kamer (uitgebreid) van het Gerecht i) werd het verzoek van Grail om toelating tot interventie aan de zijde van Illumina ingewilligd; ii) werden de Helleense Republiek, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie, en iii) werd het verzoek van de Computer & Communications Industry Association tot interventie aan de zijde van Illumina afgewezen.

22. Illumina, ondersteund door Grail, heeft het Gerecht verzocht de litigieuze besluiten en de kennisgevingsbrief nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten. Van haar kant heeft de Commissie, ondersteund door de Helleense Republiek, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, het Gerecht verzocht het beroep niet-ontvankelijk of, subsidiair, deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond te verklaren en Illumina te verwijzen in de kosten.

23. Op 13 juli 2022 heeft het Gerecht bij het bestreden arrest het beroep verworpen en Illumina verwezen in haar eigen kosten en in die van de Commissie, en de Helleense Republiek, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Grail verwezen in hun eigen kosten.

24. In hun hogere voorzieningen bij het Hof, ingesteld op respectievelijk 22 en 30 september 2022 hebben Illumina (zaak C-611/22 P) en Grail (zaak C-625/22 P) het Hof verzocht het bestreden arrest te vernietigen, de litigieuze besluiten nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure. Grail heeft het Hof ook verzocht het verzoek van de ACF en de kennisgevingsbrief van de Commissie nietig te verklaren.

25. Op 21 december 2022 heeft de president van het Hof, de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal en partijen gehoord, besloten de twee zaken overeenkomstig artikel 54, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof voor het mondelinge gedeelte van de behandeling en voor het arrest te voegen. Bij besluit van 10 januari 2023 heeft de president van het Hof, de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, tevens besloten het verzoek van de Commissie om zaak C-625/22 P volgens de versnelde procedure van de artikelen 133 tot en met 136 van het Reglement voor de procesvoering te behandelen, af te wijzen en de zaak overeenkomstig artikel 53, lid 3, van dit Reglement bij voorrang te behandelen.

26. Bij twee beschikkingen van de president van het Hof van 10 maart 2023 is Biocom California toegelaten tot interventie aan de zijde van Illumina in zaak C-611/22 P, en zijn de door de Association française des juristes d'entreprise (AFJE) en de European Company Lawyers Association (ECLA) ingediende verzoeken tot interventie aan de zijde van Grail in zaak C-625/22 P afgewezen.

27. In hun memories van antwoord hebben de Commissie, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA het Hof verzocht de hogere voorzieningen af te wijzen en rekwirantes te verwijzen in de kosten. Van hun kant hebben Grail een memorie van antwoord in zaak C-611/22 P en Illumina een memorie van antwoord in zaak C-625/22 P ingediend, waarin zij het Hof verzoeken om het bestreden arrest te vernietigen, de litigieuze besluiten nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten.

28. Rekwirantes hebben een repliek ingediend en verweerster een dupliek. Rekwirantes, verweerster en interveniënten hebben hun standpunten uiteengezet ter terechtzitting voor het Hof van 12 december 2023.

V. Beoordeling

29. Ter ondersteuning van hun hogere voorzieningen voeren rekwirantes elk drie middelen aan, die in ruime mate met elkaar overeenstemmen. Derhalve zal ik deze middelen gezamenlijk onderzoeken.

30. Ik zal dus in de eerste plaats beoordelen of het Gerecht de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening onjuist heeft uitgelegd (A). In de tweede plaats zal ik ingaan op de stelling van rekwirantes dat het verwijzingsverzoek te laat is ingediend en dat de Commissie haar verplichting om binnen een redelijke termijn te handelen niet is nagekomen (B). In de derde en laatste plaats zal ik ingaan op de gestelde schendingen van het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel (C).

A. Eerste middel: betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening

31. Het eerste middel in hogere voorziening van Illumina en Grail heeft betrekking op de punten 85 tot en met 185 van het bestreden arrest. Hierin heeft het Gerecht het eerste middel van Illumina in eerste aanleg, ontleend aan onbevoegdheid van de Commissie om de betrokken concentratie te toetsen, verworpen. Na de argumenten van partijen in overweging te hebben genomen, kwam het Gerecht met name tot de volgende conclusie:

„183 [...] gelet op de letterlijke, historische, contextuele en teleologische uitleggingen van artikel 22 van [de EU-concentratieverordening], moet worden geconcludeerd dat de lidstaten onder de aldaar genoemde voorwaarden een verwijzingsverzoek krachtens deze bepaling kunnen indienen, ongeacht de draagwijdte van hun nationale regelingen voor concentratiecontrole.

184 Bijgevolg heeft de Commissie bij de [litigieuze] besluiten terecht het verzoek tot verwijzing en de verzoeken om aansluiting krachtens artikel 22 van [de EU-concentratieverordening] ingewilligd. [...]"

1. Argumenten van partijen

32. Illumina voert aan dat het Gerecht, door de wijze goed te keuren waarop de Commissie artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening heeft toegepast, deze bepaling onjuist heeft uitgelegd. Illumina betoogt in het bijzonder dat het Gerecht heeft nagelaten: i) een aantal fundamentele beginselen van het Unierecht toe te passen (zoals rechtszekerheid, evenredigheid en subsidiariteit); ii) het doel van de EU-concentratieverordening naar behoren vast te stellen en in overweging te nemen; iii) een bepaling die een afwijking van een algemene regel vormt, strikt uit te leggen, en iv) het belang van de context en het doel van de bepaling in kwestie te erkennen. Evenzo is Grail van mening dat een tekstuele, historische, contextuele en teleologische uitlegging van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening de lezing ervan door het Gerecht niet ondersteunt.

33. In wezen steunt Biocom de door rekwirantes aangevoerde argumenten, waarbij zij de nadruk legt op de rechtsonzekerheid en de onevenredige last voor de fuserende partijen die uit het bestreden arrest voortvloeien.

34. De Commissie betoogt dat de eerste middelen in hogere voorziening van rekwirantes niet ter zake dienend en niet-ontvankelijk zijn voor zover zij zijn gebaseerd op bepaalde voorbereidende stukken en, subsidiair, ongegrond zijn. De Commissie is van mening dat het Gerecht artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening correct heeft uitgelegd. De Commissie betoogt met name dat rekwirantes: i) hebben nagelaten naar behoren rekening te houden met de duidelijke bewoordingen van deze bepaling en ii) ten onrechte van mening zijn dat de door het Gerecht gekozen uitlegging ertoe zou leiden dat de regeling in de EU-concentratieverordening de fuserende partijen onvoldoende rechtszekerheid zou bieden.

35. De Franse en de Nederlandse regering en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA delen het standpunt van de Commissie. De Franse regering betoogt met name dat het Gerecht de beginselen van rechtszekerheid, evenredigheid en subsidiariteit correct heeft toegepast. De Nederlandse regering betoogt dat zij krachtens artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening het recht had om de Commissie te verzoeken een concentratie als de aan de orde zijnde te onderzoeken, of om zich aan te sluiten bij een verzoek van een andere nationale mededingingsautoriteit. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA stelt van haar kant dat rekwirantes zich ten onrechte beroepen op het éénloketsysteem dat bij de EU-concentratieverordening is ingevoerd: dit mechanisme heeft alleen betrekking op fusies met een communautaire dimensie en is niet van toepassing op fusies zonder dergelijke dimensie.

2. Analyse

36. Hieronder zal ik eerst enkele door de Commissie aangevoerde voorafgaande bezwaren van procedurele aard beoordelen, alvorens de eerste middelen in hogere voorziening van rekwirantes inhoudelijk te beoordelen.

a) Voorafgaande vragen

37. Om te beginnen moet worden ingegaan op de argumenten van de Commissie volgens welke i) de eerste middelen in hogere voorziening van rekwirantes niet ter zake dienend zijn, en ii) Grail zich baseert op bepaalde documenten die niet-ontvankelijk zijn.

38. Deze argumenten overtuigen mij niet.

39. Ten eerste is een middel in hogere voorziening niet ter zake dienend wanneer het, zelfs indien het gegrond zou worden verklaard, niet tot vernietiging van het bestreden arrest zou kunnen leiden.[10] Dat is duidelijk niet het geval bij de middelen in hogere voorziening die hier worden onderzocht. Het staat vast dat indien het Gerecht – zoals rekwirantes betogen – de aard en draagwijdte van artikel 22 van de EU-concentratieverordening onjuist heeft uitgelegd, met als gevolg dat de Commissie de aan de orde zijnde concentratie niet kon onderzoeken, het bestreden arrest zou berusten op een onjuiste rechtsopvatting die tot vernietiging van dat arrest en nietigverklaring van de litigieuze besluiten zou leiden.

40. De stelling van de Commissie dat rekwirantes de vaststellingen van het Gerecht in bepaalde passages van het bestreden arrest (de punten 90-94 met betrekking tot Illumina en de punten 183 en 184 met betrekking tot Grail) niet hebben betwist, wordt weersproken door de tekst van de hogere voorzieningen. In feite lijkt de kritiek van de Commissie veeleer betrekking te hebben op de kracht van de argumenten die rekwirantes hebben aangevoerd om de vaststellingen van het Gerecht in die passages te betwisten. Dat is echter een kwestie die betrekking heeft op de gegrondheid van het middel in hogere voorziening, en niet op het gestelde niet ter zake dienende karakter ervan.

41. Ten tweede is de stelling van de Commissie dat bepaalde documenten waarop Grail zich beroept met betrekking tot de historische uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening („de bestreden documenten”) niet-ontvankelijk zouden zijn, eveneens ongegrond. De Commissie betoogt in wezen dat dergelijke documenten eerst aan het Gerecht hadden moeten worden overgelegd om vervolgens ontvankelijk te zijn in hogere voorziening voor het Hof. Daartoe beroept de Commissie zich op de beschikking van de president van het Hof van 10 oktober 2023, Deutsche Lufthansa/Ryanair e.a.[11]

42. Een algemeen vereiste dat documenten eerst aan het Gerecht moeten zijn overgelegd om vervolgens in hogere voorziening bij het Hof ontvankelijk te zijn, is echter niet opgenomen in het Reglement voor de procesvoering van het Hof en volgt evenmin uit de rechtspraak van de Unierechters. Dat kan ook niet anders: een dergelijke regel zou volkomen onredelijk en contraproductief zijn. Ik hoef er in dit verband eigenlijk niet op te wijzen dat beroepen tot nietigverklaring en hogere voorzieningen een verschillend voorwerp hebben (een besluit in het eerste geval, een arrest in het tweede geval), en dat de rechtsvragen waarover de twee rechterlijke instanties moeten oordelen mogelijk dus niet volledig samenvallen.

43. Meer fundamenteel zou een dergelijke regel in strijd zijn met de beginselen inzake de bewijsvoering voor de Unierechters. Het Hof heeft consequent geoordeeld dat „het beginsel van ‚equality of arms’, dat een logisch uitvloeisel is van het begrip eerlijk proces zoals met name neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [(hierna: ‚Handvest’)], inhoudt dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak, *daaronder begrepen haar bewijzen*, onder zodanige omstandigheden voor te dragen dat zij tegenover de tegenpartij niet wezenlijk wordt benadeeld”.[12] Wat de bewijsvoering betreft, is de basisregel dat *elk* bewijs aan de Unierechters kan worden overgelegd. Die rechters kunnen evenwel rekening houden met het bestaan van (gerechtelijke of buitengerechtelijke) belangen die,

10 Zie bijvoorbeeld arrest van 22 juni 2023, DI/ECB (C-513/21 P, EU:C:2023:500, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

11 C-457/23 P, EU:C:2023:760.

12 Zie onder meer arrest van 12 juli 2022, Nord Stream 2/Parlement en Raad (C-348/20 P, EU:C:2022:548, punt 128 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

bij wijze van uitzondering rechtvaardigen dat wordt geweigerd om het bewijs te aanvaarden, en deze belangen afwegen tegen die welke voor de aanvaarding van dit bewijs pleiten.[13] Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een document onrechtmatig is verkregen of vertrouwelijke informatie bevat die niet openbaar mag worden gemaakt om bepaalde publieke of particuliere belangen te beschermen.

44. In de onderhavige zaak zijn de bestreden documenten rechtmatig verkregen door Grail naar aanleiding van verzoeken om toegang tot documenten op grond van verordening (EG) nr. 1049/2001[14]; die documenten leveren kritiek op enkele specifieke passages van het bestreden arrest. Aangezien deze passages betrekking hebben op een van de voor de onderhavige zaak cruciale vragen (of de lezing van artikel 22 van de EU-concentratieverordening door het Gerecht al dan niet wordt ondersteund door een historische uitlegging ervan), zie ik geen plausibele reden waarom rekwirantes zich niet op de bestreden documenten zouden mogen beroepen. Indien deze documenten niet-ontvankelijk zouden worden verklaard, zou rekwirantes namelijk de facto de mogelijkheid worden ontnomen om de vaststellingen van het Gerecht in de punten 96 tot en met 117 van het bestreden arrest te betwisten. Dat zou in strijd zijn met het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht.

45. Evenzo is de suggestie van de Commissie dat het Hof door een partij rechtmatig overgelegde documenten niet zou mogen onderzoeken, duidelijk onhoudbaar. Het Hof heeft verklaard dat „in het Unierecht het beginsel van de vrije beoordeling van het bewijs primeert”[15] en dat „alleen de betrouwbaarheid van het aan het Hof overgelegde bewijsmateriaal beslissend is voor de beoordeling van de waarde ervan”[16].

46. De door de Commissie aangevoerde beschikking van de president van het Hof is in dit verband irrelevant. Die zaak betrof het verzoek van een vennootschap aan het Hof om vertrouwelijke behandeling, ten opzichte van de andere partijen in de procedure, van bepaalde gegevens in de tekst van haar verzoekschrift in hogere voorziening en in een bijlage daarbij. Belangrijk is dat de informatie waarvoor om vertrouwelijke behandeling werd verzocht, in eerste aanleg was overgelegd, maar vervolgens uit het procesdossier is verwijderd omdat het Gerecht deze irrelevant achtte. Bijgevolg is deze informatie in eerste aanleg niet vertrouwelijk behandeld, aangezien het Gerecht deze uit het dossier had verwijderd zonder de vertrouwelijkheid ervan af te wegen tegen de vereisten in verband met het in artikel 103, lid 2, van zijn Reglement verankerde recht op daadwerkelijke rechtsbescherming. Op grond daarvan heeft de president het verzoek van de vennootschap om vertrouwelijke behandeling afgewezen, waarbij werd benadrukt dat, aangezien de desbetreffende informatie niet was opgenomen in het dossier dat als basis diende voor het arrest van het Gerecht, die informatie in beginsel niet relevant kon zijn voor de toetsing door het Hof van de rechtmatigheid van dat arrest in het kader van de hogere voorziening. Derhalve was er geen reden om in het kader van de hogere voorziening een vertrouwelijke behandeling toe te kennen aan informatie die rekwirante vrijwillig in haar betoog had verstrekt.

13 Zie in die zin ibid., punten 130 en 131, en, met verdere verwijzingen, de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Nord Stream 2/Parlement en Raad (C-348/20 P, EU:C:2021:831, punt 120).

14 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2001, L 145, blz. 43).

15 Arrest van 12 juli 2022, Nord Stream 2/Parlement en Raad (C-348/20 P, EU:C:2022:548, punt 129 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 Zie bijvoorbeeld beschikking van 12 juni 2019, OY/Commissie (C-816/18 P, EU:C:2019:486, punt 6 van de conclusie van de advocaat-generaal zoals aangehaald in punt 4 van de beschikking en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47. Deze beschikking is een eenvoudige toepassing van de basisbeginselen volgens welke een hogere voorziening voor het Hof alleen rechtsvragen betreft en het voorwerp van deze procedure beperkt is tot het voorwerp in eerste aanleg en in hogere voorziening niet kan worden gewijzigd.[17] Anders dan in die zaak gaat het in de onderhavige zaak echter wel om i) een rechtsvraag (de uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening) en niet de vaststelling van omstreden feiten, en ii) een kwestie die in eerste aanleg aan de orde is gesteld en is besproken, en waarover het Gerecht zich heeft uitgesproken.

48. Uit deze beschikking volgt zeker niet dat een rekwirant, om een cruciale passage van een bestreden arrest te betwisten, het relevante bewijs reeds in eerste aanleg moet hebben overgelegd. Deze beschikking kan evenmin aldus worden uitgelegd dat de juiste uitlegging van het recht een kwestie is die rekwirant afdoende moet bewijzen, laat staan dat hij dit in eerste aanleg moet doen. Dit zou duidelijk in strijd zijn met het gevestigde beginsel jura novit curia[18] en met talrijke arresten van het Hof[19].

49. Niettemin heeft de Commissie gelijk wanneer zij betoogt dat de wezenlijke elementen van het juridische betoog van rekwirantes in beginsel in het verzoekschrift zelf moeten staan en dat de daarbij gevoegde documenten slechts een ondersteunende rol hebben. Hoewel het Hof dus niet gebonden is aan de door partijen voorgestelde uitlegging van het recht en het te dien einde vrij is om zich te laten inspireren door elk document dat rechtmatig aan het Hof is voorgelegd, kan niet van het Hof worden verwacht dat het in de bijlagen bij de hogere voorzieningen de grieven en de argumenten zoekt en ontdekt die als grondslag voor deze hogere voorzieningen zouden kunnen dienen.[20] Derhalve zal ik alle argumenten die niet uitdrukkelijk in de hogere voorzieningen zijn aangevoerd en die niet goed kunnen worden begrepen zonder de bijlagen te onderzoeken, buiten beschouwing laten.

b) Inhoudelijke beoordeling

50. Ik zal nu ingaan op de inhoud van de eerste middelen in hogere voorziening van rekwirantes. In wezen wordt met deze middelen de vraag opgeworpen of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening. Zoals hierboven is vermeld, is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat een „letterlijke, historische, contextuele en teleologische" uitlegging van deze bepaling steun biedt voor de opvatting dat de lidstaten de Commissie kunnen verzoeken een concentratie te onderzoeken die geen communautaire dimensie heeft, zelfs wanneer zij naar nationaal recht niet bevoegd zijn om een dergelijke concentratie te toetsen. Het Gerecht heeft immers geoordeeld dat artikel 22 van de EU-concentratieverordening verschillende doelstellingen nastreeft, waaronder de doelstelling „om als ‚*correctiemechanisme*' daadwerkelijke controle mogelijk te maken op alle concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de interne markt op significante wijze kunnen belemmeren en die, omdat de omzetdrempels niet zijn overschreden, aan de regelingen inzake concentratiecontrole van de Unie en van de lidstaten ontsnappen".[21]

17 Zie, in feite, de punten 9 en 10 van de bovengenoemde beschikking.

18 Zie opnieuw de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Nord Stream 2/Parlement en Raad (C-348/20 P, EU:C:2021:831, punt 177 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Zie bijvoorbeeld arresten van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 86), en 25 maart 2021, Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie (C-611/16 P, EU:C:2021:245, punt 153).

20 Zie naar analogie arrest van 30 september 2021, Rekenkamer/Pinxten (C-130/19, EU:C:2021:782, punten 310 en 311 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 Punt 177 van het bestreden arrest. Cursivering van mij.

51. Hieronder zal ik uiteenzetten waarom ik van mening ben dat het Gerecht artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening onjuist heeft uitgelegd. Hoewel de door de Commissie aangevoerde en door het Gerecht overgenomen argumenten betreffende de bewoordingen van de bepaling tot op zekere hoogte aannemelijk zijn, blijkt uit een aantal andere uitleggingsgegevens – die betrekking hebben op de ontstaansgeschiedenis, de context en het doel van de bepaling, en die van breder systemisch belang zijn – duidelijk dat artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening niet de betekenis en draagwijdte heeft die er in het bestreden arrest aan zijn gegeven.

1) Tekstuele uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening

52. Om de analyse te beginnen is het goed om de bewoordingen van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening in herinnering te brengen: „Eén of meer lidstaten kunnen de Commissie verzoeken een concentratie [...], die geen communautaire dimensie heeft [...] 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".

53. Zoals het Gerecht heeft geoordeeld, i) worden in deze bepaling bepaalde voorwaarden vastgesteld waaronder de bepaling van toepassing is; het vereiste dat de fusie binnen de werkingssfeer van de nationale regels voor concentratiecontrole moet vallen, behoort niet daartoe [22]; ii) wordt in deze bepaling de brede uitdrukking „*een* concentratie" gebruikt [23], en iii) wordt in deze bepaling geen onderscheid gemaakt tussen lidstaten naargelang zij al dan niet een nationale regeling voor concentratiecontrole hebben vastgesteld. [24] In het licht daarvan is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat een letterlijke uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening in beginsel de door de Commissie voorgestelde uitlegging ondersteunt. Voor zover de bewoordingen van de bepaling echter geen definitieve conclusie op dit punt toelieten, achtte het Gerecht het passend de analyse aan te vullen door gebruik te maken van andere uitleggingsmethoden. [25]

54. Ik ben het met beide punten eens.

55. Bij een eerste lezing van de tekst van de bepaling is de ruime uitlegging die het Gerecht aan artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening heeft gegeven, verdedigbaar. Uit de hierboven opgesomde elementen kan inderdaad worden afgeleid dat alle lidstaten elke concentratie naar de Commissie kunnen verwijzen, ongeacht of zij een nationale regeling voor concentratiecontrole hebben en, zo ja, of de concentratie onder een dergelijke regeling valt.

56. Tegelijkertijd is het ook waar dat – zoals het Gerecht heeft vastgesteld – de beknopte en algemene bewoordingen van deze bepaling geen eenduidig antwoord bieden op de hier aan de orde zijnde uitleggingskwestie.

22 Punten 89, 90 en 92 van het bestreden arrest.

23 Punt 91 van het bestreden arrest (cursivering van mij). In de meeste taalversies van de verordening wordt de uitdrukking „*elke* concentratie" (*any concentration*) gebruikt. Een minderheid van de taalversies (zoals de Nederlandse en de Zweedse) gebruikt niet de uitdrukking „*elke* concentratie", maar andere termen, namelijk „*een* concentratie".

24 Punt 93 van het bestreden arrest.

25 Punten 94 en 95 van het bestreden arrest.

57. De Commissie is het daar niet mee eens. Zij benadrukt in het bijzonder de ruime werkingssfeer van de bepaling, die volgens haar duidelijk *impliceert* (of niet uitdrukkelijk uitsluit) dat lidstaten met een nationale regeling voor concentratiecontrole ook zaken kunnen verwijzen die niet onder hun regeling vallen. Het impliceren (of niet uitsluiten) van iets kan voor een tekstuele uitlegging van een bepaling echter niet worden gelijkgesteld met het uitdrukkelijk vermelden ervan. De vraag of de minorpremisse van de redenering van de Commissie (dat de werkingssfeer van de bepaling ook verwijzingen zoals de aan de orde zijnde omvat) de logische voortzetting is van de majorpremisse van de Commissie (dat de tekst van de bepaling ruim is), kan niet worden beantwoord – zoals de Commissie wil dat het Hof doet – door te kijken naar een enkele alinea van de EU-concentratieverordening, in „klinisch isolement" van de rest van de bepaling en, meer in het algemeen, de rest van de verordening.

58. Principieel beschouwd is het standpunt van de Commissie dat het Hof *geen gebruik mag maken* van andere uitleggingsmethoden wanneer de bewoordingen van een bepaling duidelijk genoeg lijken, verbijsterend. Het staat het Hof uiteraard vrij alle uitleggingsmethoden toe te passen die het in elke concrete situatie passend acht. Ik denk dat het de moeite waard is om dit punt, dat van constitutioneel belang is, te benadrukken: wanneer het geschil betrekking heeft op de *uitlegging van het recht*, zijn beginselen als die van partijautonomie, de bewijslast of de bewijsstandaard niet van toepassing. Nogmaals, het cruciale beginsel in deze context is jura novit curia.

59. Het argument van de Commissie gaat ook voorbij aan de vaste rechtspraak van het Hof. Zoals het Hof in het arrest Cilfit zeer duidelijk heeft gesteld, „moet *elke bepaling* van [het Unierecht] in haar context worden geplaatst en worden uitgelegd in het licht van dit recht in zijn geheel".[26] Volgens vaste rechtspraak „dient bij de uitlegging van een bepaling van het Unierecht *niet alleen* rekening te worden gehouden met de bewoordingen ervan, *maar ook* met de context ervan en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt".[27] Bijgevolg heeft het Hof nooit geaarzeld om een bepaling contextueel en/of teleologisch uit te leggen, zelfs wanneer de bewoordingen ervan duidelijk leken, om de letterlijke uitlegging te bevestigen[28] of, in voorkomend geval, ervan af te wijken[29].

60. Het belang dat het Hof steeds heeft gehecht aan met name contextuele en teleologische uitlegging is immers helemaal niet ongewoon. Zelfs het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, dat een welbekend onderscheid maakt tussen de „algemene regel van uitlegging" en de „aanvullende middelen van uitlegging"[30], rekent al deze elementen tot de eerste groep en legt er een onverbrekelijk verband tussen. Artikel 31, lid 1, van dit verdrag bepaalt: „Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de *termen* van het verdrag in hun *context* en in het licht van *voorwerp en doel* van het verdrag".[31]

61. Dat is ook de reden waarom de nadruk die de Commissie legt op de uitdrukking „een concentratie" (*any concentration*), die wordt gebruikt in artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening, misplaatst is. Er moet worden gekeken naar het soort concentraties

[26] Arrest van 6 oktober 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335, punt 20). Cursivering van mij.

[27] Zie onder meer arrest van 6 oktober 2020, Jobcenter Krefeld (C-181/19, EU:C:2020:794, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

[28] Ibid., punten 62-66.

[29] Zie bijvoorbeeld arresten van 19 november 2009, Sturgeon e.a. (C-402/07 en C-432/07, EU:C:2009:716, punten 40-69), en 27 oktober 2016, Commissie/Duitsland (C-220/15, EU:C:2016:815, punten 38-47).

[30] (1969) UNTS, deel 1155, blz. 331. Zie respectievelijk artikel 31 en 32.

[31] Cursivering van mij.

waarop artikel 22 van de EU-concentratieverordening betrekking heeft om vast te stellen waarnaar de term „een" (*any*) precies verwijst. Op het gevaar af te herhalen wat vanzelfsprekend is, kan de uitdrukking „een concentratie" alleen maar verwijzen naar om het even welke concentratie die niet alleen onder artikel 22 van de EU-concentratieverordening valt, maar ook, en a fortiori, binnen de werkingssfeer van de EU-concentratieverordening. Een contextuele analyse van deze bepaling is dus onvermijdelijk.

62. Evenzo zou het absurd zijn te suggereren dat het Hof het *zou moeten* houden bij de tekstuele uitlegging van een bepaling, *wanneer* het op een aantal specifieke elementen is gewezen die de beweerdelijk duidelijke bewoordingen van die bepaling in twijfel trekken.[32] Dat is precies het geval in de onderhavige procedure: zoals later zal blijken, wijzen talrijke elementen op een andere uitlegging van de betrokken bepaling.

63. Evenzo vind ik het argument van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA dat in artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening termen ontbreken die aangeven dat het verwijzingsmechanisme alleen van toepassing zou zijn op concentraties die vatbaar zijn voor toetsing krachtens het nationale mededingingsrecht van de lidstaten, irrelevant. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA wijst in dat verband op het verschil tussen de tekst van artikel 4, lid 5, van de EU-concentratieverordening (dat eveneens betrekking heeft op een verwijzingsmechanisme en deze termen bevat) en de tekst van artikel 22, lid 1, van de verordening. Dit argument gaat echter voorbij aan het feit dat de laatstgenoemde bepaling, anders dan de eerstgenoemde, oorspronkelijk was ingevoerd om concentraties te bestrijken die op nationaal niveau problematisch zouden kunnen zijn, wanneer de desbetreffende lidstaat of lidstaten niet zou of zouden beschikken over een nationale regeling voor concentratiecontrole. Bijgevolg zou artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening geen uitdrukking kunnen bevatten zoals die in artikel 4, lid 5, ervan, aangezien dan juist de lidstaten waarvoor die bepaling was vastgesteld, zouden worden uitgesloten. Het Gerecht heeft juist zelf in punt 126 van het bestreden arrest geweigerd enige parallel te trekken tussen beide bepalingen.

64. Hoe dan ook zijn de principiële bezwaren van de Commissie in casu niet alleen ongegrond, maar ook irrelevant, aangezien er minstens twee tekstuele elementen zijn die volstaan om enige twijfel te doen rijzen over de letterlijke uitlegging, die volgens de Commissie zo duidelijk is dat elke andere wijze van uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening zonder meer moet worden uitgesloten.

65. Ten eerste is het opschrift van de bepaling zo een element. Artikel 22 van de EU-concentratieverordening heeft als opschrift „Verwijzing naar de Commissie". In de meeste taalversies[33] heeft de term die wordt gebruikt voor „verwijzing" (*referral* een specifieke connotatie. Deze term suggereert inderdaad dat de bepaling in beginsel betrekking heeft op zaken die daadwerkelijk of potentieel bij de nationale autoriteiten lopen en die vervolgens naar de Commissie worden *verwezen* (dat wil zeggen doorgegeven, overgedragen, getransfereerd, toegewezen enz.). Die uitlegging zou in overeenstemming zijn met het beginsel nemo dat quod non habet (niemand kan geven wat hij niet heeft).

[32] Zoals advocaat-generaal Wathelet heeft verklaard, *kan* het Hof het houden bij de letterlijke uitlegging van de bepaling, wanneer de betrokken tekst volkomen helder en eenduidig is, maar *hoeft* het dat *niet* te doen (zie in dat verband conclusie in de zaak Frankrijk/Parlement (C-73/17, EU:C:2018:386, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[33] Zie onder meer de termen *postoupení* (Tsjechisch), *Verweisung* (Duits), *παραπομπή* (Grieks), *remisión* (Spaans), *renvoi* (Frans), *áttétel* (Hongaars), *rinvio* (Italiaans), *remessa* (Portugees) en *napotitev* (Sloveens).

66. Ten tweede is een van de voorwaarden waaraan krachtens artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening moet zijn voldaan voordat de Commissie fusies kan toetsen die beneden de in artikel 1 van de verordening vastgestelde drempels blijven, dat de betrokken fusie „in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging *op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten* van welke het verzoek uitgaat”.[34] Deze bewoordingen zijn volkomen redelijk als men bedenkt dat de bepaling in kwestie, sinds de invoering ervan in de EG-concentratieverordening, bedoeld is om toetsing mogelijk te maken van fusies die de mededinging zouden kunnen verstoren in een lidstaat die geen nationale regeling voor concentratiecontrole heeft. Bovendien zijn deze bewoordingen in overeenstemming met het doel van een bepaling die, na de wijzigingen ervan in 1997 en 2004, ook beoogde – zoals later zal worden uiteengezet – om het éénloketkarakter van de regeling voor concentratiecontrole van de Europese Unie te versterken door meervoudige nationale aanmeldingen zoveel mogelijk te vermijden.

67. De bewoordingen van de bepaling worden daarentegen minder duidelijk wanneer deze bepaling, zoals het Gerecht heeft verklaard, wordt uitgelegd als „een ‚*correctiemechanisme*’, [om] een controle [mogelijk te maken] op concentraties die de daadwerkelijke mededinging *op de interne markt* in significante mate dreigen te belemmeren”.[35] Als dat het geval is, waarom heeft de Uniewetgever dan alleen verwezen naar beperkingen van de mededinging op het niveau van de lidstaten? Zou de bepaling dan niet, meer in het algemeen of als aanvulling, moeten verwijzen naar beperkingen van de mededinging op de *interne markt*? Belangrijker, waarom zou de Commissie überhaupt een verwijzing van de autoriteit van een lidstaat nodig hebben, als het mededingingsprobleem zich op Unieniveau voordoet?

68. Bovenstaande tekstuele elementen lijken enige twijfel te kunnen zaaien over de beweerdelijk duidelijke uitlegging van de bepaling zoals voorgesteld door de Commissie.

69. Zoals meestal het geval is bij wettelijke bepalingen die tot op zekere hoogte onduidelijk zijn, of in ieder geval niet op zichzelf staan (wat naar mijn mening ook het geval is met de hier aan de orde zijnde bepaling: één alinea van een artikel van een verordening), lijkt het oude Engelse gezegde *bare reading is bare feeding* relevant. Daaruit volgt dat het, om de exacte betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening te bepalen, inderdaad noodzakelijk is, zoals het Gerecht terecht heeft geoordeeld, om ook de andere door het Hof gebruikte uitleggingsmethoden te hanteren.

2) Historische uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening

70. In de punten 96 tot en met 117 van het bestreden arrest is het Gerecht, na een aantal documenten betreffende de ontstaansgeschiedenis van de EU-concentratieverordening te hebben bestudeerd, tot de conclusie gekomen dat „de historische uitlegging [bevestigt] dat artikel 22, lid 1, eerste alinea, van [de EU-concentratieverordening] een lidstaat toestaat om, ongeacht de draagwijdte van zijn nationale regeling voor concentratiecontrole, concentraties die beneden de omzetdrempels van artikel 1 van deze verordening blijven maar die significante grensoverschrijdende gevolgen dreigen te hebben, naar de Commissie te verwijzen”.

34 Cursivering van mij.

35 Punt 142 van het bestreden arrest (cursivering van mij). Zie ook de punten 141, 165, 177 en 182 van dat arrest.

71. Ik ben het niet eens met deze beoordeling. In het bijzonder heb ik op dit punt vier belangrijke bedenkingen: i) de documenten waarnaar in het bestreden arrest wordt verwezen, hebben bepaalde inherente beperkingen indien zij worden gebruikt om de bedoeling van de Uniewetgever te verduidelijken; ii) de aangehaalde passages van die documenten ondersteunen de vaststellingen van het Gerecht niet; iii) wanneer die documenten in hun geheel worden gelezen, zijn zij in feite in tegenspraak met die vaststellingen, en iv) het Gerecht heeft geen rekening gehouden met talrijke andere documenten, waaronder de relevante voorbereidende stukken, die de door rekwirantes aangevoerde uitlegging ondersteunen.

i) Limieten van de historische beoordeling van het Gerecht (I)

72. In de eerste plaats zijn er, zoals Grail terecht opmerkt, twee belangrijke beperkingen die *inherent* zijn aan het soort documenten waarnaar in het bestreden arrest wordt verwezen ter ondersteuning van de uit deze documenten getrokken conclusie. Al deze documenten (het groenboek van 1996 [36], het groenboek van 2001 [37], het voorstel van de Commissie van 2003 [38] en het werkdocument van de diensten van de Commissie van 2009 [39]) zijn *opgesteld* door de Commissie en *dateren van na* de vaststelling van de EG-concentratieverordening. De benadering van het Gerecht is mijns inziens in het onderhavige geval bijzonder verwarrend.

73. De Commissie werd tijdens de terechtzitting gevraagd of de vermeende ruime werkingssfeer van (thans) artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening i) reeds aanwezig was in de oorspronkelijke, in 1989 vastgestelde, EG-concentratieverordening; ii) werd toegevoegd toen die bepaling in 1997 werd gewijzigd, of iii) werd ingevoerd toen de EU-concentratieverordening werd vastgesteld in 2004. De Commissie heeft zonder aarzeling geantwoord dat een dergelijke ruime werkingssfeer er vanaf het begin was: dat wil zeggen, in artikel 22, lid 4, van de EG-concentratieverordening, als vastgesteld in 1989. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA was dezelfde mening toegedaan. [40]

74. Als dit het geval is, lijkt het mij dat voor een historische beoordeling van de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening documenten die dateren van na de vaststelling van de EG-concentratieverordening in 1989 van minder belang zijn dan documenten die dateren van vóór de vaststelling van die verordening. Ik denk niet dat ik hoef uit te leggen waarom *voorbereidende stukken* (dat wil zeggen documenten die tijdens de uitwerking van een bepaalde bepaling worden gebruikt) gewoonlijk meer betekenis hebben dan *ex-post-facto*-documenten om de bedoeling van de wetgever aan te tonen.

36 Groenboek van de Commissie van 31 januari 1996 betreffende de herziening van de concentratieverordening (COM(96) 19 def.), waarnaar wordt verwezen in de punten 97 en 98 van het bestreden arrest.

37 Groenboek van de Commissie van 11 december 2001 over de herziening van [de EG-concentratieverordening] (COM(2001) 745 definitief), waarnaar wordt verwezen in de punten 97, 99, 101 en 103 van het bestreden arrest.

38 Voorstel van de Commissie voor een verordening van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen („de [EU]-concentratieverordening") (PB 2003, C 20, blz. 4), waarnaar wordt verwezen in de punten 97 en 106-113 van het bestreden arrest.

39 Werkdocument van de diensten van de Commissie bij de mededeling van de Commissie aan de Raad – Verslag over de werking van [de EU-concentratieverordening] (SEC(2009) 808 definitief/2), waarnaar wordt verwezen in de punten 97 en 115 van het bestreden arrest.

40 Helaas heeft het Gerecht op dit punt geen uitdrukkelijk standpunt ingenomen. Dit standpunt kan evenmin worden afgeleid uit de motivering van het bestreden arrest. Het Gerecht verwees immers zonder onderscheid naar elementen die aanwezig waren in de EG-concentratieverordening en naar elementen die later bij de verordening van 1997 of bij de EU-concentratieverordening, zijn toegevoegd.

75. In dit verband vind ik het bestreden arrest ook tegenstrijdig. In punt 115 van dit arrest heeft het Gerecht principieel geweigerd om vijf door de Commissie opgestelde en in het betoog van rekwirantes aangehaalde documenten te onderzoeken waaruit zou blijken dat de Commissie tot voor kort zelf niet de uitlegging had gegeven aan artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening die in de onderhavige procedure wordt voorgesteld.

76. Als de ruime werkingssfeer van deze bepaling bestond sinds de vaststelling van de EG-concentratieverordening in 1989, waarom heeft het Gerecht dan rekening gehouden met verschillende documenten die na 1989 zijn opgesteld, maar niet met de door rekwirantes vermelde documenten? Als de werkingssfeer van de bepaling daarentegen is verruimd met de vaststelling van de EU-concentratieverordening in 2004, waarom heeft het Gerecht dan geen enkel document geciteerd van het wetgevingsproces dat heeft geleid tot de vaststelling van die verordening, en dan met name van de instelling die als enige wetgever optrad, namelijk de Raad? Dit brengt mij bij het volgende punt.

77. In feite is het nogal verrassend dat het Gerecht, om de door de Commissie aangevoerde uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening te bevestigen, zich alleen heeft gebaseerd op documenten van de Commissie zelf en geen enkel document van de Raad heeft aangehaald.

78. Ik ben het er zeker mee eens dat een officieel document waarin het standpunt van de Commissie wordt uiteengezet over de betekenis en draagwijdte van een bepaalde bepaling van een verordening of richtlijn een zeker gewicht in de schaal legt, vooral wanneer die bepaling in het oorspronkelijke voorstel was opgenomen en tijdens het wetgevingsproces niet het voorwerp was van belangrijke discussies of amendementen. Het standpunt van de Commissie kan echter niet worden beschouwd als een beslissende factor voor de uitlegging van de bepaling door het Hof. Dit geldt a fortiori wanneer de bepaling door de Raad in een relatief laat stadium van het wetgevingsproces, na lange discussies, is toegevoegd, zoals het geval is bij (thans) artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening.

79. Tegen deze achtergrond vind ik het problematisch dat geen van de documenten waarnaar in de punten 96 tot en met 117 van het bestreden arrest wordt verwezen, is opgesteld door de Raad en/of dateert van vóór de vaststelling van de EG-concentratieverordening in 1989.

ii) Limieten van de historische beoordeling van het Gerecht (II)

80. In de tweede plaats ondersteunen de historische documenten waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, de daaruit getrokken conclusie niet, en wel om twee redenen: i) de in het bestreden arrest aangehaalde passages zijn voor het geschilpunt irrelevant, en ii) andere, meer relevante passages in dezelfde documenten zijn over het hoofd gezien of het belang ervan is onterecht gebagatelliseerd.

81. Het Gerecht is zijn historische beoordeling van de bepaling begonnen met de opmerking dat „dit verwijzingsmechanisme volgde op de wens van het Koninkrijk der Nederlanden, dat destijds niet over een [...] regeling [voor concentratiecontrole] beschikte, om concentraties met negatieve gevolgen op zijn grondgebied door de Commissie te laten onderzoeken, op voorwaarde dat deze concentraties ook de handel tussen de lidstaten beïnvloedden, zodat dit mechanisme de ‚Nederlandse clausule' werd genoemd".[41] Vervolgens heeft het Gerecht verwezen naar een aantal

[41] Punt 97 van het bestreden arrest.

relevante documenten, waaruit zou volgen dat: i) het verwijzingsmechanisme algemeen wordt beschouwd als een nuttig instrument, met name voor die lidstaten die momenteel zelf geen stelsel van fusiecontrole kennen, maar het gebruik ervan geenszins is voorbehouden aan deze lidstaten [42]; ii) het mechanisme bestemd is om de lidstaten de mogelijkheid te bieden de Commissie te verzoeken een concentratie met grensoverschrijdende gevolgen te onderzoeken in een situatie waarin de in artikel 1 van de verordening vastgestelde drempels niet zijn bereikt [43]; iii) de doelstellingen van dit mechanisme mettertijd zijn uitgebreid, teneinde gezamenlijke verwijzingsverzoeken mogelijk te maken om meervoudige nationale aanmeldingen te vermijden [44], en iv) uit de wijzigingen van de bepaling blijkt dat de Commissie er de voorkeur aan heeft gegeven om meer gebruik te maken van het verwijzingsmechanisme [45].

82. Al deze vaststellingen van het Gerecht zijn mijns inziens feitelijk juist. Het is een lapalissade dat artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening van toepassing is op concentraties met grensoverschrijdende gevolgen waarbij de in artikel 1 van deze verordening vastgestelde drempels niet worden bereikt. Bovendien staat zelfs niet ter discussie dat het verwijzingsmechanisme van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening zowel kan worden gebruikt door lidstaten die *niet* over een regeling voor concentratiecontrole beschikken als door lidstaten die *wel* over een dergelijke controleregeling beschikken. Ten slotte lijdt het geen twijfel dat het verwijzingsmechanisme in de loop der tijd is gewijzigd om de doelstellingen ervan te verruimen en een frequenter gebruik ervan mogelijk te maken.

83. Niets in deze vaststellingen verheldert echter, direct of indirect, de vraag die de kern van het onderhavige middel in hogere voorziening vormt: of artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening de lidstaten die over een nationale regeling voor concentratiecontrole *beschikken*, toestaat om zaken die *niet onder die regeling vallen*, te verwijzen.

84. Derhalve is de overtuigingskracht van de in het bestreden arrest aangehaalde documenten niet alleen relatief, maar blijkt bij nader onderzoek dat de aangehaalde delen van die documenten geenszins de eindconclusie ondersteunen die daaruit in punt 116 van dat arrest is getrokken. De vaststellingen van het Gerecht zijn derhalve ronduit irrelevant.

iii) Limieten van de historische beoordeling van het Gerecht (III)

85. In de derde plaats lijken de documenten waarnaar in het bestreden arrest wordt verwezen bij lezing in hun geheel in tegenspraak te zijn met de vaststellingen van het Gerecht en dus de door rekwirantes aangevoerde uitlegging te bevestigen. Het belang van dit punt moet worden benadrukt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten de documenten waarop het Gerecht zich beroept in hun geheel worden gelezen om de bewijskracht ervan correct te kunnen beoordelen. Een of meer specifieke passages uit een document extrapoleren en daaruit vervolgens conclusies trekken die niet stroken met de werkelijke inhoud van het document in zijn geheel beschouwd, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. [46]

86. Deze beginselen zijn naar mijn mening relevant in deze context.

42 Punt 98 van het bestreden arrest.

43 Punt 102 van het bestreden arrest.

44 Met name in 1997, toen de bepaling werd gewijzigd. Zie punt 103 van het bestreden arrest.

45 Punt 109 van het bestreden arrest.

46 Zie onder meer arresten van 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Commissie (C-326/05 P, EU:C:2007:443, punten 60-68), en 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punt 76).

87. Om te beginnen verbaast het mij dat in punt 99 van het bestreden arrest het belang wordt gebagatelliseerd van de passage in het groenboek van 2001 waarin wordt gesteld dat – gelet op het feit dat ten tijde van de goedkeuring van dat groenboek alleen het Groothertogdom Luxemburg niet over een regeling voor concentratiecontrole beschikte – „[i]n de praktijk [...] het potentiële toepassingsgebied van artikel 22, lid 3, in zijn originele vorm zeer beperkt [was]”.[47] Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, impliceert deze passage inderdaad dat ook andere lidstaten dan het Groothertogdom Luxemburg zich konden beroepen op artikel 22, lid 3, van de EG-concentratieverordening.[48] Ook dit is echter niet waar het om gaat. In feite suggereert deze passage dat, vanwege de beperkingen aan het gebruik van het verwijzingsmechanisme door de lidstaten met een regeling voor concentratiecontrole, het praktische gebruik van het verwijzingsmechanisme in de loop der tijd was verminderd. De meeste lidstaten hadden intussen een nationale regeling voor concentratiecontrole ingevoerd en hadden daarom minder belangstelling en minder mogelijkheden om een zaak naar de Commissie te verwijzen.

88. Aldus gelezen sluit de aan de orde zijnde passage perfect aan bij de uittreksels uit de in de voorgaande punten van het bestreden arrest aangehaalde documenten, en steunt zij het standpunt van rekwirantes: het verwijzingsmechanisme was opgezet en werd „met name” nuttig geacht voor de lidstaten zonder regeling voor concentratiecontrole. Hadden de lidstaten met een regeling voor concentratiecontrole *elke* concentratie kunnen verwijzen, ongeacht of deze al dan niet onder hun regeling viel, dan zouden het gebruik en de doelmatigheid van het mechanisme voor deze lidstaten niet erg zijn beïnvloed door hun vaststelling van een nationale regeling en zou het mechanisme zeker niet „beperkt” zijn geweest.

89. Bovendien zijn andere zeer duidelijke en belangrijke passages van de door het Gerecht genoemde documenten niet vermeld in het bestreden arrest.

90. Bij de bespreking van de beperkingen van het toen geldende regelgevingskader en de beschikbare opties om dit te wijzigen teneinde meer fusies met grensoverschrijdende gevolgen te kunnen bestrijken, wordt in het groenboek van 1996 bijvoorbeeld geen melding gemaakt van een vermeende mogelijkheid om fusies die aan de nationale regelingen voor concentratiecontrole ontsnappen, op grond van artikel 22 van de EG-concentratieverordening naar de Commissie te verwijzen voor toetsing. Naar deze bepaling wordt namelijk verwezen als uitsluitend betrekking hebbend op „*de verdeling van zaken* tussen de Commissie en de lidstaten”. Het groenboek van 1996 gaat zelfs zo ver dat het stelt dat concentraties „beneden de drempels [van de EG-concentratieverordening] [...] alleen [zijn] onderworpen aan nationale fusiecontrole, *indien die bestaat*”.[49]

91. Vervolgens is het groenboek van 2001 nog duidelijker in tegenspraak met de uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening door het Gerecht. Ten eerste geeft het document aan dat de doelstellingen van de bepaling („de toepassing van het communautaire mededingingsrecht op het gebied van de grensoverschrijdende effecten te versterken, alsook het onestopshopbeginsel te versterken en het probleem van de meervoudige aanmeldingen op te lossen”) moesten worden bereikt door ervoor te zorgen dat zaken die tot *meervoudige aanmeldingen* op nationaal niveau leidden, door de Commissie zouden kunnen

47 Punt 99 van het bestreden arrest.

48 Bij het opstellen van deze conclusie was dat nog steeds correct. Ik heb echter begrepen dat de situatie in de nabije toekomst zou kunnen veranderen, aangezien de Luxemburgse regering in augustus 2023 een wetsvoorstel heeft ingediend tot invoering van een nationale regeling voor concentratiecontrole.

49 Punten 9 en 10 van het groenboek van 1996 (cursivering van mij).

worden behandeld.[50] Het spreekt voor zich dat zaken die leiden tot *meervoudige aanmeldingen* niet de zaken zijn die beneden de nationale drempels blijven. In feite wordt in dat document uitvoerig verwezen naar verwijzingen voor zaken die op nationaal niveau verplicht en/of vrijwillig moeten worden aangemeld[51], maar er is geen enkele aanwijzing dat het verwijzingsmechanisme ook zou kunnen worden gebruikt voor concentraties die op nationaal niveau niet hoeven worden aangemeld[52].

92. Ten tweede werd in het groenboek van 2001 aangegeven dat een van de redenen waarom het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de EG-concentratieverordening onvoldoende werd gebruikt, gelegen was in „materiële verschillen [...] tussen de nationale procedures op het gebied van concentratiecontrole, met name inzake ‚het *feit dat tot aanmelding aanleiding*' geeft en de regels met betrekking tot de aanmeldingstermijnen".[53] Het is duidelijk dat een dergelijke overweging niet relevant zou zijn geweest indien artikel 22 van de EG-concentratieverordening de lidstaten had toegestaan concentraties naar de Commissie te verwijzen ongeacht of er een aanmelding op nationaal niveau was geweest.[54] Indien het Gerecht gelijk zou hebben, zouden ook de verklaringen in het groenboek van 2001 – dat de mogelijkheid om gezamenlijke verwijzingen krachtens artikel 22, lid 3, van de EG-concentratieverordening meer operationeel te maken, moeilijk uitvoerbaar zou zijn omdat deze mogelijkheid afhankelijk zou zijn van „een voldoende harmonisatie van het nationale recht" – onbegrijpelijk zijn.[55]

93. In het voorstel van de Commissie van 2003 luidt punt 21 als volgt: „Eén van de oorspronkelijke doelstellingen van artikel 22 [van de EG-concentratieverordening] was om lidstaten die niet over nationale wetgeving op het gebied van concentratiecontrole beschikken de mogelijkheid te geven om zaken die het handelsverkeer tussen de lidstaten beïnvloeden naar de Commissie te verwijzen; vandaag de dag behoort alleen [het Groothertogdom] Luxemburg tot deze categorie. *Toch moet* de mogelijkheid voor een enkele lidstaat om zaken naar de Commissie te verwijzen *niet volledig verdwijnen*."[56] Dit suggereert dat het eenzijdige gebruik van het verwijzingsmechanisme door de lidstaten weliswaar mogelijk, maar onwaarschijnlijk werd geacht. Indien artikel 22 van de EG-concentratieverordening de lidstaten met een regeling voor concentratiecontrole had toegestaan om ook zaken te verwijzen die zij niet konden toetsen, zou het niet mogelijk zijn geweest dat het gebruik van het verwijzingsmechanisme onwaarschijnlijk werd geacht.

94. Daarnaast wordt in de punten 22 tot en met 25 van dit voorstel ook aangegeven dat het belangrijkste zwakke punt van de verwijzingsbepalingen (artikelen 9 en 22 van de EG-concentratieverordening) het feit was dat deze *alleen konden worden gebruikt* nadat een concentratie was aangemeld bij de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten, al naargelang het geval. Bovendien blijkt uit punt 28 van dat document heel duidelijk dat de mogelijkheid voor de Commissie om lidstaten uit te nodigen een verwijzingsverzoek in te dienen, beperkt was tot zaken die al waren aangemeld.

50 Punt 86 van het groenboek van 2001, waarnaar wordt verwezen in punt 103 van het bestreden arrest.

51 Met „vrijwillige" aanmeldingen werd verwezen naar de aanmeldingen die bij de mededingingsautoriteit van het Verenigd Koninkrijk werden ingediend, aangezien het Verenigd Koninkrijk (dat toen een lidstaat van de Unie was) een regeling voor concentratiecontrole hanteert die, anders dan de regeling van de Unie en die van de andere lidstaten, niet op verplichte aanmeldingen maar op vrijwillige aanmeldingen is gebaseerd.

52 Zie met name blz. 4 („Samenvatting") en de punten 72-88 van het groenboek van 2001.

53 Punt 53 (cursivering van mij).

54 Dit punt wordt verder benadrukt door de opmerking in het groenboek van 2001 dat een definitie ontbreekt van „een concentratie bij een lidstaat aanmelden", maar dat „het vanzelfsprekend [lijkt] de datum van een nationale aanmelding te gebruiken als de begindatum in lidstaten waar een aanmeldingsvereiste bestaat". Ook hier gaat het de Commissie duidelijk om zaken die onder de aandacht van de nationale autoriteiten komen omdat zij onderworpen zijn aan hun nationale regelingen voor concentratiecontrole.

55 Zie met name de punten 93, 95 en 99 van het groenboek van 2001.

56 Cursivering van mij.

95. Tot slot wordt in punt 133 van het werkdocument van de diensten van de Commissie van 2009 duidelijk gesteld dat i) de vraag of lidstaten met een regeling voor concentratiecontrole gebruik moeten kunnen maken van artikel 22 van de EU-concentratieverordening bij concentraties die niet onder die regeling vallen, bij lange na niet zo duidelijk was als de Commissie stelt en, hoewel de formulering het gebruik van het artikel niet leek uit te sluiten, controversieel was, en dat de meeste lidstaten die hierover een standpunt innamen, neigden naar een negatief antwoord [57]; ii) sommige geraadpleegde belanghebbenden (waaronder de nationale mededingingsautoriteiten) zich zelfs afvroegen of een bepaling als artikel 22 van de EU-concentratieverordening überhaupt moest blijven bestaan, omdat toestaan dat „een lidstaat zonder bevoegdheid een zaak krachtens artikel 22 verwijst of zich aansluit bij een verwijzing" problemen op het gebied van voorspelbaarheid, rechtsonzekerheid en buitensporig lange procedures veroorzaakt, en iii) de oorspronkelijke bestaansreden van artikel 22 bijna achterhaald was, maar dat deze bepaling nog steeds een doel diende „wanneer een lidstaat, na een periode voor de beoordeling van een transactie, van mening is dat een zaak *beter* door de Commissie kan worden *beoordeeld*" [58].

96. Ik concludeer dan ook dat de documenten die zijn ingeroepen in de punten 96 tot en met 117 van het bestreden arrest niet alleen de conclusie die het Gerecht uit deze documenten trekt, niet ondersteunen, maar, in hun geheel gelezen, deze conclusie zelfs tegenspreken.

iv) Limieten van de historische beoordeling van het Gerecht (IV)

97. In de vierde plaats wordt de onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven door te oordelen dat de historische uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening een ruime werkingssfeer hiervan steunde, nog duidelijker wanneer andere relevante documenten worden onderzocht, waaronder met name een aantal voorbereidende stukken, die van de Raad daaronder begrepen.

98. Uit de voorbereidende werkzaamheden blijkt duidelijk dat tijdens de besprekingen en onderhandelingen die hebben geleid tot de vaststelling door de Raad van de EG-concentratieverordening in 1989, enkele van de meest controversiële onderwerpen betrekking hadden op de vaststelling van de materiële werkingssfeer van de verordening en de afstemming ervan op andere (EG- en nationale) voorschriften die eveneens van toepassing konden zijn op de overeenkomstig deze verordening aangemelde transacties. Met name rezen er twee vragen: moest de toepassing van de EG-concentratieverordening exclusief zijn, of konden de lidstaten de aangemelde concentraties ook parallel toetsen? Zou de toepassing van de EG-concentratieverordening a priori de toepassing van de toenmalige artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag op dezelfde transactie uitsluiten? [59]

99. In dit verband werd in de Raad uiteindelijk tot een akkoord gekomen dat inhield dat de bevoegdheid van de Commissie op grond van de EG-concentratieverordening exclusief moest zijn en dat concentraties die onder de in de EG-concentratieverordening vastgestelde drempels

[57] Zie punt 138 van het werkdocument van de diensten van de Commissie van 2009: „In verband met de vraag of een lidstaat al dan niet de mogelijkheid moet hebben om een verwijzing te maken of zich bij een verwijzing aan te sluiten *zonder bevoegd te zijn in de zaak*, waren vijf lidstaten van mening dat dit moest worden toegestaan, terwijl negen lidstaten vonden van niet. Dit doet wel de vraag rijzen of een lidstaat al dan niet een zaak moet kunnen verwijzen wanneer deze niet onder zijn bevoegdheid valt, maar de activiteit van de partijen wel gevolgen heeft in die lidstaat" (cursivering van mij).

[58] Zie de punten 133, 140-142 en 144 van het werkdocument van de diensten van de Commissie van 2009 (cursivering van mij). Zie ook punt 86 van het groenboek van 2001.

[59] Zie met name de verslagen van de Raad van 7 november 1988 (9114/88), 10 november 1988 (9265/88) en 8 december 1988 (10054/88).

bleven, daarentegen uitsluitend door de nationale autoriteiten moesten worden getoetst.[60] Bovendien was het weliswaar niet mogelijk om de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (primair recht) op de door de verordening bestreken transacties uit te sluiten, maar wel om de toepassing van de wetgeving tot uitvoering van die bepalingen op deze transacties te beperken.[61] Dit heeft geleid tot de toevoeging van twee leden aan artikel 22 van het voorstel van de Commissie.[62]

100. Dit akkoord binnen de Raad stelde het probleem aan de orde van de verschillende lidstaten die op dat moment niet beschikten over een nationale regeling voor concentratiecontrole (waaronder het Koninkrijk België, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden): wie zou de concentraties toetsen die beneden de drempels van de EG-concentratieverordening bleven maar een impact hadden op hun nationale markt? Vandaar de invoering van de „Nederlandse clausule", op grond waarvan de Commissie – bij wijze van uitzondering – in de plaats kon treden van de nationale autoriteiten en namens hen kon optreden wanneer er geen wetgeving voor de toetsing van concentraties bestond of wanneer deze autoriteiten, wegens hun relatieve onervarenheid of beperkte middelen, van mening waren dat de Commissie een „beter geplaatste" autoriteit was om een bij hen aangemelde concentratie te toetsen.

101. Zowel de Raad als de Commissie was namelijk van mening dat „redelijkerwijs kon worden aangenomen" dat concentraties onder de drempels van de EG-concentratieverordening over het algemeen een onvoldoende effect op de handel hadden om toetsing op Unieniveau te rechtvaardigen.[63] De Raad en de Commissie waren zich ervan bewust dat de drempels van de EG-concentratieverordening op verschillende waarden konden worden gebaseerd en dat deze waarden op verschillende bedragen konden worden vastgesteld (elk bedrag zou noodzakelijkerwijs een indicatieve waarde zijn).[64] Daarom was het voor alle partijen die betrokken waren bij het wetgevingsproces, inclusief de toenmalige commissaris voor Mededinging[65], overduidelijk dat bepaalde concentraties die gevolgen zouden kunnen hebben voor de gemeenschappelijke markt, ongeacht het soort en de waarde van de gekozen drempels, in ieder geval zouden ontsnappen aan ex-ante-toetsing door de Commissie op grond van de EG-concentratieverordening.[66] Dit werd echter om een aantal redenen onvermijdelijk geacht:

60 Ontwerpnotulen van de op 18 juli 1989 gehouden 1 339e vergadering van de Raad (8016/89 PV/CONS 47), blz. 2.

61 Voor het eerst in verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het [EEG-]Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

62 Gewijzigd voorstel van de Commissie voor een verordening van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [COM(88) 97 def.] (PB 1988, C 130, blz. 4). Artikel 22 van dat voorstel, met als opschrift „Uitsluitende toepasselijkheid van deze verordening", luidt als volgt: „Op concentraties in de zin van deze verordening zijn de verordeningen nr. 17, (EEG) nr. 1017/68, (EEG) nr. 4056/86 en (EEG) nr. 3975/87 niet van toepassing."

63 Zie Raad, Note de la Présidence au Conseil, 7 april 1989 (5857/89 (RC 9)), bijlage, blz. 4; verslagen van 12 april 1989 (6267/89, RC 12); ontwerpnotulen van de 1 339e vergadering van de Raad op 18 juli 1989 (8016/89 PV/CONS 47), blz. 13; verslagen van 9 november 1989 [9672/89 (RC 41)], blz. 3. Zie eveneens de brief van Sir Leon Brittan aan de Raad [SG (89) D/5429], 24 april 1989, blz. 2.

64 Zie het verslag van 28 juli 1993 van de Commissie aan de Raad inzake de toepassing van de concentratieverordening [COM(93) 385 def., blz. 14] (hierna: „verslag van 1993"); Commissie, nota van G. Drauz aan de Juridische Dienst (COMP/HT.60), werkgroep van de Raad, 6 juni 2003 (11430), punt 4.

65 Zie Sir Leon Brittan, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Grotius, 1991, blz. 33 en 49. Zie ook Jones, C., „Procedures and Enforcement under EEC Merger Regulation", in Hawk, B. (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1990, blz. 476.

66 Zie Commissie, verslag van 1993, blz. 7. Zie ook de mededeling van de Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement betreffende de herziening van de concentratieverordening [COM(96) 313 def., blz. 5]. Zie ook Levy, N., Rimsa, A., en Buzatu, B., „The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance", in Kokkoris, I., en Levy, N., *Research Handbook on Global Merger Control*, Edward Elgar Publishing, 2023, blz. 219: „Geen enkele werkbare regeling voor concentratiecontrole kan elke transactie omvatten die de mededinging in een bepaalde jurisdictie kan beïnvloeden."

onder meer om de werklast van de Commissie op een redelijk niveau te houden [67], de fuserende partijen rechtszekerheid te bieden [68] en een evenwichtige en duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale autoriteiten tot stand te brengen. [69] Het was in ieder geval duidelijk dat de toenmalige artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag een ex-postinterventie toestonden voor alle fusies die onder de drempels bleven. [70]

102. In de overvloed aan voorbereidende stukken die partijen hebben overgelegd met betrekking tot de oorspronkelijke versie van de EG-concentratieverordening, wordt in feite in geen enkel document verwezen naar het „corrigerende" doel dat het verwijzingsmechanisme van artikel 22, leden 3 tot en met 5, volgens het Gerecht zou hebben. Om dit te bevestigen werd de Commissie tijdens de terechtzitting gevraagd of zij een dergelijk document kon aanwijzen, en de Commissie kon dat niet. Dat is mijns inziens niet verwonderlijk, aangezien veel van de discussies die binnen de Raad hebben plaatsgevonden over de precieze formulering van die bepaling, zoals weergegeven in de voorbereidende stukken, onbegrijpelijk zouden worden indien concentraties beneden de nationale drempels op grond van het verwijzingsmechanisme toch zouden kunnen worden getoetst.

103. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de wijzigingen van de EG-concentratieverordening in 1997. Zoals vermeld in punt 82 hierboven, is het waar dat de Uniewetgever voornemens was de werkingssfeer van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de EG-concentratieverordening uit te breiden. In de voorbereidende stukken met betrekking tot de herziening van de verordening is echter geen spoor te vinden van het feit dat met de wijzigingen de door het Gerecht gesuggereerde doelstelling om de leemte op te vullen, werd nagestreefd. Integendeel, het doel om het éénloketsysteem te versterken door meervoudige aanmeldingen te vermijden, staat juist op gespannen voet met de uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening die het Gerecht heeft gevolgd.

104. Ik vind het inherent paradoxaal dat het Gerecht verwijst naar een document waarin wordt uitgelegd dat de wijziging van artikel 22 van de EG-concentratieverordening in 1997 bedoeld was om *meervoudige* aanmeldingen te voorkomen, om vervolgens zijn goedkeuring te hechten aan een uitlegging van die bepaling die – zoals later zal blijken [71] – ondernemingen die op grond van de nationale en Uniewetgeving inzake concentratiecontrole helemaal geen aanmelding hoeven te doen, de facto zal aanmoedigen om uit voorzorg toch aanmeldingen te doen (mogelijk wel dertig) [72].

105. Voorts bieden de historische documenten in verband met de vaststelling van de EU-concentratieverordening in 2004 geen steun voor de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de bedoeling van de Uniewetgever om het verwijzingsmechanisme van artikel 22 te gebruiken om de vermeende tekortkomingen als gevolg van de starheid van de in artikel 1 van

67 Zie Raad, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 8 maart 1989, (5770/89 RC 8) blz. 4. Zie eveneens de brief van Sir Leon Brittan aan de Raad, 30 maart 1989 [SG (89) D/4008], blz. 2.

68 Zie Raad, verslag aan het Comité van permanente vertegenwoordigers, 9 december 1988, (10189/89 RC 36), blz. 8, en avis du service juridique, 11 juli 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), blz. 10. Zie ook Commissie, verslag van 1993, blz. 14.

69 Zie Sir Leon Brittan, op. cit., aangehaald in voetnoot 65, blz. 39, 48 en 53.

70 Zie Raad, avis du service juridique, 11 juli 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), blz. 4.

71 Zie de punten 201 en 208 van deze conclusie.

72 Dit aantal slaat op alle lidstaten van de Unie (met uitzondering van het Groothertogdom Luxemburg) en de EER-/EVA-staten (IJsland en Noorwegen) die momenteel een nationale regeling voor concentratiecontrole hebben.

de verordening vastgestelde drempels te verhelpen.[73] Met de wijzigingen van de bepalingen van artikel 22 van de EU-concentratieverordening werd ernaar gestreefd de éénloketfunctie van het verwijzingsmechanisme te versterken om te vermijden dat de fuserende partijen meerdere aanmeldingen moeten indienen. Dat blijkt duidelijk uit de bewoordingen van de wijzigingen.[74]

106. Ten slotte bieden bepaalde documenten die de Commissie na de vaststelling van de EU-concentratieverordening heeft opgesteld, ook enkele nuttige aanwijzingen. Zoals hierboven vermeld, kan hun interpretatieve waarde slechts relatief zijn. Voor zover het Gerecht zich echter *alleen* heeft gebaseerd op documenten van de Commissie die dateren van na de vaststelling van de EG-concentratieverordening, geven die aanvullende documenten een vollediger beeld doordat zij interessante inzichten verschaffen in de historische lezing van artikel 22 van de EU-concentratieverordening door de Commissie.

107. Met name in de „Mededeling van de Commissie betreffende de verwijzing van concentratiezaken" van 2005[75], die werd gepubliceerd in de nasleep van de vaststelling van de EU-concentratieverordening, worden verwijzingen op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening consequent aangeduid als verwijzingen „na aanmelding".[76] Het gebruik van deze uitdrukking valt moeilijk te rijmen met de herhaalde bewering van de Commissie dat zij deze bepaling *altijd* aldus heeft uitgelegd dat de lidstaten zaken die beneden de in hun nationale recht vastgestelde drempels blijven, kunnen verwijzen. Als we de argumenten van de Commissie zouden volgen, zou het ook vreemd zijn dat in hetzelfde document bij de opsomming van de „categorieën van zaken die normaal het geschiktst zijn voor verwijzing naar de Commissie op grond van artikel 22" niet wordt verwezen naar concentraties die aanleiding geven tot ernstige mededingingsbezwaren, terwijl zij niet onder een regeling voor concentratiecontrole binnen de Europese Unie vallen.[77] Deze situatie had bovenaan de lijst moeten staan.

108. Evenzo heeft de Commissie in haar witboek van 2014, getiteld „Naar een effectievere EU-concentratiecontrole", onder meer voorgesteld om „het systeem voor de verwijzing van zaken doelmatiger en doeltreffender te maken door [...] artikel 22 zodanig aan te passen dat daarmee het onestopshopconcept nog beter wordt toegepast".[78] Interessant is dat in de voorgestelde wijzigingen van artikel 22 van de EU-concentratieverordening uitdrukkelijk werd vermeld dat alleen lidstaten die „bevoegd zijn om een transactie aan hun nationale wetgeving te toetsen" om verwijzing naar de Commissie konden verzoeken of zich daartegen konden verzetten.[79] Men kan terecht betwijfelen of de Commissie met dergelijke voorstellen voornemens was de werkingssfeer van artikel 22 van de EU-concentratieverordening te beperken, aangezien dit zou indruisen tegen zowel de overkoepelende doelstelling om de regeling voor de beoordeling van concentraties doeltreffender en doelmatiger te maken, als de meer specifieke doelstelling om de

73 Integendeel, de vaststelling van de EU-concentratieverordening had tot doel de voordelen van de EG-concentratieverordening te versterken. Zie Commissie, nota van G. Drauz aan de Juridische Dienst (COMP/HT.60), werkgroep van de Raad, 6 juni 2003 (11430), blz. 7, en voorstel van de Commissie van 2003, blz. 10.

74 Zie de voetnoten 5 en 6 van deze conclusie.

75 PB 2005, C 56, blz. 2.

76 Zie met name de punten 33, 45, 47 en 50 van de mededeling.

77 Zie punt 45 van die mededeling [COM(2014) 449 final].

78 Punten 2 en 79 van het witboek van 2014.

79 Punten 69 en 70 van het witboek van 2014.

verwijzingsmechanismen te verbeteren, „zowel vóór als ná aanmelding”. [80] Terloops merk ik op dat de Commissie ook in dit document naar het mechanisme van artikel 22 van de EU-concentratieverordening verwijst als een verwijzing „ná aanmelding”. [81]

109. Tot slot lijkt ook de routekaart van de Commissie van 2016 inzake de evaluatie van de procedurele en bevoegdheidsaspecten van de Unieregels inzake concentratiecontrole van belang. In dat document bespreekt de Commissie de mogelijkheid om de bestaande, op omzet gebaseerde drempels voor het vaststellen van de bevoegdheid aan te vullen met andere, op alternatieve criteria gebaseerde drempels, en de noodzaak om het verwijzingssysteem te stroomlijnen. Naar mijn mening zijn er nauwelijks twee onderwerpen die nauwer verbonden zijn met de onderhavige kwestie. Het is dan ook ronduit opvallend dat in een dergelijk document geen enkele melding wordt gemaakt van de vermeende ruime werkingssfeer van artikel 22 van de EU-concentratieverordening. Overigens wordt in het document ook vermeld dat het verwijzingssysteem betrekking heeft op de „correcte toewijzing van zaken” en dat een verwijzing door een lidstaat naar de Commissie een mechanisme „na aanmelding” is. [82]

110. Mijn voorlopige conclusie is dat een historische uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening ondubbelzinnig de conclusie ondersteunt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de betekenis en draagwijdte van het verwijzingsmechanisme in kwestie.

3) Contextuele uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening

111. Thans zal ik ingaan op de punten 118 tot en met 139 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht een contextuele uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening heeft gegeven. Daartoe heeft het Gerecht *twaalf* contextuele elementen in *vijf* bepalingen (of reeksen bepalingen) van de EU-concentratieverordening in aanmerking genomen. Na deze elementen te hebben onderzocht, is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat „uit de contextuele uitlegging volgt [...] dat een verzoek tot verwijzing krachtens artikel 22 van [de EU-concentratieverordening] kan worden ingediend ongeacht de draagwijdte van een nationale regeling voor concentratiecontrole”. [83]

112. Ik ben het om vier verschillende redenen niet eens met deze conclusie: i) de andere bepalingen van de EU-concentratieverordening dan artikel 22 bevestigen de door het Gerecht onderschreven uitlegging niet; ii) de andere leden en alinea's van artikel 22 doen dit evenmin; iii) het Gerecht heeft ten onrechte de betekenis gebagatelliseerd van bepaalde contextuele elementen die – hoewel zij geenszins doorslaggevend zijn – een zeker gewicht lijken te hebben wanneer zij naar behoren in aanmerking worden genomen, en iv) het Gerecht heeft ook enkele andere contextuele elementen over het hoofd gezien die zijn conclusies lijken te weerspreken.

80 Punt 61 van het witboek van 2014.

81 Punten 21, 63 en 69 van het witboek van 2014.

82 Beschikbaar op de website van de Commissie. Zie met name de afdelingen A.1, B.2 en B.3.

83 Punt 139 van het bestreden arrest.

i) Limieten van de contextuele beoordeling van het Gerecht (I)

113. Het Gerecht is zijn contextuele beoordeling begonnen met te onderzoeken of de bewoordingen van andere bepalingen van de EU-concentratieverordening dan artikel 22 enig licht konden werpen op de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van die verordening. Daartoe heeft het eerst vier bepalingen (of reeksen bepalingen) ervan onderzocht.

114. In de eerste plaats was het Gerecht van oordeel dat de rechtsgrondslagen die de Uniewetgever heeft gekozen voor de vaststelling van eerst de EG-concentratieverordening en vervolgens de EU-concentratieverordening (de huidige artikelen 103 en 352 VWEU)[84], geen aanwijzingen gaven over de juiste betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening. Het Gerecht heeft dus het argument van Illumina verworpen dat de rechtsgrondslagen haar voorgestelde uitlegging van die bepaling ondersteunen.[85]

115. Deze vaststelling is naar mijn mening correct. Uit de considerans van de EG-concentratieverordening en die van de EU-concentratieverordening[86] en de voorbereidende stukken[87] blijkt dat de Uniewetgever van mening was dat artikel 103 VWEU – dat de vaststelling van wetgeving „voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 101 en 102 [VWEU]" toestaat – op zichzelf onvoldoende was om een regeling voor concentratiecontrole tot stand te brengen die ertoe strekte de pure totstandkoming van machtsposities (anders dan het *misbruik* ervan, dat bij artikel 102 VWEU is verboden) te voorkomen, en die ook concentraties zou omvatten op de markt voor landbouwproducten die op grond van artikel 38, lid 3, VWEU en bijlage I bij het VWEU[88] onderworpen konden worden aan een specifieke wettelijke regeling die uitzonderingen omvatte op de volledige toepassing van de mededingingsregels van de Unie. Derhalve achtte de Uniewetgever het noodzakelijk om artikel 352 VWEU als rechtsgrondslag voor de verordening te gebruiken.[89]

116. Tijdens de terechtzitting werd ook uitvoerig besproken of de rechtsgrondslagen van de EU-concentratieverordening relevant konden zijn voor de onderhavige kwestie. De Commissie betoogde dat de keuze van de wetgever haar standpunt indirect zou bevestigen, aangezien artikel 352 VWEU een bepaling is die een nieuwe bevoegdheid voor de lidstaten kan creëren om de Commissie te verzoeken een bepaalde fusie te toetsen, zelfs bij gebreke van bevoegdheid daartoe op grond van het nationale recht. Maar los van de vraag of artikel 352 VWEU op die manier kan worden gelezen, heb ik in geen enkel historisch document enig spoor gevonden van een dergelijke overweging van de wetgever. Zoals gezegd, blijkt zowel uit de considerans als uit de voorbereidende stukken overduidelijk dat de keuze van de rechtsgrondslag door de wetgever niet werd beïnvloed door de werkingssfeer van artikel 22 van de EU-concentratieverordening.[90]

84 Voorheen de artikelen 87 en 235 van het EEG-Verdrag.

85 Punten 119 en 120 van het bestreden arrest.

86 Zie overweging 7 van de EG-concentratieverordening en overweging 7 van de EU-concentratieverordening.

87 Zie onder meer Raad, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 29 mei 1989 (7752/89 RC 20), blz. 5; Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 22 juni 1989 (7827/89 RC 22), blz. 1, bijlage II, blz. 3, en avis du service juridique, 11 juli 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), blz. 4.

88 Destijds artikel 38 van het EEG-Verdrag en bijlage II bij het EEG-Verdrag.

89 Op grond van artikel 352, lid 1, VWEU kan de Raad in wezen passende maatregelen vaststellen wanneer een optreden van de Unie in het kader van het in de Verdragen vastgestelde beleid nodig blijkt om een van de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken, terwijl de Verdragen niet in de noodzakelijke bevoegdheden voorzien.

90 Zie in dit verband ook Dashwood, A., Community Report, XIVth FIDE Congress, Madrid, 2010.

117. In de tweede plaats heeft het Gerecht verwezen naar artikel 1, leden 1 en 2, van de EU-concentratieverordening, waarin de drempels zijn vastgelegd waarboven een concentratie geacht wordt „een communautaire dimensie" te hebben (en dus onder de verplichte aanmeldingsregeling komt te vallen), en waarin duidelijk wordt gemaakt dat dergelijke drempels „onverminderd artikel 4, lid 5, en artikel 22" gelden. Het Gerecht heeft uit artikel 1, leden 1 en 2, van de EU-concentratieverordening afgeleid dat „het toepassingsgebied van [de EU-concentratieverordening] en bijgevolg de onderzoeksbevoegdheid van de Commissie met betrekking tot concentraties hoofdzakelijk afhangen van, primair, de overschrijding van de omzetdrempels die bepalend zijn voor de Europese dimensie en, subsidiair, de verwijzingsmechanismen van artikel 4, lid 5, en artikel 22 van deze verordening, die deze drempels aanvullen door de Commissie toe te staan *bepaalde* concentraties die geen Europese dimensie hebben, te onderzoeken". [91]

118. Ook in dit opzicht is de vaststelling van het Gerecht volkomen juist en geen van partijen betwist dat artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening de Commissie in staat stelt *bepaalde* fusies te toetsen die beneden de in artikel 1 van de EU-concentratieverordening vastgestelde drempels blijven. Desalniettemin werpt de vaststelling van het Gerecht geen licht op het werkelijke geschilpunt: *welke* fusies beneden de drempels van de EU-concentratieverordening kunnen door de Commissie worden getoetst op grond van artikel 22 van deze verordening?

119. In de derde plaats heeft het Gerecht rekening gehouden met de tekst van artikel 4, lid 5, van de EU-concentratieverordening. Deze bepaling bevat een ander verwijzingsmechanisme, op grond waarvan de partijen bij een fusie die geen communautaire dimensie heeft en die vatbaar is voor toetsing krachtens het nationale mededingingsrecht van ten minste drie lidstaten, kunnen verzoeken dat deze fusie door de Commissie wordt getoetst. Zoals het Gerecht heeft opgemerkt, verschillen deze twee bepalingen aanzienlijk wat de toepassingsvoorwaarden en het doel ervan betreft. Het Gerecht heeft derhalve geweigerd om artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening uit te leggen in het licht van artikel 4, lid 5, van deze verordening. [92]

120. Om de in punt 63 uiteengezette redenen vind ik deze benadering gerechtvaardigd. Mijns inziens is de tekst van artikel 4, lid 5, van de EU-concentratieverordening eenvoudigweg niet doorslaggevend met betrekking tot de uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van deze verordening.

121. In de vierde plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat artikel 22 van de EU-concentratieverordening „niet [kan] worden uitgelegd in het licht van de verwijzingsmechanismen van artikel 4, lid 4, en artikel 9 van die verordening". [93] Uit de verschillen in de bewoordingen van deze bepalingen blijkt volgens het Gerecht dat deze mechanismen „niet op elkaar zijn afgestemd" en dat daaraan dus geen gevolgtrekking kan worden verbonden met betrekking tot de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening. [94]

91 Punten 121-124 van het bestreden arrest. Cursivering van mij.

92 Punten 125 en 126 van het bestreden arrest.

93 Op grond van artikel 4, lid 4, van de EU-concentratieverordening kunnen de partijen bij een fusie de Commissie verzoeken het onderzoek van een concentratie met een communautaire dimensie geheel of gedeeltelijk te verwijzen naar de autoriteiten van een lidstaat wanneer die concentratie „in significante mate gevolgen kan hebben voor de mededinging op een markt in een lidstaat die alle kenmerken van een afzonderlijke markt vertoont". Op haar beurt kan de Commissie op grond van artikel 9 van de EU-concentratieverordening in bepaalde omstandigheden een bij haar aangemelde concentratie naar de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten verwijzen.

94 Punten 127-129 van het bestreden arrest.

122. Opnieuw is de vaststelling van het Gerecht juist: de argumenten van rekwirantes op dit punt waren niet overtuigend. Tegelijkertijd kan hieraan worden toegevoegd dat deze bepalingen de argumenten van de Commissie evenmin ondersteunen: zij zeggen in feite niets over de hier aan de orde zijnde kwestie.

ii) Limieten van de contextuele beoordeling van het Gerecht (II)

123. Ten slotte heeft het Gerecht in de punten 130 tot en met 138 van het bestreden arrest de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening onderzocht in het licht van de andere leden en alinea's van deze bepaling. Daartoe heeft het Gerecht *acht* elementen van artikel 22 van de EU-concentratieverordening in aanmerking genomen.

124. Ten eerste betekenen, anders dan het Gerecht heeft verklaard[95], de bewoordingen van artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening – waarin is bepaald dat het verwijzingsverzoek moet worden ingediend „uiterlijk binnen 15 werkdagen na de dag waarop de concentratie is *aangemeld* of, indien geen aanmelding vereist is, waarop de concentratie op andere wijze *kenbaar is gemaakt* aan de betrokken lidstaat"[96] – niet dat de eerste alinea daarvan situaties regelt „waarin concentraties niet worden aangemeld maar enkel aan de betrokken lidstaat kenbaar worden gemaakt, *hetzij omdat zij niet binnen de werkingssfeer van die regeling vallen*, hetzij omdat een dergelijke regeling niet bestaat"[97].

125. Het Gerecht heeft het voor de hand liggende feit over het hoofd gezien dat de bewoordingen „kenbaar gemaakt" noodzakelijk waren opdat de bepaling haar wezenlijke functie als „Nederlandse clausule" zou kunnen vervullen: lidstaten zonder een nationale regeling voor concentratiecontrole in staat stellen de Commissie te verzoeken concentraties te toetsen die op nationaal niveau problematisch zouden kunnen zijn.

126. Bovendien is het Gerecht voorbijgegaan aan de wijzigingen die in de loop der tijd in artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening in de Engelse taalversie zijn aangebracht. In de EG-concentratieverordening verwees deze bepaling slechts naar een verzoek dat moest worden ingediend „uiterlijk binnen een termijn van een maand vanaf de datum waarop de concentratie bij de lidstaat is *aangemeld* [(in het Engels: *made known*)] of is *verwezenlijkt*". Bij de wijziging van de EG-concentratieverordening in 1997 luidde deze bepaling als volgt: „Dit verzoek moet worden gedaan uiterlijk binnen één maand na de datum waarop de concentratie bij *de verzoekende lidstaat of lidstaten* is *aangemeld* of tot stand is gebracht" [(in de Engelse taalversie: „[a] request must be made within one month... of the date on which the concentration was *made known* to the Member State or to all Member States making a *joint request* or effected")]. Ten slotte is deze bepaling in de Engelse taalversie pas met de vaststelling van de EU-concentratieverordening in die zin gewijzigd dat er ook een verwijzing naar de *notification* (*aanmelding*) van de concentratie in is opgenomen.[98]

127. Wat leren we uit deze wijzigingen? Mijns inziens bevestigen zij duidelijk hetgeen uit de analyse van de voorbereidende stukken is gebleken: i) artikel 22 van de EG-concentratieverordening was bedoeld om verwijzingen door lidstaten zonder regeling voor

95 Punt 130 van het bestreden arrest.

96 Cursivering van mij.

97 Punt 130 van het bestreden arrest. Cursivering van mij.

98 Cursivering van mij in deze bepalingen.

concentratiecontrole te regelen (vandaar dat er in de Engelse taalversie ervan geen melding werd gemaakt van enige *notification*); ii) artikel 22 van de EG-concentratieverordening werd in 1997 gewijzigd om verwijzing door meerdere lidstaten mogelijk te maken, teneinde meervoudige aanmeldingen te voorkomen, wanneer de Commissie werd beschouwd als de best geplaatste autoriteit (vandaar de invoering van de verwijzing in de Engelse taalversie naar *joint requests*), en iii) artikel 22 van de EU-concentratieverordening heeft het acquis van artikel 22 geconsolideerd en de éénloketfunctie van die bepaling versterkt (vandaar de invoering van de verwijzing naar *notifcations*).[99] Bijgevolg is de vaststelling van het Gerecht op basis van de tekst van artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening volgens mij niet correct.

128. Ten tweede was het Gerecht van oordeel dat rekwirantes zich niet konden beroepen op de bewoordingen van artikel 22, lid 2, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening, op grond waarvan de Commissie „de bevoegde autoriteiten van de lidstaten" in kennis moet stellen van een verwijzingsverzoek. Deze verwijzing is algemeen van aard en impliceert niet dat een aanmelding op nationaal niveau is gedaan of in ieder geval mogelijk is.[100]

129. Ik ben het gedeeltelijk eens met het Gerecht. Dat element lijkt op zichzelf niet doorslaggevend om de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening te bepalen. Niettemin, zoals ik in de punten 152 tot en met 162 van deze conclusie zal uitleggen, is de bepaling in kwestie niet van elke betekenis ontdaan, wanneer deze wordt beoordeeld in combinatie met andere relevante bepalingen.

130. Ten derde heeft het Gerecht vastgesteld dat artikel 22, lid 2, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening – die bepaalt dat „[*e*]*lke andere* lidstaat [...] het recht [heeft] zich [...] bij het oorspronkelijke verzoek [tot verwijzing] aan te sluiten" – „in overeenstemming is met het eerste lid van dat artikel en bevestigt dat elke lidstaat een verwijzings- of aansluitingsverzoek krachtens dit artikel kan indienen, ongeacht de draagwijdte van zijn nationale regeling voor concentratiecontrole".[101]

131. Dat is weliswaar een element dat, zoals het Gerecht heeft verklaard, het standpunt van de Commissie lijkt te ondersteunen, maar de overtuigende waarde ervan is echter nogal beperkt, en wel om de volgende vier redenen:

– Om te beginnen zijn de bewoordingen van artikel 22, lid 2, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening, zoals het Gerecht zelf heeft opgemerkt, vergelijkbaar met die van artikel 22, lid 1, eerste alinea, ervan. Gelet op het strikte en inherente verband tussen de twee bepalingen (die respectievelijk regelen wie een verzoek kan indienen en wie zich daarbij kan aansluiten) is dat zeer logisch. Het is dan ook niet verwonderlijk dat beide bepalingen bewoordingen bevatten die op soortgelijke manier onvoorwaardelijk zijn. Voor zover de eerste bepaling onduidelijk zou zijn, kan de overeenkomstige formulering in de tweede bepaling moeilijk worden beschouwd als een betrouwbare leidraad voor de betekenis van de eerste.

– De bewoordingen van artikel 22, lid 2, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening zijn ook om een andere reden onduidelijk. In overweging 15 van de EU-concentratieverordening –

99 Zie de punten 100, 103 en 105 van deze conclusie. Wat meer specifiek de EU-concentratieverordening betreft, zie ook overweging 12 daarvan. Deze evolutie, die ook het gevolg is van de steeds kleinere mogelijkheden om het verwijzingsmechanisme te gebruiken, is benadrukt in de rechtsleer: zie bijvoorbeeld Albors-Llorens, A., Goyder, D. G., en Goyder, J., *Goyder's EC Competition Law*, 5e druk, Oxford University Press, 2009, blz. 431, en Frenz, W., *Handbook of EU Competition Law*, Springer, 2016, blz. 1308.

100 Punt 131 van het bestreden arrest.

101 Punt 132 van het bestreden arrest. Cursivering van mij.

die betrekking heeft op artikel 22 van de EU-concentratieverordening – wordt immers verklaard dat „[a]ndere lidstaten *die ook bevoegd zijn* om de concentratie te toetsen, [...] in staat [moeten] zijn zich bij het verzoek aan te sluiten”.[102] Die overweging doet op zijn minst enige twijfel rijzen over de uitlegging die het Gerecht geeft aan artikel 22, lid 2, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening, aangezien deze erop wijst dat de lidstaat die de zaak verwijst, bevoegd moet zijn.

– Bovendien zou dit, zelfs indien men het eens zou zijn met de door het Gerecht gevolgde uitlegging van artikel 22, lid 2, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening, niet leiden tot onverenigbaarheid met de door rekwirantes voorgestelde uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van deze verordening. De Commissie krijgt een potentiële bevoegdheid om een fusie te toetsen die beneden de drempels van artikel 1 van de EU-concentratieverordening blijft wanneer een verwijzingsverzoek wordt ingediend door een lidstaat die bevoegd is op grond van artikel 22 van deze verordening. Wanneer een of meer lidstaten zich aansluiten bij een (geldig ingediend) verwijzingsverzoek van een andere lidstaat, viel de fusie dus reeds binnen de werkingssfeer van de EU-concentratieverordening. Het is dus niet problematisch of abnormaal dat elke lidstaat zich bij een dergelijk verzoek kan aansluiten.

– Ten slotte heeft het feit dat een of meer lidstaten zich (ab initio of naderhand) aansluiten bij een verwijzingsverzoek dat (geldig) door een andere lidstaat is of wordt ingediend, voor de betrokken ondernemingen geen nadelige gevolgen wat de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de procedures betreft.[103] Dit staat in schril contrast met de gevolgen die in dit verband zouden voortvloeien uit de door de Commissie voorgestelde uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening.[104]

132. Ten vierde was het Gerecht van oordeel dat het feit dat volgens artikel 22, lid 2, derde alinea, van de EU-concentratieverordening „[a]lle nationale termijnen met betrekking tot de concentratie worden opgeschort” geen steun biedt voor de uitlegging door rekwirantes van artikel 22, lid 2, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening.[105]

133. Ook op dat punt ben ik het eens met de onmiddellijke conclusie van het Gerecht: artikel 22, lid 2, derde alinea, van de EU-concentratieverordening werpt op zichzelf geen enkel licht op de werkingssfeer van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van deze verordening.[106]

134. Ten vijfde heeft het Gerecht verwezen naar de bewoordingen van artikel 22, lid 3, derde alinea, van de EU-concentratieverordening, volgens welke „[d]e lidstaat of lidstaten die het verzoek heeft of hebben ingediend, [...] niet langer zijn of hun nationale mededingingswetgeving [...] [toepast of toepassen] op de concentratie”. In dat verband heeft het Gerecht geoordeeld dat een dergelijke bepaling de argumenten van rekwirantes niet staaft: de betrokken nationale wetgeving verwijst ook naar de nationale bepalingen inzake mededingingsverstorende overeenkomsten en misbruik van machtsposities.[107]

102 Cursivering van mij. Ik kom hier later op terug in de punten 155 en 156 van deze conclusie.

103 De procedure is immers op geldige wijze opgestart en een gezamenlijk verwijzingsverzoek van meerdere lidstaten versterkt de consistentie van het systeem: als het verzoek wordt aanvaard, kunnen alle betrokken lidstaten „[...] hun nationale mededingingswetgeving [niet langer toepassen] op de concentratie” (artikel 22, lid 3, van de EU-concentratieverordening), met inbegrip van hun bepalingen inzake mededingingsverstorende overeenkomsten en misbruik van machtsposities. Zie betreffende dit laatste punt, punt 134 van het bestreden arrest.

104 Voor een uitvoerige bespreking zie de punten 206-214 van deze conclusie.

105 Punt 133 van het bestreden arrest.

106 Zie echter de punten 152-162 van deze conclusie.

107 Punt 134 van het bestreden arrest.

135. Hier deel ik volledig het oordeel van het Gerecht. Artikel 22, lid 2, derde alinea, van de EU-concentratieverordening biedt inderdaad geen steun voor de door rekwirantes bepleite (en evenmin voor de door de Commissie voorgestelde) uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening.

136. Ten zesde heeft het Gerecht artikel 22, lid 4, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening onderzocht, waarin is bepaald dat artikel 2, artikel 4, leden 2 en 3, en de artikelen 5, 6 en 8 tot en met 21 ervan van toepassing zijn wanneer de Commissie ermee instemt een naar haar verwezen concentratie te onderzoeken, en dat artikel 7 van de EU-concentratieverordening van toepassing is „voor zover de concentratie nog niet tot stand is gebracht op de datum waarop de Commissie de betrokken ondernemingen ervan in kennis stelt dat een verzoek is ingediend". Uit de bewoordingen van deze bepaling leidt de Commissie af dat de standstillverplichting van artikel 7 van de EU-concentratieverordening van toepassing is op „zowel situaties waarin de concentratie waarop het verwijzingsverzoek betrekking heeft [...] niet binnen de werkingssfeer van een nationale regeling valt, als situaties waarin een dergelijke regeling van toepassing is maar deze niet in de opschorting van de concentratie voorziet". [108]

137. De gevolgtrekking van het Gerecht is vreemd. Letterlijk genomen is zij juist [109], maar zij is niet relevant voor de onderhavige kwestie. Ik begrijp de gevolgtrekking van het Gerecht dan ook aldus dat de standstillverplichting van artikel 7 van de EU-concentratieverordening ook geldt voor concentraties die buiten de werkingssfeer vallen van de nationale regeling voor concentratiecontrole van de *lidstaat die het verzoek indient*.

138. Desalniettemin lijkt er een hiaat te zitten in de redenering van het Gerecht: het is immers niet onmiddellijk duidelijk hoe een dergelijk gevolg wordt afgeleid uit de bewoordingen van artikel 22, lid 4, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening. Ik ben in elk geval van mening dat een dergelijke gevolgtrekking onjuist is.

139. Artikel 22, lid 4, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening zorgt ervoor dat de standstillverplichting van toepassing is op alle fusies waarvoor een verwijzingsverzoek is ingediend, om de doeltreffendheid van het toetsingssysteem te waarborgen en te voorkomen dat concurrentieverstoringen plaatsvinden voordat is besloten of de Commissie de zaak zal toetsen.

140. Dat de standstillverplichting slechts geldt voor zover „de concentratie nog niet tot stand is gebracht op de datum waarop de Commissie de betrokken ondernemingen ervan in kennis stelt dat een verzoek is ingediend", is het onvermijdelijke gevolg van het feit dat een fusie waarvoor een verwijzingsverzoek is ingediend, vóór die indiening (rechtmatig) tot stand kan zijn gebracht. Dat is mogelijk om verschillende redenen. Een verwijzingsverzoek kan met name afkomstig zijn van een lidstaat (of een EER-/EVA-staat) [110]: i) die geen regeling voor concentratiecontrole heeft; ii) die een regeling voor concentratiecontrole heeft die niet in een standstillverplichting

[108] Punten 135 en 136 van het bestreden arrest.

[109] Het is immers zo dat, i) indien een lidstaat zonder nationale regeling voor concentratiecontrole een verwijzingsverzoek indient, de standstillverplichting van artikel 7 van de EU-concentratieverordening van toepassing is op de aan de orde zijnde fusie, ongeacht of die fusie binnen het toepassingsgebied van één of meer andere nationale regelingen voor concentratiecontrole valt, en ii) indien een lidstaat een verwijzingsverzoek indient, de standstillverplichting van artikel 7 van de EU-concentratieverordening van toepassing is op de aan de orde zijnde fusie uit hoofde van de EG-concentratieverordening, dus ongeacht of de wetgeving van die lidstaat voorziet in een gelijkwaardige verplichting.

[110] Zoals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA terecht heeft opgemerkt in haar betoog, is de EU-concentratieverordening een handeling die krachtens artikel 57 van de EER-overeenkomst ook van toepassing is in de „EER-EVA-staten" (IJsland, Liechtenstein en Noorwegen), waarvan Liechtenstein geen nationale regeling voor concentratiecontrole heeft.

voorziet [111], en iii) waar er weliswaar een standstillverplichting bestaat, maar die in het specifieke geval niet van toepassing was. Wat dit laatste punt betreft, is het inderdaad van belang te vermelden dat de omvang van de standstillverplichtingen, met inbegrip van de vrijstellingen en mogelijke afwijkingen daarvan, alsook de duur van de toepasselijke wachttermijnen, van lidstaat tot lidstaat verschillen. [112]

141. De vaststelling van het Gerecht met betrekking tot artikel 7 van de EU-concentratieverordening is derhalve een non sequitur. Mijns inziens werpt artikel 22, lid 4, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening geen licht op de juiste uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van deze verordening.

142. Ten zevende heeft het Gerecht opgemerkt dat, overeenkomstig artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening, „[d]e Commissie [...] één of meer lidstaten ervan in kennis [kan] stellen dat een concentratie naar haar oordeel aan de criteria van lid 1 [van dit artikel] voldoet". Aangezien deze formulering enkel verwijst naar deze criteria, die exhaustief lijken te zijn, was het Gerecht van oordeel dat die bepaling niet vereist dat de concentratie binnen de werkingssfeer van de nationale regels inzake concentratiecontrole valt. [113]

143. Naar mijn mening zoekt het Gerecht hier te veel achter. Artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening vormt een aanvulling op artikel 22, lid 1, van deze verordening: het verwijzingsmechanisme in kwestie kan worden opgestart door een of meer lidstaten, maar ook door de Commissie – in beide gevallen moet worden voldaan aan de twee materiële voorwaarden van artikel 22 van de EU-concentratieverordening, wat de sterk gelijkende bewoordingen in beide verklaart. Het zou juist vreemd zijn geweest als artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening gedetailleerder zou zijn dan of wezenlijk zou verschillen van artikel 22, lid 1, van deze verordening. Zoals aangegeven in punt 131 hierboven, kan een dergelijke bepaling dus moeilijk worden gebruikt als een betrouwbare bron voor de contextuele uitlegging van de bepaling waarvan zij de bewoordingen weerspiegelt.

144. Zelfs indien de bewoordingen van artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening als relevant worden beschouwd, zie ik ten minste twee andere verklaringen voor een dergelijke formulering, die niet alleen het standpunt van de Commissie niet ondersteunen, maar zelfs als gunstig voor het standpunt van rekwirantes kunnen worden beschouwd.

145. Een van die verklaringen wordt duidelijk als we onze aandacht richten op punt 110 van het bestreden arrest. In deze passage heeft het Gerecht opgemerkt dat het in een eerdere zaak (de zaak Kesko) reeds had geoordeeld dat „het niet aan de Commissie [stond] om uit te maken of een nationale mededingingsautoriteit bevoegd was een verzoek tot verwijzing in de zin van artikel 22 van [de EU-concentratieverordening] in te dienen, maar dat zij enkel diende na te gaan of dit verzoek op het eerste gezicht een verzoek van een lidstaat was". [114] Dat arrest is in zoverre correct dat de vraag of een bepaalde fusie naar nationaal recht moet worden aangemeld, geen kwestie van Unierecht is, maar een kwestie van nationaal recht. Het kan dus niet de taak van de Commissie

[111] Dit is, zoals bekend, het geval voor het Verenigd Koninkrijk, dat nog een lidstaat van de Europese Unie was toen de EG-concentratieverordening en de EU-concentratieverordening werden vastgesteld.

[112] Voor een goed overzicht van die specifieke aspecten van het systeem zie de „Merger Notification and Procedures Templates" die door veel lidstaten van de Unie zijn ingediend bij het International Competition Network (beschikbaar op de website van het netwerk).

[113] Punt 137 van het bestreden arrest.

[114] Arrest van 15 december 1999, Kesko/Commissie (T-22/97, EU:T:1999:327, punt 84).

zijn om een lidstaat op grond van artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening mee te delen dat volgens haar niet alleen is voldaan aan de materiële voorwaarden voor de verwijzing, maar ook aan de nationale drempels.

146. De andere verklaring vloeit voort uit het feit dat in artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening niet wordt aangegeven welke criteria de Commissie moet hanteren om te bepalen welke de „één of meer lidstaten" zijn die zij krachtens die bepaling eerst mag benaderen en vervolgens mag uitnodigen om een verzoek in te dienen. Zijn dat de lidstaten op wier grondgebied de mededinging kan worden beïnvloed? Zo ja, kan de Commissie vrijelijk slechts enkele daarvan kiezen (en op basis van welke criteria?) of is zij verplicht deze gelijk te behandelen? Op het eerste gezicht lijken de bewoordingen van de bepaling in dat opzicht enigszins dubbelzinnig. Maar is dat wel zo? Aangevoerd zou kunnen worden dat de Commissie op dit punt een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft, onder meer omdat zij in elk specifiek geval moet nagaan welke lidstaten op het eerste gezicht bevoegd zijn om een concentratie te verwijzen en welke niet.

147. Bijgevolg ben ik van mening dat artikel 22, lid 5, van de EU-concentratieverordening evenmin nuttig is om de aard en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening te bepalen.

148. Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld dat de andere bepalingen van artikel 22 van de EU-concentratieverordening „geen relevante informatie bevatten die kan bijdragen tot nadere verduidelijking van de inhoud van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van die verordening". [115] Zoals ik in de volgende punten van deze conclusie zal uitleggen, ben ik het niet eens met die laatste bevinding.

149. Op basis van de verschillende hierboven toegelichte contextuele elementen is het Gerecht tot de conclusie gekomen dat een contextuele uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening bevestigt dat een verwijzingsverzoek op grond van artikel 22 ervan kan worden ingediend ongeacht de werkingssfeer van de nationale regeling inzake concentratiecontrole. Zoals ik heb uiteengezet, volgt een dergelijke conclusie echter niet uit de contextuele analyse van het Gerecht. Bij deze analyse heeft het Gerecht zich gebaseerd op in totaal twaalf contextuele elementen. Van deze onderzochte elementen:

– zijn er zeven volgens het Gerecht zelf irrelevant voor de uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening. Zij zijn in feite voornamelijk onderzocht om bepaalde argumenten van rekwirantes af te wijzen. Het Gerecht heeft niet verklaard (of zelfs maar gesuggereerd) dat deze elementen het standpunt van de Commissie zouden kunnen ondersteunen, en

– is er één aangehaald ter onderbouwing van een punt dat echter niet ter discussie staat en dat bovendien geen leidraad biedt met betrekking tot de betwiste uitlegging.

150. Zelfs indien de redenering van het Gerecht volledig zou worden gevolgd, quod non, zou zijn conclusie dus slechts op *vier* contextuele elementen zijn gebaseerd. Drie van deze elementen zijn echter, zoals toegelicht, onjuist beoordeeld en één element, dat weliswaar gunstig is voor het standpunt van de Commissie, lijkt niet bijzonder overtuigend.

[115] Punt 138 van het bestreden arrest.

151. Bovendien vind ik de contextuele analyse in het bestreden arrest om nog twee redenen problematisch: i) het Gerecht heeft ten onrechte geoordeeld dat een aantal contextuele elementen die – hoewel zij geenszins doorslaggevend zijn – wel een indicatieve waarde hebben wanneer zij naar behoren in aanmerking worden genomen, niet van betekenis is, en ii) het Gerecht is voorbijgegaan aan andere contextuele elementen die zijn conclusies lijken te weerspreken.

iii) Limieten van de contextuele beoordeling van het Gerecht (III)

152. Om te beginnen krijgen bepaalde contextuele elementen waarvan het Gerecht heeft geoordeeld dat zij niet van betekenis zijn [116] mijns inziens een zekere hermeneutische waarde wanneer rekening wordt gehouden met twee aspecten die het Gerecht over het hoofd heeft gezien: het verband tussen de elementen en het tijdsaspect.

153. Ik zal dit nader toelichten. De elementen waarnaar ik verwijs, zijn bepalingen en overwegingen van de EU-concentratieverordening die, wanneer zij afzonderlijk worden onderzocht, van geen bijzondere betekenis lijken te zijn voor de uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van die verordening. Als men echter een stap terugzet en deze bepalingen en overwegingen samen bekijkt, rekening houdend met het moment waarop en de reden waarom zij in de verordening zijn opgenomen, kunnen er in werkelijkheid enkele nuttige aanwijzingen uit worden afgeleid.

154. In eerste aanleg hebben rekwirantes zich gebaseerd op een aantal bepalingen en overwegingen van de EU-concentratieverordening die lijken uit te gaan van de premisse dat i) de fusie die het voorwerp is van een verwijzing op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening, op nationaal niveau is aangemeld of moet worden aangemeld [117]; ii) die fusie in elk geval ergens moet worden getoetst, ook al besluit de Commissie dat niet te doen [118], of iii) de nationale autoriteiten die een verwijzing doen, bevoegd moeten zijn om de fusie te toetsen. Dit laatste punt verdient een korte toelichting.

155. Zoals hierboven vermeld, verplicht artikel 22, lid 2, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening de Commissie om „de *bevoegde* autoriteiten van de lidstaten en de betrokken ondernemingen onverwijld in kennis [te stellen] van elk [verwijzings]verzoek [...] dat zij ontvangt". Net als het Gerecht ben ook ik geneigd om de term „bevoegde autoriteiten" te lezen als een verwijzing naar de nationale autoriteiten die in het algemeen belast zijn met fusies – in tegenstelling tot de autoriteiten die uit hoofde van het nationale recht bevoegd zijn om de specifieke fusie te toetsen.

156. Zoals in punt 131, tweede streepje, hierboven is opgemerkt, wordt deze uitlegging echter ondermijnd door overweging 15 van de EU-concentratieverordening – een overweging die juist betrekking heeft op het verwijzingsmechanisme in kwestie, en meer specifiek op de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om er overeenkomstig artikel 22, lid 1, eerste alinea, gebruik van te kunnen maken. Die overweging luidt als volgt: „Een lidstaat moet in staat zijn een concentratie die geen communautaire dimensie heeft maar die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen voor de mededinging op zijn grondgebied dreigt te hebben, naar de

116 Zie de punten 129-133 van deze conclusie.

117 Zie met name artikel 22, lid 2, derde alinea, van de EU-concentratieverordening: „Alle *nationale termijnen met betrekking tot de concentratie* worden opgeschort." Cursivering van mij.

118 Zie opnieuw artikel 22, lid 2, derde alinea, van de EU-concentratieverordening: „totdat volgens de in dit artikel beschreven procedure is besloten *waar* de concentratie zal worden onderzocht". Cursivering van mij.

Commissie te verwijzen. Andere lidstaten die *ook bevoegd* zijn om de concentratie te toetsen, moeten in staat zijn zich bij het verzoek aan te sluiten."[119] Wijzen de bewoordingen van deze overweging er niet op – zoals door rekwirantes wordt betoogd – dat de lidstaat die de zaak verwijst, naar nationaal recht bevoegd moet zijn om de aan de orde zijnde fusie te toetsen?

157. Het Gerecht heeft korte metten gemaakt met de argumenten van rekwirantes: deze bepalingen en overwegingen kunnen niet aldus worden uitgelegd dat een bepaalde concentratie, om te worden verwezen, aangemeld moet zijn of aanmeldingsplichtig is in de lidstaat die het mechanisme in werking stelt.[120] Zoveel is duidelijk. Ik hoef er niet opnieuw op te wijzen dat het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de EU-concentratieverordening kan worden gebruikt door – en in feite in de eerste plaats is ontworpen voor – lidstaten die geen nationale regeling voor concentratiecontrole hebben.

158. Het is echter iets te simplistisch om de juridische analyse hierbij te laten, zoals het Gerecht heeft gedaan. Evenzo verbaast het mij dat de Commissie in haar opmerkingen niet langer heeft stilgestaan bij de bewoordingen van deze bepalingen, gelet op het grote belang dat zij in het kader van de onderhavige zaak hecht aan de tekstuele uitlegging.

159. In dit verband kan men niet anders dan zich afvragen of de argumenten van de Commissie alsook de motivering van het bestreden arrest niet enigszins tegenstrijdig zijn. Beide zijn sterk gebaseerd op de (vermeend duidelijke) bewoordingen van sommige bepalingen om vervolgens hetgeen lijkt te volgen uit de (vermeend duidelijke) bewoordingen van andere bepalingen terzijde te schuiven, om de enkele reden dat deze laatste niet te verenigen zijn met de uitlegging die aan de eerste wordt gegeven. Het terzijde schuiven van de aanwijzingen die worden verstrekt door sommige bepalingen omdat deze aanwijzingen niet stroken met de eerder getrokken voorlopige conclusie, is mijns inziens geen grondige contextuele uitlegging. Het komt dicht in de buurt van een cirkelredenering.

160. Een voorzichtiger uitlegger had zich mijns inziens moeten afvragen waarom sommige bepalingen en overwegingen van de EU-concentratieverordening mogelijk niet betekenen wat hun bewoordingen suggereren. Naar mijn mening is de reden voor de eigenaardigheid van deze overwegingen en bepalingen gelegen in het feit dat geen enkele ervan was opgenomen in de EG-concentratieverordening van 1989. Zij zijn allemaal later ingevoerd, toen die verordening, na op dat punt te zijn gewijzigd in 1997, uiteindelijk werd ingetrokken bij de EU-concentratieverordening.

161. Aangezien dit punt reeds uitvoerig is behandeld, hoef ik er niet opnieuw op in te gaan. Het was de bedoeling om met de EU-concentratieverordening de „éénloketdoelstelling" van het verwijzingsmechanisme te ontwikkelen. Aangezien deze doelstelling alleen betrekking heeft op aangemelde of aan te melden concentraties, is het vrij duidelijk dat de bewoordingen van deze bepalingen en overwegingen met het oog op deze transacties zijn opgesteld.

162. Aldus beschouwd zijn de bewoordingen van deze bepalingen en overwegingen volkomen logisch en in overeenstemming met de rest van de EU-concentratieverordening. Bijgevolg suggereren ook deze contextuele elementen dat artikel 22 van de EU-concentratieverordening nooit bedoeld was om lidstaten toe te staan concentraties die beneden de nationale drempels

[119] Cursivering van mij.

[120] Zie wat betreft artikel 22, lid 2, derde alinea, van de EU-concentratieverordening de punten 133 en 150 van het bestreden arrest. Het Gerecht gaat echter alleen in op de termen „alle nationale termijnen" en niet op de termen „totdat [...] is besloten waar de concentratie zal worden onderzocht". Zie wat betreft overweging 15 („ook bevoegd") de punten 149-151 van het bestreden arrest.

blijven naar de Commissie te verwijzen. Anders zouden zij waarschijnlijk anders zijn geformuleerd. Om een andere uitdrukking te gebruiken, zou ik dus zeggen dat het Gerecht met betrekking tot deze bepalingen en overwegingen „door de bomen het bos niet meer zag".

iv) Limieten van de contextuele beoordeling van het Gerecht (IV)

163. Bovendien heeft het Gerecht andere aspecten van de juridische context over het hoofd gezien die volgens mij ook de door rekwirantes aangevoerde uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening lijken te ondersteunen.

164. Ook hierover kan ik kort zijn. In eerdere passages van deze conclusie heb ik al naar een aantal van deze elementen verwezen.

165. Om te beginnen wordt in overweging 15 in fine gesteld dat de Commissie op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening „de bevoegdheid [moet hebben] om *namens* een verzoekende lidstaat of verzoekende lidstaten een concentratie te onderzoeken en in behandeling te nemen". [121] De bewoordingen van deze overweging zijn moeilijk te verenigen met een bepaling die – volgens de Commissie en het Gerecht – de Commissie de bevoegdheid verleent om bepaalde concentraties te toetsen die gevolgen hebben voor de mededinging op de *interne markt*. Als het probleem zich op de interne markt voordoet, waarom zou de Commissie dan optreden *in het belang van*, *in plaats van* of *in naam van* [122] een nationale autoriteit, a fortiori een autoriteit die niet bevoegd is om de fusie in kwestie te beoordelen?

166. Mijn twijfels op dit punt worden nog versterkt door de bewoordingen van artikel 22, lid 5, van de EG-concentratieverordening, dat luidt als volgt: „De Commissie treft uit hoofde van lid 3 *slechts* de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn om een daadwerkelijke mededinging te handhaven of te herstellen op het *grondgebied van de lidstaat* op wiens verzoek zij is opgetreden." [123] De uitdrukkelijke beperking van de in die omstandigheden aan de Commissie verleende bevoegdheden [124] toont mijns inziens ondubbelzinnig aan dat het niet de bedoeling was dat artikel 22 van de EU-concentratieverordening de ruime corrigerende functie zou hebben die het Gerecht eraan toekent.

167. Het is ook interessant om op te merken dat in het bestreden arrest geen melding wordt gemaakt van artikel 1, leden 4 en 5, van de EU-concentratieverordening, dat voorziet in een vereenvoudigde procedure [125] om de Raad in staat te stellen, op voorstel van de Commissie, „de [...] drempels en criteria [te] wijzigen" die volgens die bepaling de werkingssfeer van de

[121] Cursivering van mij.

[122] Zie ook de vergelijkbare uitdrukkingen in bijvoorbeeld de Duitse (*für*), de Griekse (*για λογαριασμό*), de Spaanse (*en nombre de*), de Franse (*au nom [de]*) en de Italiaanse (*per conto di*) taalversie van de verordening. Dit benadrukt dat de Commissie lijkt te handelen op grond van een soort delegatie van de bevoegdheden van de betrokken nationale autoriteit: Cohen-Tanugi, C., e.a., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, De Boeck Université, 1995, blz. 56. Evenzo Sir Leon Brittan, op. cit., aangehaald in voetnoot 65, blz. 52.

[123] Cursivering van mij. De bepaling werd slechts licht gewijzigd in 1997 en vervolgens ingetrokken bij de EU-concentratieverordening, aangezien zij niet langer in overeenstemming was met de nieuwe éénloketfunctie van artikel 22 van de EU-concentratieverordening. Zie Cook, J., en Kerse, C., *EC Merger Control*, 5e druk, Sweet&Maxwell, 2005, blz. 343.

[124] Het feit dat de beperkte bevoegdheden van de Commissie een beperkt toepassingsgebied van het verwijzingsmechanisme van het toenmalige artikel 22 van de EG-concentratieverordening impliceerden, werd benadrukt door bijvoorbeeld Cook, J., en Kerse, C., *EEC Merger Control – Regulation 4064/89*, 1e druk, Sweet&Maxwell, 1991, blz. 60 en 61.

[125] Voor een wijziging van de EU-concentratieverordening is normaliter eenparigheid van stemmen vereist (vanwege het gebruik van artikel 352 VWEU als rechtsgrondslag), maar artikel 1, lid 5, van deze verordening biedt de Raad de mogelijkheid om de drempels „met gekwalificeerde meerderheid van stemmen" te wijzigen.

EU-concentratieverordening afbakenen.[126] Het is belangrijk op te merken dat deze bepaling niet alleen verwijst naar „drempels" (waarmee omzetdrempels worden bedoeld), maar ook naar „criteria". Dit betekent dat de Uniewetgever, indien hij dit nodig acht, kan besluiten om de omzetdrempels te vervangen door of te integreren in criteria die zijn gebaseerd op andere soorten waarden (bijvoorbeeld de door de koper betaalde prijs, de waarde van de transactie, marktaandelen, aandeel in het aanbod, waarde van de over te dragen lokale activa, potentiële impact op de relevante markten, enz.). In de EU-concentratieverordening is derhalve een systemisch correctiemechanisme ingebouwd dat een snelle aanpassing van de werkingssfeer van de verordening mogelijk maakt indien de geldende bevoegdheidscriteria als gevolg van ontwikkelingen op de markt niet langer geschikt zijn om potentieel schadelijke concentraties te bestrijken.

168. Ik ben het met de Commissie eens dat de hermeneutische waarde van dit element op zich niet al te zwaar moet worden benadrukt. Het roept echter wel vragen op over de noodzaak om in de verordening een ad-hoc-correctiemechanisme op te nemen, zoals het mechanisme dat het Gerecht voor ogen heeft. Bovendien wordt dit contextuele element veel relevanter voor de uitlegger wanneer het vanuit een andere invalshoek wordt onderzocht.

169. Bedacht moet echter worden dat een soortgelijke bepaling als artikel 1, leden 4 en 5, van de EU-concentratieverordening reeds was opgenomen in de EG-concentratieverordening, en in die laatste verordening was het verband tussen het mechanisme voor de aanpassing van de drempels en het verwijzingsmechanisme direct en expliciet. Interessant is dat het verwijzingsmechanisme van artikel 22, leden 3 tot en met 5, van de EG-concentratieverordening aanvankelijk was opgezet als een *tijdelijk* mechanisme. Artikel 22, lid 6, van de EG-concentratieverordening bepaalde immers dat „[d]e leden 3, 4 en 5 [...] van toepassing [blijven] totdat de in artikel 1, lid 2, genoemde drempels zijn bijgesteld". Dit betekent dat de Uniewetgever in 1989 van mening was dat het verwijzingsmechanisme achterhaald zou zijn zodra de ervaring „in de praktijk" het mogelijk zou maken om de nodige aanpassingen te doen aan de omzetdrempels.[127] Uiteraard zou een dergelijke overweging volstrekt zinloos zijn geweest indien het verwijzingsmechanisme, zoals de Commissie betoogt, ook bedoeld was om concentraties te bestrijken die beneden de nationale drempels bleven: de bruikbaarheid ervan zou dan volledig onaangetast blijven door een wijziging van de drempels van de EG-concentratieverordening. A fortiori, als het verwijzingsmechanisme bedoeld was om concentraties beneden de nationale drempels te bestrijken, waarom was het dan een tijdelijk mechanisme?

170. Mijn voorlopige conclusie is dat, over het geheel genomen, een contextuele uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening ook de conclusie ondersteunt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de betekenis en draagwijdte van het verwijzingsmechanisme in kwestie. Hoewel er elementen zijn

126 Zie ook overweging 9 van de EU-concentratieverordening die luidt als volgt: „[...] De Commissie dient aan de Raad verslag uit te brengen over de toepassing van de geldende drempels en criteria, zodat de Raad deze [...] op grond van artikel 202 van het Verdrag *geregeld* kan aanpassen in het licht van de opgedane ervaring. Dit veronderstelt dat de lidstaten aan de Commissie statistische gegevens verstrekken die haar in staat stellen dergelijke verslagen en eventuele voorstellen voor aanpassingen op te stellen. De verslagen en voorstellen van de Commissie moeten gebaseerd zijn op relevante informatie die *regelmatig* door de lidstaten wordt verstrekt." In het licht van die overweging moet artikel 1, leden 4 en 5, van de EU-concentratieverordening mijns inziens aldus worden opgevat dat de vereenvoudigde procedure mag worden toegepast op *elk moment* na toezending van het verslag dat uiterlijk op 1 juli 2009 moest zijn ingediend. Niettemin erken ik dat de bewoordingen van de bepaling ruimte laten voor ambiguïteit, waardoor er zou kunnen worden aangenomen dat de vereenvoudigde procedure alleen van toepassing was op de wijzigingen die werden voorgesteld nadat het verslag van 2009 was goedgekeurd. Los van de specifieke bewoordingen van overweging 9 van de EU-concentratieverordening lijkt het idee dat deze bepaling slechts één keer van toepassing is, echter onlogisch. Naarmate de tijd verstrijkt, wordt de noodzaak om de drempels aan te passen immers des te duidelijker.

127 Downes, T. A., en Ellison, J., *The legal control of mergers in the EC*, Blackston, 1991, blz. 63-65, waarin het tijdelijke karakter van het mechanisme wordt benadrukt.

die in beide richtingen wijzen, zijn de elementen die wijzen op een beperktere draagwijdte van deze bepaling veel talrijker en relevanter dan de elementen die wijzen op een ruimere draagwijdte ervan.

4) Teleologische uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening

171. Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 140 tot en met 151 van het bestreden arrest artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening teleologisch uitgelegd en heeft het zich daarbij voornamelijk geconcentreerd op de bewoordingen van de considerans. Het heeft met name benadrukt dat, zoals volgt uit de overwegingen 5, 6, 8, 24 en 25 van de verordening, de verordening tot doel heeft „een effectieve controle mogelijk te maken op alle concentraties met significante gevolgen voor de mededinging in de Unie". Het Gerecht heeft ook benadrukt dat verwijzingsmechanismen in overweging 11 „correctiemechanismen" worden genoemd, wat erop wijst dat deze „een subsidiaire bevoegdheid van de Commissie in het leven [roepen] die haar de flexibiliteit verleent die nodig is om het doel van deze verordening te bereiken". Op basis hiervan werd de conclusie bereikt dat „de teleologische uitlegging bevestigt dat een verzoek tot verwijzing krachtens artikel 22 van [de EU-concentratieverordening] kan worden ingediend ongeacht de draagwijdte van een nationale regeling voor concentratiecontrole".

172. Ik ben het opnieuw niet eens met het Gerecht. Om uit te leggen waarom, ga ik dieper in op twee vragen die in deze context licht werpen op de betekenis en draagwijdte van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening. Ten eerste, wat zijn de specifieke doelstellingen van deze bepaling? En ten tweede, strookt de doelstelling om een leemte op te vullen die beweerdelijk met deze bepaling wordt nagestreefd, met de overkoepelende doelstellingen van de EU-concentratieverordening?

i) Limieten van de teleologische beoordeling van het Gerecht (I)

173. Het antwoord op de eerste vraag is, in deze fase van mijn analyse, gedeeltelijk duidelijk. Uit zowel de historische als de contextuele beoordeling van de EU-concentratieverordening zijn immers twee doelstellingen naar voren gekomen die zonder twijfel worden nagestreefd met het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van deze verordening. De eerste doelstelling, die aanleiding heeft gegeven tot de opname van het verwijzingsmechanisme in de EG-concentratieverordening (de „Nederlandse clausule"), is de toetsing mogelijk maken van fusies die de mededinging lokaal zouden kunnen verstoren, wanneer de lidstaat in kwestie geen nationale regeling voor concentratiecontrole heeft. De tweede doelstelling, die werd ingevoerd met de hervorming van de EG-concentratieverordening in 1997 en vervolgens werd versterkt met de vaststelling van de EU-concentratieverordening, is de „éénloketdoelstelling": ervoor zorgen dat een in meerdere lidstaten aangemelde of aan te melden fusie door de Commissie kan worden getoetst, om meervoudige nationale aanmeldingen te voorkomen.

174. De eerste doelstelling komt niet duidelijk naar voren in de bewoordingen van de considerans van de EG-concentratieverordening. Het feit dat het verwijzingsmechanisme aanvankelijk werd ingevoerd om dat doel na te streven, is echter door het Gerecht vastgesteld en is een punt waarover partijen het eens zijn. In elk geval is het ontbreken van een verwijzing naar deze doelstelling in de considerans van de EG-concentratieverordening niet verwonderlijk, aangezien het, zoals uiteengezet, oorspronkelijk de bedoeling was dat de draagwijdte en het belang ervan zeer beperkt zouden zijn. Aanvankelijk was het immers de bedoeling dat het slechts *tijdelijk* zou worden toegepast, totdat de omzetdrempels zouden worden aangepast, en *bij wijze van*

uitzondering, gezien de beperkte draagwijdte ervan, zoals de toenmalige commissaris voor Mededinging uitdrukkelijk heeft verklaard. [128]

175. De tweede doelstelling wordt daarentegen uitdrukkelijk (en met nadruk) vermeld in de considerans van zowel de verordening van 1997 als de EU-concentratieverordening. [129] Ook dat is niet verrassend, gelet op het belang van de wijzigingen die aan het desbetreffende verwijzingsmechanisme werden aangebracht.

176. Ik wil nu ingaan op de vraag of er een derde doelstelling kan worden geïdentificeerd die zou worden nagestreefd met artikel 22 van de EU-concentratieverordening, namelijk de doelstelling om een leemte op te vullen door controle mogelijk te maken op concentraties die zowel beneden de nationale als de Uniedrempels blijven. Het Gerecht heeft bevestiging van deze doelstelling gevonden in overweging 11 van de EU-concentratieverordening, volgens welke „[d]e regels voor de verwijzing van concentraties door de Commissie naar de lidstaten en door de lidstaten naar de Commissie [...] als een doeltreffend correctiemechanisme [dienen] te functioneren".

177. In dit verband ben ik van mening dat het Gerecht deze overweging verkeerd heeft gelezen. De uitdrukking „correctiemechanisme" mag niet afzonderlijk worden gelezen, maar moet in de juiste context worden geplaatst.

178. Wat is om te beginnen het voorwerp van overweging 11? De context ervan is belangrijk. Overweging 8 verduidelijkt de basisbeginselen met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. De overwegingen 9 en 10 hebben betrekking op de omzetdrempels van de EU-concentratieverordening die bepalen of fusies een „communautaire dimensie" hebben. Overweging 12 heeft dan weer betrekking op fusies die beneden de omzetdrempels van de EU-concentratieverordening blijven, maar die „in aanmerking komen voor onderzoek op grond van een aantal nationale stelsels van concentratiecontrole". Wat dit laatste betreft, wordt in overweging 12 opgemerkt dat „meervoudige aanmelding van dezelfde transactie [...] de rechtsonzekerheid, alsmede de moeite en de kosten voor de ondernemingen [vergroot], en kan leiden tot tegenstrijdige beoordelingen", en wordt om die reden geconcludeerd dat „het systeem volgens hetwelk concentraties door de betrokken lidstaten naar de Commissie kunnen worden verwezen, [...] derhalve verder [dient] te worden ontwikkeld". In de overwegingen 13 tot en met 16 wordt vervolgens gewezen op de samenwerking die daartoe tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten tot stand moet worden gebracht, en wordt de werking van de verschillende verwijzingsmechanismen geïllustreerd.

179. Naar mijn mening suggereert de bovenstaande context dat overweging 11 verwijst naar een mechanisme met een corrigerende functie met betrekking tot de *bevoegdheidsverdeling* tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. Deze overweging heeft geen betrekking op de vaststelling, zoals het Gerecht heeft verklaard, van „een subsidiaire bevoegdheid van de Commissie [...] die haar de flexibiliteit verleent die nodig is om het doel van deze verordening te bereiken". [130]

128 Sir Leon Brittan, op. cit., aangehaald in voetnoot 65, blz. 42: „Deze bepaling is *eng afgebakend* en staat de Commissie niet toe fusies beneden de drempel *op een algemene basis* te behandelen, zelfs indien zij geneigd zou zijn *de geest van de drempelbepaling* op die manier *te omzeilen*" (cursivering van mij). Zie ook ibid., „The Law and Policy of Merger Control in the EEC", *European Law Review*, 1990, blz. 245.

129 Zie met name overweging 10 van de verordening van 1997 en de overwegingen 11, 12 en 14 van de EU-concentratieverordening.

130 Zoals vermeld in punt 142 van het bestreden arrest.

180. Bovenstaande overweging vindt in de eerste plaats extra steun in het feit dat deze overweging niet in de EG-concentratieverordening stond, maar pas in de EU-concentratieverordening is toegevoegd. Het nut van het verwijzingsmechanisme voor de verdeling van zaken tussen verschillende autoriteiten die alle bevoegd zijn om een bepaalde concentratie te onderzoeken, is pas in 1997 ontstaan en heeft vervolgens in 2004 aan belang gewonnen.

181. Dit wordt bevestigd door punt 94 van het groenboek van 2001, waarin wordt gesteld dat „niet alleen de concentratieverordening zal moeten worden gewijzigd om van artikel 22, lid 3, een bedrijfsklaar algemeen toepasselijk correctief *voor het probleem van de meervoudige aanmeldingen* te maken”. [131] Uit dat punt kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste, dat de term „correctiemechanisme” in overweging 11 van de EU-concentratieverordening alleen verwijst naar het probleem van meervoudige aanmeldingen, en niet naar de bredere kwestie van alle tekortkomingen die inherent zijn aan een op drempels gebaseerde regeling voor concentratiecontrole. Verder doet het probleem van meervoudige aanmeldingen zich alleen voor omdat fusies onder meerdere nationale regelingen voor concentratiecontrole kunnen *vallen* en niet omdat zij aan dergelijke regelingen *ontsnappen*. Ten tweede is het gebruik van artikel 22 als oplossing voor het probleem van meervoudige aanmeldingen iets wat besprekingen en wetswijzigingen vereiste, waaruit volgt dat dit niet het oorspronkelijke doel van dat artikel was. Hieruit zou volgen dat het gebruik van artikel 22 om andere, bredere problemen op te lossen ook besprekingen en wijzigingen zou vereisen.

182. Wanneer overweging 11 in haar geheel wordt gelezen, worden bovenstaande overwegingen verder bevestigd. Deze overweging luidt als volgt: „De regels voor de verwijzing van concentraties [...] dienen in het licht van het subsidiariteitsbeginsel als een doeltreffend correctiemechanisme te functioneren. Deze regels beschermen op afdoende wijze de belangen op concurrentiegebied van de lidstaten en houden rekening met de rechtszekerheid en het éénloketsbeginsel.” Ik maak op grond van deze tekst twee gevolgtrekkingen. Ten eerste bevestigt de verwijzing naar het subsidiariteitsbeginsel en de afdoende bescherming van de mededinging van de lidstaten een beperkte werkingssfeer van het verwijzingsmechanisme: het is alleen bedoeld om situaties te verhelpen waarin de mededinging *plaatselijk* gevolgen ondervindt. Ten tweede suggereert de verwijzing naar rechtszekerheid en het éénloketbeginsel ook dat de verwijzingsmechanismen tot doel hebben meerdere nationale procedures te vervangen door één gecentraliseerde procedure, hetgeen veronderstelt dat de betrokken fusies aan de nationale drempels voldoen.

183. De lezing van het Gerecht van overweging 11 van de EU-concentratieverordening kan mij bijgevolg niet overtuigen. Ook het beroep van het Gerecht op de overwegingen 6 en 24 van de EU-concentratieverordening overtuigt mij niet, voor zover deze verwijzen naar de daadwerkelijke toetsing van *alle* concentraties.

184. Nogmaals, wanneer deze overwegingen in hun geheel en in hun juiste context worden gelezen, lijkt het vrij duidelijk dat de term „alle” niet betekent dat elke fusie die waar ook ter wereld plaatsvindt, voor zover zij in een bepaalde lidstaat aanleiding kan geven tot mededingingsbezwaren, moet worden onderworpen aan een „daadwerkelijke” toetsing krachtens de EU-concentratieverordening. Overweging 6 luidt als volgt: „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

[131] Cursivering van mij.

geldende instrument zijn." Evenzo luidt overweging 24 als volgt: „[...] deze verordening [moet] een daadwerkelijke toetsing van alle concentraties op hun gevolgen voor de mededinging in de Gemeenschap mogelijk maken."

185. Verschillende tekstuele elementen in deze overwegingen zijn duidelijk in tegenspraak met de stelling dat zij betrekking hebben op het verwijzingsmechanisme in kwestie. Ten eerste kunnen niet „alle concentraties" worden getoetst op grond van de EU-concentratieverordening: indien de drempels van de verordening niet worden bereikt, moet de fusie normaal gesproken worden getoetst door andere mededingingsautoriteiten (van de lidstaten van de Unie en/of van derde landen). Ten tweede kan met betrekking tot de fusies die – als de theorie van de Commissie wordt gevolgd – „via de achterdeur" binnen de werkingssfeer van de EU-concentratieverordening zouden komen (dat wil zeggen fusies waarvoor in beginsel noch de Commissie, noch de betrokken nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn), niet worden gezegd dat de EU-concentratieverordening „het enige voor concentraties geldende instrument [zal] zijn". Artikel 22 van de EU-concentratieverordening staat immers parallelle procedures toe bij de Commissie (wanneer een of meer nationale mededingingsautoriteiten daarom verzoeken) en bij een of meer nationale mededingingsautoriteiten (die zich niet bij het verwijzingsverzoek aansluiten). Ten derde toetst de Commissie krachtens artikel 22 van de EU-concentratieverordening fusies niet „op hun gevolgen voor de mededinging *in de Gemeenschap*"[132], zoals in de overwegingen 6 en 24 wordt gesteld, maar alleen op het grondgebied van de lidstaten die de zaak verwijzen (artikel 22, leden 1 en 5, van de EU-concentratieverordening). In feite hebben de Unierechters de woorden „alle concentraties" uit de considerans van de EU-concentratieverordening consequent uitgelegd als verwijzing naar concentraties „met een communautaire dimensie".[133]

186. Als dat het geval is, rijst echter één vraag: wat wordt in de context van deze overwegingen bedoeld met de term „alle"? Het antwoord ligt opnieuw in de bewoordingen van die overwegingen en wordt bevestigd door de ontstaansgeschiedenis en het doel ervan. De uitdrukkingen die in deze overwegingen worden gebruikt, zijn terug te voeren op overweging 7 van de EG-concentratieverordening[134] en zijn bedoeld om volkomen duidelijk te maken dat alle concentraties in het kader van de concentratieverordening zullen worden getoetst „op hun *gevolgen voor de mededinging*". Deze verduidelijking, die vandaag voor de hand liggend en dus overbodig kan lijken, was ten tijde van de vaststelling van de EG-concentratieverordening geenszins onbelangrijk. Een andere reden waardoor de onderhandelingen binnen de Raad jarenlang waren geblokkeerd, was immers het zeer uitgesproken verschil van mening tussen verschillende lidstaten over de criteria die de Commissie moest hanteren bij het besluit om een fusie al dan niet goed te keuren. Terwijl de Commissie en talrijke lidstaten voorstander waren van een zuiver antitrustonderzoek, waren bepaalde lidstaten daartegen gekant, omdat zij van mening waren dat fusies ook moesten worden beoordeeld in het licht van andere overwegingen, met name in verband met het industriebeleid. Uiteindelijk kreeg het eerste standpunt de overhand en werd als compromis in de verordening de zogenaamde Duitse clausule opgenomen

132 Cursivering van mij.

133 Zie onder meer arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 12 december 2012, Electrabel/Commissie (T-332/09, EU:T:2012:672, punt 246).

134 Deze overweging luidde als volgt: „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."

(destijds artikel 21, lid 3, van de EG-concentratieverordening, thans artikel 21, lid 4, van de EU-concentratieverordening), die de lidstaten een restbevoegdheid toekende om in te grijpen. [135] De rechtspraak van de Unierechter lijkt mijn lezing van de overweging te bevestigen. [136]

187. Bijgevolg is het beroep dat het Gerecht doet op de overwegingen 6, 11 en 24 in deze context mijns inziens misplaatst. Bij nader inzien bevat de considerans van geen van de drie concentratieverordeningen een verwijzing naar het feit dat artikel 22 van de EU-concentratieverordening tot doel zou hebben een leemte op te vullen, en kan dit evenmin uit deze consideransen worden afgeleid. Het stilzwijgen op dit punt is veelzeggend, gezien de mogelijk buitengewone gevolgen die een dergelijke bepaling zou hebben voor de werking van een regeling voor concentratiecontrole die i) „berust op het beginsel van een nauwkeurige verdeling van bevoegdheden tussen [de Commissie en] de nationale [...] autoriteiten” [137], en ii) waarvan de werkingssfeer „door kwantitatieve drempels [wordt] beperkt” [138].

188. Een andere vraag in dit verband is evenwel of de doelstelling om een leemte op te vullen die het Gerecht aan het artikel toekent, in overeenstemming zou zijn met de overkoepelende doelstellingen van de EU-concentratieverordening.

ii) Limieten van de teleologische beoordeling van het Gerecht (II)

189. In punt 140 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de considerans van de EU-concentratieverordening onderzocht en is het tot de conclusie gekomen dat de aan het verwijzingsmechanisme in kwestie toegeschreven doelstelling om een leemte op te vullen in overeenstemming was met de doelstelling van deze verordening om „een effectieve controle mogelijk te maken op alle concentraties met significante gevolgen voor de mededinging in de Unie”. [139]

190. Ik zie twee belangrijke problemen in deze analyse: het Gerecht is voorbijgegaan aan enkele belangrijke elementen van de considerans en heeft bepaalde overwegingen verkeerd gelezen.

191. Om te beginnen heeft het Gerecht herhaaldelijk met nadruk gewezen op de doelstelling van de EU-concentratieverordening om een *daadwerkelijke* controle op concentraties te waarborgen en heeft het zelfs naar die doelstelling verwezen als hetgeen „deze verordening [...] *tot doel* [heeft]”, dat wil zeggen het enige doel ervan.

192. Het lijdt mijns inziens geen twijfel dat het doel om een daadwerkelijke controle op concentraties te waarborgen de bestaansreden van de verordening is, en het belang ervan wordt dan ook benadrukt in de considerans van de EU-concentratieverordening. Dit kan echter niet het *enige* doel zijn, of, anders gezegd, dit doel bestaat niet in een vacuüm. In artikel 2 van de Engelstalige versie van de EU-concentratieverordening wordt in feite melding gemaakt van

135 Volgens deze bepaling kunnen de lidstaten, niettegenstaande de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie om de binnen de werkingssfeer van de EU-concentratieverordening vallende fusies te toetsen, „passende maatregelen nemen ter bescherming van andere gewettigde belangen dan die welke in deze verordening in aanmerking zijn genomen en die met de algemene beginselen en de overige bepalingen van het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn”.

136 Zie in die zin arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punt 21). Zie ook arresten van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, EU:T:1999:65, punt 314), en 22 september 2021, Altice Europe/Commissie (T-425/18, EU:T:2021:607, punt 299).

137 Zie arrest van 22 juni 2004, Portugal/Commissie (C-42/01, EU:C:2004:379, punt 50), en overweging 8 van de EU-concentratieverordening.

138 Zie overweging 9 van de EU-concentratieverordening.

139 Zie met name punt 140 van het bestreden arrest.

concentraties in de zin van deze verordening die worden beoordeeld overeenkomstig de *doelstellingen* van de verordening („concentrations within the scope of this Regulation [to] be appraised in accordance with the *objectives* of this Regulation”). [140]

193. Het nastreven van de doelstelling om een *daadwerkelijke* controle op concentraties mogelijk te maken, gaat immers hand in hand met het nastreven van andere doelstellingen, waarvan sommige bijzonder relevant zijn in de onderhavige zaak. De eerste van die doelstellingen, die het resultaat is van de lange en (ik neem aan) verhitte discussies die uiteindelijk hebben geleid tot de vaststelling van de EG-concentratieverordening, na bijna twintig jaar onderhandelen binnen de Raad, is de totstandbrenging van een regeling waarin de bevoegdheid wordt *gedeeld* tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. [141] De tweede doelstelling is om op Unieniveau een doelmatige regeling tot stand te brengen die is gebaseerd op het éénloketbeginsel: de Commissie is als enige bevoegd voor de toetsing van de op grond van de EU-concentratieverordening aangemelde fusies, waarvoor geen aanvullende aanmeldingen op het niveau van de lidstaten vereist zijn, en de nationale autoriteiten kunnen hun nationale mededingingswetgeving niet langer op deze transacties toepassen. [142] De derde doelstelling is de totstandbrenging van een doelmatige en voorspelbare regeling die de betrokken ondernemingen rechtszekerheid kan bieden. [143] Het Gerecht verwijst zelf in punt 226 van het bestreden arrest naar „de fundamentele doelstellingen van doeltreffendheid en snelheid die aan [de EU-concentratieverordening] ten grondslag liggen” en naar „het feit dat de Uniewetgever het optreden van de nationale autoriteiten en dat van de Unie duidelijk heeft willen afbakenen”.

194. Terwijl de eerste twee in het vorige punt genoemde doelstellingen om voor de hand liggende redenen specifieke kenmerken van het stelsel voor concentratiecontrole van de Unie zijn, is de derde dat niet. Elk stelsel voor concentratiecontrole dat op mondiaal niveau bestaat, streeft immers naar een evenwicht tussen een doeltreffend onderzoek van de mededinging en het vermijden van onnodige kosten en vertragingen voor zowel de fuserende partijen als de overheid zelf. [144] Om dat evenwicht te waarborgen bestaan er concentratieregels, die meestal gebaseerd zijn op drempels ter filtering van de te toetsen transacties en die aan de autoriteiten specifieke termijnen voor de afronding van hun beoordeling opleggen. Het kan dus niet genoeg worden benadrukt hoe belangrijk voorspelbaarheid en rechtszekerheid zijn, in het bijzonder voor de fuserende partijen. Ondernemingen waarvoor mogelijk aanmeldings- en standstillverplichtingen gelden, moeten met een relatief hoge mate van zekerheid weten of hun voorgenomen overeenkomst zal worden onderworpen aan een antitrustonderzoek, door welke autoriteiten dit onderzoek zal worden uitgevoerd en wanneer een definitief antwoord van die autoriteiten kan worden verwacht. [145]

[140] Cursivering van mij. In de rechtsleer wordt in feite ook naar de EG-concentratieverordening verwezen als een instrument dat meerdere doelstellingen nastreeft: zie bijvoorbeeld Navarro Varona e.a., *Merger Control in the EU: Law, Economics and Practice*, 1e druk, Oxford University Press, 2001, blz. 1-5.

[141] Zie de verwijzingen naar het subsidiariteitsbeginsel in de overwegingen 6, 8, 11 en 14. Zie ook overweging 8 in fine: „[c]oncentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, behoren in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten.”

[142] Zie de verwijzingen naar het éénloketbeginsel in de overwegingen 8 en 11, naar de „uitsluitende bevoegdheid” van de Commissie in overweging 17 en naar de daaruit voortvloeiende beperkingen voor het optreden van de lidstaten in de overwegingen 18 en 19.

[143] Zie de verwijzingen naar doelmatigheid in de overwegingen 14, 15 en 16, naar voorspelbaarheid in overweging 15 en naar rechtszekerheid in de overwegingen 11, 25 en 34. Zie ook het groenboek van 1996, punt 29. In de rechtsleer, zie onder meer Blaise, J. B., „Concurrence – Contrôle des opérations de concentration”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, blz. 743, en Venit, J., „The ‚merger’ control regulation: Europe comes of age… or Caliban’s dinner”, *Common Market Law Review*, 1990, blz. 44.

[144] Evenzo Whish, R., Bailey, D., *Competition Law*, 8e druk, Oxford University Press, 2018, blz. 832 en 833.

[145] Zie in het algemeen Irarrazabal Philippi, F., „Merger control procedure”, *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, art. nr. 12342.

195. Dat geldt, zoals gezegd, op mondiaal niveau. Dit geldt echter des te meer voor fusies die mogelijk in de Europese Unie moeten worden getoetst. Niet alleen omdat er binnen de Europese Unie verschillende handhavingsinstanties naast elkaar bestaan (de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten) – met alle complexiteit van dien – maar ook omdat de EU-concentratieverordening, anders dan de overgrote meerderheid van de concentratieregelingen in de wereld, de fuserende partijen een *wereldwijd verbod op afronding van de fusie* oplegt. Dit betekent dat de uitvoering van een aangemelde transactie in beginsel *volledig* moet worden opgeschort totdat de Commissie een definitief besluit neemt. Bijgevolg kunnen de fuserende partijen deze uitvoering niet versnellen door bijvoorbeeld bepaalde lokale activa, eenheden of ondernemingen gescheiden te houden tot de goedkeuring is verleend. De kosten en risico's voor de fuserende partijen zijn derhalve nog groter en deze ondernemingen moeten dus in staat zijn om op dit gebied passende voorzorgsmaatregelen te nemen.

196. Daartoe bevat de EU-concentratieverordening, zoals het Hof heeft geoordeeld, „bepalingen die tot doel hebben, ter wille van de rechtszekerheid en in het belang van de betrokken ondernemingen de duur te beperken van de verificatieprocedures waaraan de Commissie concentraties dient te onderwerpen". De Uniewetgever heeft immers „een controle van concentraties [...] willen verzekeren binnen termijnen die zowel verenigbaar zijn met de vereisten van behoorlijk bestuur als met die van het zakenleven". [146]

197. In het licht van het bovenstaande ben ik het ermee eens dat het waarborgen van de doeltreffendheid van de regeling (waarmee het vermogen om potentieel schadelijke fusies te bestrijken wordt bedoeld) de primaire doelstelling van de EU-concentratieverordening is. Deze doeltreffendheid kan echter niet worden bereikt ten koste van een bevredigende verwezenlijking van de andere doelstellingen van de verordening. De verwijzingen in de considerans naar „doeltreffendheid" mogen de uitlegger er dus niet toe brengen om de draagwijdte en het doel van de bepalingen van de EU-concentratieverordening zo ver op te rekken dat zij verder gaan dan de duidelijke bedoelingen van de Uniewetgever, waardoor het door die wetgever zorgvuldig opgezette evenwicht tussen de verschillende doelstellingen wordt verstoord.

198. Is tegen deze achtergrond de door de Commissie bepleite en door het Gerecht onderschreven doelstelling van artikel 22 van de EU-concentratieverordening om een leemte op te vullen, verenigbaar met de andere hierboven beschreven doelstellingen en het tussen deze doelstellingen bereikte evenwicht? Naar mijn mening is het antwoord op die vraag duidelijk „nee". Mijns inziens staat de uitlegging door het Gerecht van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening op gespannen voet met de drie in punt 193 hierboven genoemde doelstellingen en kan deze uitlegging het door de Uniewetgever nagestreefde evenwicht tussen deze doelstellingen verstoren.

199. In de eerste plaats lijkt de „bevoegheidssandwich" die zou voortvloeien uit de uitlegging door het Gerecht van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening – Commissie (grote fusies)/nationale mededingingsautoriteiten (fusies onder de drempels van de EU-concentratieverordening, maar boven de nationale drempels)/Commissie (fusies onder de

[146] Arrest van 22 juni 2004, Portugal/Commissie (C-42/01, EU:C:2004:379, punten 51 en 53). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (C-202/06 P, EU:C:2007:255, punt 44).

nationale drempels) – nauwelijks te stroken met een regeling die, zoals het Hof heeft opgemerkt, „berust op het beginsel van een nauwkeurige verdeling van bevoegdheden tussen de nationale [...] toezichthoudende autoriteiten [en die van de Unie]”.[147]

200. Deze constructie lijkt ook vreemd wanneer zij wordt bezien in het licht van het subsidiariteitsbeginsel, een beginsel waarnaar in niet minder dan vier overwegingen van de EU-concentratieverordening wordt verwezen.[148] Zij is namelijk een verordening die – in de woorden van de toenmalige commissaris voor Mededinging – „een uitstekend voorbeeld is van hoe dat beginsel in de praktijk kan worden gebracht”.[149] Het subsidiariteitsbeginsel is een beginsel dat, eenvoudig gezegd, vooral een neerwaarts effect heeft: op een gebied van gedeelde bevoegdheid wordt de bevoegdheid voor een specifieke maatregel in het algemeen doorgeschoven naar de lidstaten.[150] Natuurlijk kan het beginsel in sommige omstandigheden ook een opwaarts effect hebben: bevoegdheden doorschuiven naar de Europese Unie wanneer een bepaald optreden, vanwege de omvang of de gevolgen ervan, doeltreffender lijkt als hij op Unieniveau wordt ondernomen. Ik vraag mij echter af of een situatie waarin de bevoegdheid om iets te doen (in dit geval een fusie toetsen) aan een instelling van de Unie (de Commissie) wordt gegeven, juist omdat een lidstaat de omvang of de gevolgen van een situatie zoals in casu *niet significant genoeg* acht om maatregelen op nationaal niveau te rechtvaardigen, niet in strijd zou zijn met de logica van de subsidiariteit.

201. In de tweede plaats zijn partijen het erover eens dat een van de gevolgen van de door het Gerecht gevolgde uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening is dat de ondernemingen die zeker willen zijn dat een voorgenomen fusie na de totstandkoming ervan niet door de Commissie kan worden aangevochten, ondanks het feit dat die fusie nergens in de Europese Unie hoeft te worden aangemeld en niet onderworpen is aan enige standstillverplichting, het volgende moeten doen: i) de uitvoering tijdelijk opschorten, en ii) de fusie onder de aandacht brengen van (mogelijk) alle lidstaten van de Unie en EER-/EVA-staten (goed voor in totaal dertig verschillende nationale autoriteiten) om de in artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening bedoelde termijn van 15 werkdagen te doen ingaan.

202. In dit verband lijkt het van belang hieraan toe te voegen dat volgens de Commissie de kennisgeving van de fuserende partijen aan de betrokken nationale autoriteiten alle gegevens en inlichtingen dient te bevatten die deze autoriteiten nodig hebben om vast te stellen of is voldaan aan de twee materiële voorwaarden van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening: de fusie beïnvloedt de handel tussen de lidstaten en dreigt in significante mate gevolgen te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat. Niettemin is het mij duidelijk dat een gedegen beoordeling van die voorwaarden geen gemakkelijke opgave is, al helemaal niet als deze binnen slechts 15 werkdagen moet worden uitgevoerd. Daarom is het waarschijnlijk dat de informele aanmeldingen bij de nationale autoriteiten in veel gevallen vrij uitvoerig en gedetailleerd zouden moeten zijn en dus niet al te veel zouden verschillen van de stukken die normaliter vereist zijn voor een formele aanmelding.

147 Zie arrest van 22 juni 2004, Portugal/Commissie (C-42/01, EU:C:2004:379, punt 50). Zie ook overweging 8 („concentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, behoren in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten”) en overweging 9 („het toepassingsgebied van deze verordening dient [...] door kwantitatieve drempels te worden beperkt, teneinde daaronder die concentraties te doen vallen welke een communautaire dimensie hebben”).

148 Zie hierboven, voetnoot 141.

149 Sir Leon Brittan, „Subsidiarity in the Constitution of the EC”, Robert Schuman Lecture, Europees Universitair Instituut, 1992, blz. 12.

150 Artikel 5, lid 3, eerste alinea, VEU: „Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie [...] slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.”

203. In de praktijk betekent dit dat ondernemingen die een transactie aangaan die in beginsel buiten elke regeling voor concentratiecontrole in de Europese Unie valt, ertoe kunnen worden gebracht informele aanmeldingen in te dienen bij *alle* nationale autoriteiten, enkel en alleen om te voorkomen dat in de toekomst een beroep wordt gedaan op het aan de orde zijnde verwijzingsmechanisme, hetgeen vanuit hun perspectief dramatische gevolgen zou kunnen hebben.

204. Indien een nationale mededingingsautoriteit die niet bevoegd is om een concentratie te toetsen een verwijzingsverzoek indient en aldus het verwijzingsmechanisme in werking stelt, en een of meer nationale mededingingsautoriteiten die daarentegen wel bevoegd zijn om de concentratie te toetsen, besluiten om zich niet bij het verzoek aan te sluiten, kan het verwijzingsmechanisme bovendien een *vermenigvuldiging* van de parallel lopende procedures tot gevolg hebben. De procedures voor de bevoegde nationale mededingingsautoriteiten zouden immers bestaan naast een bijkomende procedure voor de Commissie, die zonder het verwijzingsmechanisme niet zou hebben bestaan.

205. Uit het bovenstaande blijkt dat de uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening door het Gerecht zou leiden tot de invoering van verregaande uitzonderingen op het éénloketbeginsel, wat moeilijk te verenigen is met een van de hoofddoelstellingen van de EU-concentratieverordening, en ook in strijd zou zijn met het doel dat de Uniewetgever nastreefde toen hij artikel 22 in 1997 en 2004 wijzigde.

206. In de derde plaats – en dit is mijns inziens het meest problematische aspect – zou(den) de uit een ruime uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening voortvloeiende procedure(s) niet bepaald doelmatig en voorspelbaar zijn en de partijen amper rechtszekerheid kunnen bieden.

207. Om te beginnen is duidelijk en wordt door de Commissie niet betwist dat, tenzij de fuserende partijen positieve actie ondernemen om de dertig nationale autoriteiten in kennis te stellen van het bestaan van een fusie waarvoor geen aanmeldingsplicht geldt, deze partijen geen enkele rechtszekerheid kunnen hebben over de vraag *of* de Commissie op een bepaald moment in de toekomst zal worden verzocht de fusie te toetsen op basis van artikel 22 van de EU-concentratieverordening en, zo ja, *binnen* welk tijdsbestek.

208. De Commissie antwoordt dat de fuserende partijen niettemin rechtszekerheid *kunnen* verkrijgen indien zij, zoals eerder vermeld, de voorgenomen fusie door middel van informele aanmeldingen onder de aandacht van deze dertig autoriteiten brengen. Hiermee begint „het aftellen” en als er binnen 15 werkdagen geen verwijzingsverzoek wordt ingediend, kunnen die partijen er zeker van zijn dat de concentratie aan elke toetsing in de Europese Unie zal ontsnappen.

209. Ik ben er echter niet zeker van dat een dergelijke handelwijze de partijen veel meer, of in ieder geval *voldoende*, rechtszekerheid biedt. Het grootste probleem is dat dit een informele procedure is die nergens is voorzien in de EU-concentratieverordening of, voor zover ik weet, in de wetgeving van de lidstaten. Fusies die niet hoeven te worden aangemeld zijn dus niet onderworpen aan de nationale procedureregels, noch aan die van de EU-concentratieverordening zelf. Het is waar dat krachtens artikel 22, lid 4, van de EU-concentratieverordening bepaalde bepalingen van deze verordening van toepassing zijn op

de toetsing van die fusies, maar pas *nadat* de Commissie de verwijzing heeft aanvaard. De periode daarvóór is een soort juridisch „niemandsland" waar weinig duidelijkheid of voorzienbaarheid heerst.

210. Wie is bijvoorbeeld gerechtigd om de informele procedure in te leiden? Moeten dit alleen de fuserende partijen zijn, of kunnen ook derden (bijvoorbeeld concurrenten van de fuserende partijen) dit doen? De bewoordingen van artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening suggereren dat dit laatste het geval is. Kan de nationale mededingingsautoriteit in dat geval op basis van de door deze derden verstrekte informatie en, in voorkomend geval, zonder de fuserende partijen te horen, een zaak verwijzen op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening? Aangezien de autoriteit slechts 15 werkdagen heeft om een beslissing te nemen, kan een oppervlakkige behandeling van de situatie niet worden uitgesloten. Wat als die informatie onjuist of onvolledig is? Een onjuiste beoordeling door een nationale autoriteit van de materiële voorwaarden voor verwijzing heeft voor de fuserende partijen mogelijk niet te verwaarlozen gevolgen.

211. De Commissie is echter van mening dat de termijn pas begint te lopen wanneer de nationale mededingingsautoriteiten over *voldoende* informatie beschikken om de uit hoofde van artikel 22 van de EU-concentratieverordening vereiste analyse uit te voeren. Dit betekent echter dat de termijn van 15 werkdagen waarschijnlijk een illusie wordt, aangezien deze vaak door een of meer autoriteiten kan (en mogelijk zal) worden verlengd door middel van een of meer verzoeken om inlichtingen, waardoor de termijn voor de fuserende partijen niet voorspelbaar is.

212. Bovendien bevat de EU-concentratieverordening geen enkele aanwijzing over de verwachtingen die gelden met betrekking tot het soort en de gedetailleerdheid van de informatie die de fuserende partijen in hun informele aanmeldingen opnemen. De partijen zouden zeker een voorbeeld kunnen nemen aan de officiële indieningsformulieren van de Unie (zoals onlangs gewijzigd: formulier CO, verkort formulier CO, formulier RS en formulier RM).[151] Maar zelfs de Commissie ging niet zo ver om dit te suggereren. Dat zou immers betekenen dat de aanmeldingsprocedure van de EU-concentratieverordening de facto van toepassing kan zijn op fusies die niet hoeven te worden aangemeld. In plaats daarvan heeft de Commissie de partijen tijdens de terechtzitting gesuggereerd zich te laten inspireren door de informatie die als poortwachters aangemerkte ondernemingen op grond van artikel 14 van de digitalemarktenverordening[152] aan de Commissie moeten verstrekken wanneer zij voornemens zijn bepaalde fusies tot stand te brengen. Maar nog afgezien van het merkwaardige voorstel aan de partijen om zich te laten leiden door een ander regelgevend instrument, dat is vastgesteld na de EU-concentratieverordening en slechts van toepassing is op enkele specifieke sectoren van de economie, ben ik er niet zeker van dat de in dat instrument genoemde informatie volstaat voor de toepassing van artikel 22 van de EU-concentratieverordening.

213. Verder nog een klein maar belangrijk detail: in welke taal moet die informatie worden doorgegeven? De Commissie heeft aangevoerd dat elke taal die gebruikelijk door het personeel van de relevante nationale autoriteit wordt begrepen (bijvoorbeeld Engels), voldoende zou zijn. Ik zie niet in waarop de Commissie dit standpunt kan baseren. Hoe dan ook betwijfel ik of de

[151] Zie uitvoeringsverordening (EU) 2023/914 van de Commissie van 20 april 2023 tot uitvoering van [de EU-concentratieverordening] en tot intrekking van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie (PB 2023, L 119, blz. 22).

[152] 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 (PB 2022, L 265, blz. 1).

nationale autoriteiten ermee zouden instemmen om binnen een zeer strak tijdschema een vrij complexe analyse uit te voeren op basis van een ingediend stuk (eventueel met enkele bijlagen) dat is opgesteld in een taal die niet de hunne is.

214. In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat de door het Gerecht uitgevoerde teleologische uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening onjuist is, aangezien deze niet strookt met een aantal doelstellingen die met de bij de EU-concentratieverordening ingevoerde regeling voor concentratiecontrole worden nagestreefd, en het door de Uniewetgever nagestreefde evenwicht tussen deze doelstellingen kan verstoren. Het belang van dit evenwicht is het Hof niet ontgaan. In zijn recente arrest in de zaak CK Telecoms heeft het Hof bijvoorbeeld opgemerkt dat het „vereiste van snelheid dat de algemene opzet van [de EU-concentratieverordening] kenmerkt" van dusdanige betekenis is dat zelfs een schadelijke fusie wordt geacht te zijn goedgekeurd, tenzij de Commissie binnen de gestelde termijn een besluit neemt.[153]

5) Andere overwegingen betreffende de uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening

215. Tot slot zal ik kort uiteenzetten waarom de uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening door het Gerecht mijns inziens een aantal systemische problemen doet rijzen wanneer rekening wordt gehouden met verschillende algemene beginselen van het Unierecht.

216. Om te beginnen moet worden benadrukt dat de lezing van de bepaling door het Gerecht leidt tot een zeer aanzienlijke uitbreiding van de werkingssfeer van de EU-concentratieverordening en van de bevoegdheid van de Commissie.[154] In één klap krijgt de Commissie, door middel van een originele uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening, de bevoegdheid om, op elk moment, ook ruim na de voltooiing van de fusie, bijna elke concentratie, waar ook ter wereld, te toetsen, ongeacht de omzet van de ondernemingen en hun aanwezigheid in de Europese Unie en de waarde van de transactie. Zoveel is duidelijk en onbetwist. Toen haar tijdens de terechtzitting een specifieke vraag hierover werd gesteld, bevestigde de Commissie dat dit in theorie inderdaad het geval is. Zij voegde daar echter aan toe dat dit in de praktijk niet het geval zal zijn, aangezien de Commissie er geen belang bij heeft om vaak van die bevoegdheid gebruik te maken en dus in dat opzicht gedisciplineerd zal optreden. Volgens de Commissie had de aan de orde zijnde fusie bepaalde specifieke kenmerken, in tegenstelling tot de overgrote meerderheid van de andere fusies die onder artikel 22 van de EU-concentratieverordening kunnen vallen.

217. In de onderhavige zaak gaat het echter niet alleen om de toepassing van die (mogelijk nieuwe) toetsingsbevoegdheid op de aan de orde zijnde fusie. Het Hof moet immers voor het eerst de betekenis en draagwijdte uitleggen van artikel 22 van de EU-concentratieverordening, dat in een onbepaald aantal gevallen van toepassing kan zijn. Het standpunt van de Commissie kan in verschillende opzichten niet anders dan aanleiding geven tot bezorgdheid.

153 Arrest van 13 juli 2023, Commissie/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2023:561, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

154 Zoals in alle rechtsleer wordt benadrukt, zie bijvoorbeeld Bushell, G., „Chapter II", in Jones, C., en Weinert, L. (red.), *EU Competition Law*, deel II, boek 1, Edward Elgar Publishing, 2021, blz. 41.

218. In de eerste plaats betwijfel ik of dit standpunt strookt met het beginsel van institutioneel evenwicht, dat een belangrijk kenmerk is van de institutionele structuur van de Europese Unie en dat voortvloeit uit artikel 13, lid 2, VEU, dat in wezen vereist dat elke instelling haar bevoegdheden uitoefent met inachtneming van de bevoegdheden van de andere instellingen. [155]

219. Een van de meest fundamentele elementen van de EU-concentratieverordening is de bepaling van de drempels die, overeenkomstig artikel 1, leden 1 tot en met 3 ervan, de aanmeldingsplicht doen ontstaan. Volgens de uitlegging die de Commissie aan artikel 22 van de EU-concentratieverordening geeft, wordt de waarde van deze drempels – en indirect van de in de nationale wetgevingen vastgestelde drempels en criteria – echter slechts relatief. Het is goed mogelijk dat een fusie *nergens* in de Europese Unie hoeft te worden aangemeld, maar dit sluit geenszins uit dat de Commissie zich uit hoofde van artikel 22 van de EU-concentratieverordening bevoegd kan verklaren om deze fusie te toetsen. [156]

220. Ik sluit zeker niet uit dat het, in een wereld die steeds meer gebaseerd is op een „economie 2.0", wenselijk en misschien zelfs noodzakelijk kan zijn om de huidige drempels voor de toetsing van concentraties te wijzigen. In dit verband kan het interessant zijn om op te merken dat twee lidstaten (Oostenrijk en Duitsland) zeer recentelijk hun nationale wetgeving hebben gewijzigd om drempels op basis van transactiewaarden op te nemen. Andere staten gebruiken andere bevoegdheidsdrempels die specifiek bedoeld zijn om toetsing van fusies mogelijk te maken ondanks het feit dat de doelonderneming geen lokale inkomsten genereert [zoals in het Verenigd Koninkrijk de test op basis van het aandeel van leveringen of verwervingen van een bepaald soort goederen door de gefuseerde ondernemingen in (een deel van) het Verenigd Koninkrijk (*share of supply test*)]. Deze en andere opties kunnen uiteraard worden overwogen met het oog op een wijziging van de EU-concentratieverordening. Maar dat is de taak van de Uniewetgever, niet van de Commissie.

221. In de tweede plaats zorgt de ruime uitlegging die het Gerecht geeft aan artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening ervoor dat er een aanzienlijk potentieel ontstaat voor gevallen waarin een conflict met het territorialiteitsbeginsel van het Unierecht zou kunnen ontstaan. Er zij aan herinnerd dat de toepassing van het Unierecht, om in overeenstemming te zijn met het internationale recht, voldoende binding met het grondgebied van de Unie veronderstelt. [157] Meer specifiek volgt uit de arresten Intel en Gencor dat de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie op het gedrag van ondernemingen legitiem is, ongeacht waar het gedrag plaatsvindt, voor zover dat gedrag voorzienbare, onmiddellijke en wezenlijke gevolgen in de Europese Unie kan hebben („criterium van de gekwalificeerde gevolgen"). [158]

222. Ik ben het zeker met de Commissie eens dat de materiële voorwaarden van artikel 22, lid 1, van de EU-concentratieverordening in principe voldoende binding met het grondgebied van de Unie kunnen waarborgen. Er moet echter rekening mee worden gehouden dat, zoals gezegd, de verificatie van deze voorwaarden alleen prima facie gebeurt, en binnen een bijzonder krap tijdsbestek (15 werkdagen). Derhalve kan niet worden uitgesloten dat de Europese Unie zich op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening bevoegd kan verklaren om een fusie te toetsen (met alle gevolgen van dien, waaronder het plotseling in werking treden van de

155 Zie recentelijk arrest van 22 november 2022, Commissie/Raad (Toetreding tot de Akte van Genève) (C-24/20, EU:C:2022:911, punt 83).

156 Dat geldt a fortiori indien ervan uit wordt gegaan, zoals ik doe, dat de vereenvoudigde procedure van artikel 1, leden 4 en 5, van de EU-concentratieverordening nog steeds van toepassing is. Zie hierboven, de voetnoten 125 en 126.

157 Zie onder meer arrest van 24 november 1992, Poulsen en Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, punt 28).

158 Arresten van 6 september 2017, Intel/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 40-47), en 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, EU:T:1999:65, punt 243).

verplichting om elke handeling voor de uitvoering van de fusie wereldwijd op te schorten) die later geen voorzienbare, onmiddellijke en wezenlijke gevolgen blijkt te hebben op het grondgebied van de betrokken lidstaat.

223. In de derde plaats kan deze situatie problemen veroorzaken in het kader van het beginsel van internationale courtoisie (comitas gentium). Ik ben mij er terdege van bewust dat de omlijning van een dergelijk beginsel en de juridische gevolgen ervan nogal vaag zijn. [159] Het lijkt mij echter dat uit een dergelijk beginsel op zijn minst een algemene eis kan worden afgeleid dat landen, alvorens zich bevoegd te verklaren in zaken met een aanzienlijk buitenlands element en een vrij zwakke binnenlandse band, *nagaan* of de toepassing van hun wetgeving niet tot gevolg zou kunnen hebben dat de daadwerkelijke toepassing van de wetgeving van derde landen die een sterkere territoriale band met die zaken hebben, wordt ondermijnd. Een dergelijke lezing van het beginsel lijkt in grote lijnen overeen te stemmen met de suggesties van andere advocaten-generaal [160], de internationale overeenkomsten van de Europese Unie op dit gebied [161] en de bevindingen van andere rechters, ook in mededingingsrechtelijke zaken. [162] Tegen deze achtergrond vraag ik mij af of de opvatting van de Commissie over haar verregaande bevoegdheid om fusies te toetsen op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening volledig in overeenstemming is met het beginsel van internationale courtoisie.

224. In de vierde plaats lijkt de stelling van rekwirantes dat de door het Gerecht gevolgde uitlegging van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel mij niet ongegrond, zoals de Commissie betoogt. Ondernemingen die weinig of niets verkopen in de Europese Unie zouden de facto immers in een situatie terechtkomen die aanzienlijk slechter is dan die van ondernemingen met meer significante activiteiten in de Europese Unie.

225. Laatstgenoemde ondernemingen kunnen gebruikmaken van het éénloketsysteem dat bij de EU-concentratieverordening is ingesteld of moeten, als alternatief, enkel in die landen waar zij de nationale drempels bereiken één of meer nationale aanmeldingen in te dienen. Het aantal aanmeldingen kan van tevoren worden berekend en de fuserende partijen weten welke autoriteiten de fusie zullen toetsen en op welke manier en binnen welk tijdsbestek zij dat zullen doen. Daarentegen is het voor ondernemingen die partij zijn bij fusies die niet hoeven te worden aangemeld, zoals hierboven uiteengezet, niet mogelijk om het lot van hun fusie te voorspellen, tenzij zij in de EER niet minder dan dertig informele aanmeldingen indienen, en zelfs dan blijven veel aspecten van de procedure, waaronder de duur ervan, onzeker.

159 Zie de conclusie van advocaat-generaal Darmon van 25 mei 1988 in de gevoegde zaken Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85, EU:C:1988:258, punt 57).

160 Zie bijvoorbeeld, wat het mededingingsrecht betreft, de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak InnoLux/Commissie (C-231/14 P, EU:C:2015:292, punten 39-42), en de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Intel Corporation/Commissie (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punten 283 en 300), en, in een andere context, de conclusie van advocaat-generaal Szpunar in de zaak Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:281, punt 88).

161 Zie bijvoorbeeld artikel I, lid 2, onder b), en artikel IV van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en de regering van de Verenigde Staten van Amerika betreffende de toepassing van de beginselen van positieve internationale courtoisie bij de handhaving van hun mededingingsrecht van 4 juni 1998 (PB 1998, L 173, blz. 28).

162 Zie met name het advies van het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten van Amerika, E. Hoffmann-La Roche, Ltd./Empagran S.A. [124 S. Ct. 2359 (2004)].

226. Deze situatie lijkt mij problematisch in het licht van het gelijkheidsbeginsel, dat vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.[163] Zij lijkt ook een onevenredige last, op het gebied van kosten en risico's, te creëren voor de ondernemingen die transacties zijn aangegaan en die, zoals gezegd, vrij beperkt actief zijn in de Europese Unie.[164]

227. In de vijfde plaats mag het doeltreffendheidsbeginsel er niet toe leiden dat de werkingssfeer van de betrokken bepaling verder wordt opgerekt dan redelijk en noodzakelijk is voor de toepassing van de EG-concentratieverordening. Ik heb mijn standpunt hierover uiteengezet in punt 197 hierboven. In die context hoef ik alleen een laatste element toe te voegen: ik ben niet overtuigd door de stelling van de Commissie dat een leemte in de werkingssfeer van de EU-concentratieverordening moet worden opgevuld.

228. Zoals het Hof consequent heeft geoordeeld – meest recentelijk in het arrest in de zaak Towercast[165] – zijn de artikelen 101 en 102 VWEU van toepassing op fusies die niet voldoen aan de in de EU-concentratieverordening vastgestelde drempels (met inbegrip van fusies die niet voldoen aan de nationale drempels). Deze bepalingen staan de nationale mededingingsautoriteiten toe om *achteraf* op te treden in het geval van concentraties die mededingingsverstorend blijken te zijn. Een interventie *achteraf* is inderdaad vaak „tweede keus" in vergelijking met een toetsing *vooraf*. De verschillen tussen deze twee vormen van toetsing waren echter, zoals ondubbelzinnig uit de voorbereidende stukken blijkt, een aspect waarmee de Uniewetgever naar behoren rekening heeft gehouden tijdens de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van de EG-concentratieverordening. De overwegingen van de Commissie kunnen specifieke keuzen van de Uniewetgever derhalve niet in twijfel trekken.

229. Daarnaast ben ik ook niet overtuigd door het argument van de Commissie en enkele van de regeringen die in deze procedure hebben geïntervenieerd, dat handhaving op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU ondoeltreffend en tijdrovend zou zijn.

230. Zoals het Hof onlangs heeft bevestigd in het arrest European Superleague Company, is er sprake van misbruik van een machtspositie wanneer gedragingen „daadwerkelijk of potentieel tot gevolg hebben of zelfs ertoe strekken dat potentieel concurrerende ondernemingen in een eerder stadium worden belet, door het opwerpen van toetredingsdrempels of het gebruik van andere afschermingsmaatregelen [...], om die markt of markten zelfs maar te betreden en, aldus, dat de ontwikkeling van de mededinging op die markten wordt belemmerd ten nadele van de consumenten, doordat de productie, de ontwikkeling van alternatieve producten of diensten of de innovatie op die markten wordt beperkt".[166] Naar mijn mening valt een zogenoemde *killer acquisition* precies onder deze beschrijving en is het een paradigmatisch voorbeeld van misbruik van een machtspositie „naar strekking".[167]

163 Zie onder meer arrest van 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punt 85). Voor de toepassing van dit beginsel in de onderhavige context zie, mutatis mutandis, punt 236 van het bestreden arrest.

164 Zoals V. Korah stelde, kan de interactie met en het verstrekken van informatie aan verschillende autoriteiten, in verschillende talen, in verschillende vormen en binnen verschillende, maar in ieder geval korte tijdsbestekken, zeer duur zijn voor bedrijven (zie *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8e druk, Hart, 2004, blz. 356).

165 Arrest van 16 maart 2023 (C-449/21, EU:C:2023:207).

166 Arrest van 21 december 2023, European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2023:1011, punt 131).

167 Zie, mutatis mutandis, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, afdeling 6.4.

231. Als zodanig denk ik niet dat er een buitensporig lang of ingewikkeld onderzoek nodig zou zijn om een inbreuk vast te stellen. Met name omdat een toetsing *achteraf* van een tot stand gekomen fusie – een activiteit die in een aantal jurisdicties niet ongebruikelijk is [168] – weliswaar een zekere mate van ongemak met zich kan brengen, maar ook een zeer aanzienlijk voordeel heeft: de autoriteiten hoeven geen *voorspelling* te doen over het toekomstige gedrag van een onderneming. Bij haar beoordeling kan de mededingingsautoriteit immers zowel bewijsmateriaal van vóór de fusie onderzoeken (bijvoorbeeld om de bedoeling van de verkrijger vast te stellen en om na te gaan of die onderneming de doelonderneming als een reële bedreiging voor haar marktpositie beschouwde), als *bewijsmateriaal van na de fusie*, waaruit blijkt wat er na de overname daadwerkelijk op de markt is gebeurd (bijvoorbeeld om vast te stellen of er merkbare gevolgen waren voor de prijs, de productie en de innovatie, dan wel of de activiteiten van de doelonderneming werden beëindigd of aanzienlijk werden beperkt). [169]

232. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat nationale mededingingsautoriteiten bij het onderzoek naar mogelijke inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU over de in de zogeheten ECN+-richtlijn vastgestelde bevoegdheden beschikken. [170] Volgens die richtlijn is de bevoegde instantie, wanneer een inbreuk wordt vastgesteld, niet alleen bevoegd om geldelijke sancties op te leggen (artikelen 13-16 van de ECN+-richtlijn), maar kan zij de betrokken ondernemingen krachtens artikel 10, lid 1, daarvan ook verplichten „aan die inbreuk een einde te maken. Zij [kan] daartoe alle corrigerende structurele of gedragsmaatregelen opleggen die evenredig zijn met de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken." Dit kan, in bijzonder ernstige gevallen, een gedeeltelijke of volledige ontbinding van de gefuseerde entiteit omvatten. [171] Bovendien kan de nationale mededingingsautoriteit overeenkomstig artikel 11, lid 1, van de ECN+-richtlijn ook „op eigen initiatief bij besluit de oplegging van voorlopige maatregelen aan ondernemingen [...] gelasten, ten minste in dringende gevallen waarin, volgens een eerste onderzoek dat op een inbreuk op artikel 101 of artikel 102 VWEU wijst, de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad". Dergelijke maatregelen kunnen bijvoorbeeld de vorm aannemen van opschortende bevelen. [172]

233. In de zesde plaats druist de zeer ruime werkingssfeer die het Gerecht toekent aan een bepaling die onbetwistbaar een uitzondering vormt op de bepalingen van artikel 1 van de EU-concentratieverordening, in tegen het algemeen aanvaarde uitleggingsbeginsel volgens hetwelk uitzonderingen op en afwijkingen van de algemene opzet of de algemene regels van een rechtsinstrument strikt moeten worden uitgelegd opdat deze regels niet worden tenietgedaan. [173] Het Gerecht heeft dit beginsel reeds relevant geacht voor de uitlegging van de werkingssfeer van het in artikel 9 van de EU-concentratieverordening bedoelde verwijzingsmechanisme. [174] Het is

168 Zie, met verwijzingen, Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), „Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges", Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

169 Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld Ginsburg, D. H., en Wong-Ervin, K. W., „Challenging Consummated Mergers Under Section 2", *Competition Policy International*, mei 2020.

170 Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PB 2019, L 11, blz. 3; „hierna: ECN+-richtlijn"). Zie over die richtlijn in het algemeen Arsenidou, E., „The ECN+ Directive', in Dekeyser, K. e.a. (red.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement – A Systematic Guide*, Wolters Kluwer, 2023, blz. 143-149.

171 Cf. conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Towercast (C-449/21, EU:C:2022:777, punt 63).

172 Zie inzake voorlopige maatregelen recentelijk OESO, „Interim Measures in Antitrust Investigations", Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

173 Zie bijvoorbeeld arrest van 28 oktober 2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Uitlevering en ne bis in idem) (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, punt 119 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

174 Arrest van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie (T-119/02, EU:T:2003:101, punt 354).

mij niet duidelijk op welke gronden het Gerecht in het bestreden arrest heeft besloten dit uitleggingsbeginsel niet relevant te achten voor het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de EU-concentratieverordening.[175]

234. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en de toepassing van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening. Om die reden moet het bestreden arrest worden vernietigd.

235. Indien het Hof het echter niet eens is met mijn beoordeling van het eerste middel in hogere voorziening, ben ik van mening dat het Hof de hogere voorzieningen dient af te wijzen. Hieronder zal ik kort uiteenzetten waarom ik het tweede en derde middel in hogere voorziening van rekwirantes ongegrond acht.

B. Tweede middel: tijdstip van het verwijzingsverzoek en verplichting van de Commissie om binnen een redelijke termijn te handelen

236. Het tweede middel in hogere voorziening van Illumina en Grail betreft de verwerping door het Gerecht van het door Illumina in eerste aanleg opgeworpen tweede middel, ontleend aan het te laat indienen van het verwijzingsverzoek en, subsidiair, aan schending van de beginselen van rechtszekerheid en „behoorlijk bestuur". Rekwirantes komen met name op tegen de punten 190 tot en met 211 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht tot de conclusie komt dat: „het begrip ‚kenbaar gemaakt aan de betrokken lidstaat' in artikel 22, lid 1, tweede alinea, van [de EU-concentratieverordening] aldus [moet] worden uitgelegd dat het vereist dat aan die lidstaat op actieve wijze relevante informatie wordt verstrekt aan de hand waarvan hij vooraf kan beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden voor een verwijzingsverzoek op grond van dat artikel. Volgens deze uitlegging gaat de in die bepaling voorgeschreven termijn van 15 werkdagen, wanneer aanmelding van de concentratie niet vereist is, dientengevolge in vanaf het tijdstip waarop deze informatie is verstrekt."

237. Rekwirantes komen ook op tegen de punten 240 en 242 tot en met 245 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht onder meer heeft geoordeeld dat i) „[Illumina] niet in staat [was] om toereikend te specificeren wat de vermeende ‚substantiële feitelijke onjuistheden' waren die het [litigieuze] besluit ongeldig zouden maken en die reeds in de uitnodigingsbrief aanwezig waren en dus een doorslaggevende invloed hadden kunnen uitoefenen op de inhoud van het verwijzingsverzoek van de ACF", en ii) „[rekwirantes] verschillende gelegenheden [hebben] gehad om hun standpunt kenbaar te maken tijdens de administratieve procedure die tot de vaststelling van deze besluiten heeft geleid".

1. Argumenten van partijen

238. Met hun tweede middel in hogere voorziening betogen rekwirantes dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door i) geen rechtsgevolg te verbinden aan de terechte vaststelling dat de Commissie een onredelijk lange tijd had genomen om de lidstaten de uitnodigingsbrief te sturen betreffende de concentratie, en ii) vast te stellen dat er geen sprake was van een schending van het recht van verdediging van partijen door de Commissie gedurende de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van de litigieuze besluiten.

[175] Zie punt 182 van het bestreden arrest. De betekenis van deze passage blijft voor mij nogal onduidelijk.

239. De Commissie stelt dat dit middel in hogere voorziening ongegrond en deels niet-ontvankelijk is.

2. Analyse

240. Ik ben niet overtuigd door de argumenten van rekwirantes.

241. Ten eerste denk ik niet dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van de bewoordingen „kenbaar gemaakt aan de betrokken lidstaat" in artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening. Zoals in punt 192 van het bestreden arrest is opgemerkt, blijkt uit een vergelijking van de verschillende taalversies van de verordening dat het, om de termijn van 15 werkdagen te doen ingaan, niet volstaat dat de fusie in de betrokken lidstaat publiekelijk wordt aangekondigd – bijvoorbeeld door middel van een persbericht of door nieuws in de media [176] – zodat de relevante autoriteiten daarvan kennis kunnen nemen. In plaats daarvan vereist deze bepaling een actieve mededeling van de fusie aan deze autoriteiten. Deze lezing lijkt mij in overeenstemming met het doel van de bepaling, namelijk de autoriteiten in staat te stellen een voorlopig onderzoek uit te voeren om te beoordelen of op het eerste gezicht aan de materiële voorwaarden van artikel 22, lid 1, eerste alinea, van de EU-concentratieverordening is voldaan. [177]

242. Rekwirantes hebben mijns inziens geen enkel argument aangevoerd dat vraagtekens kan plaatsen bij deze uitlegging van artikel 22, lid 1, tweede alinea, van de EU-concentratieverordening.

243. Ten tweede acht ik de conclusie van het bestreden arrest juist, hoewel ik niet volledig overtuigd ben van het rechtskader dat het Gerecht heeft toegepast om de gevolgen te bepalen die voortvloeien uit het feit dat de Commissie de uitnodigingsbrief niet binnen een redelijke termijn heeft verzonden.

244. Naar mijn mening is de kern van de zaak niet of rekwirantes konden aantonen dat hun rechten van verdediging zijn geschonden door de vertraging waarmee de Commissie heeft gehandeld. De beslissende vraag is veeleer of rekwirantes voldoende aanwijzingen hebben kunnen geven dat de uitkomst van de procedure zonder de procedurele onregelmatigheid in kwestie anders *had kunnen zijn*.

245. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak HSBC heb toegelicht, lijkt de rechtspraak van de Unierechter een onderscheid te maken tussen twee hoofdvormen van procedurefouten: schendingen van „wezenlijke vormvoorschriften", die *automatisch* de ongeldigheid van de handeling in kwestie tot gevolg hebben, en schendingen van andere procedureregels, waarbij het „*criterium van de onschadelijke fout*" wordt toegepast. Dit betekent dat „gewone" procedurefouten leiden tot nietigverklaring van de bestreden handeling, tenzij de fout als onschadelijk kan worden beschouwd, in die zin dat zij geen invloed had of kon hebben op de uitkomst van de procedure. Belangrijk is dat dit criterium, afhankelijk van de kenmerken van de geschonden regel, in drie verschillende vormen is toegepast: i) inbreuken van ernstige en structurele aard die leiden tot een (weerlegbaar) *vermoeden* dat de fout de uitkomst van de procedure heeft beïnvloed, waarbij de last om het vermoeden te weerleggen op de verweerder rust; ii) „standaard"-fouten die de uitkomst van de procedure al dan niet hebben beïnvloed,

176 Zie in dit verband punt 203 van het bestreden arrest.

177 Zie in dit verband punt 199 van het bestreden arrest.

waarvoor de verzoeker moet bewijzen dat de bestreden handeling zonder de fout anders *had kunnen zijn*, en iii) minder ernstige onregelmatigheden, die leiden tot nietigverklaring van de betrokken handeling indien de verzoekers aantonen dat de uitkomst van de procedure zonder de fout anders *zou zijn geweest*.[178]

246. Gelet op de bewoordingen van de relevante bepaling (die niet voorziet in een specifieke termijn)[179] en het doel en de logica van de door de EU-concentratieverordening tot stand gebrachte regeling voor concentratiecontrole (die tot doel heeft te zorgen voor een daadwerkelijke controle op potentieel mededingingsverstorende concentraties door middel van een doelmatige en voorzienbare regeling die de betrokken ondernemingen rechtszekerheid kan bieden)[180], lijkt het mij dat het verzuim van de Commissie om binnen een redelijke termijn op te treden niet kan worden beschouwd als een schending van een wezenlijk vormvoorschrift, en dat de standaardtoets voor procedurefouten moet worden toegepast.[181]

247. Noch in de in eerste aanleg ingediende opmerkingen, noch in het kader van de onderhavige procedure hebben rekwirantes enig concreet element aangevoerd waaruit kan blijken dat, indien de Commissie binnen een redelijke termijn had gehandeld, haar beoordeling of het mogelijk en passend was om de betrokken concentratie te verwijzen op grond van artikel 22 van de EU-concentratieverordening anders *had kunnen zijn*.

248. Ik ben het in elk geval eens met de Commissie dat rekwirantes hebben nagelaten om i) uitdrukkelijk in eerste aanleg een schending van hun rechten van verdediging in te roepen, met als gevolg dat dit onderdeel van het middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is, en ii) naar behoren aan te tonen dat afbreuk was gedaan aan hun mogelijkheden om hun rechten van verdediging uit te oefenen tijdens de procedure die tot de vaststelling van de litigieuze besluiten heeft geleid. Wat het laatste punt betreft, is het juist dat rekwirantes een aantal elementen hebben aangevoerd die erop wijzen dat de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen mogelijk niet heeft gehandeld met de mate van transparantie en billijkheid die normaliter van een overheidsdienst mag worden verwacht.[182] Dit is uiteraard betreurenswaardig, aangezien dergelijke gedragingen van invloed kunnen zijn op de wijze waarop het publiek de werking percipieert van een dienst die – wegens de aanzienlijke bevoegdheden die hem zijn toegekend – steeds met de grootst mogelijke onpartijdigheid en objectiviteit dient op te treden. Feit blijft evenwel dat de handelwijze van de Commissie rekwirantes niet de mogelijkheid heeft ontnomen om tijdens de krachtens artikel 22 van de EU-concentratieverordening ingeleide procedure hun argumenten feitelijk en rechtens aan te voeren teneinde de uitkomst van deze procedure te beïnvloeden.

249. Om de hierboven uiteengezette redenen moet het tweede middel in hogere voorziening worden afgewezen.

178 Zie, met verdere verwijzingen, mijn conclusie in de zaak HSBC Holdings e.a./Commissie (C-883/19 P, EU:C:2022:384, punten 38-59).

179 Zie in dit verband punt 221 van het bestreden arrest.

180 Zie in dit verband punt 226 van het bestreden arrest.

181 Zie naar analogie de in punt 240 van het bestreden arrest aangehaalde rechtspraak van de Unierechter.

182 Het is met name moeilijk te begrijpen waarom de Commissie bijna *drie maanden* nadat zij een klacht over de fusie had ontvangen, contact heeft opgenomen met rekwirantes en hen vervolgens in kennis heeft gesteld van haar bezwaren, ondanks het feit dat de Commissie – gedurende die drie maanden – talrijke contacten heeft gehad met de klager, verschillende nationale mededingingsautoriteiten, autoriteiten van andere lidstaten en de Competition and Markets Authority van het Verenigd Koninkrijk.

C. Derde middel: vertrouwensbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel

250. Met hun derde middel in hogere voorziening – dat is gericht tegen de punten 254 tot en met 260 van het bestreden arrest – verwijten Illumina en Grail het Gerecht dat het het door Illumina in eerste aanleg opgeworpen derde middel, betreffende schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en het rechtszekerheidsbeginsel, heeft afgewezen. In deze passages heeft het Gerecht enkel de argumenten betreffende het gewettigd vertrouwen beoordeeld, aangezien de argumenten betreffende de rechtszekerheid niet voldoende waren uitgewerkt.

251. Wat het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen betreft, heeft het Gerecht geoordeeld dat de belangrijkste elementen waarop Illumina zich heeft gebaseerd, geen bewijs vormden voor „het bestaan van het vermeende beleid van de Commissie waarop [Illumina] zich baseert" en niet konden worden beschouwd als „nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen [van de Commissie] met betrekking tot de behandeling van de aan de orde zijnde concentratie".

1. Argumenten van partijen

252. Rekwirantes zijn van mening dat de motivering van het bestreden arrest op een aantal punten blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. In het bijzonder betogen zij dat het Gerecht i) het betoog van Illumina in eerste aanleg betreffende het gewettigd vertrouwen verkeerd heeft opgevat; ii) ten onrechte heeft geoordeeld dat er alleen sprake kon zijn van gewettigd vertrouwen indien de toezeggingen waarop dit vertrouwen was gebaseerd, specifiek betrekking hadden op de betrokken concentratie; iii) de betekenis van een toespraak van Margrethe Vestager, uitvoerend vicevoorzitter van de Commissie en commissaris voor Mededinging, die slechts enkele maanden vóór de verzending van de uitnodigingsbrief door de Commissie werd gehouden, onjuist heeft beoordeeld[183], en iv) niet is ingegaan op hun argumenten inzake schending van het rechtszekerheidsbeginsel.

253. De Commissie antwoordt dat het Gerecht op dit punt geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

2. Analyse

254. Hoewel ik sommige relevante passages van het bestreden arrest niet overtuigend vind, ben ik ook hier van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het derde middel van Illumina af te wijzen.

255. Om te beginnen is de stelling van rekwirantes dat het Gerecht de op gewettigd vertrouwen gebaseerde argumenten onjuist heeft opgevat, niet overtuigend. Rekwirantes stellen dat het argument van Illumina erin bestond dat de Commissie de verwachting had gewekt dat zij verwijzingsverzoeken voor fusies onder de nationale drempels niet zou *aanmoedigen*, terwijl het Gerecht heeft onderzocht of de Commissie dergelijke verwijzingen rechtmatig kon *aanvaarden*. Dit lijkt mij „muggenziften". Het is duidelijk dat deze twee aspecten elkaar aanvullen en moeilijk los van elkaar kunnen worden gezien.

[183] Toespraak getiteld „The Future of EU Merger Control", gehouden tijdens de 24e jaarlijkse conferentie inzake mededinging van de International Bar Association op 11 september 2020.

256. Het betoog van rekwirantes kwam er in wezen op neer dat zij de plotselinge beleidswijziging van de Commissie met betrekking tot de uitlegging van artikel 22 van de EU-concentratieverordening niet konden voorzien. Waar het in dit verband werkelijk om gaat, is of rekwirantes op grond van de van de Commissie ontvangen informatie op goede gronden konden aannemen dat hun fusie niet het voorwerp zou zijn van een verwijzing krachtens artikel 22 van de EU-concentratieverordening. In die context lijkt het mij niet van belang of de verwijzing in kwestie werd ingeleid door een of meer nationale mededingingsautoriteiten die op eigen initiatief handelden, dan wel door die autoriteiten nadat zij daartoe waren uitgenodigd door de Commissie.

257. Daarnaast ben ik ook niet overtuigd door de argumenten van rekwirantes waarin zij stellen dat het Gerecht heeft verzuimd om in te gaan op hun stellingen dat het rechtszekerheidsbeginsel is geschonden. Na hun opmerkingen in eerste aanleg te hebben onderzocht, moet ik mij aansluiten bij het Gerecht dat rekwirantes op dit punt geen enkel specifiek argument hebben aangevoerd. Zij hebben met andere woorden geen enkel argument aangevoerd dat kan worden onderscheiden van hun argumenten betreffende het gewettigd vertrouwen, die het Gerecht in het bestreden arrest uitdrukkelijk heeft behandeld.

258. Bovendien geloof ik niet dat in casu is voldaan aan alle voorwaarden waaronder een partij zich op het vertrouwensbeginsel kan beroepen.

259. Toegegeven, bepaalde passages van het bestreden arrest zijn mijns inziens onjuist. In punt 254 van dat arrest heeft het Gerecht verwezen naar rechtspraak volgens welke nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende inlichtingen van de overheid een gewettigd vertrouwen kunnen wekken, mits deze inlichtingen onder meer „in overeenstemming zijn met de toepasselijke voorschriften". Vervolgens heeft het Gerecht in punt 265 van dit arrest, onder verwijzing naar deze rechtspraak, toegevoegd dat „[a]angezien uit het eerste middel blijkt dat de [litigieuze] besluiten waren gebaseerd op een juiste uitlegging van de draagwijdte van dit artikel, verzoekster zich [...] [niet kan] beroepen op de herijking van de besluitvormingspraktijk van de Commissie".

260. Ik kan het op dit punt niet eens zijn met het Gerecht. De rechtspraak waarnaar het Gerecht verwijst (en die, voor zover ik kan overzien, in wezen uit zijn eigen arresten bestaat), kan logischerwijs niet betekenen dat personen zich alleen op gewettigd vertrouwen kunnen beroepen wanneer de door de overheid verstrekte toezeggingen in overeenstemming zijn met de toepasselijke regels. Indien de toezeggingen in overeenstemming zijn met het toepasselijke recht, hoeven de betrokken personen zich immers niet op de bescherming van het gewettigd vertrouwen te beroepen: hun positie zou naar behoren worden beschermd door de bepalingen waarnaar de overheid verwijst. De redenering achter het vertrouwensbeginsel is duidelijk de bescherming van personen die, buiten hun schuld, worden misleid door de uitlegging van het toepasselijke recht door de overheid.

261. Naar mijn mening kan deze rechtspraak alleen worden aanvaard indien zij aldus wordt opgevat dat personen zich niet op het vertrouwensbeginsel kunnen beroepen wanneer een redelijk omzichtig persoon zou beseffen dat de door de overheid verstrekte toezeggingen niet in overeenstemming zijn met de relevante voorschriften. Indien rekwirantes in de onderhavige zaak daadwerkelijk „nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen" van de Commissie hadden gekregen, had het feit dat deze instelling naderhand artikel 22 van de EU-concentratieverordening correct heeft toegepast, er derhalve niet aan in de weg kunnen staan dat deze ondernemingen zich op schending van het vertrouwensbeginsel zouden beroepen.

262. Ik ben het echter met het Gerecht eens dat dergelijke toezeggingen hoe dan ook niet kunnen worden afgeleid uit de toespraak van de commissaris waarnaar rekwirantes verwijzen. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, sluiten zowel het voorwerp van de toespraak (die „betrekking had op het algemene beleid van de Commissie inzake concentraties en [waarin] geen gewag werd gemaakt van de aan de orde zijnde concentratie”) [184] als de essentie en de teneur ervan (de verklaring dat „de Commissie [in het verleden] de praktijk [had] gehad om de nationale autoriteiten te ontmoedigen om concentraties waarvoor zij zelf niet bevoegd waren, naar [haar] door te verwijzen”) [185] uit dat een dergelijke toespraak kan worden geacht aanleiding te geven tot „nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende” toezeggingen in de zin van de rechtspraak van het Hof. [186]

263. Gelet op het voorgaande moet mijns inziens ook het derde middel in hogere voorziening worden afgewezen.

VI. Gevolgen van de beoordeling: uitkomst in de onderhavige zaak

264. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, tweede volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht, de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

265. Naar mijn mening is dat in de onderhavige procedure duidelijk het geval. Het Gerecht heeft artikel 22 van de EU-concentratieverordening onjuist uitgelegd en toegepast. Deze bepaling moet aldus worden uitgelegd dat zij de Commissie niet de bevoegdheid verleent om besluiten te nemen als die welke rekwirantes in het onderhavige geding aanvechten. Deze besluiten moeten derhalve nietig worden verklaard.

266. Het verzoek van de ACF en de kennisgevingsbrief van de Commissie kunnen echter niet nietig worden verklaard omdat i) eerstgenoemde handeling niet in eerste aanleg is aangevochten [187] (nog afgezien van het feit dat het geen handeling van een Unie-instelling is), en ii) de kennisgevingsbrief, hoewel aangevochten in eerste aanleg, door het Gerecht is aangemerkt als een handeling die niet kan worden aangevochten [188]. Rekwirantes hebben evenmin hogere voorziening ingesteld tegen de relevante passages van het bestreden arrest.

VII. Proceskosten

267. Overeenkomstig artikel 138, lid 1, en artikel 184, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van rekwirantes te worden verwezen in de kosten van de procedure.

268. Overeenkomstig artikel 140 en artikel 184, lid 1, van dat Reglement dragen de staten die in de procedure hebben geïntervenieerd, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Biocom hun eigen kosten.

184 Zie in dit verband punt 260 van het bestreden arrest.

185 Zie in dit verband punt 261 van het bestreden arrest.

186 Zie bijvoorbeeld arresten van 20 mei 2021, Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:402, punt 49), en 31 maart 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria (C-195/21, EU:C:2022:239, punt 65).

187 Zie in dit verband punt 62 van het bestreden arrest.

188 Zie in dit verband de punten 79 en 80 van het bestreden arrest.

VIII. Conclusie

269. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

– het arrest van het Gerecht van 13 juli 2022, Illumina/Commissie (T-227/21, EU:T:2022:447), te vernietigen;

– besluit C(2021) 2847 final van de Commissie van 19 april 2021, waarbij de Commissie het door de Autorité de la concurrence française ingediende verzoek heeft ingewilligd om de verwerving door Illumina, Inc. van exclusieve zeggenschap over Grail, Inc. te onderzoeken (zaak COMP/M.10188 – Illumina/Grail), besluiten C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final en C(2021) 2855 final van de Commissie van 19 april 2021, waarbij de Commissie de verzoeken van de Belgische, de Nederlandse, de Griekse, de IJslandse en de Noorse mededingingsautoriteiten om zich bij dit verwijzingsverzoek aan te sluiten heeft ingewilligd, en de brief van de Europese Commissie van 11 maart 2021 waarbij Illumina en Grail van dit verwijzingsverzoek in kennis zijn gesteld, nietig te verklaren;

– de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure, en

– de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Biocom California te verwijzen in hun eigen kosten.