

Sag C-449/21

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

21. juli 2021

Forelæggende ret:

Cour d'appel de Paris (Frankrig)

Afgørelse af:

1. januar 2021

Sagsøger:

Towercast

Sagsøgte:

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

Cour d'appel de Paris

Dom af 1. juli 2021

I. Hovedsagens genstand

- 1 Selskabet Towercast (herefter »Towercast«) har anlagt sag ved Cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris, Frankrig) med påstand om annullation af en afgørelse truffet af Autorité de la concurrence (konkurrencemyndighed, Frankrig, herefter »konkurrencemyndigheden«), om ikke at fortsætte undersøgelsen af selskabets TDF's køb af en konkurrerende virksomhed.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

- 2 Artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter »TEUF«) har følgende ordlyd:

»En eller flere virksomheders misbrug af 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.«

- 3 I Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (herefter »forordning nr. 139/2004«) – som erstattede Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (herefter »forordning nr. 4064/89«) – fremgår følgende af 5.-9. samt 20. og 24. betragtning:

(5) Det bør [...] sikres, at strukturændringerne ikke på længere sigt skader konkurrencen. [...]

(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 (EØF) 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 traktatens artikel 5 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 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, som åbner mulighed for, at Fællesskabet tillægges de yderligere beføjelser, der er nødvendige for, at det kan virkeliggøre sine mål [...].

(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. [...]

(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 (EØF) 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.«

4 Artikel 1 i forordning nr. 139/2004 fastsætter forordningens anvendelsesområde som følger:

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

5 Artikel 2, stk. 1 og 4, i forordning nr. 139/2004 bestemmer følgende:

»1. Fusioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af målene for denne forordning og følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

a) nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet, bl.a. under hensyn til alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder beliggende i eller uden for Fællesskabet

[...]

4. I det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd, vurderes denne samordning efter kriterierne i traktatens artikel 81, stk. 1 og 3, for at fastslå, om transaktionen er forenelig med fællesmarkedet.«

6 Artikel 3 fastsætter som følger:

»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.

[...]«.

7 Artikel 21 med overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion« bestemmer som følger:

»1. Kun denne forordning finder anvendelse på fusioner efter artikel 3, og Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [...], (EØF) nr. 1017/68 [...], (EØF) nr. 4056/86 [...] og (EØF) 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.«

8 Artikel 22, som foreskriver en mulighed for henvisning til Europa-Kommissionen, bestemmer som følger:

»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. [...]«

National ret

9 Artikel L.430-2 i code de commerce (handelsloven, herefter »handelsloven«) bestemmer som følger:

»I. - Enhver fusion som omhandlet i artikel L.430-1 er underlagt bestemmelserne i artikel L.430-3 ff. i dette afsnit, når følgende tre betingelser er opfyldt:

- den samlede omsætning på verdensplan for samtlige virksomheder eller grupper af fysiske eller juridiske personer, som deltager i fusionen, overstiger 150 mio. EUR

- den samlede omsætning efter skat i Frankrig for to eller færre af de pågældende virksomheder eller grupper af fysiske eller juridiske personer overstiger 50 mio. EUR

- fusionen er ikke omfattet af anvendelsesområdet for Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [...]«

10 Handelslovens artikel L.430-9 bestemmer som følger:

»I tilfælde af misbrug af en dominerende stilling eller af økonomisk afhængighed kan konkurrencemyndigheden ved begrundet afgørelse pålægge den pågældende virksomhed eller virksomhedskoncern inden for en bestemt frist at ændre, supplere eller opsig alle aftaler og handlinger, hvormed koncentrationen af den økonomiske styrke har fundet sted, og som har muliggjort misbruget, selv om disse handlinger har været genstand for den procedure, der er fastsat i dette afsnit.«

11 Retningslinjerne for fusionskontrol offentliggjort af konkurrencemyndigheden i udgaven fra 2013 præciserer i punkt 314, der vedrører betingelserne for gennemførelse af handelslovens artikel L.430-9, følgende:

»Denne artikel finder anvendelse på ethvert misbrug, der er muliggjort af en fusion, uanset om den har været genstand for en godkendelsesprocedure ved konkurrencemyndigheden eller tidligere ministeren.«

III. De faktiske omstændigheder og tvistens baggrund

- 12 Ved et investeringsmemorandum indgået den 23. juni 2016, som ændret ved et tillæg af 30. juni 2016, erhvervede selskabet TDF Infrastructure samtlige aktier i sin konkurrent, Itas SAS, koncernens holdingselskab, og overtog enekontrollen herover. Efter den pågældende transaktion er der kun to leverandører af tjenesteydelser på det relevante franske marked: TDF og Towercast.
- 13 Erhvervelsen af Itas, der ligger under de tærskler, der er fastsat i forordning nr. 139/2004 og i handelslovens artikel L-430-2, har ikke givet anledning til nogen procedure for forudgående kontrol med fusioner eller til gennemførelse af den procedure for henvisning til Europa-Kommissionen, der er fastsat i artikel 22 i forordning nr. 139/2004.
- 14 Ved skrivelse registreret den 15. november 2017 indgav TowerCast en klage til konkurrencemyndigheden, hvori selskabet gjorde gældende, at TDF's overtagelse af kontrollen med selskabet Itas den 13. oktober 2016 udgjorde et misbrug af dominerende stilling, idet den hindrede konkurrencen på de tidligere og efterfølgende engrosmarkeder for transmission af jordbaseret digitalt TV, idet den i betydelig grad styrkede TDF's allerede dominerende stilling på disse markeder.
- 15 Den 25. juni 2018 blev der fremsendt en meddelelse af klagepunkter til selskaberne i TDF-koncernen (TDF infrastructure, TDF infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco), hvori de blev foreholdt *»den 13. oktober 2016 som en enkelt virksomhed i konkurrencerettens forstand at have misbrugt den dominerende stilling, som DTT havde på det efterfølgende engrosmarked for transmission af jordbaseret digitalt TV, idet de havde overtaget enekontrollen med Ias-koncernen«*, eftersom denne praksis kunne have til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det efterfølgende engrosmarked for transmission af jordbaseret digitalt TV, hvilken praksis er forbudt ved handelslovens artikel L.420-2 og ved artikel 102 TEUF.
- 16 Ved afgørelse nr. 20-D-01 af 16. januar 2020 (herefter *»den anfægtede afgørelse«*) fastslog konkurrencemyndigheden, at den praksis med misbrug af dominerende stilling, som blev foreholdt selskaberne i TDF-koncernen, ikke var godtgjort, og at der derfor ikke var grundlag for at fortsætte proceduren.
- 17 Towercast har anlagt sag til prøvelse af denne afgørelse og har nedlagt påstand om annullation heraf. Selskaberne i TDF-koncernen har nedlagt påstand om, at Cour d'appel de Paris på alle punkter opretholder denne afgørelse og frifinder konkurrencemyndigheden i af TowerCast anlagte søgsmål. Konkurrencemyndigheden, økonomiministeren og anklagemyndigheden, som er

enige i analysen i den anfægtede afgørelse, har ligeledes opfordret den forelæggende ret til at fastslå, at der ikke er grundlag for søgsmålet.

IV. Parternes argumenter

A. Konkurrencemyndigheden

- 18 I den anfægtede afgørelse har konkurrencemyndigheden ligesom for den forelæggende ret anført, at vedtagelsen af forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 139/2004 har skabt en klar skillelinje mellem fusionskontrollen og kontrollen med konkurrencebegrænsende praksis, og at indførelsen af en særlig ordning for fusionskontrol på EU-plan de facto har overflødiggjort anvendelsen af den retspraksis, der følger af »Continental Can«-dommen, som blev afsagt på et tidspunkt, hvor der ikke fandtes noget europæisk system for kontrol med fusioner.
- 19 Konkurrencemyndigheden er i det væsentlige af den opfattelse, at selv om artikel 102 TEUF efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 4064/89 fortsat finder anvendelse på former for misbrug, der kan adskilles fra selve fusionen, er dens anvendelse på en strukturel fusion som omhandlet i forordning nr. 139/2004, selv om den ikke udtrykkeligt er udelukket ved denne forordning, nu blevet uden genstand.
- 20 Konkurrencemyndigheden har ligeledes anført, at artikel 3 i forordning nr. 139/2004, ligesom artikel 3 i forordning nr. 4064/89 før den, definerer en fusion på grundlag af et materielt kriterium og ikke under henvisning til de tærskler, der er fastsat i forordningens artikel 1. Nævnte myndighed har heraf udledt, at det udelukkende er forordning nr. 139/2004, der finder anvendelse på fusioner som defineret i den nævnte artikel 3, hvilket bevirker, at artikel 102 TEUF ikke finder anvendelse på en fusion, når der ikke foreligger en særskilt adfærd fra den pågældende virksomheds side som følge af denne fusion.
- 21 Konkurrencemyndigheden har anlagt samme analyse vedrørende anvendelsen af national ret, der svarer til handelslovens artikel L.420-2, idet den er af den opfattelse, at procedurerne vedrørende konkurrencebegrænsende praksis og proceduren vedrørende kontrol med fusioner er forskellige og indbyrdes uforenelige.

B. TowerCast

- 22 TowerCast har med søgsmålet anfægtet denne fortolkning af bestemmelserne. Selskabet har i det væsentlige henvist til det formål, der siden EØF-traktaten har været forfulgt med henblik på at indføre en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, og har henvist til de principper, der er opstillet i den ovennævnte »Continental Can«-dom, som selskabet fortsat anser for relevante. Tower Cast har anført, at disse principper også er blevet nævnt i flere senere sager (dom af 21.9.2005, EDP mod Kommissionen, T-87/05,

EU:T:2005:333, præmis 46 og 47, og af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 86) og har fremlagt en juridisk udtalelse til støtte for sit anbringende om, at medlemsstaternes myndigheder og retsinstanser i overvejende grad fortsat anvender den retspraksis, der følger af »Continental Can«-dommen.

- 23 Selskabet har desuden påberåbt sig den direkte virkning af artikel 102 TEUF og har gjort gældende, at der for så vidt angår transaktioner, der ligger under tærskelværdierne, består et krav om en efterfølgende kontrol af, om de er forenelige med denne artikel.
- 24 Tower Cast har anført, at selv om forordning nr. 139/2004 og forordning nr. 1/2003 ikke kan anvendes samlet i en og samme sag, finder forordning nr. 139/2004 kun anvendelse på fusioner, der falder inden for dens anvendelsesområde, dvs. fusioner med en fællesskabsdimension eller fusioner, der af de nationale konkurrencemyndigheder eller parter henvises til Kommissionen.
- 25 Som svar på de øvrige parter har selskabet gjort gældende, at en kontrol, der er begrænset til handlinger, der kan adskilles fra misbrug, ikke gør det muligt at ramme de fusioner, der i væsentlig grad hindrer konkurrencen ved væsentligt at styrke erhververens dominerende stilling, og har tilføjet, at den henvisningsordning, der er fastsat i artikel 22 i forordning nr. 139/2004, ikke er tilstrækkelig til at sikre en tilfredsstillende kontrol, eftersom den er frivillig og alene udløser medlemsstaternes skøn. Selskabet har ligeledes anført, at Kommissionen indtil fornylig ikke ønskede at undersøge transaktioner, der lå under de nationale tærskler for kontrol.

C. De øvrige parter i sagen

- 26 Ministre chargé de l'économie (økonominister, Frankrig) er enig i myndighedens analyse. Selskaberne i TDF-koncernen, som er indtrådt i sagen, har ligeledes tilsluttet sig dette. De har endvidere anført, at Domstolen i Austria Asphalt-dommen af 7. september 2017 (C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 30-33) fastslog, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF ikke finder anvendelse på enhver kontrolforanstaltning, der kan kvalificeres som en fusion som omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 139/2004, uafhængigt af, om tærsklerne er overskredet. Endelig har de fremhævet den retsikkerhed, som anvendelsen af artikel 102 TEUF på fusioner som den foreliggende vil medføre, for så vidt som den tillader, at der rejses tvivl om disse fusioner flere år efter deres gennemførelse, ud over risikoen for afvigelser som følge af opsplitning af tvister om fusionskontrol.

V. Den forelæggende rets bedømmelse

- 27 Domstolen fastslog i »Continental Can«-dommen (dom af 21.2.1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22), at »[i] mangel af udtrykkelige bestemmelser kan man ikke gå ud fra, at Traktaten,

der i artikel 85 inden for almindelige sammenslutninger af virksomheder har forbudt visse vedtagelser, der fordrejer konkurrencen, men ikke helt fjerner den, i artikel 86 skulle tillade, at virksomheder, der har dannet en organisk helhed, opnår en så dominerende stilling, at enhver mulighed for virkelig konkurrence i det væsentlige fjernes«. Domstolen udledte heraf, at »[d]et 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, [altså] kan [...] tænkes at udgøre et misbrug«.

- 28 Denne retspraksis fortolkes normalt som en anerkendelse af, at styrkelsen af en dominerende stilling ved ekstern vækst, som risikerer at udelukke enhver væsentlig chance for konkurrence, henset til de forfulgte formål, ikke kan udelukkes fra anvendelsesområdet for artikel 102 TEUF (tidligere artikel 86 i EØF-traktaten), som er en bestemmelse i den primære ret og en bestemmelse med direkte virkning.
- 29 Denne afgørelse blev imidlertid afsagt på et tidspunkt, hvor der i europæisk ret ikke fandtes nogen mekanisme til kontrol af fusioner. Der er siden i EU-retten kommet bestemmelser, som finder anvendelse på fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf betydeligt.
- 30 Det skal bemærkes, at det med henblik på at undgå en dobbelt forudgående og efterfølgende bedømmelse af fusioner, der er omfattet af deres anvendelsesområde, er fastsat i de efterfølgende forordninger om fusionskontrol, at fusioner med »fællesskabsdimension«, der er genstand for en forudgående kontrol, ikke ligeledes kan være omfattet af bestemmelserne i forordningerne (forordning nr. 17 og derefter forordning nr. 1/2003) om anvendelse af de artikler, der forbyder konkurrencebegrænsende praksis (artikel 85 EF og 86 EF, nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF).
- 31 Artikel 3 i forordning nr. 139/2004 giver i øvrigt en materiel definition af begrebet fusion uden henvisning til de tærskler, der er nævnt i artikel 1, og som gør det muligt at definere en fusion med fællesskabsdimension. Udelukkelsen i artikel 21 synes således at kunne finde anvendelse på enhver transaktion, der opfylder definitionen i artikel 3, uden at det har betydning, at den ikke når tærsklerne for obligatorisk kontrol.
- 32 Det præciseres imidlertid i syvende betragtning til forordning nr. 139/2004, at »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 [...]«, således at den forelæggende ret har rejst spørgsmålet, om den fortolkning, der følger af »Continental Can«-dommen, fortsat finder anvendelse på en transaktion som den, der er omhandlet i nærværende sag, og med hensyn til hvilken det er ubestridt, at den opfylder

definitionen i førnævnte artikel 3, idet det i øvrigt bemærkes, at virkningerne for konkurrencen ikke har været genstand for nogen forudgående kontrol.

33 I Domstolens seneste praksis synes der ikke at være taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt undtagelsen i artikel 21 i forordning nr. 139/2004 også finder anvendelse på sådanne fusioner, der ikke har været genstand for en forudgående kontrol.

34 I ovennævnte dom af 7. september 2017 i sag C-248/16, Austria Asphalt, bemærkede Domstolen følgende:

»31. »[Forordningen] udgør 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 EU's indre marked ikke fordrejes.

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 [den forelæggende rets fremhævelse].

33. Sidstnævnte forordning finder derimod anvendelse på den adfærd hos virksomheder, som, uden at den udgør en fusion som omhandlet i forordning nr. 139/2004, ikke desto mindre kan føre til en koordinering mellem dem, der er i strid med artikel 101 TEUF, og som af denne grund er undergivet Kommissionens eller de nationale konkurrencemyndigheders kontrol«.

35 Domstolen synes imidlertid ikke at have præciseret de undtagelser, der kan udledes af det princip, der er opstillet i dommens præmis 32, og heller ikke at have udtalt sig om, hvorvidt den fortolkning, der blev anlagt i »Continental Can«-dommen, stadig kan finde anvendelse, navnlig på fusioner, der ligger under tærsklerne for obligatorisk kontrol, og som ikke har været genstand for en bedømmelse i forbindelse med en obligatorisk forudgående kontrol eller en anmodning om henvisning til Kommissionen i henhold til artikel 22 i forordning nr. 139/2004.

36 Henset til den direkte virkning, der er knyttet til artikel 102 TEUF, og den rækkevidde, der kan tillægges de bestemmelser, der regulerer fusioner (artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004), er den forelæggende ret i tvivl om, hvilken fortolkning der skal anlægges af de sidstnævnte bestemmelser, hvorefter det »principielt« ikke er muligt at foretage en selvstændig anvendelse af konkurrencereglerne i den ovennævnte primære ret på en fusion, der som i det foreliggende tilfælde:

- kan opfylde definitionen i artikel 3 i forordning nr. 139/2004,

- ikke har givet anledning til nogen forebyggende kontrol hverken i henhold til EU-retten eller i henhold til national ret om fusioner

- og som således ikke skaber nogen risiko for en kumulativ anvendelse af forordning nr. 139/2004 og forordning nr. 1/2003 eller for modsigelse som følge af en dobbelt forudgående og efterfølgende bedømmelse.

- 37 Denne fortolkningsvanskelighed bestyrkes af en undersøgelse af de nationale afgørelser, som parterne har påberåbt sig, og hvoraf det fremgår, at der er tale om en uensartet anvendelse af EU-retten.

VI. Begrundelse for forelæggelsen:

- 38 Da Domstolen tilsyneladende ikke allerede har taget stilling til det retsspørgsmål, som er omtvistet i den foreliggende sag, er det, henset til de påpegede fortolkningsforskelle og for at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af EU-retten, nødvendigt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

VII. Det præjudicielle spørgsmål

- 39 Cour d'appel de Paris (appeldomstolen i Paris) har forelagt Den Europæiske Unions domstol følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 21, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner 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?«