

Zaak C-449/21

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

21 juli 2021

Verwijzende rechter:

Cour d'appel de Paris (Frankrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 juli 2021

Verzoekende partij:

TowerCast

Verwerende partijen:

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

Cour d'appel de Paris (rechter in tweede aanleg Parijs, Frankrijk)

Arrest van 1 juli 2021

I. Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

- 1 Bij de cour d'appel de Paris is door de vennootschap TowerCast (hierna: „TowerCast”) beroep ingesteld tot nietigverklaring van een besluit van de Autorité de la concurrence (Franse mededingingsautoriteit) houdende weigering om de overname door de vennootschap TDF van een concurrerende onderneming verder te onderzoeken.

II. Aangevoerde bepalingen

A. *Unierecht*

- 2 Artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”) luidt als volgt:

„Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.

[...]”.

- 3 De overwegingen 5 tot en met 9 20 en 24 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „verordening nr. 139/2004”), die in de plaats is gekomen van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „verordening nr. 4064/89”), luiden als volgt:

„(5) Er moet [...] voor worden gezorgd dat het herstructureringsproces de mededinging niet blijvend schaadt [...].

(6) Een specifiek rechtsinstrument is dan ook vereist waardoor alle concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur in de Gemeenschap, en dit moet het enige voor concentraties geldende instrument zijn. [Verordening nr. 4064/89] heeft het mogelijk gemaakt op dit gebied een Gemeenschapsbeleid tot ontwikkeling te brengen. Thans dient deze verordening evenwel in het licht van de opgedane ervaring te worden herschikt en omgezet in bepalingen die aan de uitdagingen van een sterker geïntegreerde markt en de komende uitbreiding van de Europese Unie zijn aangepast. Overeenkomstig de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid zoals bedoeld in artikel 5 van het Verdrag, gaat deze [verordening] niet verder dan hetgeen nodig is voor het bereiken van de doelstelling dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, in overeenstemming met het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging.

(7) De artikelen 81 en 82 gelden volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie weliswaar voor bepaalde concentraties, maar zijn toch niet voldoende om alle transacties te toetsen die onverenigbaar kunnen blijken met het door het Verdrag gewenste regime van niet vervalste mededinging. Deze verordening dient derhalve niet alleen op artikel 83, maar hoofdzakelijk op artikel 308 van het Verdrag te worden gebaseerd, op grond waarvan de Gemeenschap zich de aanvullende bevoegdheden kan toe-eigenen welke voor de verwezenlijking van haar doelstellingen noodzakelijk zijn [...].

(8) De in deze verordening vast te stellen bepalingen dienen te gelden voor ingrijpende structuurveranderingen waarvan de gevolgen voor de markt verder reiken dan de nationale grenzen van één lidstaat. Dergelijke concentraties dienen in de regel alleen op Gemeenschapsniveau te worden onderzocht, overeenkomstig het eenloketsysteem en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel.

(9) Het toepassingsgebied van deze verordening dient aan de hand van het geografische bereik van de activiteit van de betrokken ondernemingen te worden vastgesteld en door kwantitatieve drempels te worden beperkt, teneinde daaronder die concentraties te doen vallen welke een communautaire dimensie hebben. [...]

[...]

(20) Het is wenselijk het begrip ‚concentratie’ dusdanig te definiëren dat het betrekking heeft op transacties welke een blijvende wijziging in de zeggenschap over de betrokken ondernemingen en derhalve in de structuur van de markt teweegbrengen. [...]

[...]

(24) Om een stelsel van ongestoorde mededinging op de gemeenschappelijke markt te waarborgen, in het kader van een in overeenstemming met het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging gevoerd beleid, moet deze verordening een daadwerkelijke toetsing van alle concentraties op hun gevolgen voor de mededinging in de Gemeenschap mogelijk maken. Daarom is in [verordening nr. 4064/89] het beginsel vastgelegd dat concentraties met een communautaire dimensie die een machtspositie op de markt in het leven roepen of versterken welke tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt of in een wezenlijk gedeelte van die markt op significante wijze wordt belemmerd, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moeten worden verklaard.”

4 Artikel 1 van verordening nr. 139/2004 omschrijft het toepassingsgebied van deze verordening als volgt:

„1. Deze verordening geldt onverminderd artikel 4, lid 5, en artikel 22, voor alle concentraties die in de zin van dit artikel worden beschouwd als concentraties met een communautaire dimensie.

[...]”

5 Artikel 2, leden 1 en 4, van verordening nr. 139/2004 bepaalt:

„1. Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van [de doelstellingen van deze verordening en] onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening

a) met de noodzaak, op de gemeenschappelijke markt de daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van, met name, de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;

[...]

4. Indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3, de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, dan wordt die coördinatie beoordeeld overeenkomstig de criteria van artikel 81, leden 1 en 3, van het Verdrag, teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.”

6 Artikel 3 bepaalt het volgende:

„1. Een concentratie komt tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:

a) de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, of

b) het verkrijgen, door één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of door één of meer ondernemingen, van zeggenschap – door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze –, rechtstreeks of middellijk, over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan.

2. Zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name

a) eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan;

b) rechten of overeenkomsten die een beslissende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen.

3. Zeggenschap wordt verkregen door de persoon/personen of de onderneming/ondernemingen:

a) die zelf rechthebbenden zijn of aan deze overeenkomsten rechten ontlenu, of

b) die, hoewel zij zelf geen rechthebbenden zijn, noch aan deze overeenkomsten rechten ontlenu, de bevoegdheid hebben de daaruit voortvloeiende rechten uit te oefenu.

[...]"

- 7 Artikel 21, met als opschrift „Toepassing van deze verordening en rechtsbevoegdheid”, bepaalt:

„1. Op concentraties zoals omschreven in artikel 3 is uitsluitend deze verordening van toepassing; de verordeningen (EG) nr. 1/2003 [...], (EEG) nr. 1017/68 [...], (EEG) nr. 4056/86 [...] en (EEG) nr. 3975/87 [...] [van de Raad] zijn niet van toepassing, behalve op gemeenschappelijke ondernemingen welke geen communautaire dimensie hebben en de coördinatie beogen of tot stand brengen van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven.

2. Onder voorbehoud van het toezicht door het Hof van Justitie is uitsluitend de Commissie bevoegd de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven.

3. De lidstaten passen hun nationale mededingingswetgeving niet toe op concentraties met een communautaire dimensie.

[...]"

- 8 Artikel 22, dat voorziet in de mogelijkheid van verwijzing naar de Europese Commissie, bepaalt:

„1. Eén of meer lidstaten kunnen de Commissie verzoeken een concentratie zoals omschreven in artikel 3, die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 maar die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten van welke het verzoek uitgaat, te onderzoeken.

[...]"

B. Nationaal recht

- 9 Artikel L. 430-2 van de code de commerce (Frans wetboek van koophandel) bepaalt:

„I.- De bepalingen van artikel L. 430-3 en volgende van deze titel zijn van toepassing op elke concentratie in de zin van artikel L. 430-1, mits aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

- de totale wereldwijde omzet exclusief belastingen van alle bij de concentratie betrokken ondernemingen of groepen van natuurlijke of rechtspersonen bedraagt meer dan 150 miljoen EUR;
- de totale in Frankrijk gerealiseerde omzet exclusief belastingen van ten minste twee van de betrokken ondernemingen of groepen natuurlijke of rechtspersonen bedraagt meer dan 50 miljoen EUR;

- de concentratie valt niet binnen het toepassingsgebied van [verordening nr. 139/2004].

[...]”.

10 Artikel L. 430-9 van het wetboek van koophandel bepaalt:

„De mededingingsautoriteit kan, in geval van misbruik van een machtspositie of van een toestand van economische afhankelijkheid, bij een met redenen omkleed besluit de betrokken onderneming of groep van ondernemingen gelasten om binnen een bepaalde termijn alle overeenkomsten en handelingen die hebben geleid tot de concentratie van economische macht die het misbruik mogelijk heeft gemaakt, te wijzigen, aan te vullen of te beëindigen, ook indien deze handelingen onderworpen zijn geweest aan de in deze titel vastgelegde procedure.”

11 De door de mededingingsautoriteit gepubliceerde richtsnoeren betreffende de controle op concentraties, in de versie van 2013, preciseren in punt 314 ervan, dat betrekking heeft op de voorwaarden voor de toepassing van artikel L. 430-9 van het wetboek van koophandel, het volgende:

„Dit artikel is van toepassing op elk misbruik dat mogelijk is gemaakt door een concentratie, ongeacht of deze concentratie al dan niet onderworpen is geweest aan een goedkeuringsprocedure bij de mededingingsautoriteit of, voordien, bij de minister.”

III. Feiten en voorgeschiedenis van het geding

12 Bij een op 23 juni 2016 gesloten investeringsprotocol, gewijzigd bij een addendum van 30 juni 2016, heeft de vennootschap TDF Infrastructure alle aandelen van haar concurrent Itas SAS, de moedermaatschappij van de groep, gekocht en heeft er alleenzeggenschap over verworven. Na deze transactie blijven er op de relevante Franse markt slechts twee dienstverleners over, namelijk TDF en TowerCast.

13 De verwerving van Itas, die onder de in artikel 1 van verordening nr. 139/2004 en artikel L. 430-2 van het wetboek van koophandel vastgestelde drempels bleef, gaf geen aanleiding tot een voorafgaande procedure voor de controle op concentraties noch tot de toepassing van de procedure voor verwijzing naar de Europese Commissie als bedoeld in artikel 22 van verordening nr. 139/2004.

14 Bij brief, geregistreerd op 15 november 2017, heeft TowerCast bij de mededingingsautoriteit (hierna: „autoriteit”) een klacht ingediend waarin zij stelt dat de verwerving van de zeggenschap over Itas door TDF op 13 oktober 2016, misbruik van een machtspositie vormt omdat daardoor de mededinging op de upstream en downstream groothandelsmarkten van het uitzenden van terrestrische digitale televisie (hierna: „TDT”) wordt belemmerd, aangezien de reeds bestaande machtspositie van TDF op die markten aanzienlijk wordt versterkt.

- 15 Op 25 juni 2018 is een mededeling van punten van bezwaar verstuurd naar de ondernemingen van de TDF-groep (TDF Infrastructure, TDF Infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco), waarin hun wordt verweten „dat zij op 13 oktober 2016, als één onderneming in de zin van het mededingingsrecht, misbruik hebben gemaakt van hun machtspositie op de downstream groothandelsmarkt van TDT-distributiediensten door *alleenzeggenschap over de Itasgroep te verwerven*”, waardoor de mededinging op de downstream groothandelsmarkt van TDT-distributiediensten kan worden belemmerd, beperkt of vervalst, wat bij artikel L. 420-2 van het wetboek van koophandel en artikel 102 VWEU is verboden.
- 16 Bij besluit nr. 20-D-01 van 16 januari 2020 (hierna: „bestreden besluit”) heeft de autoriteit geoordeeld dat het ten aanzien van de ondernemingen van de TDF-groep gestelde misbruik van een machtspositie niet was aangetoond en dat er dus geen reden was om de procedure voort te zetten.
- 17 TowerCast heeft tegen dit besluit beroep ingesteld en verzocht om nietigverklaring ervan. De ondernemingen van de TDF-groep verzoeken de cour d’appel de Paris om het besluit in zijn geheel te bevestigen en het beroep van TowerCast te verwerpen. Ook de autoriteit, de minister van Economische Zaken en het openbaar ministerie, die de in het bestreden besluit uiteengezette analyse delen, verzoeken de verwijzende rechter dit beroep te verwerpen.

IV. Argumenten van partijen

A. Franse mededingingsautoriteit

- 18 In het bestreden besluit en voor de verwijzende rechter stelt de autoriteit dat met de vaststelling van de verordeningen nr. 4064/89 en 139/2004 een duidelijke scheidslijn is getrokken tussen de controle op concentraties en die op mededingingsversturende praktijken, en dat door de invoering van een specifieke regeling voor de controle op concentraties op het niveau van de Europese Unie de toepassing van de „Continental Can”-rechtspraak, die tot stand is gekomen toen er nog geen Europese regeling voor de controle op concentraties bestond, de facto is achterhaald.
- 19 In wezen is zij van oordeel dat, na de inwerkingtreding van verordening nr. 4064/89, artikel 102 VWEU weliswaar van toepassing blijft op onrechtmatige gedragingen die los kunnen worden gezien van de concentratie zelf, maar dat de toepassing ervan op de structurele concentratie in de zin van verordening nr. 139/2004, ook al wordt die niet uitdrukkelijk uitgesloten door deze verordening, sindsdien zonder voorwerp is.
- 20 Zij merkt tevens op dat artikel 3 van verordening nr. 139/2004, net als artikel 3 van verordening nr. 4064/89 voordien, een concentratie definieert volgens een materieel criterium, en niet aan de hand van de in artikel 1 van de verordening

vastgestelde drempels. Zij leidt hieruit af dat op concentraties zoals omschreven in dat artikel 3 uitsluitend verordening nr. 139/2004 van toepassing is en dat de toepassing van artikel 102 VWEU op een concentratie hierdoor overbodig wordt gemaakt bij gebreke van een onderscheiden handelwijze van de betrokken onderneming volgend op deze concentratie.

- 21 Zij maakt dezelfde analyse met betrekking tot de toepassing van het nationale recht zoals vastgelegd in artikel L. 420-2 van het wetboek van koophandel, en is van mening dat de procedures inzake mededingingsverstoringe praktijken enerzijds en de procedure inzake de controle op concentraties anderzijds onderling verschillen en onverenigbaar zijn.

B. TowerCast

- 22 Met haar beroep betwist TowerCast deze uitlegging van de teksten. Zij beroept zich in hoofdzaak op de sinds het EEG-Verdrag nagestreefde doelstelling om een regeling in te voeren die een niet vervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt waarborgt, en verwijst naar de in voornoemde zaak „Continental Can” uiteengezette beginselen, die zij nog steeds relevant acht. Zij wijst erop dat deze beginselen in verschillende latere zaken nog steeds in herinnering zijn gebracht (arresten van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, EU:T:2005:333, punten 46 en 47, en 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 86) en legt een juridisch advies over ter ondersteuning van haar stelling dat de meeste autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten de „Continental Can”-rechtspraak blijven toepassen.
- 23 Zij beroept zich ook op de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU en vordert, met betrekking tot de transacties die onder de drempels blijven, een controle ex post op de verenigbaarheid met dit artikel.
- 24 Zij merkt op dat de verordeningen nr. 139/2004 en nr. 1/2003 weliswaar niet samen in eenzelfde zaak kunnen worden toegepast, maar dat alleen voor concentraties die binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 139/2004 vallen, namelijk concentraties die een communautaire dimensie hebben of die door de nationale mededingingsautoriteiten of door de partijen naar de Commissie zijn verwezen, geldt dat uitsluitend deze verordening van toepassing is.
- 25 In reactie op de andere partijen voert zij aan dat een controle die beperkt is tot afzonderlijk te beschouwen handelingen die misbruik vormen, niet toelaat om concentraties aan te pakken die de mededinging op significante wijze belemmeren doordat zij de machtspositie van de koper aanzienlijk versterken, en zij voegt hieraan toe dat de verwijzingsregeling die is vervat in artikel 22 van verordening nr. 139/2004, niet volstaat om een bevredigende controle te waarborgen, aangezien deze regeling facultatief is en naar eigen goeddunken van de lidstaten in gang wordt gezet. Zij herinnert er ook aan dat de Commissie tot voor kort geen transacties wenste te onderzoeken die onder de nationale controledrempels bleven.

C. Overige partijen bij de procedure

- 26 De minister van Economische Zaken deelt de analyse van de autoriteit. Ook de interveniërende ondernemingen van de TDF-groep sluiten zich bij deze analyse aan. Zij wijzen er voorts op dat het Hof in zijn arrest van 7 september 2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, punten 30-33) heeft verklaard dat de artikelen 101 en 102 VWEU niet van toepassing zijn op zeggenschapstransacties die kunnen worden gekwalificeerd als concentraties in de zin van artikel 3 van verordening nr. 139/2004, ongeacht of de drempels zijn overschreden. Ten slotte wijzen zij op de rechtsonzekerheid die door de toepassing van artikel 102 VWEU zou worden teweeggebracht ten aanzien van concentraties als die welke in casu aan de orde zijn, omdat deze concentraties daardoor verscheidene jaren na de totstandkoming ervan ter discussie zouden kunnen worden gesteld, waarbij ook een risico op divergentie zou ontstaan ten gevolge van een explosie van geschillen inzake de controle op concentraties.

V. Analyse van de verwijzende rechter

- 27 In het zogenoemde arrest „*Continental Can*” (arrest van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie*, 6-72, EU:C:1973:22), heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat „bij ontbreken van uitdrukkelijke voorschriften niet mag worden aangenomen dat het Verdrag, dat in artikel 85 bepaalde besluiten van gewone ondernemersverenigingen, waardoor de mededinging wordt beïnvloed maar niet uitgeschakeld, verbiedt, daarentegen in artikel 86 zou gedogen dat ondernemingen, na een organische eenheid tot stand te hebben gebracht, een zodanige machtspositie gaan innemen dat elke serieuze concurrentiemogelijkheid in wezen wordt uitgesloten”. Het Hof heeft hieruit geconcludeerd dat „derhalve sprake kan zijn van misbruik, indien een onderneming met een machtspositie deze zodanig versterkt dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming”.
- 28 Deze rechtspraak wordt doorgaans aldus uitgelegd dat de versterking van een machtspositie door externe groei die elke ernstige kans op mededinging dreigt uit te schakelen, gelet op de nagestreefde doelstellingen, niet kan worden uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 102 VWEU (voorheen artikel 86 van het EEG-Verdrag), zijnde een bepaling van primair recht met rechtstreekse werking.
- 29 Dit besluit is echter genomen toen er in het Europese recht nog geen controlemechanisme voor concentraties bestond. Inmiddels heeft de Unie regels vastgesteld die van toepassing zijn op concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren.
- 30 Opgemerkt zij dat, teneinde een dubbele analyse – *ex ante* en *ex post* – van de binnen het toepassingsgebied ervan vallende transacties te vermijden,

opeenvolgende verordeningen betreffende de controle op concentraties hebben bepaald dat concentraties met een „communautaire” dimensie, die het voorwerp uitmaken van een controle ex-ante, niet tegelijk kunnen worden onderworpen aan de bepalingen van de verordeningen (verordening nr. 17, vervolgens verordening nr. 1/2003) betreffende de toepassing van de artikelen die mededingingsversturende praktijken verbieden (artikelen 85 en 86 EG-Verdrag, thans artikelen 101 en 102 VWEU).

- 31 Artikel 3 van verordening nr. 139/2004 geeft overigens een materiële definitie van het begrip „concentratie”, zonder te verwijzen naar de in artikel 1 genoemde drempels voor de afbakening van een concentratie met een communautaire dimensie. De uitsluiting waarin artikel 21 van deze verordening voorziet, blijkt dus toepasselijk op elke transactie die voldoet aan de definitie in artikel 3, ongeacht of deze transactie de drempels voor verplichte controle bereikt.
- 32 Overweging 7 van verordening nr. 139/2004 preciseert echter dat „[d]e artikelen 81 en 82 [...] volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie weliswaar voor bepaalde concentraties [gelden], maar [...] toch niet voldoende [zijn] om alle transacties te toetsen die onverenigbaar kunnen blijken met het door het Verdrag gewenste regime van niet vervalste mededinging”, zodat de verwijzende rechter zich afvraagt of de in de „Continental Can”-rechtspraak vastgelegde uitlegging van toepassing blijft op een transactie als die welke in de onderhavige zaak aan de orde is, waarvan niet wordt betwist dat zij aan de in voornoemd artikel 3 vermelde definitie voldoet en ten aanzien waarvan geen enkele controle ex ante is uitgevoerd wat de gevolgen voor de mededinging betreft.
- 33 In de recente rechtspraak van het Hof van Justitie is blijkbaar geen standpunt ingenomen over de vraag of de uitsluiting waarin artikel 21 van verordening nr. 139/2004 voorziet, ook van toepassing is op dergelijke concentraties ten aanzien waarvan geen enkele controle ex ante is uitgevoerd.
- 34 In het hierboven genoemde arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt (C-248/16), heeft het Hof eraan herinnerd dat:

„31. [de] verordening [...] deel [uitmaakt] van een wetgevingspakket waarmee wordt beoogd uitvoering te geven aan de artikelen 101 en 102 VWEU en een toetsingssysteem op te zetten dat waarborgt dat de mededinging in de interne markt van de Unie niet wordt vervalst.

32. Zoals volgt uit artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004, is deze verordening uitsluitend van toepassing op concentraties zoals omschreven in artikel 3 van die verordening, waarop verordening nr. 1/2003 in beginsel niet van toepassing is. [onderstreping van de verwijzende rechter]

33. Laatstgenoemde verordening blijft daarentegen van toepassing op de gedragingen van ondernemingen die, zonder dat zij een concentratie vormen in de zin van verordening nr. 139/2004, niettemin kunnen leiden tot een onderlinge

coördinatie die indruist tegen artikel 101 VWEU en die om die reden zijn onderworpen aan de toetsing van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten.”

- 35 Het Hof blijkt echter niet te hebben gepreciseerd welke uitzonderingen kunnen worden gemaakt op het in punt 32 van het arrest neergelegde beginsel en heeft zich evenmin uitgesproken over de vraag of de in het arrest „Continental Can” gegeven uitlegging nog van toepassing is, met name op concentraties die beneden de drempels voor verplichte controle blijven en die niet het voorwerp zijn geweest van een analyse in het kader van een verplichte controle ex ante of van een verzoek om verwijzing naar de Commissie krachtens artikel 22 van verordening nr. 139/2004.
- 36 Gelet op de rechtstreekse werking van artikel 102 VWEU en de draagwijdte die aan de bepalingen betreffende concentraties kan worden toegekend (artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004), heeft de verwijzende rechter twijfels over de uitlegging die aan deze laatste bepalingen moet worden gegeven inzake de onmogelijkheid om de uit het voornoemde primaire recht voortvloeiende mededingingsregels „in beginsel” autonoom toe te passen op een transactie die, zoals in casu:
- mogelijk voldoet aan de in artikel 3 van verordening nr. 139/2004 gegeven definitie;
 - geen aanleiding heeft gegeven tot een preventieve controle, noch op grond van het Europese, noch op grond van het nationale recht inzake concentraties, en derhalve
 - geen aanleiding geeft tot enig risico op cumulatieve toepassing van de verordeningen nr. 139/2004 en 1/2003, of op tegenstrijdigheden ten gevolge van een dubbele analyse (ex ante en ex post).
- 37 Deze uitleggingsmoeilijkheid wordt bevestigd door een onderzoek van de door partijen ingeroepen nationale beslissingen, waaruit blijkt dat het Unierecht op heterogene wijze wordt toegepast.

VI. Motivering van de verwijzing

- 38 Aangezien het Hof van Justitie zich blijkbaar nog niet heeft uitgesproken over de in casu aan de orde zijnde rechtsvraag, dient, gelet op de vastgestelde verschillen in uitlegging en teneinde de eenvormige uitlegging en toepassing van dit recht in de Unie te waarborgen, aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te worden voorgelegd.

VII. Prejudiciële vraag

- 39 De cour d'appel de Paris verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 21, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een concentratie die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 van deze verordening, die onder de in het nationale recht vastgestelde drempels voor een verplichte controle ex ante blijft en die geen aanleiding heeft gegeven tot een verwijzing naar de Europese Commissie krachtens artikel 22 van deze verordening, door een nationale mededingingsautoriteit wordt geanalyseerd als een bij artikel 102 VWEU verboden misbruik van een machtspositie, in het licht van de mededingingsstructuur op een markt van nationale dimensie?”