



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

16. marts 2023*

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser – forordning (EF) nr. 139/2004 – artikel 21, stk. 1 – udelukkende anvendelse af denne forordning på transaktioner, der er omfattet af begrebet »fusion« – rækkevidde – fusion, som ikke har fællesskabsdimension, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i en medlemsstats lovgivning, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Europa-Kommissionen – denne medlemsstats konkurrencemyndigheders kontrol af en sådan transaktion i lyset af artikel 102 TEUF – lovlighed«

I sag C-449/21,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig) ved afgørelse af 1. juli 2021, indgået til Domstolen den 21. juli 2021, i sagen

Towercast SASU

mod

Autorité de la concurrence,

Ministre chargé de l'économie,

procesdeltagere:

Tivana Topco SA,

Tivana Midco SARL,

TDF Infrastructure Holding SAS,

TDF Infrastructure SAS,

Tivana France Holdings SAS,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling),

* Processprog: fransk.

sammensat af afdelingsformanden, A. Prechal, og dommerne M.L. Arastey Sahún, F. Biltgen, N. Wahl (refererende dommer) og J. Passer,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. juli 2022,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Towercast SASU ved avocats P. Mèle og D. Théophile,
- Autorité de la concurrence ved E. Combe og J. Neto, som befuldmægtigede, bistået af avocat Y. Anselin,
- Tivana Midco SARL og Tivana Topco SA ved avocates S. Hamon og M.-C. Rameau,
- Tivana France Holdings SAS, TDF Infrastructure SAS og TDF Infrastructure Holding SAS ved avocats H. Calvet, Y. Chevalier, A. Helfer, F. Salat-Baroux og Y. Trifounovitch,
- den franske regering ved G. Bain, A.-L. Desjonquères og P. Dodeller, som befuldmægtigede,
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Aiello,
- den nederlandske regering ved M.K. Bulterman, P. Huurnink og C.S. Schillemans, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen ved T. Baumé, P. Berghe og F. Castillo de la Torre, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 13. oktober 2022,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 21, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 24, s. 1).
- 2 Denne anmodning er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Towercast SASU og på den anden side Autorité de la concurrence (den franske konkurrencemyndighed) og ministre chargé de l'économie (økonomiministeren, Frankrig) vedrørende en afgørelse om afslag på Towercasts klage over misbrug af dominerende stilling.

Retsforskrifter

EU-retten

Forordning (EF) nr. 4064/89

- 3 Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1989, L 395, s. 1, berigtiget i EFT 1990, L 257, s. 13) trådte i kraft den 21. september 1990. Følgende fremgik af sjette til ottende betragtning til denne forordning:
- »(6) [EØF-traktatens] artikel 85 og 86 er, selv om de efter Domstolens retspraksis finder anvendelse på visse fusioner, ikke tilstrækkelige til at kontrollere alle de transaktioner, der vil kunne vise sig at være uforenelige med den ordening uden konkurrenceforvridning, som traktaten tilsigter.
 - (7) [D]er skal derfor skabes nye retlige rammer i form af en forordning, der muliggør en effektiv kontrol med alle fusioner på baggrund af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i [Det Europæiske Økonomiske Fællesskab], og som skal være den eneste forordning, der finder anvendelse på sådanne fusioner.
 - (8) [D]enne forordning bør derfor ikke alene baseres på [EØF-traktatens] artikel 87, men især på dens artikel 235, i henhold til hvilken Fællesskabet kan tillægge sig selv de yderligere beføjelser, der måtte være nødvendige for at virkeliggøre dets mål; forordningen bør også gælde for fusioner på markederne for de landbrugsprodukter, der er anført i [EØF-traktatens] bilag II.«
- 4 Den nævnte forordnings artikel 22 bestemte:
- »1. Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3.
 - 2. [Rådets f]orordning nr. 17 [af 6. februar 1962]: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [EØF-]traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, I, s. 81)], (EØF) nr. 1017/68 [af 19. juli 1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295)], (EØF) nr. 4056/86 [af 22. december 1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af [EØF-]traktatens artikel 85 og 86 på søtransport (EFT 1986, L 378, s. 4)] og (EØF) nr. 3975/87 [af 14. december 1987 om fastsættelse af fremgangsmåden ved anvendelse af konkurrencereglerne på virksomheder i luftfartssektoren (EFT 1987, L 374, s. 1)] finder ikke anvendelse på fusioner efter artikel 3.
 - 3. Hvis [Europa-]Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat fastslår, at en fusion efter artikel 3, som er uden fællesskabsdimension i henhold til artikel 1, skaber eller styrker en dominerende stilling, således at den faktiske konkurrence bliver hæmmet betydeligt på denne medlemsstats område, kan den, for så vidt sammenslutningen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, vedtage de i artikel 8, stk. 2, andet afsnit, samt stk. 3 og 4, omhandlede beslutninger.
- [...]

5. Kommissionen træffer kun de foranstaltninger efter stk. 3, som er strengt nødvendige for at sikre eller genoprette en effektiv konkurrence i den medlemsstat, på hvis anmodning den har grebet ind.

[...]«

Forordning nr. 139/2004

5 Med forbehold for overgangsbestemmelserne i artikel 26, stk. 2, ophævede og erstattede forordning nr. 139/2004 med virkning fra den 1. maj 2004 forordning nr. 4064/89.

6 2., 5.-9., 20. og 24. betragtning til forordning nr. 139/2004 har følgende ordlyd:

»(2) For at virkeliggøre målene i [EF-]traktaten skal [Det Europæiske Fællesskab] i henhold til artikel 3, stk. 1, litra g), gennemføre en ordning, der sikrer, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes. [...]

[...]

(5) Det bør [...] sikres, at strukturændringerne ikke på længere sigt skader konkurrencen. Fællesskabsretten bør derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf betydeligt.

(6) Der er derfor behov for en særlig retsakt, der kan muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner. Forordning [...] nr. 4064/89 har gjort det muligt at udvikle en fællesskabspolitik på dette område. På baggrund af de hidtidige erfaringer bør denne forordning imidlertid nu omarbejdes til et sæt regler, der kan imødegå de udfordringer, som et mere integreret marked og den fremtidige udvidelse af Den Europæiske Union indebærer. I overensstemmelse med nærheds- og proportionalitetsprincipperne i [artikel 5 EF] indeholder denne forordning kun det mindstemål af bestemmelser, der er nødvendige for at nå målet, som er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence.

(7) Artikel 81 [EF] og 82 [EF] er ikke tilstrækkelige til at kontrollere alle de transaktioner, der kan vise sig at være uforenelige med den i [EF-]traktaten omhandlede ordning med ufordrejet konkurrence. Denne forordning bør derfor ikke alene baseres på [artikel 83 EF], men i særdeleshed også på artikel 308 [EF], som åbner mulighed for, at Fællesskabet tillægges de yderligere beføjelser, der er nødvendige for, at det kan virkeliggøre sine mål, og også beføjelser med hensyn til fusioner på markederne for landbrugsprodukter opført i bilag I til [EF-]traktaten.

(8) De bestemmelser, der skal fastsættes i denne forordning, bør gælde for væsentlige strukturændringer, hvis virkninger for markedet går ud over en enkelt medlemsstats grænser. Sådanne fusioner bør som hovedregel udelukkende behandles på fællesskabsplan, inden for rammerne af et system med kun én kontrolinstans og i overensstemmelse med nærhedsprincippet. [...]

(9) Denne forordnings anvendelsesområde bør defineres på grundlag af den geografiske udstrækning af de berørte virksomheders aktiviteter og afgrænses ved kvantitative tærskelværdier, således at forordningen kommer til at omfatte fusioner af fællesskabsdimension. [...]

[...]

(20) Det er hensigtsmæssigt at definere fusionsbegrebet på en sådan måde, at det omfatter transaktioner, der medfører en varig ændring i de deltagende virksomheders kontrolforhold og dermed i markedets strukturer. Denne forordnings anvendelsesområde bør derfor omfatte alle joint ventures, der på et varigt grundlag varetager en selvstændig erhvervsvirksomheds samtlige funktioner. Endvidere bør transaktioner, der er nært knyttet til hinanden, fordi de er sammenkædet ved en betingelse eller har form af en serie værdipapirhandeler, som finder sted inden for en rimelig kort periode, behandles som én og samme fusion.

[...]

(24) For at sikre en ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet og for at fremme en politik, der er i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, bør denne forordning muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres virkninger for konkurrencen i Fællesskabet. Derfor fastslog forordning [...] nr. 4064/89 princippet om, at en fusion med fællesskabsdimension, som skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt i fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, bør erklæres uforenelig med fællesmarkedet.«

7 Artikel 1 i forordning nr. 139/2004 fastsætter forordningens anvendelsesområde således:

»1. Denne forordning finder anvendelse på alle fusioner med fællesskabsdimension som defineret i denne artikel, jf. dog artikel 4, stk. 5, og artikel 22.

2. En fusion har fællesskabsdimension, når

a) alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning på verdensplan, der overstiger 5 mia. EUR og

b) mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. EUR

medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.

3. En fusion, der ikke når op over de i stk. 2 fastsatte tærskler, har fællesskabsdimension, når

a) alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning på verdensplan, der overstiger 2,5 mia. EUR

b) alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning i hver af mindst tre medlemsstater, der overstiger 100 mio. EUR

- c) mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet omsætning i hver af mindst tre medlemsstater som omhandlet i litra b), der overstiger 25 mio. EUR, og
- d) mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet omsætning i Fællesskabet, der overstiger 100 mio. EUR

medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.

[...]«

8 I denne forordnings artikel 3 defineres begrebet »fusion« med følgende ordlyd:

»1. Der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på,

- a) at to eller flere hidtil uafhængige virksomheder eller dele af hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller
- b) at en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

2. Kontrol over en virksomhed opnås gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift, særlig ved:

- a) ejendoms- eller brugsret til virksomhedens samlede aktiver eller dele deraf
- b) rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af virksomhedens organer, deres rådslagninger og afstemninger eller beslutninger.

3. Kontrol over en virksomhed opnås af personer eller virksomheder, der

- a) er indehaver(e) af sådanne rettigheder eller berettiget ifølge sådanne aftaler, eller
- b) uden at være indehavere af sådanne rettigheder eller berettiget ifølge sådanne aftaler dog kan udøve de deraf flydende rettigheder.

[...]«

9 Artikel 21 med overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion« bestemmer:

»1. Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, og Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003, L 1, s. 1)], [...] nr. 1017/68 [...], [...] nr. 4056/86 [...] og [...] nr. 3975/87 [...] finder ikke anvendelse undtagen på joint ventures uden fællesskabsdimension, hvis oprettelse har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd.

2. Med forbehold af Domstolens prøvelsesret har alene Kommissionen beføjelse til at vedtage de i denne forordning omhandlede beslutninger.

3. Medlemsstaterne anvender ikke deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension.

[...]«

- 10 Artikel 22, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 med overskriften »Henvisning til Kommissionen« fastsætter:

»1. En eller flere medlemsstater kan anmode Kommissionen om at behandle enhver fusion som defineret i artikel 3, der ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i artikel 1, men som påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og hvor der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den medlemsstat eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen.

En sådan anmodning fremsættes senest 15 arbejdsdage efter den dato, hvor fusionen blev anmeldt, eller, hvis den ikke er anmeldelsespligtig, efter den dato, hvor den pågældende medlemsstat på anden vis blev gjort bekendt med den.«

Forordning nr. 1/2003

- 11 Artikel 3 i forordning nr. 1/2003 med overskriften »Forholdet mellem [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] og medlemsstaternes konkurrenceret« bestemmer følgende:

»1. [...] Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på misbrug, der er forbudt i henhold til [...] artikel [102 TEUF], skal de også anvende [...] artikel [102 TEUF].

2. [...] Medlemsstaterne er ikke efter denne forordning afskåret fra at vedtage en mere restriktiv national lovgivning, der forbyder eller sanktionerer ensidig adfærd fra virksomheders side, og at anvende den på deres område.

3. Med forbehold af de almindelige principper og andre bestemmelser i [EU-retten] finder stk. 1 og 2 ikke anvendelse, når konkurrencemyndigheder og domstole i medlemsstaterne anvender national fusionskontrollovgivning [...]«

- 12 Denne forordnings artikel 5, stk. 1, bestemmer, at »[m]edlemsstaternes konkurrencemyndigheder er beføjede til at anvende [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] i konkrete sager«, og at de i denne forbindelse kan vedtage afgørelser om i) at påbyde, at en overtrædelse skal bringes til ophør, ii) at træffe foreløbige forholdsregler, iii) at acceptere tilsagn og iv) at pålægge bøder, tvangsbøder eller andre former for sanktioner, der er fastsat i deres nationale ret.

Fransk ret

- 13 Artikel L. 420-2 i code de commerce (handelsloven) har følgende ordlyd:

»En virksomheds eller koncerns misbrug af dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del af dette er forbudt under de betingelser, der fremgår af artikel L. 420-1. Misbrug kan navnlig bestå i salgsnægtelse, kombinationssalg eller diskriminerende salgsbetingelser samt i afbrydelse af etablerede forretningsforbindelser, der alene skyldes, at handelspartneren afslår at acceptere urimelige forretningsvilkår.

For så vidt som det kan påvirke den konkurrencemæssige funktion eller struktur, er det endvidere forbudt for en virksomhed eller en koncern at misbruge den økonomiske afhængighed, som en virksomhed, der er dens kunde eller leverandør, befinder sig i over for virksomheden eller koncernen. Misbrug kan bl.a. bestå i salgsnægtelse, kombinationssalg, forskelsbehandling som omhandlet i artikel L. 442-1 – L. 442-3 eller i sortimentsaftaler.«

- 14 Handelslovens artikel L. 490-9 bestemmer:

»Med henblik på anvendelsen af artikel [101 TEUF] – [103 TEUF] råder dels økonomiministeren og de fuldmægtige, som denne har udpeget eller bemyndiget i medfør af bestemmelserne i denne lov, dels konkurrencemyndigheden over de respektive beføjelser, som de er tillagt ved denne lovs bestemmelser og ved forordning [nr. 139/2004] og [...] nr. 1/2003. De er omfattet af de procesregler, som er fastsat i disse tekster.«

- 15 I fransk ret fastsættes desuden en procedure for obligatorisk forudgående kontrol med fusioner på de betingelser, der er fastsat i handelsloven, idet denne lovs artikel L. 430-1 definerer begrebet fusion, og dens artikel L. 430-2 fastsætter tærsklen for den omsætning, fra hvilken den nationale kontrol med fusioner finder anvendelse.

- 16 Handelslovens artikel L. 430-9 bestemmer i øvrigt, at »[i] tilfælde af misbrug af en dominerende stilling eller af økonomisk afhængighed kan konkurrencemyndigheden ved begrundet afgørelse pålægge den pågældende virksomhed eller koncern inden for en bestemt frist at ændre, supplere eller opsig alle aftaler og handlinger, hvormed den koncentration af den økonomiske styrke, som har muliggjort misbruget, blev fuldbyrdet, selv om disse handlinger har været genstand for den procedure, der er fastsat i dette afsnit«.

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 17 Den 13. oktober 2016 overtog Télédiffusion de France (TDF), som leverer digital jordbaseret TV-spredning i Frankrig, enekontrollen med Itas, som var et selskab, der ligeledes drev virksomhed i sektoren for jordbaseret digitalt TV, idet førstnævnte erhvervede samtlige aktier i sidstnævnte selskab.

- 18 Transaktionen med erhvervelse af Itas lå under de tærskler, der er fastsat i artikel 1 i forordning nr. 139/2004 og handelslovens artikel L. 430-2, og den var hverken genstand for anmeldelse eller forudgående fusionskontrol. Transaktionen gav heller ikke anledning til en procedure med henvisning til Kommissionen i henhold til artikel 22 i forordning nr. 139/2004.

- 19 Den 15. november 2017 indgav Towercast, som er et selskab, der leverer tjenesteydelser med digital jordbaseret TV-spredning i Frankrig, en klage til den franske konkurrencemyndighed vedrørende en praksis gennemført i sektoren for jordbaseret radio- og TV-spredning. Towercast anførte, at TDF's overtagelse af kontrollen med Itas den 13. oktober 2016 udgjorde misbrug af dominerende stilling, for så vidt som overtagelsen hindrede konkurrencen på de forudgående og efterfølgende engrosmarkeder for digital jordbaseret TV-spredning, idet den i betydelig grad styrkede TDF's dominerende stilling på disse markeder.
- 20 Den 25. juni 2018 blev der fremsendt en meddelelse af klagepunkter til TDF infrastructure og TDF infrastructure Holding samt Tivana France Holdings, Tivana Midco og Tivana Topco (herefter samlet »Tivana«), hvori de blev foreholdt »den 13. oktober 2016 som en enkelt virksomhed i konkurrencerettens forstand at have misbrugt den dominerende stilling, som denne virksomhed havde på det efterfølgende engrosmarked for tjenesteydelser med digital jordbaseret TV-spredning, idet den havde overtaget enekontrollen med Ias-koncernen«, eftersom denne praksis kunne have til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det efterfølgende engrosmarked for digital jordbaseret TV-spredning, hvilken praksis er forbudt ved handelslovens artikel L.420-2 og ved artikel 102 TEUF.
- 21 Ved afgørelse nr. 20-D-01 af 16. januar 2020 fastslog den franske konkurrencemyndighed, at det klagepunkt, som blev foreholdt selskaberne i TDF-koncernen, ikke var godtgjort, og at der derfor ikke var grundlag for at fortsætte den pågældende procedure. Denne myndighed anlagde en anden analyse end den, som myndighedens sagsoplysende tjenestegrene havde anlagt, og fastslog i det væsentlige, at vedtagelsen af forordning nr. 4064/89 havde trukket en klar grænse mellem kontrollen med fusioner og kontrollen med konkurrencebegrænsende praksis, og at forordning nr. 139/2004, som erstattede den førstnævnte forordning, var den eneste, der fandt anvendelse på fusioner som defineret i forordningens artikel 3, hvorfor artikel 102 TEUF ikke fandt anvendelse på en fusion, når den indklagede virksomhed ikke havde udvist en ulovlig adfærd, der kunne adskilles fra transaktionen.
- 22 Den 9. marts 2020 har Towercast anlagt søgsmål til prøvelse af denne afgørelse ved den forelæggende ret.
- 23 Til støtte for sit søgsmål har Towercast baseret sig på dom af 21. februar 1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, EU:C:1973:22), idet selskabet har gjort gældende, at Domstolen ved denne dom fastslog, at Kommissionen lovligt kunne anvende EØF-traktatens artikel 86 (senere artikel 82 TEF, nu artikel 102 TEUF) på fusioner og virksomhedsovertagelser. Towercast har anført, at de principper, der er fastlagt i denne dom, fortsat er relevante. Indførelsen af en forudgående kontrol med fusioner ved forordning nr. 4064/89 og nr. 139/2004 betyder ikke, at artikel 102 TEUF ikke finder anvendelse på en fusion, der ikke har fællesskabsdimension. Forordning nr. 139/2004 finder kun anvendelse på fusioner, der falder inden for dens anvendelsesområde, dvs. fusioner med en fællesskabsdimension eller fusioner, der af de nationale konkurrencemyndigheder henvises til Kommissionen. Selskabet har desuden påberåbt sig den direkte virkning af artikel 102 TEUF og gjort gældende, at det for så vidt angår fusioner, der ligger under tærskelværdierne, er muligt at foretage en efterfølgende kontrol af, om de er forenelige med denne artikel.
- 24 Den franske konkurrencemyndighed har for den forelæggende ret fastholdt sin analyse i afgørelsen, bl.a. med hensyn til rækkevidden af retspraksis ifølge dom af 21. februar 1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, EU:C:1973:22), som efter myndighedens opfattelse har mistet sin genstand, efter at der er indført en særlig kontrolordning

for fusioner. Denne myndighed har gjort gældende, at den herved indførte ordning i det væsentlige udelukker den efterfølgende undersøgelse af konkurrencebegrænsende praksis. Den har anført, at artikel 3 i forordning nr. 139/2004 definerer fusioner efter et materielt kriterium uden henvisning til tærsklerne i forordningens artikel 1, hvorfor dens anvendelsesområde ikke kan begrænses til fusioner med fællesskabsdimension, der overstiger disse tærskler.

- 25 Den forelæggende ret har anført, at artikel 102 TEUF er en bestemmelse, der har direkte virkning, hvis anvendelse ikke er betinget af, at der først vedtages en procedureforordning. Det fremgår af syvende betragtning til forordning nr. 139/2004, at »[a]rtikel [101 TEUF] og [102 TEUF] [i medfør af Domstolens praksis ikke er] tilstrækkelige til at kontrollere alle de transaktioner, der kan vise sig at være uforenelige med den i traktaten omhandlede ordning med ufordrejet konkurrence«. Den forelæggende ret ønsker følgelig oplyst, om undtagelsen i artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 også finder anvendelse på fusioner, der ikke har været genstand for en forudgående kontrol.
- 26 Den forelæggende ret har anført, at selv om Domstolen i dom af 7. september 2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643), angav, at forordning nr. 139/2004 alene finder anvendelse på fusioner som defineret i denne forordnings artikel 3, for hvilke forordning nr. 1/2003 principielt ikke finder anvendelse, har Domstolen ikke nærmere angivet undtagelserne til dette princip og har ikke taget stilling til, om fortolkningen i dom af 21 februar 1973, *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen* (6/72, EU:C:1973:22), fortsat kan finde anvendelse, navnlig på fusioner, som ligger under tærsklerne for obligatorisk kontrol, og som ikke har været genstand for nogen analyse som led i en forudgående obligatoriske kontrol eller for en anmodning om henvisning til Kommissionen i medfør af artikel 22 i forordning nr. 139/2004.
- 27 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at der følgelig foreligger tvivl med hensyn til fortolkningen af de sidstnævnte bestemmelser vedrørende den manglende mulighed for »principielt« at anvende konkurrencereglerne i henhold til den primære ret selvstændigt på en transaktion, der som i det foreliggende tilfælde for det første kan være omfattet af definitionen i artikel 3 i forordning nr. 139/2004, for det andet ikke har været genstand for en forebyggende kontrol i henhold til hverken EU-retten eller den nationale lovgivning, der finder anvendelse på fusioner, og for det tredje, eftersom fusionen ligger under tærsklerne for den forudgående kontrol, således ikke indebærer en risiko for kumulativ anvendelse af forordning nr. 139/2004 og nr. 1/2003 eller for en modstrid, der kan følge af en dobbelt analyse, en forudgående og en efterfølgende analyse.
- 28 Den forelæggende ret har endvidere anført, at artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 er blevet anvendt uensartet i forskellige medlemsstater.
- 29 På denne baggrund har cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 21, stk. 1, i [forordning nr. 139/2004] fortolkes således, at [denne bestemmelse] er til hinder for, at en fusion, som ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i den nævnte forordnings artikel 1, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i national ret, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Europa-Kommissionen i henhold til forordningens artikel 22, af en national konkurrencemyndighed anses for at udgøre et misbrug af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, henset til konkurrencestrukturen på et nationalt marked?«

Om det præjudicielle spørgsmål

- 30 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for, at en fusion, som ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i den denne forordnings artikel 1, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i national ret, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Kommissionen i henhold til nævnte forordnings artikel 22, af en medlemsstats konkurrencemyndighed anses for at udgøre et misbrug af dominerende stilling, der er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, henset til konkurrencestrukturen på et nationalt marked.
- 31 Det følger af fast retspraksis, at der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot skal tages hensyn til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af. En EU-retlig bestemmelses tilblivelseshistorie kan ligeledes give relevante elementer med henblik på dens fortolkning (dom af 25.6.2020, A. m.fl. (Vindmøller i Aalter og Nevele), C-24/19, EU:C:2020:503, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 32 Med hensyn til ordlyden af artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 fremgår det indledningsvis heraf, at denne forordning er den eneste, der »finder anvendelse på fusioner efter artikel 3«, for hvilke forordning nr. 1/2003 principielt ikke finder anvendelse.
- 33 Artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal således regulere forordningens anvendelsesområde med hensyn til kontrol med fusioner i forhold til anvendelsesområdet for andre afledte EU-retsakter på konkurrencerettens område.
- 34 Undersøgelsen af denne bestemmelses ordlyd besvarer derimod ikke spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne i primær ret, navnlig artikel 102 TEUF, fortsat finder anvendelse på fusioner som omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 139/2004, bl.a. i det i hovedsagen omhandlede tilfælde, hvor den pågældende fusion for det første ikke overstiger de tærskler for kontrol, der er fastsat i EU-retten og national lovgivning, og for det andet ikke har været genstand for henvisning til Kommissionen i medfør af denne forordnings artikel 22, hvorfor der ikke er foretaget en forudgående kontrol i lyset af bestemmelserne om fusioner.
- 35 Hvad dernæst angår tilblivelseshistorien for nævnte forordnings artikel 21, stk. 1, gennemfører denne bestemmelse, som mutatis mutandis gengiver indholdet af artikel 22 i forordning nr. 4064/89, der tidligere fandt anvendelse, EU-lovgivers ønske, som er anført i syvende betragtning til sidstnævnte forordning, om, at det præciseres, at de øvrige forordninger om gennemførelse af konkurrenceretten principielt ophører med at finde anvendelse på fusioner, dvs. såvel fusioner, der udgør misbrug af dominerende stilling, som fusioner, der giver de berørte virksomheder magt til at hindre en effektiv konkurrence på det indre marked.
- 36 Endelig skal det med hensyn til formålene med og den generelle opbygning af forordning nr. 139/2004, således som det fremgår af femte betragtning til forordningen, bemærkes, at denne forordning har til formål at sikre, at strukturændringer i virksomhederne, bl.a. i form af fusioner, ikke på længere sigt skader konkurrencen. EU-retten bør derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hindre den effektive konkurrence på det indre marked eller en væsentlig del heraf betydeligt. I denne henseende ønskede EU-lovgiver at præcisere, at forordning nr. 139/2004 er det eneste proceduremæssige instrument, som finder anvendelse på den forudgående og centraliserede undersøgelse af fusioner, og som, således som det følger af

sjette betragtning til denne forordning, skal muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen (jf. i denne retning dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 21, og af 31.5.2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 41).

- 37 Selv om denne forordning i medfør af den herved indførte ordning med »én kontrolinstans« udgør et særligt proceduremæssigt instrument, som er det eneste, der skal finde anvendelse på fusioner og virksomhedsovertagelser, der indebærer væsentlige strukturændringer, hvis virkninger for markedet går ud over en enkelt medlemsstats grænser, således som det fremgår af ottende betragtning til nævnte forordning, kan det imidlertid ikke heraf udledes, at denne lovgiver tilsigtede at fratage den fusionskontrol, som foretages på nationalt plan i lyset af artikel 102 TEUF, sin genstand.
- 38 Det præciseres således i syvende betragtning til forordning nr. 139/2004, at »[a]rtikel [101 TEUF] og [102 TEUF] [ikke er] tilstrækkelige til at kontrollere alle de transaktioner, der kan vise sig at være uforenelige med den i traktaten omhandlede ordning med ufordrejet konkurrence«.
- 39 Det følger af sidstnævnte indikation, at forordning nr. 139/2004, idet den på ingen måde fratager medlemsstaternes kompetente myndigheder muligheden for at anvende traktatens bestemmelser på det konkurrenceretlige område på fusioner som defineret i denne forordnings artikel 3, er en del af et lovgivningskompleks, der har til formål at gennemføre artikel 101 TEUF og 102 TEUF samt at oprette et kontrolsystem, der sikrer, at konkurrencen inden for Unionens indre marked ikke fordrejes (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 31, og af 31.5.2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 55).
- 40 Det skal ligeledes bemærkes, at med henblik på at lukke de huller i systemet til beskyttelse mod fordrejning af konkurrencevilkårene, som strukturændringer i virksomhederne kan medføre, blev denne forordning vedtaget i henhold til artikel 83 EF (nu artikel 103 TEUF), som vedrører de forordninger eller direktiver, der kan vedtages med henblik på beskyttelsen af principperne i artikel 101 TEUF og 102 TEUF, og artikel 308 EF (nu artikel 352 TEUF), hvorefter Unionen kan tillægges de yderligere beføjelser, der er nødvendige for, at den kan virkeliggøre sine mål. Selv om funktionen og opbygningen af den beskyttelse, som EU-retten giver mod de fordrejninger af konkurrencevilkårene, der eventuelt kan opstå ved fusioner, af hensyn til retssikkerheden taler for, at ordningen med forudgående kontrol med fusioner som defineret i artikel 3 i forordning nr. 139/2004 foretrækkes anvendt, kan dette imidlertid ikke udelukke konkurrencemyndighedens mulighed for på visse betingelser at vurdere en fusion i lyset af artikel 102 TEUF.
- 41 Det følger således af opbygningen af forordning nr. 139/2004, at selv om denne forordning indfører en forudgående kontrol af fusioner med fællesskabsdimension, udelukker den imidlertid ikke en efterfølgende kontrol af fusioner, der ikke overskrider denne tærskel. Selv om det er korrekt, at der i forordningens artikel 3 gives en materiel definition af fusioner uden henvisning til de heri nævnte tærskler, skal nævnte forordning læses i lyset af den sammenhæng, hvori den indgår, navnlig artikel 1 heri og syvende og niende betragtning hertil. Heraf følger, at denne forordning kun finder anvendelse på fusioner med fællesskabsdimension, og at det anerkendes, at visse fusioner både kan unddrage sig en forudgående kontrol og være genstand for efterfølgende kontrol.

- 42 Den fortolkning, som den franske konkurrencemyndighed, Tivana, TDF samt den franske og den nederlandske regering er fortalere for, medfører i sidste ende, at det udelukkes, at en bestemmelse i primær ret finder direkte anvendelse, når der er vedtaget en afledt retsakt vedrørende visse former for virksomhedsadfærd på markedet.
- 43 Det skal i denne henseende bemærkes, at det følger af artikel 102 TEUF, at den omstændighed, at en eller flere virksomheder misbruger en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf, er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.
- 44 Det står fast, at denne artikel er en bestemmelse, der har direkte virkning, hvis anvendelse ikke er betinget af, at der først vedtages en procedureforordning. Nævnte artikel fremkalder rettigheder for borgerne, som de nationale retsinstanter skal beskytte (jf. i denne retning dom af 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions m.fl., C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).
- 45 Det skal i denne forbindelse ligeledes præciseres, at misbrug af en dominerende stilling ikke kan meddeles nogen som helst fritagelse, idet et sådant misbrug slet og ret er forbudt i henhold til traktaten. Det påhviler alt efter omstændighederne de kompetente nationale myndigheder eller Kommissionen at drage konsekvenserne af dette forbud som led i udøvelsen af deres beføjelser (dom af 11.4.1989, Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, 66/86, EU:C:1989:140, præmis 32).
- 46 Med hensyn til listen over den praksis og adfærd, der er omhandlet i artikel 102 TEUF, har Domstolen fastslået, at denne ikke er udtømmende, hvorfor opregningen af de forskellige former for ulovlig praksis i denne bestemmelse ikke udtømmende angiver de former for misbrug af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til EU-retten (jf. i denne retning dom af 21.2.1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, præmis 26, og af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 26).
- 47 Som Kommissionen har fremhævet, kan det forhold, at forordning nr. 1/2003 – og navnlig forordningens artikel 5, der vedrører medlemsstaternes konkurrencemyndigheders kompetence til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF på fusioner defineret i artikel 3 i forordning nr. 139/2004 – ikke finder anvendelse, ikke bevirke, at de nationale konkurrencemyndigheder forbydes at anvende artikel 102 TEUF på fusioner.
- 48 Uanset det princip om, at det alene er forordning nr. 139/2004, der finder anvendelse på fusioner, som er fastsat i denne forordnings artikel 21, stk. 1, er det nemlig medlemsstaternes procesretlige bestemmelser, som finder anvendelse på fusioner, der ikke har fællesskabsdimension.
- 49 I dom af 21. februar 1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, EU:C:1973:22), blev EØF-traktatens 86 (senere artikel 82 TEF, nu artikel 102 TEUF) i den særlige sammenhæng for fusioner ganske vist anvendt og anset for at afhjælpe EØF-traktatens mangel på udtrykkelige bestemmelser om kontrol med disse transaktioner. Når dette er sagt, er anvendelsen af de processuelle bestemmelser om gennemførelsen af artikel 81 EF og 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF), som først var fastlagt i forordning nr. 17 og siden i forordning nr. 1/2003, med ikrafttrædelsen af de selvstændige bestemmelser vedrørende kontrol med fusioner, således som de nu er fastsat i forordning nr. 139/2004, blevet uden genstand.

- 50 Forordning nr. 139/2004 kan således ikke være til hinder for, at en fusion, der som den i hovedsagen omhandlede ikke har fællesskabsdimension, kan være genstand for de nationale konkurrencemyndigheders og de nationale retsinstanstansers kontrol som følge af den direkte virkning af artikel 102 TEUF, idet de anvender deres egne processuelle regler.
- 51 Det forbud, der er fastsat i artikel 102 TEUF, er nemlig tilstrækkeligt klart, præcist og ubetinget, hvorfor der ikke er behov for en afledt regel, som udtrykkeligt foreskriver eller tillader, at de nationale myndigheder og retsinstanstanser anvender forbuddet.
- 52 Det følger heraf, at en fusion, som ikke overstiger de tærskler for forudgående kontrol, der er fastsat i henholdsvis forordning nr. 139/2004 og i den gældende nationale lovgivning, kan underkastes artikel 102 TEUF, når de betingelser, der er fastsat i denne artikel, for at der foreligger misbrug af dominerende stilling, er opfyldt. Det tilkommer bl.a. den myndighed, der er forelagt sagen, at efterprøve, at erhververen, som befinder sig i en dominerende stilling på et givet marked, og som har overtaget kontrollen med en anden virksomhed på dette marked, med denne adfærd i væsentlig grad har hindret konkurrencen på nævnte marked. I denne henseende er den omstændighed, at det fastslås, at en virksomhed har styrket sin stilling, ikke tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger misbrug, eftersom det skal påvises, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, dvs. kun lader virksomheder, der ved deres adfærd er afhængige af den dominerende virksomhed, bestå (jf. i denne retning dom af 21.2.1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, præmis 26, og af 16.3.2000, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, C-395/96 P og C-396/96 P, EU:C:2000:132, præmis 113).
- 53 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med at, at artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at en virksomhedsfusion, som ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i den denne forordnings artikel 1, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i national ret, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Kommissionen i henhold til nævnte forordnings artikel 22, af en medlemsstats konkurrencemyndighed anses for at udgøre et misbrug af dominerende stilling, der er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, henset til konkurrencestrukturen på et nationalt marked.

Om begrænsningen af denne doms tidsmæssige virkninger

- 54 TDF og Tivana har i deres skriftlige og mundtlige indlæg anmodet Domstolen om at begrænse denne doms tidsmæssige virkninger, såfremt Domstolen måtte fastslå, at en transaktion, som ikke når tærsklerne for kontrol med fusioner, og som ikke er genstand for henvisning til Kommissionen i henhold til artikel 22 i forordning nr. 139/2004, kan undersøges i lyset af artikel 102 TEUF.
- 55 Til støtte for anmodningen har TDF og Tivana i det væsentlige gjort gældende, at en sådan dom vil have alvorlige konsekvenser med hensyn til retssikkerheden, ikke alene for dem, men også for samtlige virksomheder, der i god tro har gennemført fusioner under disse tærskler, hvilke transaktioner nu vil kunne anfægtes for de nationale myndigheder eller retsinstanstanser i henhold til artikel 102 TEUF.

- 56 Det skal i denne henseende bemærkes, at den fortolkning, som Domstolen foretager af en EU-retlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, ifølge fast retspraksis belyser og præciserer betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes eller burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden. Det følger heraf, at den således fortolkede regel kan og skal anvendes af retten i forbindelse med retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at forelægge de kompetente domstole en tvist om anvendelsen af den nævnte regel i øvrigt er opfyldt (dom af 24.11.2020, Openbaar Ministerie (Dokumentfalsk), C-510/19, EU:C:2020:953, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis).
- 57 Domstolen vil kun undtagelsesvis i henhold til et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er sikret i Unionens retsorden, finde anledning til at begrænse borgernes mulighed for at påberåbe sig en således fortolket bestemmelse med henblik på anfægtelse af tidligere i god tro stiftede retsforhold. For at der kan træffes bestemmelse om en sådan begrænsning, skal to hovedbetingelser være opfyldt, nemlig at de berørte parter skal være i god tro, og at der skal være fare for alvorlige forstyrrelser (dom af 24.11.2020, Openbaar Ministerie (Dokumentfalsk), C-510/19, EU:C:2020:953, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).
- 58 For det første skal det i det foreliggende tilfælde med hensyn til kriteriet om, at de berørte parter skal være i god tro, fastslås, at Domstolens fortolkning af EU-retten i nærværende dom er en forlængelse af Domstolens og Rettens faste praksis vedrørende den direkte virkning af artikel 102 TEUF og de dertil knyttede følger. TDF og Tivana kan ikke hensigtsmæssigt gøre gældende, at de havde en forventning om, at den i hovedsagen omhandlede fusion ikke ville blive undersøgt i lyset af artikel 102 TEUF, fordi der var en objektiv og betydelig usikkerhed med hensyn til den retlige rækkevidde af denne artikel i EUF-traktaten.
- 59 For det andet skal det bemærkes, at hverken anmodningen om præjudiciel afgørelse eller de indlæg, der er afgivet for Domstolen, indeholder oplysninger, som kan godtgøre, at Domstolens fortolkning i nærværende dom indebærer en risiko for alvorlige forstyrrelser, idet der ikke er en nøjagtig indikation af antallet af retsforhold, der vil kunne påvirkes af denne fortolkning.
- 60 Desuden vedrører Domstolens fortolkning i nærværende dom den nationale konkurrencemyndigheds mulighed for at undersøge en fusion, som ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i den nævnte artikel 1 i forordning nr. 139/2004, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i national ret, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Kommissionen i henhold til denne forordnings artikel 22, i lyset af artikel 102 TEUF. En sådan fortolkning indebærer ikke nødvendigvis, at en fusion risikerer at blive anfægtet, hvorved ejendomsretten påvirkes, og der forårsages betydelige finansielle følger.
- 61 Det kan dermed heller ikke anses for godtgjort, at der foreligger en risiko for alvorlige forstyrrelser, som kan begrunde en tidsmæssig begrænsning af nærværende doms virkninger.
- 62 Under disse omstændigheder er der ikke grundlag for at begrænse nærværende doms tidsmæssige virkninger.

Sagsomkostninger

- 63 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Anden Afdeling) for ret:

Artikel 21, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse ikke er til hinder for, at en virksomhedsfusion, som ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i den denne forordnings artikel 1, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i national ret, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Europa-Kommissionen i henhold til nævnte forordnings artikel 22, af en medlemsstats konkurrencemyndighed anses for at udgøre et misbrug af dominerende stilling, der er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, henset til konkurrencestrukturen på et nationalt marked.

Underskrifter