

**Asia C-449/21**

**Tiivistelmä unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 98 artiklan 1 kohdan  
nojalla laaditusta ennakkoratkaisupyynnöstä**

**Jättämispäivä:**

21.7.2021

**Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:**

Cour d'appel de Paris (Ranska)

**Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

1.7.2021

**Kantaja:**

Towercast

**Vastaajat:**

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

---

**Cour d'appel de Paris**

**Tuomio 1.7.2021**

**I. Pääasian oikeudenkäynnin kohde**

- 1 TowerCast-niminen yhtiö (jäljempänä TowerCast) on nostanut Cour d'appel de Paris:ssa kumoamiskanteen Ranskan Autorité de la concurrence (kilpailuviranomainen) päätöksestä, jolla kieltäydettiin jatkamasta TDF-yhtiön tekemän kilpailevaa yritystä koskeneen yritysoston tutkimista.

## II. Oikeussäännöt, joihin viitataan

### A. Unionin oikeus

- 2 Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 102 artiklassa määrätään seuraavaa:

”Sisämarkkinoille soveltumattomuutta ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määräävän aseman väärinkäyttö sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.”

- 3 Yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 (jäljempänä asetus N:o 139/2004) – joka on seurannut yrityskeskittymien valvonnasta 21.12.1989 annettua neuvoston asetusta (ETY) N:o 4064/89 (jäljempänä asetus N:o 4064/89) – johdanto-osan 5–9 ja 20–24 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(5) On – – varmistettava, että uudelleenjärjestelyt eivät aiheuta pysyvää vahinkoa kilpailulle. – –

(6) Sen vuoksi on tarpeen erityinen oikeudellinen väline, jolla kaikkia keskittymiä voitaisiin tehokkaasti valvoa niillä yhteisössä esiintyvän kilpailun rakenteeseen olevien vaikutusten kannalta ja joka olisi ainoa tällaisiin keskittymiin sovellettava väline. Neuvoston asetus (ETY) N:o 4064/89 on mahdollistanut yhteisön politiikan kehittymisen tällä alalla. Saatujen kokemusten perusteella on syytä laatia uudelleen mainitun asetuksen säännökset, jotta säännökset voidaan sopeuttaa yhdentyneiden markkinoiden ja Euroopan unionin tulevan laajentumisen aiheuttamiin haasteisiin. Perustamissopimuksen 5 artiklassa tarkoitettujen toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden mukaisesti tässä asetuksessa ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen tavoitteena olevan kilpailun vääristymisen estämiseksi yhteismarkkinoilla vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteen mukaisesti.

(7) Vaikka Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan 81 ja 82 artiklaa voidaan soveltaa tiettyihin keskittymiin, ne eivät ole riittäviä kaiken sellaisen toiminnan valvomiseksi, joka voi osoittautua perustamissopimuksessa edellytettyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomaksi. Tämän vuoksi tämän asetuksen ei tulisi perustua vain perustamissopimuksen 83 artiklaan vaan pääasiallisesti 308 artiklaan, jonka nojalla yhteisö voi lisätä toimivaltaansa tavoitteidensa toteuttamiseksi tarpeellisiin toimiin – –.

(8) Tämän asetuksen säännösten tulisi koskea merkittäviä rakenteellisia muutoksia, joiden vaikutukset markkinoihin ulottuvat jäsenvaltion kansallisten rajojen ulkopuolelle. Tällaisia keskittymiä olisi yleensä tarkasteltava yksinomaan yhteisön tasolla ”yhden luukun” järjestelmää soveltaen ja toissijaisuusperiaatetta noudattaen. Keskittymät, joihin tätä asetusta ei sovelleta, kuuluvat periaatteessa jäsenvaltion toimivaltaan.

(9) Tämän asetuksen soveltamisala olisi määriteltävä keskittymään osallistuvien yritysten maantieteellisen toiminta-alueen mukaan, ja sitä tulisi rajoittaa määrällisin raja-arvoin, jotta se koskisi myös yhteisönlaajuisia keskittymiä. --

(20) On tarkoituksenmukaista määritellä keskittymän käsite siten, että se sisältää toimet, jotka pysyvästi muuttavat keskittymään osallistuvien yritysten valvontaa ja siten markkinoiden rakennetta. --

(24) Jotta varmistettaisiin vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteen mukaisesti harjoitettavan politiikan edistämiseksi vääristymättömän kilpailun järjestelmä yhteismarkkinoilla, tällä asetuksella olisi mahdollistettava kaikkien keskittymien tehokas valvonta niillä kilpailuun yhteisössä olevan vaikutuksen kannalta. Tämän vuoksi asetuksella (ETY) N:o 4064/89 vahvistettiin periaate, jonka mukaan yhteisönlaajuinen keskittymä on todettava yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, jos sillä luodaan sellainen määräävä asema tai vahvistetaan sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyisi.”

4 Asetuksen N:o 139/2004 1 artiklassa vahvistetaan asetuksen soveltamisala seuraavasti:

”1. Tätä asetusta sovelletaan kaikkiin tässä artiklassa tarkoitettuihin yhteisönlaajuisiin keskittymiin, sanotun kuitenkin rajoittamatta 4 artiklan 5 kohdan ja 22 artiklan soveltamista. --”.

5 Asetuksen N:o 139/2004 2 artiklan 1 ja 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

”1. Arvioitaessa, soveltuvatko keskittymät, joihin tätä asetusta sovelletaan, yhteismarkkinoille, noudatetaan tämän asetuksen tavoitteita ja seuraavia säännöksiä.

Arvioinnissa komissio ottaa huomioon:

a) tarpeen ylläpitää ja kehittää tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla muun muassa kaikkien kyseessä olevien markkinoiden rakenteen sekä yhteisön alueelta ja sen ulkopuolelta olevien yritysten todellisen ja mahdollisen kilpailun kannalta;

--

4. Jos 3 artiklassa tarkoitettujen keskittymien muodostavan yhteisyrityksen perustamisen tarkoituksena tai seurauksena on itsenäisinä pysyvien yritysten kilpailukäyttäytymisen yhteensovittaminen, yhteensovittamista arvioidaan perustamissopimuksen 81 artiklan 1 ja 3 kohdan mukaisin perustein sen toteamiseksi, soveltuuko toimi yhteismarkkinoille.”

6 Asetuksen 3 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Keskittymän katsotaan syntyvän, jos määräysvalta siirtyy pysyvästi seurauksena siitä, että

a) kaksi yritystä tai yrityksen osaa tai useampi yritys tai yrityksen osa, jotka ovat aikaisemmin olleet itsenäisiä, sulautuu; taikka

b) yksi tai useampi henkilö, jolla jo on määräysvalta ainakin yhdessä yrityksessä, tai yksi tai useampi yritys hankkii ostamalla osakkeita tai osuuksia taikka varoja, sopimuksella tai muulla tavoin suoran tai välillisen määräysvallan, joka koskee yhtä tai useampaa yritystä kokonaisuudessaan tai jotakin sen tai niiden osaa.

2. Määräysvalta perustuu oikeuksiin, sopimuksiin ja muihin keinoihin, jotka joko erikseen tai yhdessä ja ottaen huomioon asiaan liittyvät tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet antavat mahdollisuuden käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa yrityksessä, ja erityisesti:

a) omistusoikeuteen yrityksen kaikkiin tai joihinkin varoihin taikka niiden käyttöoikeuteen;

b) oikeuksiin tai sopimuksiin, joiden perusteella saadaan ratkaiseva vaikutusvalta yrityksen toimielinten kokoonpanossa, äänestyksissä tai päätöksissä.

3. Määräysvallan ovat saaneet henkilöt tai yritykset, jotka:

a) ovat kyseisten oikeuksien haltijoita tai kyseisten sopimusten mukaisia edunsaajia; taikka

b) olematta kyseisten oikeuksien haltijoita tai kyseisten sopimusten mukaisia edunsaajia voivat käyttää niiden mukaisia oikeuksia.

--”.

7 Asetuksen 21 artiklassa, jonka otsikkona on ”Asetuksen soveltamisala ja toimivalta”, säädetään seuraavaa:

”1. Vain tätä asetusta sovelletaan 3 artiklassa tarkoitettuihin keskittymiin, ja asetuksia (EY) N:o 1/2003, (ETY) N:o 1017/ 68, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N:o 3975/87 ei sovelleta lukuun ottamatta yhteisyrityksiä, jotka eivät ole yhteisönlaajuisia ja joiden tarkoituksena tai seurauksena on itsenäisenä pysyvien yritysten kilpailukäyttäytymisen yhteensovittaminen.

2. Ainoastaan komissiolla on toimivalta tehdä tässä asetuksessa tarkoitettuja päätöksiä yhteisöjen tuomioistuimen valvonnassa.

3. Jäsenvaltio ei saa soveltaa kansallista kilpailulainsäädäntöään yhteisönlaajuiseen keskittymään.”

- 8 Asetuksen 22 artiklassa, jossa säädetään mahdollisuudesta siirtää asia Euroopan komission käsiteltäväksi, säädetään seuraavaa:

”1. Yksi tai useampi jäsenvaltio voi pyytää komissiota tutkimaan 3 artiklassa tarkoitetun keskittymän, joka ei ole 1 artiklassa tarkoitettu yhteisönlaajuinen keskittymä mutta vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja uhkaa vaikuttaa merkittävästi kilpailuun pyynnön esittävän jäsenvaltion tai pyynnön esittävien jäsenvaltioiden alueella. – –”.

### ***B. Kansallinen lainsäädäntö***

- 9 Kauppalain (code de commerce) L.430-2 §:ssä säädetään seuraavaa:

”I.- Tämän luvun L.430-3 §:n ja sitä seuraavien pykälien säännöksiä sovelletaan L.430-1 §:ssä tarkoitettuihin yrityskeskittymiin, jos seuraavat kolme edellytystä täyttyvät:

- yrityskeskittymän osapuolina olevien yritysten tai luonnollisten henkilöiden tai oikeushenkilöiden muodostamien ryhmittymien maailmanlaajuinen kokonaisliikevaihto ilman veroja on yhteensä yli 150 miljoonaa euroa
- vähintään kahden asianomaisen yrityksen tai luonnollisten henkilöiden tai oikeushenkilöiden muodostamien ryhmittymien kokonaisliikevaihto ilman veroja on Ranskassa yli 50 miljoonaa euroa ja
- liiketoimi ei kuulu yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 soveltamisalaan. – –”

- 10 Kauppalain L.430-9 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Jos määräävää asemaa tai taloudellista riippuvuutta on käytetty väärin, Autorité de la concurrence (kilpailuviranomainen) voi määrätä perustellulla päätöksellä kyseisen yrityksen tai konsernin muuttamaan tai täydentämään tietyssä määräajassa kaikkia sopimuksia ja kaikkia toimia, joilla on toteutettu taloudellisen vallan keskittymä, joka on mahdollistanut väärinkäytön, tai purkamaan ne, vaikka nämä toimet olisi käsitelty tämän luvun mukaisessa menettelyssä.”

- 11 Kilpailuviranomaisen julkaisemien yrityskeskittymien valvontaa koskevien suuntaviivojen, siinä muodossa kuin ne julkaistiin vuonna 2013, 314 kohdassa täsmennetään kauppalain L.430-9 §:n täytäntöönpanon edellytyksistä seuraavaa:

”Tätä pykälää sovelletaan kaikkiin väärinkäyttötapauksiin, jotka yrityskeskittymä on mahdollistanut, riippumatta siitä, onko nämä toimet käsitelty kilpailuviranomaisen tai aikaisemmin ministeriön hyväksymismenettelyssä.”

### III. Riidan taustalla olevat tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet

- 12 TDF Infrastructure -niminen yhtiö hankki 23.6.2016 laaditulla investointipöytäkirjalla, jota muutettiin 30.6.2016 tehdyllä muutosasiakirjalla, kaikki kilpailijansa, konsernin emoyhtiön Itas SAS -yhtiön osakkeet ja sai siihen yksinomaisen määräysvallan. Ranskan merkityksellisille markkinoille jäi kyseisen toimenpiteen jälkeen vain kaksi palvelujen tarjoajaa: TDF ja TowerCast.
- 13 Itasin osto-operaatioon, joka alittaa asetuksen N:o 139/2004 1 artiklassa ja kauppalain L.430-2 §:ssä säädetyt kynnysarvot, ei sovellettu ennakolta mitään yrityskeskittymien valvontamenettelyä, eikä asetuksen N:o 139/2004 22 artiklassa säädettyä menettelyä siirtämisestä Euroopan komission käsiteltäväksi pantu täytäntöön.
- 14 TowerCast teki Autorité de la concurrence (jäljempänä kilpailuviranomainen) 15.11.2017 kirjatulla kirjeellä kantelun, jossa se väitti sen, että TDF-yhtiö hankki määräysvallan Itas-yhtiössä 13.10.2016, merkitsevän määrävän aseman väärinkäyttöä, koska se estää kilpailua maanpäällisen digitaalisen televisiolähetystoiminnan tukkumarkkinoilla tuotantoketjun alku- ja loppupäässä vahvistamalla merkittävästi TDF:llä näillä markkinoilla jo olevaa määrävää asemaa.
- 15 Väitetiedoksianto osoitettiin 25.6.2018 TDF-konsernin yrityksille (TDF infrastructure, TDF infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco), joita moitittiin ”siitä, että se oli käyttänyt 13.10.2016 kilpailulainsäädännössä tarkoitetun yhden ainoan yrityksen muodostavana yrityksenä määrävää asemaansa väärin maanpäällisten digitaalisten televisiolähetyspalvelujen tukkumarkkinoilla tuotantoketjun loppupäässä hankkimalla Itas-konsernin yksinomaiseen määräysvaltaansa”, sillä tästä käytännöstä voi seurata, että kilpailu TNT-lähetyspalvelujen tukkumarkkinoilla tuotantoketjun loppupäässä estetään taikka sitä rajoitetaan tai vääristetään kilpailulain L.420-2 §:n ja SEUT 102 artiklan vastaisesti.
- 16 Kilpailuviranomainen totesi 16.1.2020 tekemällään päätöksellä nro 20-D-01 (jäljempänä riidanalainen päätös), että määrävän aseman väärinkäyttöä, josta TDF-konsernin yhtiöitä moitittiin, ei ollut näytetty toteen ja että menettelyä ei siten ollut syytä jatkaa.
- 17 TowerCast nosti tästä päätöksestä kanteen ja vaatii sen kumoamista. TDF-konsernin yhtiöt vaativat Cour d’appel de Paris’ta vahvistamaan tämän päätöksen kaikilta osin ja hylkäämään TowerCastin kanteen. Kilpailuviranomainen, valtiovarainministeriö ja virallinen syyttäjä, jotka yhtyvät riidanalaisessa päätöksessä esitettyyn selvitykseen, vaativat niin ikään ennakkoratkaisua pyytävää tuomioistuinta hylkäämään tämän kanteen.

## IV. Asianosaisten lausumat

### A. *Autorité de la concurrence*

- 18 Kilpailuviranomainen väittää sekä riidanalaisessa päätöksessä että ennakkoratkaisua pyytävässä tuomioistuimessa, että asetuksia N:o 4064/89 ja N:o 139/2004 annettaessa on erotettu selvästi toisistaan yrityskeskittymien valvonta ja kilpailunvastaisten menettelytapojen valvonta ja että se, että Euroopan unionin tasolla on otettu käyttöön erityinen yrityskeskittymien valvontaa koskeva järjestely, on tosiasiallisesti tehnyt vanhentuneeksi Continental Can -oikeuskäytännön, jota oli sovellettu silloin, kun mitään Euroopan laajuista yrityskeskittymien valvontaa koskevaa järjestelmää ei ollut olemassa.
- 19 Se katsoo lähinnä, että SEUT 102 artiklaa sovelletaan kylläkin asetuksen N:o 4064/89 voimaantulon jälkeen edelleen väärinkäyttöä merkitseviin menettelytapoihin, jotka ovat erotettavissa itse yrityskeskittymään liittyvästä toimenpiteestä, mutta sen soveltaminen asetuksessa N:o 139/2004 tarkoitettuun rakenteelliseen yrityskeskittymään on sitä vastoin menettänyt merkityksensä, vaikka tällaista soveltamista ei ole nimenomaisesti suljettu pois kyseisellä asetuksella.
- 20 Se korostaa lisäksi, että asetuksen N:o 139/2004 3 artiklassa samoin kuin sitä ennen asetuksen N:o 4064/89 3 artiklassa määritellään yrityskeskittymä aineellisen perusteen mukaan eikä viittaamalla asetuksen 1 artiklassa määritelyihin kynnysarvoihin. Se päätelee tästä, että pelkästään asetusta N:o 139/2004 sovelletaan sellaisiin yrityskeskittymiin, jotka on määritelty edellä mainitussa 3 artiklassa, jolloin SEUT 102 artiklaa ei ole tarpeen soveltaa yrityskeskittymään, koska tämän toimenpiteen seurauksena ei ole olemassa kyseisen yrityksen erillistä menettelytapaa.
- 21 Kilpailuviranomainen on samaa mieltä kauppalain L.420-2 §:ää vastaavan kansallisen lainsäädännön soveltamisesta, sillä se katsoo, että kilpailunvastaisiin menettelytapoihin liittyvät menettelyt ja yrityskeskittymien valvontaan liittyvä menettely ovat erilaisia ja keskenään yhteensovittamattomia.

### B. *TowerCast*

- 22 TowerCast riitauttaa kanteessaan tämän tulkinnan säädöksistä. Se vetoaa ensisijaisesti ETY:n perustamissopimuksesta lähtien voimassa olleeseen tavoitteeseen, jonka mukaan on otettava käyttöön järjestely, jolla varmistetaan vääristymätön kilpailu yhteismarkkinoilla, ja viittaa periaatteisiin, jotka vahvistetaan edellä mainitussa ns. Continental Can -tapauksessa ja joita se pitää edelleen merkityksellisinä. Se esittää, että nämä periaatteet on mainittu vielä useassa myöhemmässäkin tuomiossa (tuomio 21.9.2005, EDP v. komissio, T- 87/05, EU:T:2005:333, 46 ja 47 kohta, ja tuomio 14.12.2005, General Electric v. komissio, T- 210/01, EU:T:2005:456, 86 kohta), ja esittää oikeudellisen lausunnon tukeakseen väitettään, jonka mukaan jäsenvaltioiden viranomaiset ja

tuomioistuimet soveltavat edelleen suurimmaksi osaksi ”Continental Can” -oikeuskäytäntöä.

- 23 Se vetoaa lisäksi SEUT 102 artiklan välittömiin vaikutuksiin ja vaatii näiden kynnsarvojen alapuolelle jäävien toimenpiteiden osalta yhteensopivuutta tämän artiklan kanssa koskevaa jälkikäteisvalvontaa.
- 24 Se korostaa, että vaikka asetuksia N:o 139/2004 ja N:o 1/2003 ei voida soveltaa yhdessä samaan asiaan, asetusta N:o 139/2004 sovelletaan sitä vastoin yksinomaisesti vain yrityskeskittymiin, jotka kuuluvat sen soveltamisalaan, eli yhteisönlaajuisiin yrityskeskittymiin tai yrityskeskittymiin, jotka kansalliset kilpailuviranomaiset tai osapuolet siirtävät komission käsiteltäväksi.
- 25 Se vetoaa vastauksessaan muille osapuolille siihen, että valvonta, joka koskee vain väärinkäytön luonteisia yrityskeskittymistä erotettavissa olevia toimia, ei mahdollista sellaisten yrityskeskittymien tutkintaa, joilla rajoitetaan kilpailua merkittävästi vahvistamalla olennaisella tavalla ostajan määräävää asemaa, ja lisää, että asetuksen N:o 139/2004 22 artiklassa säädetty siirtämisjärjestely on riittämätön varmistamaan tyydyttävää valvontaa, koska se on vapaaehtoinen ja sen käynnistäminen on vain jäsenvaltioiden harkintavallassa. Se muistuttaa niin ikään siitä, että komissio ei ole viime aikoihin saakka halunnut tutkia toimenpiteitä, jotka jäävät kansallisten valvonnan kynnsarvojen alapuolelle.

### *C. Muut osapuolet*

- 26 Valtiovarainministeriö yhtyy kilpailuviranomaisen selvitykseen. Myös väliintulijoina olevat TDF-konsernin yhtiöt yhtyvät siihen. Ne esittävät lisäksi, että unionin tuomioistuin on 7.9.2017 antamassaan tuomiossa Austria Asphalt (C- 248/16, EU:C:2017:643, 30–33 kohta) todennut, että SEUT 101 ja SEUT 102 artiklaa ei voitu soveltaa sellaiseen yrityskeskittymään, jota voidaan pitää asetuksen N:o 139/2004 3 artiklassa tarkoitettuna yrityskeskittymänä, riippumatta kynnsarvojen ylittämisestä. Ne korostavat lopuksi oikeudellista epävarmuutta, jonka aiheuttaisi SEUT 102 artiklan soveltaminen nyt käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaisiin yrityskeskittymiin, koska sillä mahdollistettaisiin niiden riitauttaminen useiden vuosien ajan niiden toteuttamisen jälkeen, minkä lisäksi olisi mahdollista, että yrityskeskittymien valvontaa koskevista riita-asioista seuraisi toisistaan poikkeavia ratkaisuja.

### **V. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen arviointi asiasta**

- 27 Unionin tuomioistuin totesi ns. Continental Can -tapauksessa (tuomio 21.2.1973, Europemballage ja Continental Can v. komissio, 6/72, EU:C:1973:22), että ”nimenomaisten määräysten puuttuessa ei voida olettaa, että perustamissopimuksen 85 artiklassa kielletään tietyt yritysten tavanomaisten yhteenliittymien tekemät päätökset, joilla rajoitetaan mutta ei poisteta kilpailua, mutta perustamissopimuksen 86 artiklassa kuitenkin sallittaisiin se, että



sulautumalla yhdeksi kokonaisuudeksi yritykset voivat saavuttaa niin määrävän aseman, että käytännössä kaikki vakavasti otettavat kilpailumahdollisuudet suljetaan pois”. Unionin tuomioistuin päätteli tästä, että ”väärinkäytöstä voi siten olla kyse, kun yritys, jolla on määrävä markkina-asema, vahvistaa tätä asemaansa niin paljon, että siten saavutettu määrävyyden aste rajoittaa olennaisesti kilpailua, jolloin ainoastaan sellaiset yritykset voisivat pysyä markkinoilla, jotka toiminnassaan ovat riippuvaisia määrävässä asemassa olevasta yrityksestä”.

- 28 Tätä oikeuskäytäntöä tulkitaan tavanomaisesti siten, että siinä on hyväksytty se, että määrävän aseman vahvistumista sellaisen epäorganisen kasvun avulla, joka saattaisi poistaa kaiken vakavasti otettavan kilpailun mahdollisuuden, ei voida tavoiteltujen päämäärien perusteella jättää SEUT 102 artiklan (aiempi EY:n perustamissopimuksen 86 artikla) soveltamisalan ulkopuolelle, sillä se on primäärioikeuden määräys, jolla on välitön vaikutus.
- 29 Tämä tuomio annettiin kuitenkin ajankohtana, jolloin unionin oikeudessa ei ollut yrityskeskittymien valvonnan mekanismeja. Unioni on tällä välin antanut sääntöjä, joita sovelletaan yrityskeskittymiin, jotka saattavat estää merkittäväällä tavalla tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla tai sen olennaisella osalla.
- 30 On huomattava, että jotta vältettäisiin kaksinkertainen etukäteen ja jälkikäteen tehtävä asetusten soveltamisalaan kuuluvia toimenpiteitä koskeva analyysi, myöhemmissä yrityskeskittymien valvontaa koskevissa asetuksissa on säädetty, että ”yhteisönlaajuisiin” yrityskeskittymiin, jotka ovat etukäteisvalvonnan kohteena, ei voida soveltaa samalla asetusten (asetus N:o 17 ja sittemmin asetus N:o 1/2003) säännöksiä, jotka liittyvät kilpailunvastaiset menettelytavat kieltävien artiklojen (EY:n perustamissopimuksen 85 ja 86 artikla, joista on tullut SEUT 101 ja SEUT 102 artikla) soveltamiseen.
- 31 Asetuksen N:o 139/2004 3 artiklassa annetaan lisäksi yrityskeskittymän käsitteelle aineellinen määritelmä viittaamalla 1 artiklassa mainittuihin kynnysarvoihin, joiden perusteella yhteisönlaajuinen yrityskeskittymä voidaan määritellä. Vaikuttaa siis siltä, että 21 artiklassa säädettyä poissulkemissäännöstä voidaan soveltaa kaikkiin 3 artiklan määritelmää vastaaviin yrityskeskittymiin, vaikka ne eivät täyttäisi pakollisen valvonnan kynnysarvoja.
- 32 Asetuksen N:o 139/2004 johdanto-osan seitsemännessä perustelukappaleessa täsmennetään kuitenkin, että ”vaikka Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan 81 ja 82 artiklaa voidaan soveltaa tiettyihin keskittymiin, ne eivät ole riittäviä kaiken sellaisen toiminnan valvomiseksi, joka voi osoittautua perustamissopimuksessa edellytetyyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomaksi – –”, joten ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin pohtii, voidaanko ns. Continental Can -oikeuskäytännössä vahvistettua tulkintaa edelleen soveltaa nyt käsiteltävän kaltaiseen yrityskeskittymään, jonka osalta ei ole kiistetty, että se vastaa edellä mainitussa 3 artiklassa esitettyä määritelmää ja että sen vaikutukset kilpailuun eivät ole lainkaan olleet etukäteisvalvonnan piirissä.

- 33 Unionin tuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä ei ole ilmeisesti otettu kantaa siihen, sovelletaanko asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa säädettyä poissulkemissäännöstä sellaisiin yrityskeskittymiin, jotka eivät ole lainkaan olleet etukäteisvalvonnan piirissä.
- 34 Unionin tuomioistuin on muistuttanut edellä mainitussa 7.9.2017 antamassaan tuomiossa C-248/16, Austria Asphalt, seuraavaa:
- ”31. – – asetus – – on osa lainsäädäntökokonaisuutta, jonka tarkoituksena on panna täytäntöön SEUT 101 ja SEUT 102 artikla sekä luoda valvontajärjestelmä, jolla varmistetaan, ettei kilpailu vääristy unionin sisämarkkinoilla.
32. Kuten asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 1 kohdasta ilmenee, vain tätä asetusta sovelletaan kyseisiin 3 artiklassa määriteltyihin keskittymiin, joihin ei siis *lähtökohtaisesti* sovelleta asetusta N:o 1/2003 [kursivointi ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen].
33. Viimeksi mainittua asetusta sovelletaan sitä vastoin edelleen yritysten toimintaan, joka merkitsemättä asetuksessa N:o 139/2004 tarkoitettua keskittymää on kuitenkin omiaan johtamaan SEUT 101 artiklan vastaiseen yritysten toiminnan keskinäiseen yhteensovittamiseen ja joka tästä syystä kuuluu komission tai kansallisten kilpailuviranomaisten valvonnan piiriin.”
- 35 Unionin tuomioistuin ei näytä kuitenkaan täsmentäneen poikkeuksia, joita voitaisiin tehdä tuomion 32 artiklassa vahvistetusta periaatteesta, eikä lausuneen siitä, voidaanko ns. Continental Can -tapauksessa omaksuttua tulkintaa vielä soveltaa erityisesti yrityskeskittymiin, jotka jäävät pakollisen valvonnan kynnsarvojen alapuolelle ja joita ei ole tutkittu millään tavoin pakollisen etukäteisvalvonnan yhteydessä sekä joita ei ole pyydetty siirrettäväksi komission käsiteltäväksi asetuksen N:o 139/2004 22 artiklan nojalla.
- 36 Kun otetaan huomioon SEUT 102 artiklan välitön vaikutus ja ulottuvuus, joka voitaisiin antaa yrityskeskittymää koskeville säännöksille (asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 1 kohta), ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin on epävarma tulkinnasta, joka on annettava viimeksi mainituille säännöksille, ja epävarmuus koskee sitä, että on ”lähtökohtaisesti” mahdotonta soveltaa edellä mainittuun primäärioikeuteen perustuvia kilpailusääntöjä itsenäisesti nyt käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaiseen toimenpiteeseen,
- joka vastaa asetuksen N:o 139/2004 3 artiklassa säädettyä määritelmää,
  - johon ei ole kohdistettu mitään etukäteisvalvontaa unionin oikeuden perusteella eikä yrityskeskittymiin sovellettavan kansallisen lainsäädännön perusteella,
  - ja joka ei siis aiheuta mitään riskiä asetusten N:o 139/2004 ja N:o 1/2003 päällekkäisestä soveltamisesta tai ristiriidasta, joka perustuu etu- ja jälkikäteen kahteen kertaan tehtyyn analyysiin.

- 37 Osoituksena tästä tulkintavaikeudesta ovat kansalliset ratkaisut, joihin osapuolet ovat vedonneet ja joista ilmenee, että unionin oikeutta sovelletaan ristiriitaisesti.

## **VI. Ennakkoratkaisupyynnön perustelut**

- 38 Koska vaikuttaa siltä, että unionin tuomioistuin ei ole vielä ratkaissut nyt käsiteltävän asian kohteena olevaa oikeudellista seikkaa, on välttämätöntä esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymys, kun otetaan huomioon esiin tulleet tulkinnalliset erot, jotta taataan tämän oikeudellisen seikan yhtenäinen tulkinta ja soveltaminen unionin sisällä.

## **VII. Ennakkoratkaisukysymys**

- 39 Cour d'appel de Paris esittää Euroopan unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen.

Onko yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 21 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä sille, että kansallinen kilpailuviranomainen pitää yrityskeskittymää, joka ei ole edellä mainitun asetuksen 1 artiklassa tarkoitetulla tavalla yhteisönlaajuinen ja alittaa pakollista etukäteisvalvontaa koskevat kynnykset ja jota ei ole siirretty Euroopan komission käsiteltäväksi kyseisen asetuksen 22 artiklan mukaisesti, SEUT 102 artiklassa kiellettynä määräävän aseman väärinkäyttönä laajuudeltaan kansallisten markkinoiden kilpailun rakenteen kannalta?