

Mededinging

Het CK Telecoms-arrest: Gerecht blijkt ‘verkeerd verbonden’

Mr. J. Jurriëns en mr. F. Michael*

Het Hof van Justitie vernietigt het arrest van het Gerecht waarin de beschikking van de Commissie om de overname van O2 door Three te verbieden nietig werd verklaard. Het Hof van Justitie verwijst de zaak terug naar het Gerecht voor een nieuwe beoordeling. Dit artikel belicht de verschillen tussen de uitspraken van het Hof van Justitie en het Gerecht en bespreekt de implicaties van de bevestiging van de ruime discretionaire bevoegdheid van de Commissie in complexe fusiezaken. Hoewel dit de Commissie de beleidsruimte geeft, blijft de toepassing ervan in oligopolistische markten onzeker en zal het waarschijnlijk nieuwe controverses en beroepsprocedures met zich meebrengen, in het bijzonder in de telecomsector waar consolidatie een vereiste is om wereldwijde innovatie bij te kunnen blijven bijbenen.

HvJ 13 juli 2023, C-376/20, ECLI:EU:C:2023:561 (Europese Commissie/CK Telecoms).

Inleiding

Op 13 juli 2023 heeft het Hof van Justitie het arrest van het Gerecht in de zaak *CK Telecoms* in zijn geheel vernietigd vanwege ‘de omvang, de aard en de draagwijdte van de in het onderhavige arrest vastgestelde fouten van het Gerecht’.¹ Hiermee slaagde de Europese Commissie op alle zes gronden van haar beroep (gedeeltelijk of volledig) en heeft het Hof van Justitie grotendeels de ruime discretionaire bevoegdheid van de Commissie hersteld bij het beoordelen van fusies in geconcentreerde markten zonder dominante marktspeeler. De uitspraak van het Gerecht was direct aanleiding voor kritische literatuur.² Advocaat-generaal Kokott waar-

schuwde daarnaast voor het ‘van meet af aan onderschatten van de concurrentiekrachten die aanwezig zijn binnen een reeds geconcentreerde oligopolistische markt’ bij de interpretatie van het Gerecht voor bepaalde kernconcepten van de EU-Concentratiecontroleverordening (CoVo).³ Het Gerecht bracht aanzienlijke veranderingen in fusiecontrole teweeg, waaronder het verzwaren van de bewijslast voor de Commissie in complexe zaken en het stellen van een ‘standaard’-efficiëntieverbetering voor bij het uitvoeren van kwantitatieve analyses.⁴ Aan de andere kant werd het arrest tevens beschouwd als een potentieel keerpunt in de discretionaire bevoegdheid van de Commissie.⁵

CK Telecoms is de eerste zaak waarin het Hof van Justitie kon beoordelen wanneer transacties zonder machtspositie kunnen leiden tot een significante belemmering van daadwerkelijke mededinging (beter bekend onder het Engelstalige acroniem SIEC).⁶ Bij de herziening van de CoVo in 2004 stond de SIEC-toets centraal, terwijl de Commissie voorheen alleen transacties kon beoordelen die een individuele of collectieve machtspositie creëerden of versterkten.⁷ Om de beoordelingscriteria van concentraties door de Commissie te verduidelijken heeft de Commissie richtsnoeren voor de beoordeling van ho-

& Y.L. Bouzora, ‘CK Telecoms and the assessment of horizontal mergers in oligopolistic markets: does the more economic approach entail stricter judicial review? (T-399/16 *CK Telecoms*)’, *European Competition and Regulatory Law Review* 2021, nr. 5, p. 423-430.

3 Concl. A-G Kokott, C-376/20, ECLI:EU:C:2022:817 (*Europese Commissie/CK Telecoms*), punt 110.

4 Voor een samenvatting van deze punten, zie Gerecht 28 mei 2020, T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 (*CK Telecoms UK Investments/Europese Commissie*), punt 96, 106-119 en 278-279.

5 Zie bijv. E. Hye Kim, ‘Putting limits on judicial creativity: AG Kokott’s opinion in *Commission v CK Telecoms*’, *European Papers* 2023, nr. 1, p. 1-8; P. Ibáñez Colomo, ‘EU merger control between law and discretion: when is an impediment to effective competition significant?’, *World Competition* 2021, nr. 4, p. 347-372; T. Caspary & V. Bozhikov, ‘The judgment that defines a significant impediment to effective competition in oligopolistic merger cases’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, nr. 7, p. 363-366.

6 Art. 2 CoVo.

7 Art. 2 Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (98/C 66/02) (CoVo oud).

* Mr. J. (Jurriëns) Jurriëns is advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam. Mr. F. (Fiorri) Michael is advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam.

1 HvJ 13 juli 2023, C-376/20, ECLI:EU:C:2023:561 (*Europese Commissie/CK Telecoms*), punt 337.

2 Zie bijv. E. Deutscher, ‘Prometheus bound? The uncertain future of the unilateral effects analysis in EU merger control after *CK Telecoms*’, *Journal of Competition Law and Economics* 2022, nr. 2, p. 323-399; J. Lindeboom

horizontale concentraties (horizontale richtsnoeren) gepubliceerd die een ‘degelijk economisch kader’ zouden bieden voor de beoordeling van concentraties op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.⁸ Dit deel van de horizontale richtsnoeren is tot op heden niet herzien. Gebrek aan actualisatie betekent dat de richtsnoeren mogelijk niet langer aansluiten bij de hedendaagse economische realiteit en (schade)theorieën. Dit biedt vervolgens interpretatieruimte aan de Commissie en vervolgens de Europese rechterlijke instanties. Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat de Commissie dergelijke brede interpretatieruimte toekomt door te stellen dat een te hoge bewijsstandaard onwenselijk is, hetgeen indruiste tegen het oordeel van het Gerecht, dat zich verzette tegen deze ruime bevoegdheid van de Commissie.

Achtergrond en feiten

In 2016 heeft de Commissie haar besluit gepubliceerd om de voorgenomen overname van Telefónica Europe (O2) door Hutchison 3G UK Investments (Three), een dochteronderneming van CK Telecoms UK Investments LTD (CK Telecoms), te verbieden op de retailmarkt en de wholesalemarkt.⁹

Voorafgaand aan de voorgenomen overname waren er vier Mobile Network Operators (MNO's) die retaildiensten aanboden: BT/EE, O2, Vodafone en Three. Daarnaast waren er enkele mobiele virtuele netwerkoperatoren (MVNO's), zoals Tesco Mobile en Virgin Mobile, die geen eigen netwerk hadden en opereerden via toegangsovereenkomsten met MNO's. Doordat Three uitsluitende zeggenschap zou verwerven over O2, zou Three de grootste speler worden op de retailmarkt (met een aandeel van meer dan 40%) in het Verenigd Koninkrijk. Dit zou echter geen machtspositie creëren of versterken op deze markt, maar beweerdelijk resulteren in de uitschakeling van een belangrijke concurrent in een oligopolistische markt die zou leiden tot een SIEC.

Op de *upstream* retailmarkt waren BT/EE en Three enerzijds en Vodafone en O2 anderzijds overeenkomsten overeengekomen wat betreft het delen van netwerken (respectievelijk MBNL en Beacon genoemd), waardoor ze kosten konden delen terwijl ze bleven concurreren op de *downstream* retailmarkt. Door de aanwezigheid van de gefuseerde entiteit op beide netwerken, zou de concurrentiedynamiek die vóór voltooiing van de overname bestond, verloren gaan.

De Commissie identificeerde drie schadetheorieën, alle gebaseerd op niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt. Ten eerste zou de transactie leiden tot verminderde concurrentiedruk op de retailmarkt, wat resulteert in hogere prijzen en beperktere keuze

voor consumenten in het Verenigd Koninkrijk. Ten tweede zou het delen van netwerken negatief worden beïnvloed, wat de kwaliteit van diensten zou verminderen en de ontwikkeling van mobiele netwerkinfrastructuur zou belemmeren. Ten derde zou de transactie het aantal mobiele netwerkexploitanten verminderen van vier naar drie, wat resulteert in het wegvallen van Three als een belangrijke concurrent en een vermindering van de concurrentiedruk op de overblijvende spelers.

De door CK Telecoms aangevoerde efficiëntieverbeteringen werden door de Commissie als onvoldoende verifieerbaar beschouwd en niet specifiek gerelateerd aan de transactie. Three stelde beroep in bij het Gerecht, dat oordeelde dat geen van de drie schadetheorieën voldoende was bewezen en het besluit van de Commissie vernietigde. De Commissie heeft vervolgens hoger beroep ingesteld bij het Hof van Justitie.

De uitspraak van het Hof van Justitie

Bewijsstandaard

Volgens het Gerecht dient de Commissie voldoende bewijsmateriaal over te leggen om met ‘een grote mate van waarschijnlijkheid’ aan te tonen dat er na de concentratie significante belemmeringen bestaan.¹⁰ Bij complexe of onzekere schadetheorieën moet de Unierechter grondig onderzoek doen naar het bewijsmateriaal dat de Commissie aanlevert.¹¹ Het Gerecht achtte de bewijsstandaard die de Commissie aanvoerde namelijk ‘meer waarschijnlijk dan niet’ op basis van een ‘waarschijnlijkheidsafweging’, onvoldoende.

Het Hof van Justitie weerlegt het oordeel van het Gerecht aan de hand van drie argumenten. Ten eerste, onder verwijzing naar het arrest *Bertelsmann*, geeft het Hof van Justitie aan dat de CoVo geen verschillende maatstaven voor bewijs oplegt met betrekking tot beschikkingen waarbij een concentratie wordt goedgekeurd, dan wel waarbij een concentratie wordt verboden.¹² De Commissie hoeft geen hogere bewijsstandaard in acht te nemen voor verbodsbeschikkingen dan voor goedkeuringsbeschikkingen.¹³ Dit betekent dat de bewijsvoering, met inbegrip van de bewijsstandaard, niet verschilt naar gelang van het soort beschikking dat de Commissie neemt.¹⁴

Ten tweede is het Hof van Justitie het met het Gerecht eens dat beschikkingen van de Commissie over de verenigbaarheid van concentraties met de interne markt moeten worden ondersteund door een ‘voldoende overtuigend en samenhangend geheel van bewijsmiddelen’.¹⁵ Het Gerecht heeft juist geoordeeld dat bij de ana-

8 Considerans 28 CoVo en richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PbEU 2004, C 31/5).

9 Besluit Commissie 11 mei 2016, COMP/M.7612 (*Hutchison 3G UK/Telefónica UK*).

10 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 118.

11 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 111.

12 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 70.

13 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 73.

14 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 74.

15 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 75.

lyse van een concentratie van het ‘conglomeraat’-type, de kwaliteit van het bewijsmateriaal dat door de Commissie wordt overgelegd van ‘bijzonder belang’ is.¹⁶ Het Hof van Justitie oordeelt echter dat de specifieke eisen met betrekking tot de kwaliteit van het bewijsmateriaal en de inherente complexiteit van een schadetheorie in beginsel geen invloed heeft op de vereiste bewijsstandaard.¹⁷

Ten derde benadrukt het Hof van Justitie dat de CoVo een preventief toetsingssysteem voor concentraties invoert. Bij de uitoefening van deze ex-antetoetsing beschikt de Commissie over een beoordelingsmarge met betrekking tot economische kwesties voor de toepassing van de materiële regels van de CoVo, met name artikel 2, aangezien zij prospectieve economische analyses verricht om te beoordelen hoe waarschijnlijk bepaalde ontwikkelingen op een relevante markt zullen zijn. Deze prospectieve analyses zijn noodzakelijkerwijs onzekerder dan ex-postanalyses zoals in gevallen van artikel 101 en 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).¹⁸

Volgens het Hof van Justitie sluit het prospectieve karakter van de economische analyse die de Commissie moet uitvoeren echter uit dat de Commissie aan een bijzonder hoge bewijsstandaard moet voldoen om aan te tonen dat een concentratie de daadwerkelijke mededinging al dan niet op significante wijze zou belemmeren.¹⁹ Het Gerecht heeft daarom een bewijsstandaard gehanteerd die niet volgt uit de CoVo en daarmee blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.²⁰

Interpretatie van artikel 2 lid 3 CoVo

Het Gerecht oordeelde dat artikel 2 lid 3 CoVo²¹ in samenhang met considerans 25 van de CoVo gelezen moet worden, resulterend in twee cumulatieve vereisten: (1) het wegvallen van een belangrijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar hadden uitgeoefend en (2) het verminderen van de concurrentiedruk op de overblijvende concurrenten. Volgens het Gerecht is het loutere effect van de vermindering van de concurrentiedruk op de overblijvende concurrenten onvoldoende om een SIEC aan te tonen.²²

Het Hof van Justitie volgt het Gerecht hierin niet. Volgens het Hof van Justitie heeft het Gerecht artikel 2 lid 3 CoVo restrictief geïnterpreteerd en zou het betekenen dat het wegvallen van de belangrijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar hadden uitgeoefend en de eenzijdige prijsverhoging die daarvan het gevolg zou kunnen zijn, op zich nooit voldoende zijn om aan te tonen dat er sprake is van een SIEC.²³ Een dergelijke uit-

legging van artikel 2 lid 3 CoVo zou bovendien onvereenigbaar zijn met de doelstelling van de CoVo, namelijk het effectief controleren van alle concentraties die de concurrentie op de interne markt of een belangrijk deel ervan significant zouden belemmeren, inclusief concentraties die leiden tot niet-gecoördineerde effecten.²⁴

Belangrijke concurrentiekracht

Het Gerecht definieerde het concept van ‘belangrijke concurrentiekracht’ als de situatie waarin een onderneming zich van haar concurrenten onderscheidt door de invloed van haar prijsbeleid op de concurrentiedynamiek op de betrokken markt, en zij met name op het gebied van prijs bijzonder agressief moet concurreren en de andere marktdeelnemers moet dwingen om zich aan haar prijzen aan te passen.²⁵

Volgens het Hof van Justitie hanteerde het Gerecht een onjuiste definitie. Op grond van het effectiviteitsbeginsel oordeelt het Hof van Justitie dat de vereisten voor de kwalificatie van een onderneming als ‘belangrijke concurrentiekracht’ niet van dien aard mogen zijn dat zij de Commissie beletten concentraties onvereenigbaar met de interne markt te verklaren die significante niet-gecoördineerde effecten kunnen hebben en bijgevolg de daadwerkelijke mededinging op significante wijze kunnen schaden.²⁶ Anders zou de volle werking van de CoVo en met name de praktische werking van artikel 2 lid 2 en 3 CoVo, in twijfel kunnen worden getrokken.

Ten tweede, het feit dat een partij bij een concentratie op een oligopolistische markt zich niet van haar concurrenten onderscheidt door een ‘bijzonder agressief’ prijsbeleid, betekent niet dat een concentratie waarbij een dergelijke onderneming betrokken is, de concurrentiedynamiek niet in significante en nadelige mate zou kunnen wijzigen.²⁷ Anders dan het Gerecht zoekt het Hof van Justitie aansluiting bij punt 38 van de horizontale richtsnoeren waarin wordt bevestigd dat immers niet kan worden uitgesloten dat op een bepaalde oligopolistische markt een aantal ondernemingen als een ‘belangrijke concurrentiekracht’ kan worden aangemerkt.

Ten slotte is volgens het Hof van Justitie de prijs vaak niet de enige belangrijke parameter om de concurrentiedynamiek te beoordelen, met name op gedifferentieerde productmarkten waar kwaliteit en innovatie een sleutelrol kunnen spelen bij de positionering van de betrokken producten. Daarom zou een uitsluitend op prijs gerichte benadering om een onderneming als ‘belangrijke concurrentiekracht’ aan te merken, noodzakelijkerwijs onvolledig zijn.²⁸

Nabijheid van concurrentie

Het Gerecht oordeelde dat de Commissie in het geval van een oligopolistische markt waarop alle marktdeelnemers per definitie in meer of mindere mate nauw met elkaar verbonden zijn, niet moet aantonen dat deze par-

16 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 76.

17 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 77-78.

18 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 81.

19 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 86.

20 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 88.

21 Art. 2 lid 3 CoVo biedt de Commissie de bevoegdheid om onder bepaalde omstandigheden op oligopolistische markten concentraties te verbieden, zelfs als deze niet leiden tot het ontstaan of versterken van een machtspositie.

22 Gerecht, CK Telecoms UK Investments/Europese Commissie, punt 97.

23 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 112.

24 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 113.

25 Gerecht, CK Telecoms UK Investments/Europese Commissie, punt 170 en 216.

26 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 161.

27 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 163.

28 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 165-166.

tijen nauwe concurrenten zijn, maar veeleer dat zij ‘bijzonder nauwe’ concurrenten zijn.²⁹

Volgens het Hof van Justitie impliceert deze eis dat de producten van de partijen op een gedifferentieerde productmarkt in zeer hoge mate substitueerbaar zijn.³⁰ Een dergelijke mate van substitueerbaarheid is echter niet noodzakelijkerwijs vereist.³¹ Hoewel de nabijheid van concurrentie tussen de fuserende partijen een belangrijk bewijs vormt voor de beoordeling van de mogelijke uitschakeling van de belangrijke concurrentiedruk die tussen deze partijen bestaat, is de nabijheid volgens het Hof van Justitie slechts een van de factoren aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een fusie significante niet-gecoördineerde effecten kan hebben.³²

Kwantitatieve economische analyse en efficiëntieverbeteringen

De Commissie had de *Upward Pricing Pressure* (UPP)-analyse uitgevoerd die voorspelde dat de transactie zou kunnen leiden tot een prijsverhoging. Volgens het Gerecht dient de UPP-analyse slechts als indicator en volstaat het niet om aan te tonen dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd.³³ Het Gerecht oordeelde verder dat elke concentratie zal leiden tot efficiëntieverbeteringen, waarvan de mate ook zal afhangen van externe concurrentiedruk.³⁴ Het Gerecht wijst erop dat de Commissie deze ‘standaard’-efficiëntieverbeteringen niet in haar analyse heeft betrokken. Volgens het Gerecht verwacht de Commissie aldus twee soorten efficiëntieverbeteringen, namelijk die in de richtsnoeren horizontale fusies en die welke specifiek zijn voor elke concentratie.

Het Hof van Justitie volgt deze redenering niet. Noch de CoVo noch de richtsnoeren horizontale fusies verwijzen naar een categorie van ‘standaard’-efficiëntieverbeteringen en zij vestigen evenmin een vermoeden dat alle concentraties dergelijke efficiëntieverbeteringen opleveren. Het Hof van Justitie oordeelde dat de erkenning dat alle concentraties tot ‘standaard’-efficiëntieverbeteringen leiden, neerkomt op het creëren van een vermoeden, en dus op een omkering van de bewijslast, met betrekking tot een bepaalde categorie van efficiëntieverbeteringen, terwijl die last door de ondernemingen wordt gedragen.³⁵ Dit zou de doeltreffendheid van de concentratiecontrole verminderen en derhalve de nuttige werking van artikel 2 CoVo ter discussie stellen.³⁶

29 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 184.

30 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 188.

31 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 189. Zie ook punt 26, 28 t/m 30 van de horizontale richtsnoeren.

32 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 187.

33 Gerecht, CK Telecoms UK Investments/Europese Commissie, punt 268.

34 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 277.

35 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 243.

36 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 244.

Commentaar

Bewijsstandaard en de ruime beoordelingsvrijheid van de Commissie

Volgens vaste rechtspraak worden juridische en feitelijke kwesties volledig getoetst door de Unierechter behalve ‘complexe economische beoordelingen’.³⁷ De ‘feitelijke complexiteit’ zou alleen voor rechters geen excuus moeten zijn om ‘stil te zitten of oppervlakkig te blijven’.³⁸ De Unierechter mag tevens de juridische kwalificatie van economische gegevens door de Commissie wel toetsen.³⁹ Het Hof van Justitie overwoog in onderhavig arrest dat rechterlijke instanties van de Unie ‘niet alleen in het bijzonder nagaan of de gegevens waarop zij zich baseren feitelijk juist, betrouwbaar en samenhangend zijn, maar ook of deze gegevens alle gegevens bevatten waarmee bij de beoordeling van een complexe situatie rekening moet worden gehouden en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen staven’.⁴⁰

Over de vraag in hoeverre die conclusies vervolgens daadwerkelijk gestaafd kunnen worden met de aangevoerde gegevens, verschillen het Gerecht en het Hof van Justitie van mening. Gezien de prospectieve aard van concentratiecontrole en in afwezigheid van een glazen bol voor de Commissie, mag van de Commissie gevraagd worden met ‘ernstige waarschijnlijkheid’ een SIEC aan te tonen, en heeft een ‘waarschijnlijker dan niet’-benadering een te licht karakter voor de beoordeling van complexe fusiezaken met meerdere schadetheorieën op basis van ongecoördineerde effecten. Zeker in oligopolistische markten, zoals in onderhavige zaak, verschaft dit de Commissie een aanzienlijke discretionaire macht, neigend naar de in de publieke opinie genoemde maar door advocaat-generaal Kokott ontkende *carte blanche*.⁴¹ Dat dit overigens een mogelijke asymmetrie in bewijsstandaard tussen een goedkeuring en verbod met zich meebrengt, en dus een presumptie dat een concentratie compatibel is met de interne markt, is, hoewel niet specifiek zo opgenomen in de CoVo, geen onlogische uitgangspositie. Dat de absolute meerderheid van de concentratiebeschikkingen verkort wordt afgedaan staat aan de basis van deze presumptie.

Het Hof van Justitie stelt tevens dat horizontale fusies in oligopolistische markten onderworpen zullen blijven

37 HvJ 15 februari 2005, C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87 (*European Communities/Tetra Laval*), punt 39.

38 Concl. A-G Emiliou 27 oktober 2022, C-389/21 P, ECLI:EU:C:2022:844 (*European Central Bank/Crédit Lyonnais*), punt 49 en 50.

39 Het Hof van Justitie oordeelde dat de Unierechter ‘niet alleen in het bijzonder moet nagaan of de gegevens waarop zij zich baseren feitelijk juist, betrouwbaar en samenhangend zijn, maar ook of deze gegevens alle gegevens bevatten waarmee bij de beoordeling van een complexe situatie rekening moet worden gehouden en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen staven’, punt 76. Zie ook Gerecht 6 juli 2010, T-342/07, ECLI:EU:T:2010:280 (*Ryanair Holdings plc/Commissie*) voor een overzichtelijke samenvatting van de beoordelingsmarge van de Commissie, punt 30.

40 Europese Commissie/CK Telecoms, punt 125. Zie ook Gerecht, *Ryanair Holdings plc/Commissie* voor een samenvatting van de beoordelingsmarge van de Commissie, punt 30. Zie ook concl. A-G Emiliou in *European Central Bank/Crédit Lyonnais*, punt 49 en 50.

41 Zie o.a. Ibáñez Colomo 2021, p. 66: ‘There is, as a result of this reality, a risk of intervention where it would not have been justified.’

aan de algemene test of ze aanleiding geven tot een SIEC: ongeacht hoe de belemmering ontstaat en dus niet beperkt is tot het nagaan of de belemmering voornamelijk het gevolg is van de uitschakeling van de concurrentie tussen de fusierende partijen of van de impact op de mededinging van de andere overblijvende ondernemingen.⁴² Het Hof van Justitie impliceert hiermee dat de beoordeling van concentraties in oligopolistische markten, en de interpretatie van de daarmee samenhangende begrippen, niet noodzakelijk anders hoeft te zijn dan voor concentraties die een machtspositie creëren of versterken, terwijl in oligopolistische markten concentraties al bijna automatisch aan de door de Commissie toegepaste begrippen voldoen. De beoordeling of een fusie aanleiding geeft tot een SIEC blijft echter een kwestie van de beoordeling van alle feiten en omstandigheden.

Hoewel het oordeel van het Hof van Justitie deels te verwachten was, met name gezien de tegenstrijdigheden tussen het arrest van het Gerecht en eerdere jurisprudentie,⁴³ is het toch opmerkelijk. Het Gerecht poogde grenzen te trekken vanwege een bezorgdheid over de discretionaire bevoegdheid van de Commissie om concentraties op oligopolistische markten te verbieden. Volgens het Gerecht zou een SIEC niet slechts kunnen worden vastgesteld door het simpele feit dat het aantal spelers op de markt vermindert. Feit is dat in oligopolistische markten, in tegenstelling tot gediversifieerde markten met duidelijk dominante spelers, andere concurrentiedynamieken spelen.

Het oordeel van het Hof van Justitie dat het toezicht op fusies op deze markten op dezelfde manier kan worden benaderd als fusies die dominante posities creëren, gaat voorbij aan de dynamiek die daarbij speelt.

Interpretatie van considerans 25 van de CoVo

De vraag was of de Commissie kon ingrijpen op basis van het wegvallen van de concurrentie tussen de fusierende partijen, of dat het ook noodzakelijk is om te kijken naar de mededingingseffecten van de transactie op de rest van de markt. Volgens het Hof van Justitie kan het voegwoord ‘en’ in de derde zin van considerans 25 van de CoVo niet zo worden uitgelegd dat de twee situaties cumulatieve voorwaarden zijn. Zo staat opgenomen dat ‘(...) het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fusierende partijen van tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden, en met een verlaging van de concurrentiedruk voor de overige concurrenten, evenwel tot gevolg hebben dat daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd, zelfs wanneer coördi-

natie tussen leden van de oligopolie onwaarschijnlijk is’.⁴⁴

Daarnaast heeft een considerans geen bindende rechtskracht en kan deze niet worden ingeroepen als grond om af te wijken van de feitelijke bepalingen van het betrokken besluit of om die bepalingen uit te leggen op een wijze die in strijd is met de bewoordingen ervan.⁴⁵ Het Hof van Justitie oordeelt derhalve dat uitschakeling van de mededinging tussen de fusierende partijen voldoende is.⁴⁶

Advocaat-generaal Kokott voegde hieraan toe dat het belangrijk is om ook de tweede voorwaarde te vereisen, omdat de concurrentiedruk voor de overige concurrenten na een concentratie een ‘integraal onderdeel’ vormt van elke analyse met het oog op de toepassing van de Europese mededingingsregels.⁴⁷ Aangezien als gevolg van een fusie per definitie de remmingen die de fusierende partijen van tevoren op elkaar uitoefenden wegvallen, heeft advocaat-generaal Kokott hier een valide punt voor een juiste beoordeling van een concentratie op een oligopolistische markt. Deze discussie toont daarmee tevens aan hoe kleine nuances in de formulering van wetteksten gevolgen kunnen hebben voor de toepassing ervan.

Belangrijke concurrentiekracht

Het is voor velen begrijpelijk dat het Hof van Justitie oordeelt dat de rol als belangrijke concurrentiefactor niet beperkt is tot de prijs sfeer, maar ook betrekking kan hebben op andere concurrentieparameters, zoals kwaliteit of innovatie.⁴⁸ Tegelijkertijd draait echter het traditionele beoordelingssysteem van concurrentiekracht primair om financiële parameters, voornamelijk omzet en prijs, en vormt dit voor de Commissie het startpunt van elke concentratiebeoordeling. Door deze bredere kijk op concurrentieparameters toe te passen, biedt het Hof van Justitie een holistischer benadering van concurrentiekracht. Dit leidt tot de zorg dat het Hof van Justitie hiermee de Commissie nog meer discretie geeft bij het beoordelen van concentraties, hetgeen mogelijk enige subjectiviteit en interpretatie in het fusieproces tot gevolg heeft – juist in gevoelige markten zoals de telecomsector. Het is belangrijk dat deze criteria niet als een excuus worden gebruikt om consolidatie te verbieden zonder solide bewijs en analyse.

Eliminatie van nauwe concurrentie

Het standpunt van het Hof van Justitie dat de Commissie niet hoeft aan te tonen dat rivalen ‘bijzonder nauw’ met elkaar verbonden zijn,⁴⁹ heeft belangrijke implicaties voor de beoordeling van fusies in oligopolistische markten. Het Hof van Justitie illustreert zijn argument aan de hand van een voorbeeld waarin zelfs een lage substitueerbaarheid tussen de producten van de fuse-

42 A-G Kokott heeft echter het idee verworpen dat de interpretatie van de SIEC-toets door de Commissie in haar beschikking haar als gevolg *de facto* discretionaire bevoegdheid zou geven met betrekking tot horizontale fusies. Zij stelt in dit verband dat niet is aangetoond dat de Commissie ‘systematisch alle horizontale fusies zou verbieden’ indien haar benadering werd goedgekeurd, zie punt 63 en 111.

43 Gerecht 11 december 2023, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635 (*Cisco Systems en Messagenet/Commissie*), punt 46-47. Voor discussie zie A. Kalinitiri, *Evidence standards in EU competition enforcement. The EU approach*, Oxford/New York: Hart Publishing 2019, p. 60-69.

44 Cursivering door auteurs.

45 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 105.

46 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 101.

47 Concl. A-G Kokott, *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 75.

48 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 165.

49 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 191-192.

rende partijen en die van andere bedrijven kan leiden tot een verhoging van de prijzen na de fusie.⁵⁰ Deze redenering suggereert dat zelfs een relatief lage mate van concurrentie tussen de fuserende partijen de mogelijkheid van schadelijke gevolgen voor de concurrentie niet uitsluit.

Het idee van ‘bijzonder nauwe concurrentie’ dat door het Gerecht werd geïntroduceerd, leek een stap in de goede richting van een gedifferentieerdere benadering van fusies in oligopolistische markten. Door te erkennen dat niet alle concurrenten in dergelijke markten op dezelfde manier met elkaar concurreren, probeerde het Gerecht een kader te bieden waarin fusies op basis van hun specifieke impact op de concurrentieverhoudingen kunnen worden beoordeeld. Dit impliceerde dat niet elke fusie automatisch een negatieve invloed heeft op de concurrentie, maar dat dit afhangt van de aard van de markt en de posities van de betrokken partijen.

De terugdraaiing van deze benadering door het Hof van Justitie roept echter vragen op over de consistentie en proportionaliteit van de beoordeling. Door te stellen dat de Commissie niet hoeft aan te tonen dat rivalen ‘bijzonder nauw’ met elkaar verbonden zijn, lijkt het Hof van Justitie te suggereren dat fusies tussen elke set van concurrenten op een oligopolistische markt schadelijk zijn, ongeacht de specifieke dynamiek van de markt. Dit kan leiden tot een situatie waarin fusies onnodig worden tegengehouden, zelfs als ze geen significante gevolgen voor de mededinging hebben. Hoewel het concept van ‘bijzonder nauwe concurrentie’ (nog) niet wordt ondersteund door de horizontale richtsnoeren en de CoVo, zoals betoogd door advocaat-generaal Kokott,⁵¹ bood het wel een potentieel nieuw raamwerk en benadrukte het de noodzaak voor de Commissie om deze schadetheorie te specificeren. Helaas was het Hof van Justitie hiervoor niet bereikbaar.

Efficiëntiekrediet

Zowel het Hof van Justitie als het Gerecht is het erover eens dat bewezen efficiëntieverbeteringen moeten worden erkend. Het Hof van Justitie volgt echter de benadering van de CoVo en de horizontale richtsnoeren, terwijl het Gerecht openstond voor economische inzichten. Het Hof van Justitie was dan ook niet overtuigd van het oordeel van het Gerecht dat de Commissie verplicht is ‘standaard’-efficiëntieverbeteringen te betrekken in haar analyse. Volgens het Hof van Justitie zou het volgen van het Gerecht de bewijslast met betrekking tot een bepaalde categorie efficiëntieverbeteringen omkeren en dit zou het risico met zich meebrengen dat concentratiecontrole ondoeltreffend wordt.

Anders dan het Hof van Justitie beweert, zou het incalculeren van standaardefficiëntieverbeteringen (en de mogelijk beperkte omkering van de daaraan gerelateerde bewijslast) niet moeten leiden tot het risico dat concentratiecontrole ondoeltreffend wordt. Integendeel, hoewel het huidige recht de mogelijkheid voor een stan-

daardefficiëntiekrediet nog niet biedt, bevestigt advocaat-generaal Kokott wel in haar conclusie dat, binnen haar discretionaire bevoegdheid, het ‘hoogstens de taak van de Commissie [is] om (...) na te gaan of het nodig is een dergelijke [efficiëntieverbeteringen]analyse op eigen initiatief te verrichten’.⁵² Het argument van advocaat-generaal Kokott verdient opmerking, ook omdat in economische literatuur die een efficiëntiekrediet in de UPP-toets ondersteunt, ervan uit wordt gegaan dat fusies bepaalde kostenbesparingen kunnen opleveren, waardoor de marginale kosten van productie dalen.⁵³ Daarentegen zal het incalculeren van standaardefficiëntieverbeteringen ook een bepaalde inflatie met zich meebrengen. Het risico bestaat namelijk dat door de invoering van efficiëntiekredieten de Commissie de drempels voor dominantie zal verlagen.⁵⁴ Daarmee zal er onderaan de streep *netto* alsnog niets veranderd zijn in de beoordelingspraktijk van de Commissie.

Gevolgen voor de transactiepraktijk

Het belang van dit arrest reikt verder dan de specifieke omstandigheden en de telecommunicatiesector waarop de beschikking van de Commissie betrekking heeft:⁵⁵ het herstelt de wijde discretionaire bevoegdheid van de Commissie bij de beoordeling van concentraties. Het arrest zal gevolgen hebben voor de beoordeling van fusies in de telecomsector in de Europese Unie, welke fusies de Commissie stelselmatig naar zich toe heeft getrokken ondanks de nationale reikwijdte van deze markten in het algemeen en verwijzingsverzoeken van nationale mededingingsautoriteiten.

Dat terwijl er juist in de telecommunicatiesector een consolidatiegolf nodig is om investeringen in innovatie en technologische veranderingen te kunnen bijbenen, zoals glasvezel, 5G, netwerkoptimalisatie, maar ook bijvoorbeeld de vooruitgang op het gebied van halfgeleiders.⁵⁶ Thierry Breton, Eurocommissaris voor Interne Markt, gaf vorig jaar al aanwijzingen dat de neiging van Europese beleidsmakers om fusies van mobielelecom-

52 Concl. A-G Kokott, *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 155.

53 Zie P. Déchamps & M. de Valois Turk, ‘Mixed signals? Where does the Hutchison judgment leave economic analysis of non-coordinated effects?’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2020, nr. 9 (Economist’s Note), p. 535-536.

54 Voor discussie over mogelijke herziening van de horizontale richtsnoeren in de mobieleletelecommunicatiesector, zie G. Monti, ‘Horizontal mergers. Refining the Commission’s assessment standards’, TILEC Discussion Paper juli 2023, punt 5.2 en 5.3.

55 Verklaring van Margrethe Vestager over het arrest van het Hof van Justitie inzake het verbod op de fusie tussen Hutchison en O2 UK (13 juli 2023). Beschikbaar via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_3852.

56 Het Europese fusiebeleid heeft vaak lage prijzen gehandhaafd boven dynamische voordelen in de vorm van meer investeringen. Dit heeft investeringen afgeremd op een moment dat de digitale interne markt een beleidsprioriteit is in Europa. Voor een uitgebreide studie hierover zie: Centre on Regulation in Europe, *Evaluating market consolidation in mobile communications*, <https://cerre.eu>, 15 september 2015.

50 *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 189.

51 Concl. A-G Kokott, *Europese Commissie/CK Telecoms*, punt 123.

bedrijven te ontmoedigen het vermogen van de sector om te investeren in breedbandinfrastructuur frustreert.⁵⁷ De Europese Unie worstelt met een ‘*investment gap*’ die wordt geschat op € 174 miljard,⁵⁸ waarmee zij op dit gebied (verder) achterop raakt bij de Verenigde Staten en Azië waar de voordelen van consolidatie in de telecomsector wel worden erkend.⁵⁹

De Commissie erkent ook wel deze noodzaak van investeringen maar stelt in een recente White Paper dat grensoverschrijdende elektronischecommunicatienetwerken, en eventueel daaropvolgende Europese consolidatie, innovatie kunnen vergemakkelijken zonder *downstream* concurrentie in gevaar te brengen.⁶⁰ Het blijft dus vasthouden aan de introductie van een vierde operator als enige remedie om de concurrentie in de telecomsector te garanderen dan wel te verbeteren.⁶¹ Aangezien onder andere nationale wetgeving hieraan (nog) in de weg staat, zal de Commissie, of een nationale mededingingsautoriteit indien deze een keer de kans krijgt, tot die tijd moeten balanceren tussen het waarborgen van prijs en kwaliteit voor consumenten enerzijds en de mogelijkheid voor de vereiste investeringen anderzijds. Daar heeft de Commissie nu weer de volledige discretionaire bevoegdheid voor.

Conclusie

Het arrest werpt niet alleen licht op de complexiteit omtrent de SIEC-toets en de interpretatie van de daarmee samenhangende definities bij een concentratie op een oligopolistische markt, maar benadrukt ook een fundamentele verdeeldheid hieromtrent tussen rechterlijke instanties binnen de Europese Unie. Waar het Gerecht met een frisse en kritische blik naar de discretionaire bevoegdheid van de Commissie en de beoordeling van concentraties op een oligopolistische markt keek – de telecommarkt in het bijzonder, waar consolidatie zo nodig is voor innovatie – bevestigde het Hof van Justitie de bestaande principes en rechtspraak en was het niet ontvankelijk voor deze innovatievere aanpak.

Het Hof van Justitie heeft de zaak terugverwezen naar het Gerecht, dat bevoegd is om de feiten van de zaak opnieuw in overweging te nemen. Het is nog niet duidelijk of het Gerecht tot een andere conclusie zal komen dan voorheen, maar gezien de uitgebreide kritiek van het Hof van Justitie op het arrest van het Gerecht lijkt de kans daarop groot. Daarmee blijkt het Gerecht verkeerd verbonden te zijn geweest.

57 Thierry Breton publiceerde in oktober 2023 een artikel op LinkedIn met de titel ‘A “Digital Networks Act” to redefine the DNA of our telecoms regulation’, www.linkedin.com/pulse/digital-networks-act-redefine-dna-our-telecoms-thierry-breton/.

58 Europese Commissie, ‘Investment and funding needs for the Digital Decade connectivity targets’, <https://digital-strategy.ec.europa.eu>.

59 S&P Global Market Intelligence, ‘Asia-Pacific telcos consolidate to compete with market leaders’, www.spglobal.com.

60 Europese Commissie, White Paper ‘How to master Europe’s digital infrastructure needs?’, Brussel 21 februari 2024, COM(2024)81 final, punt 2.3.1.

61 Zie meest recent COMP M.10896, ORANGE/MASMOVIL/JV.