



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 13. oktober 2022¹

Sag C-449/21

**Towercast
mod**

**Autorité de la concurrence,
Ministère de l'Économie,**

Procesdeltagere:

Tivana Topco S.A.,

Tivana Midco S.A.R.L.,

TDF Infrastructure Holding S.A.S.,

TDF Infrastructure S.A.S.,

Tivana France Holdings S.A.S.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig))

»Konkurrence – kontrol af virksomhedssammenlægninger (»fusionskontrol«) – artikel 21 i forordning nr. 139/2004 (»EF-fusionsforordningen«) – udelukkende anvendelse af fusionskontrollovgivningen – national fusionskontrol – manglende opnåelse af tærskelværdierne – artikel 102 TEUF – misbrug af dominerende stilling – direkte virkning – forordning (EF) nr. 1/2003«

Indhold

I.	Indledning	2
II.	Retsgrundlag	3
	A. Afledt EU-ret	3
	1. Forordning (EF) nr. 139/2004	3
	2. Forordning (EØF) nr. 4064/89	4

¹ – Originalsprog: tysk.

B. National lovgivning	5
III. Sagens faktiske omstændigheder og anmodningen om præjudiciel afgørelse	5
IV. Retlig bedømmelse	7
A. Forholdet mellem fusionsforordningens artikel 21 og artikel 102 TEUF	7
1. Bestemmelse af fusionsforordningens anvendelsesområde i fusionsforordningens artikel 21	7
2. Direkte virkning af artikel 102 TEUF	8
B. Den EU-retlige beskyttelse mod fordrejning af konkurrencen – funktion og systematik	9
C. Betydningen af Continental Can-dommen og retssikkerhed	12
V. Forslag til afgørelse	15

I. Indledning

1. Med sit præjudicielle spørgsmål om forholdet mellem reglerne for den forudgående fusionskontrol og den efterfølgende misbrugskontrol i henhold til artikel 102 TEUF ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en national konkurrencemyndighed har mulighed for efterfølgende at prøve en fusion, som er foretaget af en virksomhed med en dominerende stilling på markedet, ud fra kriterierne i artikel 102 TEUF, hvis denne fusion ikke når tærsklerne for en obligatorisk forudgående kontrol i forordning (EF) nr. 139/2004 (herefter »fusionsforordningen«)² og i national ret, og der derfor ikke har fundet en tilsvarende forudgående kontrol sted.

2. Tvisten i hovedsagen drejer sig konkret om spørgsmålet om en supplerende eller udfyldende anvendelse af artikel 102 TEUF i forhold til de nationale regler om fusionskontrol. Med det præjudicielle spørgsmål ønskes det nærmere bestemt oplyst, om fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, bevirker, at fusioner udelukkende skal prøves i forhold til kriterierne i lovgivningen om fusionskontrol, og en parallel eller efterfølgende anvendelse af artikel 102 TEUF er udelukket (såkaldt »blokerende virkning«). For at bestemme disse reglers indbyrdes forhold nærmere er det nødvendigt at se på deres respektive retlige natur og funktion i det EU-retlige system for beskyttelse af konkurrencen på det indre marked og dette systems grundlæggende mål.

3. Til dette formål vil jeg efter fremlæggelsen af retsgrundlaget (II) og de faktiske omstændigheder (III) diskutere forholdet mellem fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, og artikel 102 TEUF under hensyntagen til sidstnævnte bestemmelses plads i retsreglernes rangfølge og dens direkte virkning (IV.A). Derefter vil jeg efterprøve resultatet af denne analyse ud fra målsætningerne for det EU-retlige system til beskyttelse mod fordrejning af konkurrencen (IV.B). Endelig vil jeg behandle spørgsmålet om, hvorvidt det fundne resultat kan bringes i overensstemmelse med Domstolens hidtidige praksis og retssikkerhedsprincippet (IV.C).

² – Rådets forordning af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 24, s. 1).

II. Retsgrundlag

A. Afledt EU-ret

1. Forordning (EF) nr. 139/2004

4. Følgende fremgår af anden og sjette betragtning til fusionsforordningen:

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

(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. [...]

5. Syvende betragtning til fusionsforordningen indeholder følgende udtalelse om retsgrundlaget:

»Artikel 81 og 82 er ikke tilstrækkelige til at kontrollere alle de transaktioner, der kan vise sig at være uforenelige med den i traktaten omhandlede ordning med ufordrejet konkurrence. Denne forordning bør derfor ikke alene baseres på traktatens artikel 83, men i særdeleshed også på artikel 308 [...].«

6. Ottende og niende betragtning til fusionsforordningen omhandler kompetencefordelingen og anvendelsesområdet for fusionsforordningen:

»(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. [...] De fusioner, der ikke er omfattet af denne forordning, henhører i princippet under medlemsstaternes kompetence.

(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. [...]

7. Fusionsforordningens artikel 1 fastsætter fusionsforordningens anvendelsesområde, bl.a. i henhold til tærskelværdierne for omsætningen i stk. 2:

»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 [...]

8. I fusionsforordningens artikel 3 defineres begrebet »fusion«:

»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. [...]«

9. Fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, omhandler afgrænsningen af fusionsforordningens anvendelsesområde i forhold til andre EU-retsakter:

»Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, og Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [...] finder ikke anvendelse undtagen på joint ventures uden fællesskabsdimension, hvis oprettelse har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd. [...]«

10. Endelig har fusionsforordningens artikel 22 bl.a. følgende ordlyd:

»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. [...]

[...]

3. [...] Den eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen, ophører med at anvende deres nationale konkurrencelovgivning på fusionen. [...]«

2. Forordning (EØF) nr. 4064/89

11. Forordning (EØF) nr. 4064/89³ er forgængerforordningen til den aktuelt gældende fusionsforordning.

12. Følgende fremgik af sjette til ottende betragtning til denne forordning:

- »(6) artikel 85 og 86 er, selv om de efter Domstolens retspraksis finder anvendelse på visse sammenslutninger, ikke tilstrækkelige til at omfatte alle de transaktioner, der vil kunne vise sig at være uforenelige med den ordening uden konkurrenceforvridning, som Traktaten tilsigter;
- (7) der skal derfor skabes nye retlige rammer i form af en forordning, der muliggør en effektiv kontrol med alle sammenslutninger på baggrund af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste forordning, der finder anvendelse på sådanne sammenslutninger;

³ – Rådets forordning af 21.12.1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1989, L 395, s. 1), herefter »forordning nr. 4064/89«.

(8) denne forordning bør derfor ikke alene baseres på 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 [...]«

13. Artikel 22 i forordning nr. 4064/89 indeholdt i stk. 1 og 2 forgængerbestemmelsen til fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, og i stk. 3 forgængerbestemmelsen til fusionsforordningens artikel 22:

»1. Kun denne forordning finder anvendelse på sammenslutninger efter artikel 3.

2. Forordning nr. 17, (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 finder ikke anvendelse på sammenslutninger efter artikel 3.

3. Hvis Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat fastslår, at en sammenslutning 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. [...]«

B. National lovgivning

14. Artikel L. 490-9 i den franske code de commerce (handelsloven) har bl.a. følgende ordlyd:

»Med henblik på anvendelsen af artikel 81 til 83 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab råder [bl.a.] konkurrencemyndigheden [...] over de respektive beføjelser, som tillægges den ved denne lovs bestemmelser og ved forordning (EF) nr. 139/2004 [...] og forordning (EF) nr. 1/2003 [...]. De er omfattet af de procesregler, som er fastsat i disse tekster.«

15. Også fransk ret fastsætter en forudgående kontrol af fusioner. Begrebet »fusion« er defineret i handelslovens artikel L. 430-1. Dennes artikel L. 430-2 fastlægger de omsætningstærskelværdier, hvorfra fusionskontrollovgivningen finder anvendelse.

16. Handelslovens artikel L. 430-9 bestemmer desuden, at:

»I tilfælde af misbrug af en dominerende stilling [...] kan konkurrencemyndigheden ved begrundet afgørelse pålægge den pågældende virksomhed eller virksomhedskoncern inden for en bestemt frist at ændre, supplere eller opsige alle aftaler og handlinger, hvormed koncentrationen af den økonomiske styrke har fundet sted, og som har muliggjort misbruget [...]«

III. Sagens faktiske omstændigheder og anmodningen om præjudiciel afgørelse

17. Hovedsagen og den præjudicielle anmodning er baseret på et søgsmål, som er rejst af det franske selskab Towercast S.A.S.U. med hjemsted i Paris (Frankrig) (herefter »Towercast«) til prøvelse af en afgørelse fra den franske Autorité de la concurrence (herefter »den franske konkurrencemyndighed«), hvorved denne afviste Towercasts klage over misbrug af dominerende stilling fra det franske selskab TDF Infrastructure Holding S.A.S.' side (herefter »TDF«)⁴.

⁴ – TDF er ifølge den forelæggende rets konstateringer et datterselskab af det luxembourgske selskab Tivana Topco S.A.

18. Den 15. november 2017 indgav Towercast en klage til den franske konkurrencemyndighed vedrørende TDF's (kontrollerende) overtagelse af selskabet Itas S.A.S. den 13. oktober 2016. Towercast gjorde gældende, at denne overtagelse udgjorde misbrug af en dominerende stilling, idet den hindrede konkurrencen på de forudgående og efterfølgende engrosmarkeder for transmission af jordbaseret digitalt TV (Digital Video Broadcasting – DVB-T), idet den i betydelig grad styrkede TDF's allerede dominerende stilling på disse markeder.

19. Det franske marked for jordbaseret TV, som TDF oprindeligt havde et lovbestemt monopol på, blev liberaliseret i begyndelsen af 2004. I de forløbne år er der imidlertid igen sket en stærk koncentration, således at der på tidspunktet for den omtvistede overtagelse kun var tre selskaber, der var aktive på dette marked, nemlig Towercast, Itas og TDF, hvoraf TDF ubestridt havde langt de største markedsandele.

20. TDF's erhvervelse af Itas lå under de tærskler, der er fastsat i artikel 1 i forordning nr. 139/2004 og i handelslovens artikel L. 430-2, og den var derfor ikke genstand for en forudgående kontrol ved Kommissionen eller den franske konkurrencemyndighed. Den blev heller ikke genstand for en henvisning til Kommissionen som omhandlet i fusionsforordningens artikel 22.

21. Ved afgørelse af 16. januar 2020 afviste den franske konkurrencemyndighed Towercasts klage med den begrundelse, at den foreholdte praksis med misbrug af dominerende stilling ikke var godtgjort. TDF har ganske vist en sådan stilling. Vedtagelsen af forordning nr. 4064/89 har imidlertid skabt en klar skillelinje mellem fusionskontrollen på den ene side og kontrollen med konkurrencebegrænsende praksis i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF på den anden side, således at det alene og udelukkende er fusionsforordningen, der finder anvendelse på fusioner som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3. Dette bevirker, at artikel 102 TEUF ikke længere finder anvendelse, når der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd, der er adskilt fra fusionen. Dette er imidlertid ikke tilfældet i denne sag.

22. Towercast har indbragt denne afgørelse for Cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig).

23. Ved kendelse af 1. juli 2021, modtaget den 21. juli 2021, har Cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris) i henhold til artikel 267 TEUF, navnlig med henvisning til den forskellige anvendelse af fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, i medlemsstaterne, forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Skal [fusionsforordningens] artikel 21, stk. 1 [...] fortolkes således, at den 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?«

24. Towercast, den franske konkurrencemyndighed, Frankrig, Italien, Nederlandene, Europa-Kommissionen, TDF og Tivana Topco har indgivet skriftlige indlæg og deltog – med undtagelse af Italien – i retsmødet den 6. juli 2022.

IV. Retlig bedømmelse

A. Forholdet mellem fusionsforordningens artikel 21 og artikel 102 TEUF

1. Bestemmelse af fusionsforordningens anvendelsesområde i fusionsforordningens artikel 21

25. Fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, regulerer fusionsforordningens anvendelsesområde med hensyn til kontrol af fusioner i forhold til henholdsvis i afgrænsning til gyldigheden af Unionens øvrige afledte konkurrenceretlige regler. Denne bestemmelse udelukker bl.a. udtrykkeligt anvendeligheden af forordning nr. 1/2003⁵ på fusioner, medmindre der er tale om (kooperative) »joint ventures uden fællesskabsdimension, hvis oprettelse har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd« og derfor er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF.

26. Tilsvarende bekræftede Domstolen i Austria Asphalt-dommen, at alene fusionsforordningen finder anvendelse på kontrol med fusioner, og udelukkede anvendelsen af forordning nr. 1/2003⁶. Sidstnævnte forordning finder herefter kun anvendelse på den adfærd hos virksomheder, der, som kooperative joint ventures, uden at skulle kvalificeres som fusion ikke desto mindre kan føre til en koordinering mellem dem, der er i strid med artikel 101 TEUF⁷. Austria Asphalt-dommen indeholder således intet generelt udsagn om forholdet mellem reglerne om fusionskontrol på den ene side og artikel 101 TEUF og 102 TEUF på den anden side.

27. Den i fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, fastsatte udelukkelse af anvendelsen af forordning nr. 1/2003 på fusioner besvarer derimod ikke spørgsmålet om anvendelsen af artikel 102 TEUF. Det er endnu vigtigere at besvare dette spørgsmål, hvis den pågældende fusion som i den foreliggende sag hverken når de EU-retlige eller de nationale tærskler for forudgående kontrol og heller ikke er blevet henvist til Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 22, og der således ikke finder en forudgående kontrol sted i forhold til reglerne om fusionskontrol⁸.

28. Ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, udelukker anvendelse af artikel 102 TEUF, vejer især sidstnævnte bestemmelses primærretlige karakter og direkte virkning tungt.

⁵ – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003, L 1, s. 1), herefter »forordning nr. 1/2003«.

⁶ – Dom af 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 32): »Som det følger af artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, er denne forordning den eneste, der finder anvendelse på fusioner som defineret i forordningens artikel 3, og på hvilke forordning nr. 1/2003 principielt ikke finder anvendelse.« Denne sag omhandlede et joint venture-selskab med karakter af selvstændigt fungerende virksomhed som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3, stk. 4, som opfyldte fusionsbegrebet. Jf. også dom af 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), og kendelse af 29.1.2020, Silgan Closures og Silgan Holdings mod Kommissionen (C-418/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:43, præmis 50).

⁷ – Dom af 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 33), og af 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 57).

⁸ – Jf. i denne forbindelse Rettens dom af 13.7.2022, Illumina mod Kommissionen (T-227/21, EU:T:2022:447).

2. Direkte virkning af artikel 102 TEUF

29. Artikel 102 TEUF er en primærretlig norm, hvis direkte virkning Domstolen længe har anerkendt⁹.

30. Desuden følger det af princippet om retsreglernes rangfølge¹⁰ og af det deraf følgende kollisionsretlige princip *lex superior derogat legi inferiori*, at en afledt bestemmelse hverken kan begrænse anvendelsesområdet for eller den direkte virkning af en bestemmelse i den primære ret, men tværtimod skal respektere dennes forskrifter og eventuelt skal fortolkes begrænsende i lyset af denne bestemmelse¹¹.

31. Fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, kan af denne grund ganske vist udelukke anvendelsen af forordning nr. 1/2003, som bl.a. tjener til gennemførelse af artikel 102 TEUF¹², på fusioner. Uanset dette, og i modsætning til den franske konkurrencemyndigheds opfattelse, har forbuddet i artikel 102 TEUF imidlertid fortsat direkte virkning, og der er ikke blokeret for at håndhæve det. Dette forbud er tilstrækkeligt klart, præcist og ubetinget, og der er derfor ikke behov for en afledt regel, som udtrykkeligt anordner eller tillader, at de nationale myndigheder og domstole anvender det¹³.

32. Den direkte virkning af artikel 102 TEUF giver borgerne mulighed for at håndhæve de rettigheder, de derved tillægges, over for de nationale myndigheder og domstole; dette afspejler disse statslige instansers pligt til at beskytte disse rettigheder¹⁴. Domstolen har desuden udledt af denne direkte virkning af artikel 101 TEUF og 102 TEUF og den dermed forbundne forrang, at de nationale konkurrencemyndigheder er forpligtet til at undlade at anvende modstridende nationale bestemmelser¹⁵.

33. Hvis den direkte virkning af artikel 102 TEUF imidlertid indebærer, at de nationale instanser sågar har pligt til at anvende den, kan en afledt bestemmelse som fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, i denne forbindelse endnu mindre have den blokerende virkning, som den franske konkurrencemyndighed har argumenteret for.

34. Dette ændres ikke af denne bestemmelses ordlyd, som anvender begrebet »kun« (tysk »allein«)¹⁶. Dette gælder ligeledes for formuleringen i sjette betragtning til fusionsforordningen, hvorefter denne »skal være den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner [som defineret i artikel 3]«¹⁷.

⁹ – Jf. blot dom af 21.3.1974, *BRT og Belgische Vereniging der Auteurs, Componisten en Uitgevers* (127/73, EU:C:1974:25, præmis 15 og 16), af 5.6.2014, *Kone m.fl.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 20), og af 14.3.2019, *Skanska Industrial Solutions m.fl.* (C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 24).

¹⁰ – Jf. dom af 26.6.2012, *Polen mod Kommissionen* (C-335/09 P, EU:C:2012:385, præmis 127).

¹¹ – Jf. vedrørende fortolkning i overensstemmelse med bestemmelserne i den primære ret: dom af 20.1.2021, *Kommissionen mod Printeos* (C-301/19 P, EU:C:2021:39, præmis 70 ff.).

¹² – Jf. første betragtning til forordning nr. 1/2003.

¹³ – Jf. i denne retning dom af 11.4.1989, *Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, præmis 32).

¹⁴ – Særligt tydeligt i dom af 20.9.2001, *Courage og Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 19-24).

¹⁵ – Dom af 9.9.2003, *CIF* (C-198/01, EU:C:2003:430, præmis 49 og 50), med henvisning til dom af 22.6.1989, *Costanzo* (103/88, EU:C:1989:256, præmis 31).

¹⁶ – Jf. f.eks. også »alone« i den engelske version, »seul« i den franske version, »solo« i den italienske version og »uitsluitend« i den nederlandske version.

¹⁷ – Jf. også syvende betragtning til forordning nr. 4064/89.

35. Dette bekræftes også af valget af artikel 103 TEUF – foruden artikel 352 TEUF – som retsgrundlag for fusionsforordningen¹⁸. Som Domstolen allerede har fastslået, er også fusionsforordningen en del af et lovgivningskompleks, der har til formål at gennemføre artikel 101 TEUF og 102 TEUF og sikre, at konkurrencen inden for EU's indre marked ikke fordrejes¹⁹. Dette viser igen, at denne forordning ikke er på samme niveau som artikel 101 TEUF og 102 TEUF inden for retsreglernes rangfølge og som gennemførelsesbestemmelse heller ikke kan modificere anvendelsesområdet for disse referencenormer, for slet ikke at tale om at begrænse det.

36. Da fravigende regler i national ret på grund af EU-rettens forrang ikke kan være til hinder for gennemførelsen af artikel 102 TEUF, og da denne skal fortolkes ensartet i hele Unionen²⁰, er også Towercasts, TDF's og Tivana Topcos henvisning til, at den muligvis anvendes forskelligt i de nationale retsordener, irrelevant og kan ikke have indflydelse på besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål.

37. Med hensyn til det argument, som navnlig TDF har anført, at der ikke efterfølgende gennem anvendelse af artikel 102 TEUF kan rejses tvivl om en fusion, der ligger under tærskelværdierne og derfor ikke skal anmeldes, vil jeg supplerende bemærke, at de tærskelværdier, der er fastsat i fusionsforordningens artikel 1 eller i tilsvarende nationale regler lige så lidt som fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, kan begrænse eller udelukke den direkte virkning af artikel 102 TEUF.

38. Dette følger også af tærskelværdiernes funktion. For det første regulerer de kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder og bestemmer i tilknytning hertil den lovgivning, der finder anvendelse på kontrollen af fusionen²¹. For det andet er de baseret på lovgivers vurdering og den hertil knyttede afkræftelige formodning om, at fusioner, der overstiger bestemte omsætningstærskler, har særlig betydning og kan have skadelig indvirkning på markedsstrukturen og konkurrencen og derfor bør underkastes en forudgående kontrol fra myndighedernes side²². Omvendt indebærer manglende opnåelse af disse omsætningstærskler en formodning om, at den pågældende fusion ikke kræver en sådan forudgående kontrol. Tærskelværdierne som sådan siger imidlertid ikke noget om, hvorvidt det i visse tilfælde er muligt at foretage en efterfølgende kontrol af den adfærd, som virksomheder med dominerende stilling udviser i forbindelse med en fusion, på grundlag af artikel 102 TEUF.

B. Den EU-retlige beskyttelse mod fordrejning af konkurrencen – funktion og systematik

39. Artikel 102 TEUF's stilling i retsreglernes rangfølge og dens direkte virkning, som er beskrevet i punkt 29-38, er egentlig tilstrækkelig til at begrunde, at dens anvendelse på fusioner ikke kan udelukkes ved fusionsforordningens artikel 21, stk. 1. Derudover taler også funktionen og systematikken i den EU-retlige beskyttelse mod fordrejning af konkurrencen på det indre marked til fordel for en komplementær anvendelse af artikel 102 TEUF på en fusion.

¹⁸ – Jf. syvende betragtning til fusionsforordningen.

¹⁹ – 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), samt mit forslag til afgørelse Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 35).

²⁰ – Dom af 9.9.2003, CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, præmis 49 og 50). Jf. også dom af 13.2.1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4, præmis 6).

²¹ – Jf. ottende og niende betragtning til fusionsforordningen.

²² – Jf. tredje til femte og ottende betragtning til fusionsforordningen.

40. Mens fusionsforordningen fastsætter et system for den obligatoriske, forebyggende forhåndskontrol for ændringer af markedets struktur, er virksomheders adfærd på markedet – enten i form af samordnet praksis eller ensidige handlinger – i henhold til forordning nr. 1/2003 kun underlagt en repressiv efterfølgende kontrol. Denne funktion blev yderligere styrket med ordningen med en direkte anvendelig undtagelse, som blev indført med denne forordning, idet den på grundlag af den (nu fuldstændige) direkte virkning af artikel 101 TEUF og 102 TEUF i vidt omfang overdrog kontrol- og gennemførelsesopgaverne til de nationale myndigheder og domstole (decentralisering)²³. Disses skønsbeføjelse i forbindelse med gennemførelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF begrænses imidlertid på den anden side af principperne om direkte virkning og forrang²⁴.

41. Den *forebyggende* fusionskontrols selvstændige karakter fremhæves ganske vist i sjette betragtning til fusionsforordningen²⁵. Ifølge denne betragtning skal forordningen som »særligt retsinstrument« være det »eneste« instrument til den retlige bedømmelse af fusioners indvirkning på konkurrencen på det indre marked²⁶. Desuden har Domstolen modsat sig en ulovlig udvidelse af anvendelsesområdet for denne forordning til transaktioner, der ikke bidrager til at gennemføre en fusion²⁷. Dermed satte den en stopper for, at forordningens bestemmelser kunne række ind i andre af konkurrencerettens reguleringsområder²⁸.

42. Deraf kan det i modsætning til den franske regerings og den franske konkurrencemyndigheds opfattelse ikke konkluderes, at fusionsforordningen har endelig karakter af *lex specialis*.

43. Dette følger heller ikke af, at bl.a. forordning nr. 1/2003 i henhold til fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, ikke finder anvendelse. Det fremgår ganske vist af denne, at kontrollen med eventuelle konkurrencefordrejende virkninger af en fusion primært er henlagt til fusionskontrollovgivningen som en særlig ordning i forhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Dette udelukker imidlertid ikke muligheden for en efterfølgende kontrol af den adfærd, som en virksomhed med dominerende stilling udviser i forbindelse med en sådan fusion. I øvrigt er det retligt ikke muligt for lovgiver at vedtage en afledt retsregel, som udelukker anvendelsen af artikel 102 TEUF, som har højere rang og direkte virkning.

44. Det taler også til fordel for at anvende artikel 102 TEUF ved siden af fusionsforordningen, at denne – som det fremgår af syvende betragtning til forordningen – ikke kun er støttet på artikel 103 TEUF, men også på beføjelsen til at supplere traktaterne i artikel 352 TEUF. Sjette betragtning til forordning nr. 4064/89 (ovenfor, punkt 12) bekræfter dette, idet den præciserer, at indførelsen af en fusionskontrolordning havde til formål at lukke huller i systemet til beskyttelse mod fordrejning af konkurrencen med hensyn til fusioner.

²³ – Jf. fjerde betragtning til og artikel 5 og 6 i forordning nr. 1/2003.

²⁴ – Således kan de nationale konkurrencemyndigheder til forskel fra Kommissionen navnlig ikke indstille undersøgelsen af den adfærd, som virksomheder med dominerende stilling udviser, på grund af manglende »fællesskabsdimension«; jf. blot dom af 4.3.1999, Ufex m.fl. mod Kommissionen (C-119/97 P, EU:C:1999:116, præmis 88 og 89), samt Rettens dom af 16.5.2017, Agria Polska m.fl. mod Kommissionen (T-480/15, EU:T:2017:339, præmis 34 ff.), og af 13.7.2022, Design Light & Led Made in Europe og Design Luce & Led Made in Italy mod Kommissionen (T-886/19, ikke trykt i Sml., EU:T:2022:442, præmis 38 ff.).

²⁵ – Jf. også syvende betragtning til forordning nr. 4064/89.

²⁶ – Jf. også kendelse af 29.1.2020, Silgan Closures og Silgan Holdings mod Kommissionen (C-418/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:43, præmis 50).

²⁷ – Dom af 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 58).

²⁸ – Jf. også generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, punkt 68 og 69). Se desuden mit forslag til afgørelse Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 37) og Rettens dom af 20.11.2002, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen (T-251/00, EU:T:2002:278, præmis 77-79).

45. Omvendt viser Domstolens faste praksis, at artikel 102 TEUF har et bredt anvendelsesområde, især da dens eksempler på regulering for adfærd, der udgør misbrug, ikke er udtømmende²⁹. Tilsvarende kan også en adfærd, som udvises af virksomheder med dominerende stilling i forbindelse med forberedelse eller gennemførelse af overtagelsen af en konkurrent være omfattet af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde og dens direkte virkning. Dette gælder så meget desto mere, som misbrug i form af fortrængning af en konkurrent fra markedet kan have mange forskellige former³⁰, og en dominerende virksomhed er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked³¹.

46. Til forskel fra, hvad TDF, Tivana Topco, den franske konkurrencemyndighed samt den franske og den nederlandske regering har gjort gældende, er dette resultat absolut i overensstemmelse med mit forslag til afgørelse³² og Domstolens *Austri Asphalt*-dom³³. I den pågældende sag drejede det sig nemlig alene om at afgrænse fusionsforordningens anvendelsesområde fra anvendelsesområdet for forordning nr. 1/2003 med hensyn til den forudgående kontrol af en fusion, som omhandlede dannelse af et joint venture-selskab med karakter af selvstændigt fungerende virksomhed. Derimod omhandlede sagen ikke spørgsmål om en eventuel efterfølgende kontrol af fusionen eller de involverede virksomheders adfærd, navnlig i forhold til artikel 102 TEUF³⁴.

47. I modsætning til den franske konkurrencemyndigheds, den franske regerings, Tivana Topcos og TDF's samt den forelæggende rets opfattelse er henvisningsmekanismen i fusionsforordningens artikel 22, hvorved Kommissionen efter anmodning fra medlemsstaterne undtagelsesvis har kompetence til at behandle enhver fusion, der ikke har fællesskabsdimension, heller ikke relevant for fortolkningen af forholdet mellem fusionsforordningens artikel 21, stk. 1, og artikel 102 TEUF³⁵. Som afledt norm kan fusionsforordningens artikel 22 nemlig heller ikke levere en begrundelse for at udelukke, at artikel 102 TEUF har direkte virkning i et tilfælde som det foreliggende (ovenfor, punkt 29-33).

48. Den komplementære anvendelse af artikel 102 TEUF kan tværtimod ligesom anvendelsen af fusionsforordningens artikel 22 bidrage til den effektive beskyttelse af konkurrencen på det indre marked, hvis konkurrenceretligt problematiske fusioner ikke opnår de fusionskontrolretlige tærskelværdier og derfor principielt ikke er underlagt en forudgående kontrol. Som den italienske regering og Kommissionen har påpeget, har der nemlig i de forløbne år manifesteret sig et hul i beskyttelsen i den konkurrenceretlige dækning og kontrol af overtagelser af innovative opstartsvirksomheder, f.eks. inden for internettjenester, lægemiddelindustrien og medicinsk teknik (såkaldte »killer acquisitions«). Dette vedrører situationer, hvor etablerede og markedsstærke virksomheder overtager opadstræbende, men endnu ikke så omsætningsstærke virksomheder, som opererer på de samme markeder, nabomarkeder eller før- og eftermarkeder, i en tidlig udviklingsfase for at udelukke dem som konkurrenter og konsolidere deres egen stilling

²⁹ – Jf. blot dom af 14.11.1996, *Tetra Pak mod Kommissionen* (C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 37), af 15.3.2007, *British Airways mod Kommissionen* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 57), af 14.10.2010, *Deutsche Telekom mod Kommissionen* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 173), og af 17.2.2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 26).

³⁰ – Meddelelse fra Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EUT 2009, C 45, s. 7).

³¹ – Dom af 30.1.2020, *Generics (UK) m.fl.* (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 153).

³² – Jf. mit forslag til afgørelse *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 36 og 37).

³³ – Dom af 7.9.2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 31-33), og af 31.5.2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 54 ff.).

³⁴ – Dette gælder ligeledes for kendelse af 29.1.2020, *Silgan Closures og Silgan Holdings mod Kommissionen* (C-418/19 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:43, præmis 50).

³⁵ – Jf. i denne forbindelse Rettens dom af 13.7.2022, *Illumina mod Kommissionen* (T-227/21, EU:T:2022:447).

på markedet³⁶. For at sikre en effektiv beskyttelse af konkurrencen også på dette område bør det derfor være muligt for en national konkurrencemyndighed i det mindste at anvende det »svagere«³⁷ instrument, som den repressive efterfølgende kontrol i henhold til artikel 102 TEUF udgør, hvis kriterierne herfor er opfyldt. Dette kan også være nødvendigt i forbindelse med overtagelser på stærkt koncentrerede markeder som markedet i den foreliggende sag, hvis disse har til formål at udelukke konkurrencepresset fra en opadstræbende konkurrent.

49. Dette fører til det spørgsmål, der er omtvistet mellem procesdeltagerne, nemlig om de principper for anvendelsen af artikel 102 TEUF på fusioner, der blev opstillet i *Continental Can-dommen*³⁸, fortsat er gældende.

C. Betydningen af Continental Can-dommen og retssikkerhed

50. På grundlag af de forudgående overvejelser er der i hvert fald behov for at præcisere udsagnene i Domstolens dom i *Continental Can-sagen*.

51. I denne dom fastslog Domstolen bl.a. følgende om anvendelsen af artikel 86 EØF (nu artikel 102 TEUF):

»En fordrejning af konkurrencen, der er forbudt, hvis den udspringer af den adfærd, som er beskrevet i artikel 85, kan ikke blive lovlig, når denne adfærd fuldføres under indflydelse af en dominerende virksomhed og fører til sammenslutning af virksomheder. [...]

Det forhold, at en virksomhed med en dominerende stilling styrker sin stilling således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, dvs. kun lader virksomheder, der er afhængige af den dominerende, bestå, kan altså tænkes at udgøre et misbrug«³⁹.

52. Deraf kan det sågar udledes, at artikel 102 TEUF i fuldt omfang finder anvendelse på kontrollen af fusioner.

53. Denne dom skal imidlertid forstås på baggrund af den daværende retsstilling, navnlig den omstændighed, at Domstolen »i mangel af udtrykkelige bestemmelser«⁴⁰ anså det for nødvendigt at kontrollere fusioner i henhold til artikel 86 EØF for at sikre en tilstrækkelig beskyttelse af fællesmarkedets rigtige funktion. I dag findes der derimod uden tvivl sådanne »udtrykkelige bestemmelser« i form af fusionsforordningen; disse har endvidere ifølge lovgivers vilje udtrykkeligt til formål at lukke det hul i lovgivningen, som Domstolen i sin tid konstaterede⁴¹.

54. I betragtning af den komplementære anvendelse af artikel 102 TEUF, som der argumenteres for ovenfor, med henblik på kontrol af adfærd, der udgør misbrug, i forbindelse med en fusion er denne retspraksis imidlertid ikke blevet helt uden genstand, selv om der er indført et EU-retligt system for fusionskontrollen. Dette bekræftes af såvel syvende betragtning til fusionsforordningen

³⁶ – Jf. nærmere Kommissionens vejledning om anvendelsen af den henvisningsmekanisme, som er fastlagt i fusionsforordningens artikel 22, på visse kategorier af sager (EUT 2021, C 113, s. 1), punkt 9 og 10, samt Rettens dom af 13.7.2022, *Illumina mod Kommissionen* (T-227/21, EU:T:2022:447).

³⁷ – Se allerede mit forslag til afgørelse *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 36).

³⁸ – Dom af 21.2.1973, *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen* (6/72, EU:C:1973:22).

³⁹ – Dom af 21.2.1973, *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen* (6/72, EU:C:1973:22, præmis 25 og 26).

⁴⁰ – Dom af 21.2.1973, *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen* (6/72, EU:C:1973:22, præmis 25).

⁴¹ – Femte til ottende betragtning til fusionsforordningen henholdsvis sjette og syvende betragtning til forordning nr. 4064/89.

(ovenfor, punkt 5), som tilsyneladende refererer til denne retspraksis, som den kendsgerning, at Continental Can-dommen i sin tid fokuserede på traktatens mål om så vidt muligt at opretholde en effektiv og fuldstændig konkurrence inden for fællesmarkedet⁴². Procesdeltagerne har flittigt citeret en kortfattet bemærkning i en fodnote til mit forslag til afgørelse i Austria Asphalt-sagen, hvorefter denne dom »mistede sin relevans«⁴³, men denne bemærkning vedrørte et andet præjudicielt spørgsmål og dermed en anden sagsgenstand (nemlig anvendelsen af artikel 101 TEUF på joint venture-selskaber) og kan derfor ikke generaliseres.

55. Dermed skal det spørgsmål, som procesdeltagerne har stillet, fortsat besvares, nemlig spørgsmålet om betingelserne for, at en komplementær anvendelse af artikel 102 TEUF kommer i betragtning i forbindelse med en fusion, set i lyset af Continental Can-dommen og retssikkerhedsprincippet.

56. I denne forbindelse bør der sondres mellem to situationer, nemlig på den ene side den situation, der ligger til grund for den foreliggende sag, hvor der ikke blev foretaget en forudgående fusionsretlig kontrol, da tærskelværdierne ikke var opnået, og på den anden side en eventuel parallel og successiv »dobbelt kontrol« af en fusion ud fra såvel lovgivningen om fusionskontrol som artikel 102 TEUF.

57. Som beskrevet i punkt 29-48 i dette forslag til afgørelse er det ikke retligt udelukket, at artikel 102 TEUF har direkte virkning på fusioner. Dette gælder uden indskrænkninger i et tilfælde som det foreliggende, hvor der, som det fremgår af punkt 20, ikke blev foretaget en forudgående fusionskontrolretlig kontrol af fusionen, og der altså ikke er risiko for dobbelt kontrol.

58. Det ville imidlertid forholde sig anderledes i den hypotetiske situation, hvor der faktisk var blevet foretaget en forudgående kontrol, hvad enten den var foretaget af den nationale konkurrencemyndighed på grundlag af de nationale regler om fusionskontrol eller af Kommissionen på grundlag af fusionsforordningen. Kan en sådan fusion være genstand for en yderligere efterfølgende kontrol ud fra artikel 102 TEUF?

59. Med henblik på overholdelse af retssikkerhedsprincippet er det vigtigt, at lovgiver principielt ønskede at udelukke en sådan dobbelt kontrol, som det fremgår af fusionsforordningens artikel 21, stk. 1 (ovenfor, punkt 43). Efter min opfattelse er der derfor – selv om artikel 102 TEUF er en primær bestemmelse, som har direkte virkning – plads til at anvende princippet *lex specialis derogat legi generali*.

60. Dette er ikke i strid med princippet om retsreglernes rangfølge, som nævnes i punkt 30 i dette forslag til afgørelse. Artikel 102 TEUF finder ganske vist principielt fortsat anvendelse. Imidlertid ville en fusion, som er godkendt i henhold til de mere specielle regler for fusionskontrol, og hvis indvirkning på markedets struktur og konkurrencevilkårene er blevet erklæret forenelig med det indre marked, som sådan ikke (længere) kun kvalificeres som misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF, medmindre der kan konstateres adfærd fra den berørte virksomheds side, som går ud over dette, og som opfylder dette kriterium. Udtalelserne i Continental Can-dommen, som også i et sådant tilfælde kan misforstås som en mulig dobbelt kontrol af en fusion, bør derfor præciseres på dette punkt.

⁴² – Dom af 21.2.1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, EU:C:1973:22, præmis 25).

⁴³ – C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 37, i fodnote 18.

61. Under hensyntagen til disse krav har de retsvirkninger, der følger af den komplementære anvendelse af fusionskontrollovgivningen og artikel 102 TEUF, langt ringere indvirkning på gennemførelsen af fusioner og på retssikkerheden, end f.eks. den nederlandske regering og TDF har gjort gældende.

62. For det første følger dette af anvendelsen af princippet *lex specialis derogat legi generali*, hvorefter en fusionskontrolretlig godkendelse af fusionen og den ændring af markedets struktur og konkurrencevilkårene, som den indebærer, nødvendigvis udelukker, at der faktisk foreligger misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF (ovenfor, punkt 59 og 60). Derfor kan en sådan fusion heller ikke være genstand for en senere anordning, f.eks. i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, om at opløse den fusionerede virksomhed igen. For det andet kan en efterfølgende kontrol i henhold til artikel 102 TEUF kun omhandle fusioner, som foretages af en virksomhed med dominerende stilling.

63. Dermed reduceres den mulige komplementære anvendelse af artikel 102 TEUF i retspraksis til de tilfælde, som på grund af den pågældende virksomheds markedskræfter på forhånd kræver en konkurrenceretlig kontrol, men ikke er underlagt en forudgående kontrol i henhold til reglerne om fusionskontrol. Og selv i disse tilfælde risikerer de berørte virksomheder i tilfælde af en overtrædelse – i modsætning til nogle af procesdeltagernes frygt – i betragtning af de adfærdsregulerende foranstaltningers forrang og proportionalitetsprincippet som regel ikke efterfølgende at blive pålagt at afvikle fusionen⁴⁴, men kun at blive pålagt en bøde⁴⁵.

64. Afslutningsvis vil jeg med hensyn til retssikkerhedsprincippet behandle Tivana Topcos subsidiære påstand om at begrænse de tidsmæssige virkninger af Domstolens dom.

65. I denne forbindelse vil jeg minde om, at den fortolkning, som Domstolen foretager af EU-retlige regler under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, skal belyse og præcisere betydningen og rækkevidden af disse regler, således som de skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra deres ikrafttræden. 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, som kun foretages i selve Domstolens dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet, skal to hovedbetingelser være opfyldt, nemlig at de berørte parter skal være i god tro, og at der skal være fare for alvorlige forstyrrelser⁴⁶.

66. I den foreliggende sag kan jeg ikke se, at de sidstnævnte betingelser er opfyldt. For det første kan de berørte i betragtning af den faste praksis vedrørende den direkte virkning af artikel 102 TEUF og *Continental Can*-dommen ikke have været i god tro med hensyn til, at denne bestemmelse blev fortolket anderledes end allerede beskrevet ovenfor i punkt 29 ff. For det andet er en risiko for alvorlige forstyrrelser ligeledes udelukket med henblik på det ovenfor i punkt 55 ff. anførte.

⁴⁴ – Vedrørende Kommissionens bemyndigelse til kun undtagelsesvis at pålægge strukturelle foranstaltninger, se artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003.

⁴⁵ – Jf. artikel 23 og 24 i forordning nr. 1/2003.

⁴⁶ – Jf. dom af 22.6.2021, *Latvijas Republikas Saeima (Strafpoint)* (C-439/19, EU:C:2021:504, præmis 132 og 133 og den deri nævnte retspraksis).

67. På denne baggrund foreligger der ikke en overbevisende grund hverken til kategorisk at udelukke anvendelsen af artikel 102 TEUF på et tilfælde som det foreliggende eller til en tidsmæssig begrænsning af Domstolens dom.

V. Forslag til afgørelse

68. I betragtning af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare den præjudicielle anmodning på følgende måde:

»Artikel 21, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) skal fortolkes således, at den ikke forbyder en national konkurrencemyndighed at kontrollere 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, med hensyn til, om den for så vidt angår konkurrencestrukturerne på et nationalt marked udgør misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF.«