



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 16 mars 2023*

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Kontroll av företagskoncentrationer – Förordning (EG) nr 139/2004 – Artikel 21.1 – Exklusiv tillämpning av förordningen på transaktioner som omfattas av begreppet ’koncentration’ – Räckvidd – Koncentration utan gemenskapsdimension, som ligger under tröskelvärdena för obligatorisk förhandskontroll enligt lagstiftningen i en medlemsstat och som inte har hänskjutits till Europeiska kommissionen – Kontroll av konkurrensmyndigheterna i denna medlemsstat av en sådan koncentration mot bakgrund av artikel 102 FEUF – Tillåtlighet”

I mål C-449/21,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike) genom beslut av den 1 juli 2021, som inkom till domstolen den 21 juli 2021, i målet

Towercast SASU

mot

Autorité de la concurrence,

Ministre chargé de l'économie,

ytterligare deltagare i rättegången:

Tivana Topco SA,

Tivana Midco SARL,

TDF Infrastructure Holding SAS,

TDF Infrastructure SAS,

Tivana France Holdings SAS,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen),

* Rättegångsspråk: franska.

sammansatt av avdelningsordföranden A. Prechal samt domarna M.L. Arastey Sahún, F. Biltgen, N. Wahl (referent) och J. Passer,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 juli 2022,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Towercast SASU, genom P. Mèle och D. Théophile, avocats,
- Autorité de la concurrence, genom E. Combe och J. Neto, båda i egenskap av ombud, biträdda av Y. Anselin, avocat,
- Tivana Midco SARL och Tivana Topco SA, genom S. Hamon och M.-C. Rameau, avocates,
- Tivana France Holdings SAS, TDF Infrastructure SAS, TDF Infrastructure Holding SAS, genom H. Calvet, Y. Chevalier, A. Helfer, F. Salat-Baroux och Y. Trifounovitch, avocats,
- Frankrikes regering, genom G. Bain, A.-L. Desjonquères och P. Dodeller, samtliga i egenskap av ombud,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Aiello, avvocato dello Stato,
- Nederländernas regering, genom K. Bulterman, P. Huurnink och C.S. Schillemans, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom T. Baumé, P. Berghe och F. Castillo de la Torre, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 13 oktober 2022 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 21.1 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Towercast SASU, å ena sidan, och Autorité de la concurrence (Konkurrensmyndigheten, Frankrike) och finansministern (Frankrike), å andra sidan. Målet rör ett beslut att avslå Towercasts klagomål avseende missbruk av dominerande ställning.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Förordning (EEG) nr 4064/89

3 Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1) trädde i kraft den 21 september 1990. Skäl 6–8 i denna förordning hade följande lydelse:

”(6) Även om artiklarna 85 och 86 enligt domstolens rättspraxis är tillämpliga på vissa koncentrationer har de inte tillräcklig räckvidd för att omfatta alla de transaktioner som kan visa sig vara oförenliga med den ordning utan snedvridning av konkurrensen som förutses i fördraget.

(7) En ny rättsakt bör därför skapas i form av en förordning som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom [Europeiska ekonomiska gemenskapen]. Den skall vara den enda förordning som är tillämplig på sådana koncentrationer.

(8) Denna förordning bör därför inte baseras endast på [artikel 87 i EEG-fördraget] utan framför allt på [artikel 235 i EEG-fördraget], enligt vilken gemenskapen kan ge sig själv de ytterligare befogenheter som behövs för att uppnå sina mål, även när det gäller koncentrationer på marknaderna för de jordbruksvaror som upptas i bilaga II till [EEG-fördraget].”

4 I artikel 22 i förordningen stadgades följande:

”1. Endast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3.

2. [Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget (EGT L 13, 1962, s. 204), rådets förordning (EEG) nr 1017/68 av den 19 juli 1968 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT L 175, 1968, s. 1), rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om fastställande av detaljerade regler för tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget på sjötransport (EGT L 378, 1986, s. 4) och rådets förordning (EEG) nr 3975/87 av den 14 december 1987 om fastställande av närmare bestämmelser för tillämpningen av konkurrensreglerna på företag inom luftfartssektorn (EGT L 374, 1987, s. 1)] är inte tillämpliga på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3.

3. Om [Europeiska] kommissionen på begäran av en medlemsstat eller på gemensam begäran av flera medlemsstater konstaterar att en koncentration enligt definitionen i artikel 3, som saknar gemenskapsdimension enligt artikel 1, skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens eller de berörda medlemsstaternas territorier påtagligt hämmas kan den, i den mån koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstaterna, fatta beslut enligt artikel 8.2 andra stycket, 8.3 och 8.4.

...

5. Enligt punkt 3 skall kommissionen endast vidta de åtgärder som absolut är nödvändiga för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens inom territoriet i den medlemsstat eller de medlemsstater på vars begäran den ingriper.

...”

Förordning nr 139/2004

5 Utan att det påverkar tillämpningen av övergångsbestämmelserna i dess artikel 26.2 upphävde och ersatte förordning nr 139/2004 förordning nr 4064/89 med verkan från och med den 1 maj 2004.

6 I skälen 2, 5–9, 20 och 24 i förordning nr 139/2004 anges följande:

”(2) För att förverkliga målen för fördraget ges gemenskapen enligt artikel 3.1 g uppgiften att upprätta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. ...

...

(5) Åtgärder måste ... vidtas för att säkerställa att omstruktureringsprocessen inte på längre sikt skadar konkurrensen. Gemenskrapsrätten bör därför innehålla bestämmelser om sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.

(6) Det är därför nödvändigt med en särskild rättsakt som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen. Den skall vara den enda rättsakt som är tillämplig på sådana koncentrationer. [Förordning nr 4064/89] har gjort det möjligt att utveckla en gemenskapspolitik på detta område. Mot bakgrund av de erfarenheter som har gjorts bör emellertid denna förordning omarbetas till en lagstiftning som är anpassad till de utmaningar som en mer integrerad marknad och den framtida utvidgningen av Europeiska unionen medför. I enlighet med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna i artikel 5 [EG] går denna förordning inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att se till att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids.

(7) Även om artiklarna 81 och 82 [EG] enligt domstolens rättspraxis är tillämpliga på vissa koncentrationer har de inte tillräcklig räckvidd för att kontrollera alla transaktioner som kan visa sig vara oförenliga med den ordning utan snedvridning av konkurrensen som förutses i [EG-]fördraget. Denna förordning bör därför inte baseras endast på artikel 83 [EG] utan framför allt på artikel 308 [EG], enligt vilken gemenskapen kan ge sig själv de ytterligare befogenheter som behövs för att uppnå sina mål, även när det gäller handlingsbefogenheter på marknaderna för de jordbruksvaror som upptas i bilaga I till [EG-]fördraget.

(8) De bestämmelser som skall antas i denna förordning bör gälla betydande strukturförändringar vars verkningar på marknaden sträcker sig utöver en enskild medlemsstats gränser. Sådana koncentrationer bör generellt ses över uteslutande på gemenskapsnivå, i enlighet med principen om prövning vid en enda instans ('one-stop-shop') och subsidiaritetsprincipen.

(9) Tillämpningsområdet för denna förordning bör definieras utifrån de berörda företagens geografiska verksamhetsområden och avgränsas av kvantitativa tröskelvärden för att omfatta de koncentrationer som har en gemenskapsdimension. ...

...

(20) Begreppet koncentration bör definieras på ett sådant sätt att det omfattar transaktioner som medför en varaktig förändring av kontrollen över de berörda företagen och därmed av marknadsstrukturen. Det är därför lämpligt att gemensamma företag som på varaktig basis fyller en självständig ekonomisk enhets samtliga funktioner omfattas av förordningens tillämpningsområde. Vidare bör sådana transaktioner som har nära anknytning till varandra genom att de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper betraktas som en enda koncentration.

...

(24) För att säkerställa ett system där det inte förekommer någon snedvridning av konkurrensen inom den gemensamma marknaden, för att främja en politik som förs i enlighet med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, måste denna förordning medge en effektiv kontroll av alla koncentrationer med utgångspunkt från deras verkningar på konkurrensen inom gemenskapen. I förordning ... nr 4064/89 fastställs därför principen att om en koncentration med en gemenskapsdimension som skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, bör den förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

7 I artikel 1 i förordning nr 139/2004 fastställs tillämpningsområdet på följande sätt:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4.5 och artikel 22, gäller denna förordning alla koncentrationer med en gemenskapsdimension enligt definitionerna i denna artikel.

2. En koncentration har en gemenskapsdimension om

a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 5 miljarder euro, och

b) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner euro,

om inte vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat.

3. En koncentration som inte uppnår de tröskelvärden som anges i punkt 2 har en gemenskapsdimension om

a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 2,5 miljarder euro,

b) den sammanlagda omsättningen för samtliga berörda företag i var och en av åtminstone tre medlemsstater överstiger 100 miljoner euro,

c) i var och en av åtminstone tre medlemsstater enligt punkt b, den totala omsättningen för vart och ett av åtminstone två av de berörda företagen överstiger 25 miljoner euro, och

d) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för vart och ett av åtminstone två av de berörda företagen överstiger 100 miljoner euro,

om inte vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat.

...”

8 I artikel 3 i förordningen definieras begreppet koncentration på följande sätt:

”1. En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att

a) två eller flera tidigare självständiga företag eller delar av företag slås samman, eller

b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.

2. Kontroll uppnås genom rättigheter, avtal eller andra medel som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska eller rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag, särskilt genom

a) äganderätt eller nyttjanderätt till ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa,

b) rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av ett företags organ och dessas voteringar eller beslut.

3. Kontroll förvärvas av personer eller företag som

a) är innehavare av rättigheterna eller berättigade till rättigheter enligt de berörda avtalen, eller

b) utan att vara innehavare av rättigheterna eller berättigade till rättigheter enligt sådana avtal har befogenhet att utöva de rättigheter som grundar sig på dessa.

...”

9 I artikel 21 i förordningen, med rubriken ”Tillämpning av förordningen och behörighet”, föreskrivs följande:

”1. Endast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3. Rådets förordningar (EG) nr 1/2003 [av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 EG (EGT L 1, 2003, s. 1)], [nr 1017/68, nr 4056/86 och nr 3975/87] är inte tillämpliga, utom på gemensamma företag som inte har en gemenskapsdimension men som har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga.

2. Med förbehåll för domstolens prövningsrätt är kommissionen ensam behörig att fatta beslut enligt denna förordning.

3. Medlemsstaterna får inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med en gemenskapsdimension.

...”

10 I artikel 22.1 i förordning nr 139/2004, med rubriken ”Hänskjutande till kommissionen”, föreskrivs följande:

”1. En eller flera medlemsstater får begära att kommissionen undersöker en koncentration enligt definitionen i artikel 3 som inte har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1, men som påverkar handeln mellan medlemsstater och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den medlemsstats eller de medlemsstaters territorium som framställer begäran.

En sådan begäran skall framställas inom 15 arbetsdagar från den dag då koncentrationen anmäldes eller, om någon anmälan inte krävs, på annat sätt kom till den berörda medlemsstatens kännedom.”

Förordning nr 1/2003

11 I artikel 3 i förordning nr 1/2003, med rubriken ”Förhållandet mellan artiklarna [101] och [102 FEUF] och nationell konkurrensrätt”, föreskrivs följande:

”1. ... Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel [102 FEUF], skall de även tillämpa artikel [102 FEUF].

2. ... Medlemsstaterna skall enligt denna förordning inte vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas.

3. Utan att det påverkar de allmänna principerna och övriga bestämmelser i [union]srätten är punkterna 1 och 2 inte tillämpliga när medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller domstolar tillämpar nationella lagar om koncentrationskontroll ...”

12 I artikel 5 första stycket i förordningen föreskrivs att ”[m]edlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall vara behöriga att i enskilda ärenden tillämpa artiklarna [101 och 102 FEUF]” och att de, för detta ändamål, får fatta beslut om att i) kräva att en överträdelse skall upphöra, ii) förordna om interimistiska åtgärder, iii) godta åtaganden och iv) ålägga böter, förelägga viten eller ålägga andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

Fransk rätt

- 13 Artikel L. 420–2 i code de commerce (handelslagen) har följande lydelse:

”På de villkor som anges i l'article L. 420–1 är det förbjudet för ett företag eller en grupp av företag att missbruka en dominerande ställning på den inre marknaden eller en väsentlig del av denna. Sådant missbruk kan särskilt bestå i vägran att sälja, kopplingsförbehåll eller diskriminerande försäljningsvillkor, samt i avbrytande av etablerade handelsförbindelser, enbart av det skälet att motparten vägrar att godta orimliga försäljningsvillkor.

Missbruk av ett företag eller en grupp av företag av det ekonomiska beroendeförhållande i vilket en kund eller en leverantör befinner sig gentemot detta eller denna är dessutom förbjudet när det kan påverka konkurrensens funktion eller struktur. Sådant missbruk kan bland annat bestå i vägran att sälja, kopplingsförbehåll, diskriminerande metoder enligt artiklarna L. 442–1–L. 442–3 eller avtal om sortiment.”

- 14 I artikel L. 490–9 i handelslagen föreskrivs följande:

”Vid tillämpningen av artiklarna [101–103 FEUF] ska ekonomiministern och de tjänstemän som han eller hon har utsett eller bemyndigats i enlighet med bestämmelserna i denna lag ha de befogenheter som de har dels enligt artiklarna i denna lag och i förordning [nr 139/2004], dels enligt förordning [nr 1/2003]. De förfaranderegler som fastställs i dessa rättsakter är tillämpliga på dem.”

- 15 I fransk rätt föreskrivs dessutom ett förfarande för obligatorisk förhandskontroll av koncentrationer på de villkor som fastställs i handelslagen. I artikel L. 430–1 i denna lag definieras vad som är en koncentration och i artikel L. 430–2 fastställs de tröskelvärden för omsättningen från vilka den nationella kontrollen av koncentrationer är tillämplig.
- 16 I artikel L. 430–9 i handelslagen föreskrivs dessutom att ”[v]id missbruk av en dominerande ställning eller av ett ekonomiskt beroendeförhållande kan konkurrensmyndigheten genom motiverat beslut ålägga det berörda företaget eller företagsgruppen att inom en viss tidsfrist ändra, komplettera eller säga upp alla avtal och handlingar genom vilka den koncentration av ekonomisk styrka som har möjliggjort missbruket har genomförts, även om dessa handlingar har varit föremål för det förfarande som föreskrivs i denna lagstiftning”.

Det nationella målet och tolkningsfrågan

- 17 Den 13 oktober 2016 övertog Télédiffusion de France (TDF), som i Frankrike tillhandahåller sändningstjänster för digital markbunden television (nedan kallat digital markbunden television), Itas, ett bolag som också är verksamt inom sektorn för sändning av digital markbunden television, genom att förvärva samtliga aktier i Itas.
- 18 Förvärvet av Itas, som låg under de tröskelvärden som anges i artikel 1 i förordning nr 139/2004 och i artikel L. 430–2 i handelslagen, hade varken anmälts eller granskats inom ramen för en förhandskontroll av koncentrationer. Denna transaktion gav inte heller upphov till ett hänskjutande till kommissionen enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004.

- 19 Den 15 november 2017 ingav Towercast, ett bolag som tillhandahåller tjänster för sändning av digital markbunden television i Frankrike, ett klagomål till konkurrensmyndigheten avseende ett förfarande inom sektorn för markbundna sändningar. Towercast hävdade att TDF:s förvärv av kontrollen över Itas den 13 oktober 2016 utgjorde missbruk av dominerande ställning, eftersom det hindrade konkurrensen på grossistmarknaden och efterföljande marknader för sändning av digital markbunden television genom att väsentligt förstärka TDF:s dominerande ställning på dessa marknader.
- 20 Den 25 juni 2018 delgavs invändningar till TDF infrastructure och TDF infrastructure Holding samt Tivana France Holdings, Tivana Midco och Tivana Topco (nedan tillsammans kallade Tivana), som klandrades för att ”den 13 oktober 2016, som ett enda företag i den mening som avses i konkurrenslagstiftningen, ha missbrukat sin dominerande ställning på grossistmarknaden i senare led för sändning av digital markbunden TV genom att ta kontroll över Itas-koncernen”, då detta agerande kunde påverka, begränsa eller snedvrída konkurrensen på grossistmarknaden i senare led för sändning av digital markbunden TV, vilket är ett agerande som är förbjudet enligt artikel L.420–2 i handelslagen och artikel 102 FEUF.
- 21 Genom beslut nr 20-D-01 av den 16 januari 2020 slog konkurrensmyndigheten fast att den anmärkning som hade riktats mot bolagen i TDF-koncernen inte hade styrkts och att det saknades anledning att fullfölja det aktuella förfarandet. Denna myndighet gjorde en annan bedömning än den som dess undersökningstjänst gjorde och fann i huvudsak att antagandet av förordning nr 4064/89 hade inneburit en tydlig skiljelinje mellan kontroll av företagskoncentrationer och kontroll av konkurrensbegränsande förfaranden och att förordning nr 139/2004, som ersatte den, endast var tillämplig på koncentrationer såsom de definieras i artikel 3 i denna förordning och gjorde tillämpningen av artikel 102 FEUF på en koncentration irrelevant, om det berörda företaget inte hade gjort sig skyldig till ett missbruk av dominerande ställning som kunde särskiljas från transaktionen.
- 22 Towercast överklagade detta beslut till den hänskjutande domstolen den 9 mars 2020.
- 23 Towercast har till stöd för sitt överklagande åberopat domen av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen (6/72, EU:C:1973:22). Towercast har anfört att domstolen i den domen slog fast att kommissionen lagligen kunde tillämpa artikel 86 i EEG-fördraget (sedermera artikel 82 EG, nu artikel 102 FEUF) på företagskoncentrationer. Towercast anser att de principer som anges i den domen fortfarande är relevanta. Införandet av förhandskontroll av koncentrationer genom förordningarna nr 4064/89 och 139/2004 gjorde inte tillämpningen av artikel 102 FEUF på en koncentration som inte har en gemenskapsdimension irrelevant. Förordning nr 139/2004 är endast tillämplig på koncentrationer som omfattas av förordningens tillämpningsområde, det vill säga koncentrationer som har en gemenskapsdimension eller som nationella konkurrensmyndigheter hänskjuter till kommissionen. Sökanden har åberopat den direkta effekten av artikel 102 FEUF och har gjort gällande att det för koncentrationer som understiger tröskelvärdena ska kontrolleras i efterhand om de är förenliga med denna artikel.
- 24 Konkurrensmyndigheten har vidhållit sin bedömning, som den gjorde i sitt beslut, vid den hänskjutande domstolen, bland annat avseende räckvidden av den rättspraxis som följer av domen av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen (6/72, EU:C:1973:22), vilken enligt myndigheten har blivit irrelevant sedan ett särskilt kontrollsystem infördes som är tillämpligt på koncentrationer. Konkurrensmyndigheten anser att den mekanism som därigenom införts till sin natur utesluter den efterhandsgranskning som är tillämplig på

konkurrensbegränsande förfaranden. Konkurrensmyndigheten har gjort gällande att artikel 3 i förordning nr 139/2004 definierar företagskoncentrationer enligt ett materiellt kriterium, utan någon hänvisning till tröskelvärdena i artikel 1 i förordningen, varför dess tillämpningsområde inte kan begränsas till koncentrationer med en gemenskapsdimension som ligger över dessa tröskelvärden.

- 25 Den hänskjutande domstolen har påpekat att artikel 102 FEUF är en bestämmelse med direkt effekt vars tillämpning inte är beroende av att en förfarandeförordning först har antagits. Den hänskjutande domstolen har även påpekat att det i skäl 7 i förordning nr 139/2004 anges att "[ä]ven om artiklarna [101 och 102 FEUF] enligt domstolens rättspraxis är tillämpliga på vissa koncentrationer har de inte tillräcklig räckvidd för att kontrollera alla transaktioner som kan visa sig vara oförenliga med den ordning utan snedvridning av konkurrensen som förutses i fördraget". Den hänskjutande domstolen önskar därför få klarhet i huruvida det undantag som föreskrivs i artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 även är tillämpligt på koncentrationer som inte har varit föremål för någon förhandskontroll.
- 26 Den hänskjutande domstolen har påpekat att även om domstolen i domen av den 7 september 2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643), angav att förordning nr 139/2004 är den enda rättsakten som är tillämplig på koncentrationer såsom de definieras i artikel 3 i denna förordning, på vilka förordning nr 1/2003 i princip inte är tillämplig, har domstolen inte förklarat vilka undantag som skulle kunna göras från denna princip och inte uttalat sig om huruvida den tolkning som gjordes i domen av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen, fortfarande kan tillämpas, särskilt på koncentrationer under tröskelvärdena för obligatorisk kontroll vilka inte har varit föremål för vare sig någon bedömning inom ramen för en obligatorisk förhandskontroll eller för någon begäran om hänskjutande till kommissionen enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004.
- 27 Den hänskjutande domstolen anser att det fortfarande föreligger tvivel om hur de sistnämnda bestämmelserna ska tolkas när det gäller omöjligheten att "i princip" göra en autonom tillämpning av primärrättens konkurrensregler på en transaktion som, såsom i förevarande fall, för det första kan uppfylla definitionen i artikel 3 i förordning nr 139/2004, för det andra inte har gett upphov till någon förebyggande kontroll, vare sig på grundval av unionsrätten eller på grundval av den nationella lagstiftning som är tillämplig på koncentrationer, och för det tredje således inte, på grund av att en sådan transaktion ligger under tröskelvärdena för förhandskontroll, riskerar att bli föremål för kumulativ tillämpning av förordningarna nr 139/2004 och 1/2003 eller för motsägelser till följd av en dubbel prövning på förhand och i efterhand.
- 28 Den hänskjutande domstolen har dessutom påpekat att artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 har tillämpats olika i olika medlemsstater.
- 29 Mot denna bakgrund beslutade Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

"Ska artikel 21.1 i [förordning nr 139/2004] tolkas på så sätt att den utgör hinder för att en koncentration, som inte har gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1 i ovan nämnda förordning, som ligger under de tröskelvärden för obligatorisk förhandskontroll som föreskrivs i nationell rätt och som inte har gett upphov till någon begäran om hänskjutande till Europeiska kommissionen i enlighet med artikel 22 i ovan nämnda förordning, undersöks av en

nationell konkurrensmyndighet i form av ett eventuellt missbruk av dominerande ställning som är förbjudet enligt artikel 102 FEUF, med hänsyn till konkurrensstrukturen på den nationella marknaden?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 30 Den hänskjutande domstolen har ställt tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 tolkas på så sätt att den utgör hinder för att en företagskoncentration, som inte har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1 i denna förordning, som ligger under de tröskelvärden för obligatorisk förhandskontroll som föreskrivs i nationell rätt och som inte har gett upphov till någon begäran om hänskjutande till kommissionen i enlighet med artikel 22 i denna förordning, undersöks av en nationell konkurrensmyndighet såsom ett eventuellt missbruk av dominerande ställning som är förbjudet enligt artikel 102 FEUF, med hänsyn till konkurrensstrukturen på den nationella marknaden.
- 31 Enligt fast rättspraxis ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i. Även tillkomsthistorien avseende en unionsrättslig bestämmelse kan vara relevant för tolkningen av densamma (dom av den 25 juni 2020, A m.fl. (Vindkraftverk i Aalter och Nevele), C-24/19, EU:C:2020:503, punkt 37 och där angiven rättspraxis).
- 32 Vad gäller lydelsen av artikel 21.1 i förordning nr 139/2004, framgår det av denna att "[e]ndast denna förordning är tillämplig på koncentrationer enligt definitionen i artikel 3", på vilka förordning nr 1/2003 i princip inte är tillämplig.
- 33 Syftet med artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 är således att reglera tillämpningsområdet för denna förordning när det gäller prövningen av koncentrationer i förhållande till tillämpningsområdet för andra sekundärrättsakter inom unionens konkurrensrätt.
- 34 En granskning av denna bestämmelses ordalydelse ger emellertid inte svar på frågan om huruvida bestämmelserna i primärrätten, särskilt artikel 102 FEUF, fortfarande är tillämpliga på en företagskoncentration i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 139/2004, särskilt i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, där koncentrationen i fråga inte har uppnått de tröskelvärden för kontroll som fastställs i unionsrätten eller i nationell rätt och inte har hänskjutits till kommissionen enligt artikel 22 i den förordningen, vilket innebär att ingen förhandskontroll enligt koncentrationslagstiftningen har genomförts.
- 35 Vidare, när det gäller tillkomsthistorien avseende artikel 21.1 i nämnda förordning, återspeglar denna bestämmelse, som i tillämpliga delar återger innehållet i den tidigare tillämpliga artikel 22 i förordning nr 4064/89, unionslagstiftarens önskan, som det erinras om i skäl 7 i den sistnämnda förordningen, att ange att de övriga förordningarna om tillämpning av konkurrensrätten i princip inte längre ska vara tillämpliga på alla koncentrationer, det vill säga såväl på transaktioner som utgör missbruk av dominerande ställning som på koncentrationer som ger de berörda företagen makt att förhindra effektiv konkurrens på den inre marknaden.
- 36 Vad slutligen gäller målen och systematiken i förordning nr 139/2004 ska det påpekas att förordningen, såsom anges i dess skäl 5, syftar till att säkerställa att omstruktureringar av företag, särskilt i form av koncentrationer, inte på längre sikt skadar konkurrensen. Unionsrätten bör därför innehålla bestämmelser om sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv

konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den. Unionslagstiftaren har i detta hänseende avsett att precisera att förordning nr 139/2004 utgör det enda processuella instrument som är tillämpligt på den centraliserade förhandsgranskningen av koncentrationer, vilken, såsom anges i skäl 6 i förordningen, ska möjliggöra en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 21, och dom av den 31 maj 2018, *Ernst & Young*, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 41).

- 37 Även om denna förordning, enligt det system med "en enda kontaktpunkt" som införts genom denna förordning, utgör ett särskilt processuellt instrument som uteslutande är avsett att tillämpas på koncentrationer som medför betydande strukturella förändringar som påverkar marknaden utanför en medlemsstats gränser, såsom framgår av skäl 8 i nämnda förordning, kan det emellertid inte därav dras slutsatsen att lagstiftaren har haft för avsikt att göra den kontroll som utförs på nationell nivå av en koncentration mot bakgrund av artikel 102 FEUF meningslös.
- 38 Det preciseras således i skäl 7 i förordning nr 139/2004 att "[ä]ven om artiklarna [101 och 102 FEUF] ... är tillämpliga på vissa koncentrationer har de inte tillräcklig räckvidd för att kontrollera alla transaktioner som kan visa sig vara oförenliga med den ordning utan snedvridning av konkurrensen som förutses i fördraget".
- 39 Det framgår av det sistnämnda att förordningen inte alls berövar medlemsstaternas behöriga myndigheter möjligheten att tillämpa fördragets konkurrensregler på koncentrationer, såsom de definieras i artikel 3 i förordning nr 139/2004, utan utgör en del av ett regelverk som syftar till att genomföra artiklarna 101 och 102 FEUF och att inrätta ett kontrollsystem som säkerställer att konkurrensen på unionens inre marknad inte snedvrids (dom av den 7 september 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 31, och dom av den 31 maj 2018, *Ernst & Young*, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 55).
- 40 Det bör också erinras om att denna förordning, i syfte att avhjälpa bristerna i systemet för skydd mot snedvridning av konkurrensen som kan uppstå till följd av omstrukturering av företag, antogs på grundval av artikel 83 EG (nu artikel 103 FEUF), som avser de förordningar eller direktiv som får antas för att genomföra de principer som anges i artiklarna 101 och 102 FEUF, och artikel 308 EG (nu artikel 352 FEUF), enligt vilken unionen får ge sig själv de ytterligare befogenheter som krävs för att uppnå sina mål. Även om funktionen och systematiken i det skydd som unionsrätten ger mot den snedvridning av konkurrensen som eventuellt blir följden av koncentrationer av rättssäkerhetsskäl leder till en prioriterad tillämpning av mekanismen för förhandskontroll av koncentrationer, såsom de definieras i artikel 3 i förordning nr 139/2004, kan detta emellertid inte utesluta möjligheten för en konkurrensmyndighet att under vissa omständigheter bedöma en koncentration utifrån artikel 102 FEUF.
- 41 Det följer således av systematiken i förordning nr 139/2004 att även om det genom förordningen införs en förhandskontroll av koncentrationer med en gemenskapsdimension, utesluter den inte för den skull en efterhandskontroll av koncentrationer som inte når upp till detta tröskelvärde. Även om det är riktigt att artikel 3 i denna förordning innehåller en materiell definition av en koncentration av företag utan någon hänvisning till de tröskelvärden som anges däri, ska förordningen läsas mot bakgrund av sitt sammanhang, särskilt artikel 1 och skälen 7 och 9 i förordningen. Därav följer dels att förordningen endast är tillämplig på koncentrationer med en gemenskapsdimension, dels att vissa koncentrationer både kan undgå en förhandskontroll och bli föremål för en efterhandskontroll.

- 42 Den tolkning som i förevarande fall företräds av konkurrensmyndigheten, Tivana och TDF samt av den franska och den nederländska regeringen innebär i slutändan att en primärrättslig bestämmelse inte är direkt tillämplig på grund av antagandet av en sekundärrättsakt som avser vissa företags beteenden på marknaden.
- 43 Enligt artikel 102 FEUF är ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbjudet.
- 44 Det är utrett att denna artikel är en bestämmelse med direkt effekt vars tillämpning inte är beroende av att en förfarandeförordning först har antagits. Denna artikel ger upphov till rättigheter för enskilda personer som de nationella domstolarna måste skydda (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 mars 2019, Skanska Industrial Solutions m.fl., C-724/17, EU:C:2019:204, punkt 24 och där angiven rättspraxis).
- 45 Det ska i detta sammanhang även preciseras att missbruk av dominerande ställning inte kan bli föremål för något undantag på något sätt. Ett sådant missbruk är helt enkelt förbjudet enligt fördraget. Beroende på omständigheterna ankommer det på de behöriga nationella myndigheterna eller kommissionen att tillämpa detta förbud vid utövandet av sina befogenheter (dom av den 11 april 1989, Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, 66/86, EU:C:1989:140, punkt 32).
- 46 När det gäller förteckningen över de förfaranden och beteenden som avses i artikel 102 FEUF har domstolen slagit fast att denna inte är uttömmande, vilket innebär att uppräkningsen av missbruk i denna bestämmelse inte är uttömmande vad gäller de sätt att missbruka en dominerande ställning som är förbjudna enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, punkt 26, och av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 26).
- 47 Såsom kommissionen har påpekat kan den omständigheten att förordning nr 1/2003, och i synnerhet artikel 5 däri som rör medlemsstaternas konkurrensmyndigheters behörighet att tillämpa artiklarna 101 och 102 FEUF på företagskoncentrationer som definieras i artikel 3 i förordning nr 139/2004, inte är tillämplig, inte leda till att de nationella konkurrensmyndigheterna förbjuds att tillämpa artikel 102 FEUF på koncentrationer.
- 48 Oaktat principen om exklusiv tillämpning av förordning nr 139/2004 på koncentrationer, som anges i artikel 21.1 i denna förordning, är det medlemsstaternas processrättsliga bestämmelser som ska tillämpas på koncentrationer som saknar gemenskapsdimension.
- 49 Tillämpningen i domen av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen (6/72, EU:C:1973:22), av artikel 86 i EEG-fördraget (sedermera artikel 82 EG, nu artikel 102 FEUF) i det specifika sammanhang som koncentrationer ingår i har visserligen använts och uppfattats som ett sätt att begränsa följderna av avsaknaden i EEG-fördraget av uttryckliga bestämmelser om kontroll av koncentrationer. Genom ikraftträdandet av självständiga bestämmelser om kontroll av koncentrationer, såsom de numera föreskrivs i förordning nr 139/2004, har tillämpningen av förfarandereglerna för tillämpning av artiklarna 81 EG och 82 EG (nu artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF), vilka först föreskrevs i förordning nr 17 och därefter i förordning nr 1/2003, förlorat sitt föremål.

- 50 Förordning nr 139/2004 utgör således inte hinder för att en företagskoncentration som saknar gemenskapsdimension, såsom den som är aktuell i det nationella målet, kan prövas av nationella konkurrensmyndigheter och av nationella domstolar med stöd av den direkta effekten av artikel 102 FEUF med tillämpning av egna förfaranderegler.
- 51 Förbudet i artikel 102 FEUF är tillräckligt klart, precist och ovillkorligt, varför det inte är nödvändigt att införa en sekundärrättslig bestämmelse som föreskriver eller uttryckligen tillåter att nationella myndigheter och domstolar tillämpar förbudet.
- 52 Härav följer att artikel 102 FEUF kan tillämpas på en koncentration som inte når upp till de tröskelvärden för förhandskontroll som föreskrivs i förordning nr 139/2004 och i tillämplig nationell rätt när de villkor som föreskrivs i denna artikel för att det ska anses föreligga missbruk av dominerande ställning är uppfyllda. Det ankommer bland annat på den behöriga myndigheten att kontrollera att den förvärvare som har en dominerande ställning på en viss marknad och som har förvärvat kontroll över ett annat företag på denna marknad genom detta beteende väsentligen har hindrat konkurrensen på samma marknad. I detta avseende räcker inte enbart konstaterandet att ett företags dominerande ställning förstärks för att ett missbruk ska anses föreligga, eftersom det måste fastställas att graden av dominans på detta sätt påtagligt hämmar konkurrensen, det vill säga att endast företag som i sitt beteende är beroende av det dominerande företaget kvarstår (se, i detta avseende, dom av den 21 februari 1973, Europemballage och Continental Can/kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, punkt 26, och av den 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports m.fl./kommissionen, C-395/96 P och C-396/96 P, EU:C:2000:132, punkt 113).
- 53 Mot bakgrund av det ovan anförda ska tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att en företagskoncentration, som inte har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1 i denna förordning, som ligger under de tröskelvärden för obligatorisk förhandskontroll som föreskrivs i nationell rätt och som inte har gett upphov till något hänskjutande till kommissionen i enlighet med artikel 22 i denna förordning, undersöks av en medlemsstats nationella konkurrensmyndighet såsom ett eventuellt missbruk av dominerande ställning som är förbjudet enligt artikel 102 FEUF med hänsyn till konkurrensstrukturen på en nationell marknad.

Begränsningar i tiden av förevarande doms rättsverkningar

- 54 TDF och Tivana har i sina skriftliga och muntliga yttranden yrkat att domstolen ska begränsa domens rättsverkningar i tiden om domstolen finner att en transaktion som inte överskrider gränserna för kontroll av företagskoncentrationer och som inte är föremål för ett hänskjutande till kommissionen på grundval av artikel 22 i förordning nr 139/2004 kan bedömas mot bakgrund av artikel 102 FEUF.
- 55 TDF och Tivana har till stöd för sitt yrkande i huvudsak gjort gällande att en sådan dom skulle medföra allvarliga rättssäkerhetskONSEKVENSER inte bara för dessa företag, utan även för samtliga företag som i god tro genomfört koncentrationer under tröskelvärdena, vilka hädanefter skulle kunna ifrågasättas vid nationella myndigheter eller domstolar med stöd av artikel 102 FEUF.
- 56 Av fast rättspraxis framgår att den tolkning av en unionsbestämmelse som domstolen gör, vid utövandet av sin behörighet enligt artikel 267 FEUF, innebär att den aktuella bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde klagörs och förtydligas, såsom den ska tolkas eller skulle ha

tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande. Av detta följer att den på detta sätt tolkade bestämmelsen kan och ska tillämpas av den nationella domstolen även på rättsförhållanden som har uppkommit innan den dom som avser begäran om förhandsavgörande har meddelats, om villkoren för att väcka talan vid behörig domstol om tillämpningen av nämnda bestämmelse i övrigt är uppfyllda (dom av den 24 november 2020, Openbaar Ministerie (Urkundsförfalskning), C-510/19, EU:C:2020:953, punkt 73 och där angiven rättspraxis).

- 57 Det är endast i undantagsfall som domstolen, med tillämpning av den allmänna rättssäkerhetsprincip som ingår i unionens rättsordning, kan se sig föranledd att begränsa berörda personers möjlighet att åberopa en av domstolen tolkad bestämmelse i syfte att ifrågasätta rättsförhållanden som har tillkommit i god tro. För att en sådan begränsning ska kunna komma i fråga ska två väsentliga kriterier vara uppfyllda, nämligen att de berörda handlat i god tro och att det föreligger en risk för allvarliga störningar (dom av den 24 november 2020, Openbaar Ministerie (Urkundsförfalskning), C-510/19, EU:C:2020:953, punkt 74 och där angiven rättspraxis).
- 58 För det första, vad gäller kriteriet att de berörda handlat i god tro, kan det konstateras att domstolens tolkning av unionsrätten i förevarande dom utgör en förlängning av domstolens och tribunalens fasta praxis avseende den direkta effekten av artikel 102 FEUF och de konsekvenser som följer därav. TDF och Tivana kan inte med framgång göra gällande att de kunde förvänta sig att den företagskoncentration som är aktuell i det nationella målet inte skulle prövas mot bakgrund av artikel 102 FEUF på grund av en objektiv och betydande osäkerhet beträffande den rättsliga räckvidden av denna artikel i EUF-fördraget.
- 59 För det andra påpekar domstolen att varken begäran om förhandsavgörande eller de yttranden som ingetts till domstolen innehåller några uppgifter som visar att domstolens tolkning i förevarande dom medför en risk för allvarliga störningar, eftersom det inte anges exakt hur många rättsförhållanden som kan påverkas av denna tolkning.
- 60 Domstolens tolkning av unionsrätten i förevarande dom avser dessutom möjligheten för en nationell konkurrensmyndighet att mot bakgrund av artikel 102 FEUF pröva en koncentration som saknar gemenskapsdimension, i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 139/2004, som understiger de tröskelvärden för förhandskontroll som föreskrivs i nationell rätt och som inte har föranlett ett hänskjutande till kommissionen enligt artikel 22 i denna förordning. En sådan tolkning innebär inte nödvändigtvis att en sådan transaktion riskerar att ifrågasättas, vilket skulle innebära ett intrång i äganderätten och avsevärda ekonomiska konsekvenser.
- 61 Det kan således inte heller anses styrkt att det föreligger en risk för allvarliga störningar som kan motivera en begränsning av domens rättsverkningar i tiden.
- 62 Det saknas således anledning att begränsa domens rättsverkningar i tiden.

Rättegångskostnader

- 63 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

Artikel 21.1 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer,

ska tolkas så,

att den inte utgör hinder för att en företagskoncentration, som inte har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1 i denna förordning, som ligger under de tröskelvärden för obligatorisk förhandskontroll som föreskrivs i nationell rätt och som inte har gett upphov till något hänskjutande till kommissionen i enlighet med artikel 22 i denna förordning, undersöks av en medlemsstats nationella konkurrensmyndighet såsom ett eventuellt missbruk av dominerande ställning som är förbjudet enligt artikel 102 FEUF med hänsyn till konkurrensstrukturen på en nationell marknad.

Underskrifter