Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NICHOLAS EMILIOU
föredraget den 21 mars 2024[1]

Förenade målen C-611/22 P och C-625/22 P

Illumina, Inc.
mot
Europeiska kommissionen (C-611/22 P)
och
Grail LLC
mot
Illumina, Inc.,

Europeiska kommissionen (C-625/22 P)

”Överklagande – Konkurrens – Företagskoncentrationer – Artikel 22 i förordning (EG) nr 139/2004 – Koncentrationer som inte har en gemenskapsdimension – Begäran om hänskjutande från en konkurrensmyndighet som enligt den nationella lagstiftningen saknar behörighet att pröva koncentrationen – Kommissionens beslut att undersöka företagskoncentrationen – Kommissionens behörighet – Frist för att inkomma med en begäran om hänskjutande – Skyldighet att vidta åtgärder inom en rimlig frist – Principen om god förvaltningssed – Rätten till försvar – Berättigade förväntningar”

I. Inledning

1. De flesta moderna antitrustlagar, både inom och utanför unionen, bygger på tre olika typer av bestämmelser, nämligen bestämmelser om avtal och samordnade förfaranden, bestämmelser om ensidigt agerande (eller missbruk av dominerande ställning) och bestämmelser om kontroll av företagskoncentrationer.

2. Det som utmärker bestämmelserna om kontroll av företagskoncentrationer är att de, till skillnad från de två andra uppsättningarna bestämmelser, i allmänhet kräver att de behöriga (administrativa och/eller rättsliga) myndigheterna genomför en förhandskontroll, i stället för en efterhandskontroll, för att fastställa huruvida en föreslagen koncentration, om den förverkligas, på ett betydande sätt kan vara till men för en effektiv konkurrens. Det rör sig om en mycket komplicerad och krävande teknisk bedömning, ”som inte grundas på en tillämpning av exakta vetenskapliga regler, utan på en tillämpning av diskutabla kriterier och principer”, med målet att göra ”framåtblickande bedömning avseende koncentrationens verkningar på de berörda

[1] Originalspråk: engelska.

marknadernas struktur och konkurrensmässiga dynamik och därvid ta hänsyn till många faktorer under ständig utveckling, som kan påverka den framtida utvecklingen av utbud och efterfrågan på dessa marknader”. [2]

3. En sådan bedömning måste dock göras så snabbt som möjligt. För att bevara systemets effektivitet ålägger de flesta rättssystem – däribland unionens regelverk – de berörda företagen att anmäla transaktionen till de behöriga myndigheterna och att avbryta genomförandet av transaktionen till dess att de har fått klartecken från nämnda myndigheter. Att anmäla och avbryta transaktionen är förknippat med stora kostnader och medför vissa risker för de berörda företagen.

4. Mot denna bakgrund är lagstiftarens val av typ av tröskelvärden och fastställandet av de relativa belopp som, när de uppnås, utlöser en skyldighet för parterna i koncentrationen att anmäla och tillfälligt avbryta transaktionen, av avgörande betydelse för att systemet ska fungera väl. Dessa tröskelvärden har en dubbel funktion. Dels ska de säkerställa att det finns en ”lokal koppling”, som motiverar de berörda myndigheternas ingripande, dels ska de göra det lättare att hitta de transaktioner som kan vara av intresse. Helst bör tröskelvärdena vara lätta att beräkna (för att undvika osäkerhet om huruvida en viss transaktion ska anmälas) och fastställas på en nivå som på en och samma gång både minimerar antalet transaktioner som systemet fångar upp men som sannolikt inte kommer att ge upphov till konkurrensproblem, och sådana transaktioner där en sådana sannolikhet föreligger, men som faller utanför systemet. [3]

5. Unionens system för kontroll av företagskoncentrationer – som regleras av rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (”[EU:s] koncentrationsförordning”) (nedan kallad förordning nr 139/2004) [4] – baseras i huvudsak på den omsättning som företagen i koncentration har haft. Det finns emellertid vissa bestämmelser i denna förordning som ger kommissionen befogenhet att i undantagsfall kontrollera koncentrationer som inte når upp till de aktuella omsättningsbaserade tröskelvärdena, när ärenden hänskjuts till kommissionen av medlemsstaternas myndigheter och, i förekommande fall, på uppmaning av kommissionen. Förevarande mål avser huvudsakligen definitionen av innebörden och räckvidden av en av dessa bestämmelser, nämligen artikel 22 i förordning nr 139/2004. Kort uttryckt ska följande fråga besvaras i förevarande mål: Får kommissionen enligt denna bestämmelse kontrollera en företagskoncentration som har hänskjutits till den av myndigheter i en medlemsstat, när dessa myndigheter inte är behöriga att kontrollera koncentrationen, eftersom den aktuella koncentrationen understiger de tröskelvärden som föreskrivs i den medlemsstatens nationella lagstiftning på området koncentrationskontroll?

6. Trots att detta till synes är en enkel fråga är den inte helt lätt att besvara. Uttolkaren måste göra ingående hermeneutisk analys av vad som är den korrekta tolkningen av artikel 22 i förordning nr 139/20054. För att göra detta är det inte bara nödvändigt att undersöka denna bestämmelses ordalydelse, tillkomsthistoria, sammanhang och syfte, utan även att beakta logiken i unionens system för koncentrationskontroll och vissa grundläggande principer i unionsrätten (såsom institutionell jämvikt, subsidiaritet, rättssäkerhet, territorialitet etcetera). Sist men inte minst är det svårt att överskatta betydelsen av svaret på denna fråga för ett korrekt och effektivt fungerande system för koncentrationskontroll på unionsnivå.

2 Förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano i målet kommissionen/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318, punkt 73).

3 Vad gäller dessa frågor, se International Competition Network Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, ”Setting Notification Thresholds for Merger Review”, april 2008 (tillgänglig på nätverkets webbplats).

4 EUT L 24, 2004, s. 1.

II. Unionsrätt

7. I artikel 22 i förordning nr 139/2004, med rubriken ”Hänskjutande till kommissionen” föreskrivs följande:

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

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

2. Kommissionen skall utan dröjsmål underrätta medlemsstaternas behöriga myndigheter och de berörda företagen om varje begäran som den har mottagit enligt punkt 1.

Varje annan medlemsstat skall ha rätt att ansluta sig till den ursprungliga begäran inom 15 arbetsdagar från och med att den underrättats av kommissionen om den ursprungliga begäran.

…

3. Kommissionen får senast tio arbetsdagar efter utgången av den tidsfrist som anges i punkt 2 besluta att undersöka koncentrationen, om den anser att den påverkar handeln mellan medlemsstater och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den eller de medlemsstater som framställt begäran. Om kommissionen inte fattar beslut inom denna tidsfrist, skall den anses ha fattat ett beslut om att undersöka koncentrationen i enlighet med begäran.

Kommissionen skall underrätta samtliga medlemsstater och de berörda företagen om sitt beslut. Den får kräva att en anmälan lämnas in enligt artikel 4.

Den eller de medlemsstater som har framställt begäran får inte därefter fortsätta att tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationen.

4. Artikel 2, artikel 4.2–3, artiklarna 5 och 6 samt artiklarna 8–21 är tillämpliga när kommissionen undersöker en koncentration i enlighet med punkt 3. Artikel 7 är tillämplig i den utsträckning koncentrationen inte är genomförd den dag då kommissionen underrättar de berörda företagen om att en begäran har framställts.

Om en anmälan enligt artikel 4 inte krävs, skall den tidsfrist som anges i artikel 10.1, inom vilken ett förfarande kan inledas, börja löpa den första arbetsdagen efter den dag då kommissionen underrättar de berörda företagen om att den i enlighet med punkt 3 har beslutat att undersöka koncentrationen.

5. Kommissionen får underrätta en eller flera medlemsstater om att den anser att en sådan koncentration uppfyller kriterierna i punkt 1. I så fall får kommissionen uppmana den eller de medlemsstaterna att framställa en begäran enligt punkt 1.”

8. Den mekanism för hänskjutande som nu föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 139/2004 fastställdes ursprungligen i artikel 22.3–6 (”Tillämpningen av förordningen) i 1989 års koncentrationsförordning [5] (nedan kallad förordning nr 4064/89) som senare ändrades genom rådets förordning (EG) nr 1310/97. [6] Förordning nr 4064/89 upphävdes därefter av förordning nr 139/2004, som trädde i kraft den 1 maj 2004.

III. Bakgrund

9. De mest relevanta faktiska omständigheterna i domen i målet T-227/21, Illumina/kommissionen (nedan kallad den överklagade domen), [7] kan sammanfattas enligt följande:

10. Den 20 september 2020 ingick Illumina Inc. – ett bolag baserat i Förenta staterna som erbjuder lösningar inom genetisk och genomisk analys genom sekvensering och mikrochips – ett avtal och en sammanslagningsplan som avsåg förvärv av fullständig kontroll över Grail LLC (tidigare Grail, Inc.), som utvecklar blodprover för tidig cancerdiagnostik, i vilket det redan innehade 14,5 procent av kapitalet (nedan kallad den aktuella koncentrationen). Den 21 september 2020, publicerade Illumina och Grail (nedan kallade klagandebolagen) ett pressmeddelande genom vilket denna koncentration tillkännagavs.

11. Då klagandebolagens omsättning inte översteg de relevanta tröskelvärdena, bland annat eftersom Grail inte genererade intäkter i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller någon annanstans i världen, hade den aktuella koncentrationen inte någon europeisk dimension, i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 139/2004, och anmäldes således inte till kommissionen. Den aktuella koncentrationen anmäldes inte heller i Europeiska unionens medlemsstater eller i stater som är parter i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, [8] eftersom den inte omfattades av tillämpningsområdet för deras nationella lagstiftningar om koncentrationskontroll.

5 Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1). Artikel 22.3–6 i denna förordning har följande lydelse:
”3. Om på begäran av en medlemsstat kommissionen konstaterar att en koncentration … som inte har någon gemenskapsdimension enligt artikel 1, skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens territorium påtagligt skulle hämmas, kan den, i den mån koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater, fatta beslut enligt artikel 8.2, andra stycket, 8.3 och 8.4 att den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens eller de berörda medlemsstaternas territorier påtagligt hämmas kan den, i den mån koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstaterna, fatta beslut enligt artikel 8.2 andra stycket, 8.3 och 8.4.
4. Artiklarna 2.1 a och b], 5, 6, 8 och 10–20 är tillämpliga … En sådan begäran skall framställas senast en månad efter det att koncentrationen har anmälts till medlemsstaten eller genomförts. …
5. Enligt punkt 3 skall kommissionen endast vidta de åtgärder som absolut är nödvändiga för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens inom territoriet i den medlemsstat på vars begäran den ingriper.
6. Punkterna 3–5 ska fortsätta att gälla fram till dessa att de tröskelvärden som avses i artikel [1.2] har tagits upp till förnyad prövning.

6 Rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 180, 1997, s. 1) (nedan kallad 1997 års förordning). Genom denna förordning ändrades artikel 22 i förordning nr 4064/89, bland annat genom i) införandet av en hänvisning till en gemensam begäran av två eller flera medlemsstater i punkt 3, ii) införandet av fraserna ”Artikel 7 är tillämplig i den utsträckning koncentrationen inte är genomförd den dag då kommissionen underrättar parterna om att en begäran har lämnats in” och ”en sådan begäran skall göras senast en månad efter det att koncentrationen bringas till den medlemsstats eller de medlemsstaters kännedom som har gjort en gemensam anmälan, eller efter det att koncentrationen är genomförd” i punkt 4, och iii) strykning av punkt 6.

7 EU:T:2022:447.

8 EGT L 1, 1994, s. 3; svensk specialutgåva, område 2, volym 11, s. 37 (nedan kallat EES-avtalet).

12. Efter att i december 2020 ha mottagit ett klagomål avseende den aktuella koncentrationen hade kommissionen kontakter med klaganden, med flera av medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter (nedan kallade de nationella konkurrensmyndigheterna) och med Förenade kungarikets konkurrens- och marknadsmyndighet (Competition and Markets Authority).

13. Den 19 februari 2021 underrättade kommissionen medlemsstaterna om den aktuella koncentrationen genom att skicka en skrivelse till dem i enlighet med artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 (nedan kallad uppmaningsskrivelsen). I denna skrivelse angav kommissionen skälen till att den, vid ett första påseende, ansåg att koncentrationen föreföll uppfylla villkoren i artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 och uppmanades medlemsstaterna att framställa en begäran om hänskjutande.

14. Under ett telefonsamtal den 4 mars 2021 informerade kommissionen respektive klagandebolags rättsliga ombud om uppmaningsskrivelsen och om möjligheten att begära hänskjutande med stöd av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004.

15. Den 9 mars 2021 begärde Autorité de la concurrence française (den franska konkurrensmyndigheten, nedan kallad ACF), i enlighet med artikel 22.1 i förordning nr 139/2004, att kommissionen skulle undersöka den aktuella koncentrationen (nedan kallad begäran om hänskjutande). Den 10 mars 2021 underrättade kommissionen, i enlighet med artikel 22.2 i förordning nr 139/2004, de nationella konkurrensmyndigheterna och Eftas övervakningsmyndighet om begäran om hänskjutande. Den 11 mars 2021 underrättade kommissionen även klagandebolagen om begäran om hänskjutande och erinrade om att den aktuella koncentrationen endast kunde genomföras om och i den mån den i artikel 7 i förordning nr 139/2004, jämförd med artikel 22.4 första stycket andra meningen i samma förordning, föreskrivna skyldigheten att skjuta upp genomförandet var tillämplig (nedan kallad underrättelsen).

16. Den 16 och 29 mars 2021 inkom klagandebolagen med yttranden till kommissionen i vilka de invände mot begäran om hänskjutande. Den 2, 7 och 12 april 2021, svarade Illumina på de begäranden om upplysningar som kommissionen hade riktat till bolaget den 26 mars och den 8 april 2021.

17. Genom skrivelser av den 24, 26 och 31 mars 2021, ansökte de belgiska, grekiska, isländska, nederländska och norska konkurrensmyndigheterna, i enlighet med artikel 22.2 i förordning nr 139/2004, om att få ansluta sig till begäran om hänskjutande (nedan kallade ansökningarna om anslutning).

18. Den 31 mars 2021 publicerade kommissionen ett meddelande med titeln ”Vägledning om tillämpning av den mekanism för hänskjutande av ärenden som anges i artikel 22 i [förordning nr 139/2004] för vissa kategorier av ärenden”.[9]

19. Genom separata beslut av den 19 april 2021 biföll kommissionen begäran om hänskjutande och ansökningarna om anslutning. I dessa beslut fann kommissionen i) att begäran om hänskjutande hade framställts inom den frist på 15 arbetsdagar som föreskrivs i artikel 22.1 i förordning nr 139/2004, ii) att ansökningarna om anslutning hade gjorts inom den frist som föreskrivs i artikel 22.2 i förordning nr 139/2004, iii) att den aktuella koncentrationen uppfyllde

9 EUT C 113, 2021, s. 1.

kriterierna för hänskjutande enligt artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 och iv) avfärdade kommissionen klagandebolagens argument avseende åsidosättande av deras rätt till försvar och andra unionsrättsliga principer.

IV. Förfarandet vid tribunalen, den överklagande domen och förfarandet vid domstolen

20. Genom ansökan av den 28 april 2021 väckte Illumina, med stöd av artikel 263 FEUF, talan om ogiltigförklaring av underrättelsen, beslutet att bifalla ACF:s begäran om hänskjutande och besluten att bifalla ansökningarna om anslutning (nedan kallade de omtvistade besluten).

21. Genom särskilt uppsatta beslut och beslut av ordföranden på tribunalens tredje avdelning (i utökad sammansättning) i) tilläts Grail intervenera till stöd för Illuminas yrkande, ii) tilläts Republiken Grekland, Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Eftas övervakningsmyndighet intervenera till stöd för kommissionens yrkande och iii) avslogs ansökan från Computer & Communications Industry Association om att få intervenera till stöd för Illuminas yrkande.

22. Illumina yrkade, med stöd av Grail, att tribunalen skulle ogiltigförklara de omtvistade besluten och underrättelsen och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, Kommissionen, med stöd av Republiken Grekland, Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Eftas övervakningsmyndighet, yrkade för sin del att tribunalen skulle avvisa talan, eller i andra hand, ogilla talan eftersom det var uppenbart att den i vissa delar inte kunde tas upp till sakprövning och i övriga delar var ogrundad, och förplikta Illumina att ersätta rättegångskostnaderna.

23. Genom den överklagade domen ogillade tribunalen den 13 juli 2022 talan, förpliktade Illumina att bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader, och förpliktade Republiken Grekland, Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna, Eftas övervakningsmyndighet och Grail att bära sina rättegångskostnader.

24. I sina överklaganden till domstolen, vilka ingavs den 22 respektive den 30 september 2022 har Illumina (mål C-611/22 P) och Grail (mål C-625/22 P) yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen, ogiltigförklara de omtvistade besluten och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Grail har dessutom yrkat att domstolen ska ogiltigförklara ACF:s begäran och kommissionens underrättelse.

25. Den 21 december 2022 beslutade domstolens ordförande, efter att ha hört referenten, generaladvokaten och parterna, att i enlighet med artikel 54.2 i domstolens rättegångsregler förena de två målen vad gäller den muntliga delen av förfarandet och domen. Den 10 januari 2023 beslutade domstolens ordförande dessutom, efter att ha hört referenten och generaladvokaten, att avslå kommissionens begäran om att mål C-625/22 P skulle avgöras genom förfarandet med skyndsam handläggning i artiklarna 133–136 i rättegångsreglerna och att målet skulle avgöras med förtur enligt artikel 53.3 i rättegångsreglerna.

26. Genom två separata beslut av domstolens ordförande av den 10 mars 203 tilläts Biocom California att intervenera till stöd för Illuminas yrkanden i mål C-611/22 P och avslogs de ansökningar om intervention till stöd för Grails yrkanden i mål C-625/22 P som ingetts av Association française des juristes d'entreprise (AFJE) och European Company Lawyers Association (ECLA).

27. I sina repliker yrkade kommissionen, Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna och Eftas övervakningsmyndighet att domstolen skulle ogilla överklagandena och förplikta klagandebolagen att ersätta rättegångskostnaderna. Grail ingav en replik i mål C-611/22 P och Illumina ingav en replik i mål C-625/22 P, i vilka respektive bolag yrkade att domstolen skulle upphäva den överklagade domen, ogiltigförklara de omtvistade besluten och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28. Klagandebolagen ingav en replik och motparterna ingav en duplik. Klagandebolagen, motparterna och intervenienterna yttrade sig vid den förhandling vid domstolen som hölls den 12 december 2023.

V. Bedömning

29. Till stöd för sina överklaganden har vart och ett av klagandebolagen åberopat tre grunder, vilka i mångt och mycket överlappar. Jag kommer således att pröva dessa grunder tillsammans.

30. För det första kommer jag således att undersöka huruvida tribunalen gjorde en felaktig tolkning av innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 (A). För det andra kommer jag att behandla klagandebolagens påstående att begäran om hänskjutande framställdes för sent och att kommissionen har åsidosatt sin skyldighet att agera inom rimlig tid (B). För det tredje kommer jag att behandla de påstådda åsidosättandena av principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen (C).

A. Den första grunden: Innebörden och räckvidden av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004

31. Illuminas och Grails första grund till stöd för överklagandet avser punkterna 85–185 i den överklagade domen. I dessa avsnitt underkände tribunalen Illuminas första grund i första instans, enligt vilken kommissionens saknade behörighet att granska den aktuella företagskoncentrationen. Efter att ha beaktat parternas argument drog tribunalen följande slutsats:

”183 … med beaktande av bokstavstolkningen samt de historiska, kontextuella och teleologiska tolkningarna av artikel 22 i förordning nr 139/2004, kan slutsatsen dras att medlemsstaterna, på de villkor som föreskrivs i denna, får framställa en begäran om hänskjutande enligt denna bestämmelse oberoende av räckvidden av deras nationella lagstiftning på området koncentrationskontroll.

184 Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den, i de omtvistade besluten, biföll begäran om hänskjutande och ansökningarna om anslutning enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004. …”

1. Parternas argument

32. Illumina har gjort gällande att kommissionen, genom att godkänna tillämpningen av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004, gjorde en felaktig tolkning av denna bestämmelse. Illumina har i synnerhet gjort gällande att tribunalen i) har underlåtit att tillämpat flera grundläggande unionsrättsliga principer (såsom rättssäkerhetsprincipen, proportionalitetsprincipen och subsidiaritetsprincipen), ii) inte korrekt har identifierat och undersökt syftet med förordning

nr 139/2004, iii) inte gjort en restriktiv tolkning av en bestämmelse som utgör ett undantag från en huvudregel och iv) inte erkänt den aktuella bestämmelsens sammanhang och syfte. På samma sätt anser Grail att en bokstavlig, historisk, kontextuell och teleologisk tolkning av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 inte stödjer tribunalens tolkning av förordningen.

33. Biocom stöder i huvudsak klagandebolagens argument, och har understrukit den rättsosäkerhet och oproportionerliga börda för parterna i koncentrationen som följer av den överklagade domen.

34. Kommissionen har gjort gällande klagandebolagens första grund är verkningslös, inte kan tas upp till sakprövning i den del den grundas på vissa förberedande handlingar och i andra hand är ogrundad. Kommissionen anser att tribunalen har gjort en riktig tolkning av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004. Kommissionen har särskilt gjort gällande att klagandebolagen i) inte tar vederbörlig hänsyn till den tydliga lydelsen av denna bestämmelse, och ii) felaktigt anser att det system som inrättats genom förordning nr 139/2004 inte skulle ge parterna i koncentrationen tillräcklig rättssäkerhet.

35. Den franska och den nederländska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet delar kommissionens uppfattning. Den franska regeringen har särskilt gjort gällande att tribunalen korrekt har tillämpat rättssäkerhetsprincipen, proportionalitetsprincipen och subsidiaritetsprincipen. Den nederländska regeringen vidhåller att den, enligt artikel 22.1 i förordning nr 139/2004, hade rätt att begära att kommissionen skulle undersöka en koncentration som den aktuella eller att ansluta sig till en begäran från en annan nationell konkurrensmyndighet. Eftas övervakningsmyndighet har för sin del hävdat att klagandebolagen begick ett misstag när de grundade sig på det system med prövning i en enda instans som inrättats genom förordning nr 139/2004. Denna mekanism avser nämligen endast koncentrationer med en gemenskapsdimension, men är inte tillämplig på koncentrationer utan en sådan dimension.

2. Bedömning

36. På de följande sidorna kommer jag först att pröva vissa preliminära invändningar av processuell karaktär som kommissionen har gjort, och därefter huruvida det finns fog för klagandebolagens första grund.

a) Preliminära frågor

37. Det är lämpligt att inleda med en prövning av kommissionens argument om att i) klagandebolagens första grund är verkningslös och ii) Grails har åberopat vissa handlingar som inte kan tas upp till sakprövning.

38. Jag övertygas inte av dessa argument.

39. För det första är en grund till stöd för ett överklagande verkningslös när den, även om den skulle anses vara välgrundad, inte kan leda till att den överklagade domen upphävs.[10] Så är uppenbarligen inte fallet med de grunder som prövas i förevarande mål. Det är utrett att om tribunalen – såsom klagandebolagen har gjort gällande – gjorde en felaktig tolkning av arten och

[10] Se, exempelvis, dom av den 22 juni 2023, DI/ECB (C-513/21 P, EU:C:2023:500, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

räckvidden av artikel 22 i förordning nr 139/2004, så att kommissionen inte kunde pröva den aktuella koncentrationen, innehåller den överklagade domen en felaktig rättstillämpning som medför att den domen ska upphävas och de omtvistade besluten ogiltigförklaras.

40. Kommissionens påstående att klagandebolagen inte har bestritt tribunalens konstateranden i vissa delar av den överklagade domen (i Illuminas fall i punkterna 90–94 i den överklagade domen, och i Grails fall i punkterna 183 och 184 i den överklagade domen) motsägs av ordalydelsen i överklagandena. I själva verket förefaller kommissionens kritik snarare avse styrkan hos de argument som klagandebolagen har anfört för att bestrida tribunalens konstateranden i dessa avsnitt. Det är emellertid en fråga som rör huruvida det finns fog för grunden och inte huruvida grunden är verkningslös.

41. För det andra är även kommissionens påstående att vissa handlingar som åberopats av Grail inte kan tas upp till prövning med hänsyn till den historiska tolkningen av artikel 22 i förordning nr 139/2004 (nedan kallade de omtvistade handlingarna) ogrundat. Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att sådana handlingar först borde ha ingetts till tribunalen för att därefter kunna prövas i sak i samband med ett överklagande till domstolen. Kommissionen har i detta avseende åberopat det beslut som tribunalens ordförande meddelade den 10 oktober 2023 i målet Deutsche Lufthansa/Ryanair m.fl. [11]

42. Ett allmänt krav på att handlingar först ska ges in till tribunalen för att kunna prövas i sak i samband med ett överklagande till domstolen anges emellertid varken i domstolens rättegångsregler eller följer av unionsdomstolarnas praxis. Det hade inte kunnat förhålla sig på något annat sätt, eftersom en sådan regel skulle vara fullständigt orimlig och kontraproduktiv. Jag behöver knappast understryka att en talan om ogiltigförklaring och ett överklagande har olika föremål (ett beslut i det första fallet, en dom i det andra fallet) och att de rättsfrågor som de båda domstolarna har att pröva således inte helt och hållet sammanfaller.

43. På ett mer grundläggande plan skulle en sådan regel strida mot de principer som gäller för att lägga fram bevisning vid unionsdomstolarna. Domstolen har konsekvent slagit fast att ”principen om parternas likställdhet i processen – vilken är en naturlig följd av själva begreppet rättvis rättegång, som bland annat garanteras i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – kräver att varje part ges en rimlig möjlighet att lägga fram sin sak, *och sin bevisning*, på villkor som inte ger denna part väsentliga nackdelar gentemot motparten”. [12] Vad gäller framläggande av bevisning är grundregeln att *all* bevisning får inges till unionsdomstolen. Unionsdomstolen får emellertid ta hänsyn till att det föreligger andra (inom- eller utomrättsliga) intressen som undantagsvis kan motivera att bevisningen inte tillåts och väga de intressena mot intressena hos dem som vill att bevisningen godtas. [13] Detta kan till exempel vara fallet när en handling har erhållits på olagligt sätt eller om den innehåller konfidentiell information som inte bör lämnas ut till allmänheten för att på så sätt skydda vissa allmänna eller privata intressen.

11 C-457/23 P, EU:C:2023:760.

12 Se, bland annat, dom av den 12 juli 2022, Nord Stream 2/parlamentet och rådet (C-348/20 P, EU:C:2022:548, punkt 128 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

13 Se, för ett liknande resonemang, ibidem, punkterna 130 och 131, samt förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Nord Stream 2/parlamentet och rådet (C-348/20 P, EU:C:2021:831, punkt 120).

44. I förevarande fall har de omtvistade handlingarna erhållits av Grail på ett lagenligt sätt till följd av ansökningar om tillgång till handlingar som ingetts med stöd av förordning nr 1049/2001, [14] och i handlingarna kritiseras vissa specifika avsnitt i den överklagade domen. Eftersom dessa avsnitt rör en av de väsentliga frågorna i förevarande mål (frågan huruvida tribunalens tolkning av artikel 22 i förordning nr 139/2004 stöds av en historisk tolkning av förordningen), ser jag ingen rimlig anledning till att klagandebolagen inte borde ha rätt att åberopa de omtvistade handlingarna. Om det konstateras att dessa handlingar inte får beaktas skulle klagandena i praktiken fråntas möjligheten att bestrida tribunalens bedömning i punkterna 69–117 i den överklagade domen. Det skulle strida mot den rätt till ett effektivt rättsmedel och rättvis rättegång som anges i artikel 47 i stadgan.

45. På samma sätt är kommissionens påstående att det är förbjudet för tribunalen att pröva handlingar som en part har ingett i vederbörlig ordning uppenbart ohållbart. Domstolen har i detta avseende preciserat att ”den princip som gäller i EU-rätten är den om fri bevisvärdering, [15] och att ”det enda kriteriet för värderingen av den bevisning som lagts fram är dess trovärdighet”. [16]

46. Det beslut av ordföranden som kommissionen har åberopat saknar relevans i detta sammanhang. Det målet rörde ett yrkande från ett bolag om konfidentiell behandling i förhållande till övriga parter i målet av vissa uppgifter i målet och i en bilaga till överklagandet. Det är viktigt att notera att de uppgifter för vilka konfidentiell behandling begärdes lämnades i första instans, men sedan avlägsnades från ärendeakten eftersom tribunalen inte ansåg att de var relevanta. Uppgifterna behandlades följaktligen inte konfidentiellt i första instans, eftersom tribunalen hade avlägsnat dem från ärendeakten utan att väga deras konfidentialitet mot de krav som följer av rätten till ett effektivt domstolsskydd enligt artikel 103.2 i rättegångsreglerna. Ordföranden avslog därför bolagets begäran om konfidentiell behandling och underströk att eftersom de omtvistade uppgifterna inte fanns med bland handlingarna i den ärendeakt som låg till grund för tribunalens avgörande, kunde dessa uppgifter i princip inte vara relevanta för domstolens prövning av beslutets lagenlighet i målet om överklagande. Det fanns således ingen anledning att i målet om överklagande bevilja konfidentiell behandling av uppgifter som klagandebolagen frivilligt hade lämnat i sina inlagor.

47. Detta beslut utgör nämligen endast en tillämpning av de grundläggande principer enligt vilka ett överklagande till domstolen är begränsat till rättsfrågor, eftersom saken i målet är begränsad till första instans och inte kan ändras i målet om överklagande. [17] Till skillnad från det målet rör förevarande mål emellertid i) en rättsfråga (tolkning av artikel 22 i förordning nr 139/2004) och inte fastställandet av kontroversiella omständigheter, och ii) en fråga som togs upp och diskuterades i första instans och som tribunalen har avgjort.

48. Av detta beslut följer inte på något sätt att en klagande, för att bestrida ett avgörande avsnitt i en överklagad dom, måste ha lagt fram relevant bevisning redan i första instans. Detta beslut kan inte heller tolkas så, att det innebär att en korrekt tolkning av lagstiftningen är en fråga som det

[14] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2001, s. 43).

[15] Dom av den 12 juli 2022, Nord Stream 2/parlamentet och rådet (C-348/20 P, EU:C:2022:548, punkt 129 och där angiven rättspraxis).

[16] Se, exempelvis, beslut av den 12 juni 2019, OY/kommissionen (C-816/18 P, EU:C:2019:486, punkt 6 i generaladvokatens förslag till avgörande som nämns i punkt 4 i beslutet, och där angiven rättspraxis).

[17] Se, i detta avseende, punkterna 9 och 10 i ovannämnda beslut.

ankommer på klaganden att styrka i tillräcklig utsträckning, och än mindre att klaganden måste göra detta i första instans. Detta skulle strida mot den vedertagna principen *jura novit curia* [18] och ett stort antal avgöranden från domstolen. [19]

49. Kommissionen gjorde emellertid en riktig bedömning när den slog fast att klagandebolagens viktigaste rättsliga argument i princip ska återfinnas i själva ansökan och att de handlingar som bifogats ansökan endast har en stödjande funktion. Även om domstolen inte är bunden av den tolkning av rätten som parterna har föreslagit och den i detta syfte är fri att hämta inspiration från alla handlingar som på ett giltigt sätt har ingetts till domstolen, kan det inte krävas att domstolen i bilagorna till ansökan ska söka efter och identifiera de anmärkningar och argument som skulle kunna ligga till grund för överklagandet. [20] Jag kommer därför att bortse från alla argument som inte uttryckligen anges i överklagandena och som det inte går att förstå ordentligt utan att undersöka bilagorna.

b) Prövning i sak

50. Jag kommer nu att övergå till att pröva klagandebolagens första grund. I huvudsak rör denna grund frågan huruvida tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004. Som jag påpekade ovan har den hänskjutande domstolen dragit slutsatsen att en ”bokstavlig, historisk, kontextuell och teleologisk tolkning” av denna bestämmelse talar för att medlemsstaterna kan begära att kommissionen ska undersöka en koncentration som inte har en gemenskapsdimension, även när de inte är behöriga att pröva en sådan koncentration enligt nationell rätt. Tribunalen fann att artikel 22 i förordning nr 139/2004 eftersträvar andra mål, bland annat att, ”såsom ’korrigerande mekanism’ tillåta en effektiv kontroll av alla koncentrationer som påtagligt kan påverka en effektiv konkurrens inom den inre marknaden och, på grund av att tröskelvärdena för omsättningen inte har överstigits, faller utanför lagstiftningen på området unionens och medlemsstaternas koncentrationskontroll”. [21]

51. På de följande sidorna kommer jag att förklara varför jag anser att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Även om de argument som avser bestämmelsens ordalydelse, som kommissionen har framfört och som tribunalen har återgett, har viss kraft, visar ett antal andra tolkningskriterier – som avser bestämmelsens historia, sammanhang och syfte samt systematik i vidare bemärkelse – tydligt att artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 har en annan innebörd och räckvidd än vad som slogs fast i den överklagade domen.

1) Bokstavstolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004

52. Analysen måste inledas med lydelsen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004, enligt vilket ”[e]n eller flera medlemsstater får begära att kommissionen undersöker en koncentration … som inte har en gemenskapsdimension … men som påverkar handeln mellan medlemsstater och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den medlemsstats eller de medlemsstaters territorium som framställer begäran”.

18 Se, på nytt, förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Nord Stream 2/parlamentet och rådet (C-348/20 P, EU:C:2021:831, punkt 177 och där angiven rättspraxis).

19 Se, exempelvis, dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkt 86), och dom av den 25 mars 2021, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen (C-611/16 P, EU:C:2021:245, punkt 153).

20 Se, analogt, dom av den 30 september 2021, revisionsrätten/Pinxten (C-130/19, EU:C:2021:782, punkterna 310 och 311 och där angiven rättspraxis).

21 Punkt 177 i den överklagade domen. Min kursivering.

53. Tribunalen fann att i den bestämmelsen i) fastställs vissa villkor som måste vara uppfyllda för att direktivet ska vara tillämpligt, men inte något krav på att koncentrationen ska omfattas av tillämpningsområdet för de nationella bestämmelserna om koncentrationskontroll,[22] ii) används uttrycket ”*en koncentration*”,[23] och iii) görs det ingen åtskillnad mellan medlemsstaterna beroende på huruvida de har inrättat ett nationellt system för koncentrationskontroll eller inte.[24] Mot denna bakgrund drog tribunalen slutsatsen att en bokstavstolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 i princip stödde kommissionens tolkning. Eftersom bestämmelsens ordalydelse emellertid inte gjorde det möjligt att dra någon definitiv slutsats på denna punkt, ansåg tribunalen att det var lämpligt att komplettera analysen med andra tolkningsmetoder.[25]

54. Jag håller med om båda punkterna.

55. Vid ett första påseende av verkar bestämmelsens ordalydelse kunna åberopas för att försvara tribunalens vida tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. De omständigheter som anges ovan kan nämligen anses tyda på att alla medlemsstater kan hänskjuta varje koncentration till kommissionen, oberoende av om de har ett nationellt system för koncentrationskontroll och, om så är fallet, huruvida koncentrationen fångas upp av ett sådant system.

56. Samtidigt är det även riktigt, såsom tribunalen konstaterade, att den kortfattade och allmänna formuleringen av denna bestämmelse inte ger något klart svar på den aktuella tolkningsfrågan.

57. Kommissionen delar inte denna uppfattning. Kommissionen har särskilt understrukit bestämmelsens vida tillämpningsområde, vilket enligt kommissionen tydligt *innebär* (eller inte uttryckligen utesluter) att de medlemsstater som har ett nationellt system för koncentrationskontroll även kan hänvisa till fall som inte omfattas av deras system. Att något antyds (eller inte utesluts) kan emellertid inte, vid en bokstavstolkning av en bestämmelse, likställas med att detta uttryckligen anges. Frågan huruvida den *underordnade premissen* i kommissionens resonemang (enligt vilken bestämmelsens tillämpningsområde även omfattar sådana hänskjutanden som de som är i fråga här) är en logisk fortsättning på kommissionens *huvudpremiss* (det vill säga att bestämmelsen har en vid lydelse) kan inte – såsom kommissionen vill att domstolen ska göra – lösas genom att undersöka ett ”isolerat” stycke i förordning nr 139/2004 och inte resten av bestämmelsen och, mer allmänt, resten av förordningen.

58. Rent principiellt är kommissionens påstående att domstolen *inte bör* använda sig av någon annan tolkningsmetod när ordalydelsen i en bestämmelse är tillräckligt tydlig en smula förvånande. Det står naturligtvis domstolen fritt att i varje enskild situation använda sig av samtliga tolkningsmetoder som den anser lämpliga. Eftersom det är av konstitutionell betydelse bör det framhållas att när tvistefrågorna avser *tolkningen av rättsregler* är sådana principer som parternas handläggning, bevisbörda eller beviskrav inte tillämpliga. Jag upprepar att den avgörande principen i detta sammanhang är *jura novit curia*.

22 Punkterna 89, 90 och 92 i den överklagade domen.

23 Punkt 91 i den överklagade domen (min kursivering). I den engelska språkversionen används uttrycket ”*any* concentration”, och en majoritet av de övriga språkversioner använder sig av ett motsvarande uttryck. I vissa språkversioner (däribland den nederländska och den svenska) används däremot ett uttryck motsvarande ”*en* koncentration”.

24 Punkt 93 i den överklagade domen.

25 Punkterna 94 och 95 i den överklagade domen.

59. Kommissionens argument bortser även från domstolens fasta rättspraxis. I sin dom i målet Cilfit slog domstolen tydligt fast att ”*varje* [unionsrättlig] *bestämmelse* [måste] sättas in i sitt sammanhang och tolkas mot bakgrund av [unionsrätten] som helhet”.[26] Enligt fast rättspraxis ska ”vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i”.[27] Domstolen har således aldrig tvekat att göra en kontextuell och/eller teleologisk tolkning av en bestämmelse, även när dess lydelse påstås vara klar, för att antingen bekräfta en bokstavstolkning[28] eller, i förekommande fall, avvika från den.[29]

60. Det är nämligen inte alls konstigt att domstolen vid upprepade tillfällen har fäst vikt vid bland annat en kontextuell och teleologisk tolkning. Även Wienkonventionen om traktaträtten, i vilken det görs en klar åtskillnad mellan ”den allmänna tolkningsregeln” och ”ytterligare tolkningsmedel”,[30] omfattar nämligen alla delar av den första gruppen och skapar ett oupplösligt band mellan dem. I artikel 31.1 i Wienkonventionen föreskrivs att ”[e]n traktat skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens *uttryck* sedda i sitt *sammanhang* och mot bakgrunden av traktatens *ändamål och syfte*.”[31]

61. Det är just därför som kommissionens betonande av uttrycket ”en koncentration”, som används i artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 är missriktat. Det är nödvändigt att undersöka typen av koncentration som avses i artikel 22 i förordning nr 139/2004 för att fastställa exakt vad uttrycket ”en koncentration” hänvisar till. Med risk för att slå fast det uppenbara kan uttrycket ”en koncentration” här inte avse något annat än varje koncentration som inte bara omfattas av artikel 22 i förordning nr 139/2004 utan även, och i ännu högre grad, omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 139/2004. Det är således omöjligt att inte göra en kontextuell prövning av denna bestämmelse.

62. På samma sätt vore det absurt att föreslå att domstolen *bör* nöja sig med att undersöka en bestämmelses lydelse *när* vissa specifika omständigheter som ifrågasätter den påstått tydliga ordalydelsen i denna bestämmelse har kommit till dess kännedom.[32] Det är just detta som är fallet i förevarande mål. Som jag kommer att visa nedan finns det många omständigheter som talar för en annan tolkning av bestämmelsen i fråga.

63. På samma sätt anser jag att Eftas övervakningskommittés argument om att det inte finns något i artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 som tyder på att hänskjutandemekanismen endast är tillämplig på koncentrationer som kan prövas enligt medlemsstaternas nationella konkurrensrätt saknar relevans. Eftas övervakningskommitté pekar i detta avseende på skillnaden mellan lydelsen av artikel 4.5 i förordning nr 139/2004 (som också rör hänskjutandemekanismen och innehåller dessa uttryck) och lydelsen av artikel 22.1 i förordning nr 139/2004. Detta argument bortser emellertid från den omständigheten att den sistnämnda bestämmelsen, till skillnad från den förstnämnda bestämmelsen, ursprungligen

26 Dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 20). Min kursivering.

27 Se, bland många, dom av den 6 oktober 2020, Jobcenter Krefeld (C-181/19, EU:C:2020:794, punkt 61 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

28 Ibidem, punkterna 62–66.

29 Se, exempelvis, dom av den 19 november 2009, Sturgeon m.fl. (C-402/07 och C-432/07, EU:C:2009:716, punkterna 40–69), och dom av den 27 oktober 2016, kommissionen/Tyskland (C-220/15, EU:C:2016:815, punkterna 38–47).

30 (1969) *United Nations Treaty Series*, volym 1155, s. 331. Se artiklarna 31 respektive 32.

31 Min kursivering.

32 Som generaladvokaten Wathelet har påpekat *kan* domstolen nöja sig med att göra en bokstavstolkning av en bestämmelse när bestämmelsen i fråga är fullkomligt klar och otvetydig, men *behöver inte* nöja sig med denna tolkning (se, i det avseendet, förslag till avgörande i målet Frankrike/parlamentet, C-73/17, EU:C:2018:386, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

infördes för koncentrationer som skulle kunna bli problematiska på nationell nivå, där medlemsstaten eller medlemsstaterna i fråga saknade ett nationellt system för koncentrationskontroll. Artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 kunde följaktligen inte innehålla något sådant uttryck som det i artikel 4.5 i förordning nr 139/2004, eftersom detta skulle utesluta just de medlemsstater för vilka denna bestämmelse hade införts. Tribunalen har nämligen själv, i punkt 126 i den överklagade domen, vägrat att dra någon som helst parallell mellan dessa båda bestämmelser.

64. I förevarande fall är kommissionens principiella invändningar under alla omständigheter inte bara grundlösa utan även omtvistade, eftersom det finns åtminstone två omständigheter som räcker för att ifrågasätta den bokstavstolkning som enligt kommissionen är så tydlig att varje annan metod för att tolka artikel 22 i förordning nr 139/2004 helt bör uteslutas.

65. För det första utgör bestämmelsens rubrik en av dessa omständigheter. Artikel 22 i förordning nr 139/2004 har rubriken ”Hänskjutande till kommissionen”. Ordet ”hänskjutande” har i de allra flesta språkversioner [33] en särskild konnotation. Kommissionen har nämligen antytt att denna bestämmelse i princip avser fall som faktiskt eller potentiellt är föremål för prövning vid de nationella myndigheterna och som sedan *hänskjuts* (det vill säga vidarebefordras, överförs, överlämnas, anvisas etcetera) till kommissionen. Denna tolkning är förenlig med rättsgrundsatsen *nemo dat quod non habet* (ingen kan ge det han inte har).

66. Enligt artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004, är för det andra ett av de villkor som ska vara uppfyllda för att kommissionen ska kunna undersöka koncentrationer som understiger tröskelvärdena i artikel 1 i nämnda förordning att koncentrationen i fråga ”hotar att påtagligt påverka konkurrensen *inom den medlemsstats eller de medlemsstaters territorium* som framställer begäran. [34] Denna formulering är fullt rimlig om man anser att bestämmelsen i fråga, sedan den infördes i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989, syftar till att möjliggöra kontroll av koncentrationer som kan snedvrida konkurrensen i en medlemsstat som inte har något nationellt system för koncentrationskontroll. Denna lydelse är dessutom förenlig med syftet med en bestämmelse som, efter ändringarna år 1997 och år 2004 (vilka jag kommer att redogöra för närmare nedan), även avsåg att ge principen om prövning vid en enda instans en större roll inom unionens system för koncentrationskontroll genom att i möjligaste mån undvika flerfaldiga nationella anmälningar.

67. Bestämmelsens lydelse blir däremot mindre tydlig om denna bestämmelse, såsom tribunalen angav, tolkas som ”en ’korrigerande mekanism’ … som består i att möjliggöra en kontroll av koncentrationer som kan medföra att en effektiv konkurrens på den inre marknaden påtagligt hämmas”. [35] Om så är fallet, varför har unionslagstiftaren endast hänvisat till begränsningar av konkurrensen på medlemsstatsnivå? Borde denna bestämmelse inte mer allmänt eller dessutom ha hänvisat till begränsningar av konkurrensen *på den inre marknaden*? Mer grundläggande, varför har kommissionen över huvud taget behov av ett hänskjutande från en myndighet i en medlemsstat, om konkurrensproblemet finns unionsnivå?

68. Ovannämnda textavsnitt väcker vissa tvivel om huruvida bestämmelsen verkligen är så lätt att tolka som kommissionen har påstått.

33 Se, bland annat, uttrycken ”postoupení” (tjeckiska), ”Verweisung” (tyska), ”παραπομπή” (grekiska), ”remisión” (spanska), ”renvoi” (franska), ”áttétel” (ungerska), ”rinvio” (italienska), ”remessa” (portugisiska) och ”napotitev” (slovenska).

34 Min kursivering.

35 Punkt 142 i den överklagade domen (min kursivering). Se även punkterna 141, 165, 177 och 182 i den domen.

69. Som vanligtvis är fallet vid rättsliga bestämmelser som i viss mån är oklara, eller åtminstone inte självförklarande (vilket enligt min mening även är fallet med den bestämmelse som är i fråga här, nämligen ett enda stycke i en artikel i en förordning), förefaller det gamla engelska ordspråket ”*bare reading is bare feeding*” (en ytlig läsning ger inte tid för reflektion) vara relevant. För att fastställa den exakta innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 är det, såsom tribunalen med rätta slog fast, även nödvändigt att använda sig av de övriga tolkningsmetoder som domstolen har tillgång till.

2) En historisk tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004

70. I punkterna 96–117 i den överklagade domen drog tribunalen, efter att ha undersökt ett antal handlingar rörande bakgrunden till förordning nr 139/2004, slutsatsen att ”en historisk tolkning [bekräftar] att artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 tillåter en medlemsstat att, oberoende av räckvidden av de nationella bestämmelserna om konkurrenskontroll, till kommissionen hänskjuta koncentrationer som ligger under de tröskelvärden för omsättningen som anges i artikel 1 i denna förordning, men som riskerar att få betydande gränsöverskridande verkningar”.

71. Jag delar inte denna uppfattning. Framför allt har jag följande fyra stora reservationer: i) de handlingar som avses i den överklagade domen har vissa inneboende begränsningar när det gäller att klargöra unionslagstiftarens avsikt, ii) de nämnda avsnitten i dessa handlingar ger inte stöd åt tribunalens slutsatser, iii) när dessa handlingar läses i sin helhet motsäger de faktiskt dessa slutsatser, och iv) tribunalen underlät att beakta ett stort antal andra handlingar, inklusive relevanta förarbeten, som stöder klagandebolagens tolkning.

i) Gränserna för tribunalens historiska bedömning (I)

72. Som Grail med rätta har påpekat finns det två viktiga *inneboende* begränsningar i den typ av handlingar som i den överklagade domen anförs till stöd för den slutsats som dragits. Samtliga dessa handlingar (1996 års grönbok,[36] 2001 års grönbok,[37] 2003 års kommissionsförslag,[38] och 2009 års arbetsdokument)[39] *upprättades* av kommissionen *efter* antagandet av förordning nr 4064/89. Tribunalens synsätt är enligt min mening särskilt förvånande i förevarande mål.

73. Vid förhandlingen fick kommissionen frågan huruvida den påstått omfattande räckvidden för (vad som nu är) artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 i) redan var något som ingick i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989, ii) lades till när bestämmelsen ändrades 1997 eller iii) infördes när den nya koncentrationsförordningen antogs 2004.

36 Kommissionens grönbok av den 31 januari 1996 om översyn av koncentrationsförordningen, KOM(96) 19 slutlig, som det hänvisas till i punkterna 97 och 98 i den överklagade domen

37 Kommissionens grönbok av den 11 december 2001 om översynen av rådets förordning nr 4064/89, KOM(2001) 745 slutlig), som det hänvisas till i punkterna 97, 99, 101 och 103 i den överklagade domen.

38 Kommissionens förslag till rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (”EG:s koncentrationsförordning”) (EGT C 20, 2003, s. 4), som det hänvisas till i punkterna 97 och 106–113 i den överklagade domen.

39 Arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar åtföljande kommissionens meddelande till rådet – Rapport om hur förordning nr 139/2004 fungerar av den 30 juni 2009, SEC(2009) 808 final/2 2), som det hänvisas till i punkterna 97 och 115 i den överklagade domen.

Kommissionen svarade utan att tveka att en sådan omfattande räckvidd redan från början ingick, det vill säga redan i artikel 22.4 i förordning nr 4064/89. Eftas övervakningsmyndighet delade denna uppfattning. [40]

74. Om så är fallet anser jag, för att göra en historisk bedömning av innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004, att handlingar från tiden efter antagandet av förordning nr 4064/89 är av mindre betydelse än dem som föregick antagandet av denna förordning. Jag tror inte jag behöver förklara varför förberedande handlingar (det vill säga handlingar som används vid utarbetandet av en viss bestämmelse) i allmänhet är mer betydelsefulla för att bevisa lagstiftarens avsikt än handlingar som upprättats i efterhand

75. I samband med det detta konstaterar jag dessutom att den överklagade domen är motsägelsefull. I punkt 115 i den domen vägrade tribunalen nämligen i princip att undersöka fem handlingar som kommissionen upprättat och som klagandebolagen hänvisat till i sina argument, vilka påstods visa att kommissionen fram till nyligen inte ens själv hade tolkat artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 på det sätt som föreslås i förevarande mål.

76. Om bestämmelsen hade en omfattande räckvidd redan vid antagandet av förordning nr 4064/89, varför beaktade tribunalen flera handlingar som upprättats efter år 1989, men inte de som klagandebolagen har anfört? Om bestämmelsens räckvidd däremot utvidgades i och med antagandet av förordning nr 139/2004 år 2004, varför hänvisade tribunalen inte till någon som helst handling från det lagstiftningsförfarande som ledde fram till antagandet av denna förordning, och särskilt handlingar från den institution som agerade som ensam lagstiftare, nämligen rådet? Detta leder mig vidare till nästa punkt.

77. Det är ganska förvånande att tribunalen, för att bekräfta kommissionens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004, endast åberopade handlingar som kommissionen själv har upprättat, och inte nämnde några handlingar från rådet.

78. Jag håller definitivt med om att en officiell handling som redogör för kommissionens ståndpunkt i fråga om innebörden och räckvidden av en viss bestämmelse i en förordning eller ett direktiv har en viss betydelse, särskilt när denna bestämmelse ingår i det ursprungliga förslaget och inte har varit föremål för några väsentliga diskussioner eller ändringar under lagstiftningsprocessen. Kommissionens ståndpunkt kan emellertid inte anses vara avgörande för domstolens tolkning av bestämmelsen. Detta gäller i ännu högra grad när bestämmelsen lades till av rådet i ett relativt sent skede av lagstiftningsprocessen, och efter långa diskussioner, vilket är fallet med (det som nu är) artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004.

79. Mot denna bakgrund anser jag att det är problematiskt att ingen av de handlingar som nämns i punkterna 96–117 i den överklagade domen upprättades av rådet och/eller upprättades före antagandet av förordning nr 4064/89.

[40] Tyvärr har tribunalen inte uttryckligen tagit ställning i denna fråga. Dess ståndpunkt kan inte heller utläsas av motiveringen i den överklagade domen. Tribunalen hänvisade nämligen utan åtskillnad till de uppgifter som fanns i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989 och till de omständigheter som senare lades till genom 1997 års förordning eller genom förordning nr 139/2004.

ii) Gränserna för tribunalens historiska bedömning (II)

80. För det andra kan de historiska handlingar som tribunalen grundade sig på i själva verket inte utgöra stöd för den slutsats som tribunalen dragit, och detta av följande två skäl: i) de avsnitt som det hänvisas till i den överklagade domen saknar relevans för tvistefrågan och ii) andra mer relevanta avsnitt i samma handlingar antingen utelämnades eller så förringades felaktigt deras betydelse.

81. Tribunalen inledde sin historiska bedömning av bestämmelsen med att konstatera att ”denna hänskjutandemekanism var en följd av en önskan av Konungariket Nederländerna, som inte hade något sådant system [för kontroll av företagskoncentrationer] vid denna tidpunkt, att få koncentrationer som hade negativa effekter på dess territorium undersökta av kommissionen, under förutsättning att dessa koncentrationer även påverkade handeln mellan medlemsstater. Därför kom denna mekanism att kallas ’den nederländska klausulen’”.[41] Kommissionen hänvisade därefter till ett antal relevanta handlingar, av vilka det framgick att i) hänskjutandemekanismen i allmänhet anses vara ett användbart verktyg, särskilt för de medlemsstater som för närvarande inte har något system för koncentrationskontroll, men att användningen av denna mekanism under inga omständigheter var förbehållen dessa stater,[42] ii) mekanismen är avsedd att göra det möjligt för medlemsstaterna att begära att kommissionen ska undersöka en koncentration med gränsöverskridande verkningar i en situation där de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 1 i denna förordning inte nås,[43] iii) syftena med detta system har utsträckts över tid för att möjliggöra gemensamma hänskjutanden som gör det möjligt att undvika flera nationella anmälningar, utan att dess ursprungliga syfte äventyras,[44] och iv) ändringarna av denna bestämmelse visade att kommissionen stödde en ökad användning av hänskjutandemekanismen.[45]

82. Alla dessa konstateranden från tribunalen är enligt min mening riktiga i sak. Det är en truism att artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 är tillämplig på koncentrationer med gränsöverskridande verkan som inte når upp till tröskelvärdena i artikel 1 i förordningen. Det har för övrigt inte ens bestritts att den hänskjutandemekanism som föreskrivs i artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 både kan användas av medlemsstater som *inte har* ett kontrollsystem och medlemsstater som *har* ett kontrollsystem. Slutligen råder det inte heller något tvivel om att hänskjutandemekanismen har ändrats över tid för att utvidga dess mål och möjliggöra en mer frekvent användning av mekanismen.

83. Det finns emellertid inget i dessa konstateranden som, direkt eller indirekt, kastar ljus över den centrala frågan i förevarande grund, nämligen huruvida artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 gör det möjligt för medlemsstater som *har* ett nationellt system för koncentrationskontroll att hänskjuta ärenden som *inte faller inom* detta system.

84. De handlingar som nämns i den överklagade domen är således inte bara föga övertygande, utan de nämnda delarna av dessa handlingar kan efter närmare granskning inte på något sätt stödja den slutliga slutsats som drogs av dem i punkt 116 i den domen. Tribunalens slutsatser saknar därför uppenbart relevans.

41 Punkt 97 i den överklagade domen.

42 Punkt 98 i den överklagade domen

43 Punkt 102 i den överklagade domen.

44 Särskilt år 1997, när bestämmelsen ändrades. Se punkt 103 i den överklagade domen.

45 Punkt 109 i den överklagade domen.

iii) Gränserna för tribunalens historiska bedömning (III)

85. För det tredje förefaller de handlingar som det hänvisas till i den överklagade domen i sin helhet motsäga tribunalens konstateranden och därmed bekräfta klagandebolagens tolkning. Betydelsen av denna punkt bör understrykas. Enligt domstolens fasta praxis ska de handlingar som tribunalen grundar sig på läsas i sin helhet för att bedöma deras bevisvärde på ett korrekt sätt. Att extrapolera ett eller flera specifika avsnitt i en handling och därefter dra slutsatser av de avsnitt som är oförenliga med det verkliga innehållet i handlingen i dess helhet utgör en felaktig rättstillämpning. [46]

86. Jag anser att dessa principer även är relevanta i detta sammanhang.

87. För det första anser jag att det är förvånande att punkt 99 i den överklagade domen förringar betydelsen av avsnittet i 2001 års grönbok, genom att – med hänsyn till att det vid tidpunkten för antagandet av grönboken endast var Storhertigdömet Luxemburg som inte hade något system för koncentrationskontroll – ange att ”[i] praktiken [innebar] … att tillämpningsområdet för artikel 22.3 i dess ursprungliga form numera [var] mycket begränsad”. [47] Detta avsnitt innebär förvisso, såsom tribunalen med rätta har påpekat, att andra medlemsstater än Luxemburg inte var för förhindrade att använda sig av artikel 22.3 i förordning nr 139/2004. [48] Jag upprepar dock att detta inte är tvistefrågan. Detta avsnitt tyder nämligen på att den praktiska användningen av hänskjutandemekanismen hade minskat över tid på grund av begränsningarna av möjligheten för de medlemsstater som hade ett system för koncentrationskontroll att använda sig av denna mekanism. De flesta medlemsstater hade under tiden antagit ett nationellt system för koncentrationskontroll och hade därför ett mer begränsat intresse och färre möjligheter att hänskjuta ett ärende till kommissionen.

88. Om det omtvistade avsnittet läses på detta sätt är det mycket väl förenligt med utdragen ur de handlingar som nämns i föregående punkter i den överklagade domen och bekräftas klagandebolagens ståndpunkt, nämligen att hänskjutandemekanismen hade utformats och betraktades som ”särskilt” användbar för medlemsstater utan något system för koncentrationskontroll. Hade medlemsstater med ett system för koncentrationskontroll kunnat hänvisa till *vilken koncentration som helst*, oberoende av om koncentrationen fångades upp av deras system eller inte, skulle användningen och lämpligheten av mekanismen för dessa medlemsstater inte ha påverkats särskilt mycket av deras antagande av ett nationellt system och skulle mekanismen säkerligen inte ha varit ”begränsad”.

89. Dessutom nämndes andra mycket tydliga och viktiga avsnitt i de handlingar som tribunalen hänvisat till inte i den överklagade domen.

90. Vid bedömningen av gränserna för det då gällande regelverket och de tillgängliga alternativen för att ändra regelverket så att fler koncentrationer med gränsöverskridande verkan kunde fångas upp nämns till exempel i 1996 års grönbok inte någon möjlighet att till kommissionen hänskjuta kontrollen av koncentrationer som inte omfattas av de nationella systemen för koncentrationskontroll enligt artikel 22 i förordning nr 4064/89. Denna bestämmelse avser

46 Se, bland annat, dom av den 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/kommissionen (C-326/05 P, EU:C:2007:443, punkterna 60–68), och dom av den 30 maj 2017, Safa Nicu Sepahan/rådet (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punkt 76).

47 Punkt 99 i den överklagade domen.

48 Detta är fortfarande riktigt vid tidpunkten för utarbetandet av förevarande förslag till avgörande. Jag förstår emellertid att situationen snart kan ändras, eftersom den luxemburgska regeringen i augusti 2023 införde ett lagförslag om inrättande av ett system för kontroll av företagskoncentrationer i landet.

nämligen endast ”*fördelningen av* ärenden mellan kommissionen och medlemsstaterna”. I 1996 års grönbok anges till och med att ”koncentrationer som inte överstiger tröskelvärdena [i förordning nr 4064/89] är underkastade nationell koncentrationskontroll *om sådan finns*”. [49]

91. Vidare är 2001 års grönbok ännu tydligare när det gäller att motsäga tribunalens tolkning av artikel 22 första stycket i förordning nr 139/2004. Enligt denna grönbok skulle för det första lagstiftarens avsikt (”att förbättra tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt, stärka principen om en enda kontaktpunkt och minska problemet med flera anmälningar”) uppnås genom att säkerställa att ärenden som ger upphov till *flera anmälningar* på nationell nivå kan handläggas av kommissionen. [50] Det säger sig självt att de ärenden som leder till flera anmälningar inte är de ärenden som understiger de nationella tröskelvärdena. I denna handling hänvisades det i själva verket i stor utsträckning till hänskjutande i ärenden som är föremål för obligatoriska och/eller frivilliga anmälningar på nationell nivå, [51] men det finns ingen anledning att tro att mekanismen för hänskjutande även skulle kunna användas för koncentrationer som inte kan anmälas på nationell nivå. [52]

92. För det andra angavs i 2001 års grönbok att ett av skälen till att hänskjutandemekanismen i artikel 22 i förordning nr 4064/89 var underutnyttjad var ”tekniska skiljaktigheter mellan de nationella kontrollförfarandena, bl.a. i fråga om *den händelse som utlöser anmälan* och bestämmelserna om tiderna för inlämnande av anmälan”. [53] Det är uppenbart att ett sådant övervägande inte skulle ha varit relevant om artikel 22 i koncentrationsförordningen tillät medlemsstaterna att hänskjuta koncentrationer till kommissionen, oberoende av om en anmälan på nationell nivå hade utlösts. [54] Om tribunalens bedömning är riktig är det på samma sätt svårt att förklara uttalandena i 2001 års grönbok, enligt vilka hade varit svårt att förbättra möjligheten att göra gemensamma hänskjutanden enligt artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 , eftersom detta hade varit villkorat av genomförandet av en ”tillräcklig grad av harmonisering … av de nationella rättsordningarna”. [55]

93. I punkt 21 i 2003 års förslag från kommissionen anges följande: ”En av de ursprungliga målsättningarna för artikel 22 [i förordning nr 4064/89] var att ge de medlemsstater som inte har någon nationell lagstiftning om konkurrenskontroll en möjlighet att till kommissionen hänskjuta ärenden som påverkar handeln mellan medlemsstater. I dag är det bara Luxemburg som hör till den kategorin. Möjligheten för en enskild medlemsstat att hänskjuta ärenden till kommissionen *bör dock inte uteslutas helt*”. [56] Detta tyder på att det ansågs osannolikt att medlemsstaterna ensidigt skulle använda sig av hänskjutandemekanismen, även om det var möjligt. Om artikel 22 i förordning nr 4064/89 hade gjort det möjligt för medlemsstater med ett system för koncentrationskontroll att även hänskjuta ärenden som de inte kunde pröva, skulle användningen av hänskjutandemekanismen inte ha kunnat anses vara osannolik.

49 Punkterna 9 och 10 i 1996 års grönbok (min kursivering).

50 Punkt 86 i 2001 års grönbok, som det hänvisas till i punkt 103 i den överklagade domen.

51 Med ”frivilliga” anmälningar avses anmälningar lämnats in till Förenade kungarikets konkurrensmyndighet, eftersom Förenade kungariket (som vid den tidpunkten fortfarande var en EU-medlemsstat) har ett system för koncentrationskontroll som, till skillnad från både unionen och andra medlemsstater, inte grundar sig på obligatoriska anmälningar utan på frivilliga anmälningar.

52 Se, särskilt, sidan 4 (”Resumé”) och punkterna 72–88 i 2001 års grönbok.

53 Punkt 53 (min kursivering).

54 Detta understryks även av hänvisningen i 2001 års grönbok till avsaknaden av en definition av begreppet ”bringande av en koncentration till en medlemsstats kännedom”, men att det ” förefaller det naturligt att använda dagen för anmälan i en medlemsstat som den dag från vilken tidsfristen skall löpa i de medlemsstater som tillämpar anmälningskrav”. Även i detta fall står det klart att kommissionen avser ärenden som har kommit till de nationella myndigheternas kännedom på grund av att de omfattas av deras nationella system för koncentrationskontroll.

55 Se, särskilt, punkterna 93, 95 och 99 i 2001 års grönbok.

56 Min kursivering.

94. I punkterna 22–25 i kommissionens förslag angavs dessutom att den huvudsakliga svagheten i bestämmelserna om hänskjutande (artiklarna 9 och 22 i förordning nr 4064/89) var att de *endast kunde* användas efter det att en koncentration, beroende på det enskilda ärendet, hade anmälts till antingen kommissionen eller de nationella konkurrensmyndigheterna. Av punkt 28 i förslaget framgår dessutom tydligt att kommissionens möjlighet att anmoda medlemsstaterna att inkomma med en begäran om hänskjutande var begränsad till redan anmälda ärenden.

95. Slutligen förtydligas det i punkt 133 i 2009 års arbetsdokument att i) frågan om huruvida de medlemsstater som har ett system för koncentrationskontroll borde ha rätt att tillämpa artikel 22 i förordning nr 139/2004 vid koncentrationer som inte fångas upp av dessa system – även om de använda formuleringarna inte föreföll utesluta detta – inte alls var så oproblematisk som kommissionen har gjort gällande utan en kontroversiell fråga, och att de flesta medlemsstater som tog ställning i denna fråga lutade åt att den skulle besvaras nekande,[57] ii) vissa berörda parter som rådfrågats (däribland de nationella konkurrensmyndigheterna) till och med ifrågasatte huruvida en sådan bestämmelse som artikel 22 i förordning nr 139/2004 över huvud taget borde finnas kvar, eftersom ”en medlemsstat som saknar behörighet att hänskjuta eller ansluta sig till ett hänskjutande enligt artikel 22” skapade problem rörande förutsebarhet, rättsosäkerhet och orimligt långa förfaranden och iii) denna bestämmelse, eftersom det ursprungliga skälet till att artikel 22 existerar nästan har blivit föråldrat, fortfarande hade ett syfte ”[o]m en medlemsstat efter en period av utvärdering av en transaktion anser att kommissionen är *bättre lämpad att bedöma* ärendet.[58]

96. Jag drar således slutsatsen att de handlingar som åberopats i punkterna 96–117 i den överklagade domen inte enbart inte ger stöd för tribunalens slutsats, utan att dessa handlingar vid en samlad bedömning i själva verket motsäger denna slutsats.

iv) Gränserna för tribunalens historiska bedömning (IV)

97. För det fjärde blir det fel som tribunalen gjorde sig skyldig till när den fann att den historiska tolkningen av artikel 22 i förordning nr 139/2004 gav stöd uppfattningen att denna artikel hade ett vidsträckt tillämpningsområde ännu tydligare om andra relevanta handlingar – däribland vissa förarbeten, inbegripet de som upprättats av rådet – undersöks.

98. Förarbetena visar mycket tydligt att vissa av de mest kontroversiella frågorna under de diskussioner och förhandlingar som ledde till att rådet antog förordning nr 4064/89 rörde definitionen av förordningens materiella tillämpningsområde och dess koppling till andra bestämmelser (på gemenskapsnivå och nationell nivå) som i lika hög grad skulle kunna tillämpas på transaktioner som anmälts enligt förordningen. Detta gav framför allt upphov till följande två frågor: Ska tillämpningen av förordning nr 4064/89 vara exklusiv eller ska medlemsstaterna också kunna undersöka anmälda koncentrationer parallellt? Ska tillämpningen av förordning nr 4064/89 på förhand utesluta tillämpning av artiklarna 85 och 86 EEG på samma transaktion?[59]

[57] Se punkt 138 i 2009 års arbetsdokument: ”Vad gäller frågan huruvida en medlemsstat bör kunna införa eller ansluta sig till ett hänskjutande *utan att vara behörig i ärendet*, ansåg fem att detta borde tillåtas tillåta och nio att det inte borde tillåtas. Detta väcker frågan huruvida en medlemsstat bör kunna överföra ett ärende när dess behörighet inte utlöses, men när parternas verksamhet har verkan i den medlemsstaten” (min kursivering).

[58] Se punkterna 133, 140–142 och 144 i 2009 års arbetsdokument (min kursivering). Se, på samma sätt, punkt 86 i 2001 års grönbok.

[59] Se, särskilt, rådet rapporter av den 7 november 1988 (9114/88), den 10 november 1988 (9265/88) och den 8 december 1988 (10054/88).

99. Rådet nådde till sist en överenskommelse om att kommissionens behörighet enligt förordning nr 4064/89 skulle vara exklusiv och att koncentrationer som inte nådde upp till tröskelvärdena i förordning nr 4064/89 endast skulle prövas av de nationella myndigheterna.[60] Eftersom det inte var möjligt att utesluta tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget (primärrätten) på de transaktioner som avses i förordningen, var det dessutom möjligt att begränsa tillämpningen av lagstiftningen om genomförande av dessa bestämmelser.[61] Detta ledde till att två punkter lades till i artikel 22 i kommissionens förslag.[62]

100. I denna överenskommelse i rådet togs problemet upp med de olika medlemsstater som vid den tidpunkten inte hade något nationellt system för kontroll av koncentrationer (däribland Italien, Luxemburg, Belgien och Nederländerna): Vem skulle undersöka koncentrationer som låg under tröskelvärdena i förordning nr 4064/89 men påverkade deras nationella marknad? Därför infördes den ”nederländska klausulen”, som gjorde det möjligt för kommissionen att ikläda sig de nationella myndigheternas skor och undantagsvis agera i deras namn när det inte fanns någon lagstiftning om kontroll av koncentrationer eller om dessa myndigheter, på grund av deras relativa bristande erfarenhet eller begränsade resurser, ansåg att kommissionen var ”bättre lämpad” att undersöka en koncentration som hade anmälts till dem.

101. Både rådet och kommissionen ansåg nämligen att det ”rimligen kunde antas” att koncentrationer som understeg tröskelvärdena i förordning nr 4064/89 i allmänhet hade en otillräcklig inverkan på handeln för att motivera en översyn på unionsnivå.[63] Rådet och kommissionen var medvetna om att tröskelvärdena i förordning nr 4064/89 kunde grundas på en rad olika värden och att dessa värden fastställdes till olika belopp (där varje belopp med nödvändighet skulle bli en uppskattning).[64] Därför var det uppenbart för alla parter som var inblandade i lagstiftningsprocessen, däribland den person som vid den aktuella tidpunkten innehade posten som kommissionsledamot med ansvar för konkurrens,[65] att vissa koncentrationer som kunde påverka den gemensamma marknaden, oberoende av de valda tröskelvärdenas typ och storlek, under alla omständigheter inte skulle omfattas av kommissionens förhandskontroll enligt förordning nr 4064/89.[66] Av flera skäl ansågs detta emellertid oundvikligt, bland annat för att kunna behålla kommissionens arbetsbörda på en rimlig

60 Utkast till protokoll från rådets 1 339:e möte den 18juli 1989 (8016/89 PV/ CONS 47), s. 2.

61 Rådets förordning (EEG) nr 17 av den 6 februari 1962: Första förordningen om tillämpning av [EEG-]fördragets artiklar 85 och 86 (EGT [13, 1962, s. 204]; svensk specialutgåva, område 8, volym 1 s. 8).

62 Kommissionens ändrade förslag till rådets förordning (EEG) om kontroll av företagskoncentrationer (COM(88) 97 final) (EGT C 130, 1998, s. 4). Artikel 22 i det förslaget, med rubriken ”Exklusiv tillämpning av denna förordning”, hade följande lydelse: ”Förordningarna nr 17, (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3975/87 ska inte tillämpas på koncentrationer som omfattas av denna förordning”.

63 Se rådet, Note de la Présidence au Conseil, 7 april 1989 (5857/89 (RC 9)), bilaga, s. 4, rapport av den 12 april 1989 (6267/89, RC 12), utkast till protokoll från det 1 339:e mötet i rådet den 18 juli 1989 (8016/89 PV/ CONS 47), s. 13, rapporter av den 9 november 1989, (9672/89 (RC 41)), s. 3. Se, även, skrivelse från Sir Leon Brittan till rådet av den (SG (89) D/5429) 24 april 1989, s. 2.

64 Se rapport från kommissionen till rådet om genomförandet av koncentrationsförordningen av den 28 juli 1993 (COM(93) final, s. 14) (1993 års rapport), kommissionen, meddelande från G. Drauz till rättstjänsten (COMP/HT.60), rådets arbetsgrupp, den 6 juni 2003 (11430), punkt 4.

65 Se Sir Leon Brittan, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Grotius, 1991, s. 33 och 49. Se, för ett liknande resonemang, Jones, C., ”Procedures and Enforcement under EEC Merger Regulation”, i Hawk, B. (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1990, s. 476.

66 Se kommissionen, 1993 års rapport, s. 7. Se, även, meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om granskning av koncentrationsförordningen (KOM(96) 313 slutlig, s. 5). Se, även, Levy, N., Rimsa, A. och Buzatu, B., ”The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance”, i Kokkoris, I. och Levy, N., *Research Handbook on Global Merger Control*, Edward Elgar Publishing, 2023, s. 219: ”No workable system of merger control can capture every transaction capable of affecting competition in a given jurisdiction”.

nivå,[67] ge parterna i koncentrationen rättssäkerhet,[68] och skapa en balanserad och tydlig kompetensfördelning mellan kommissionen och de nationella myndigheterna.[69] Under alla omständigheter stod det klart att artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget tillät ett ingripande i efterhand för alla koncentrationer som inte nådde upp till tröskelvärdena.[70]

102. I själva verket tyder inte en enda av den stora mängd förberedande handlingar avseende den ursprungliga versionen av förordning nr 4064/89 som parterna har lagt fram på att den hänskjutandemekanism som anges i artikel 22.3–5 i förordning nr 4064/89 har det ”korrigerande” syfte som tribunalen nämnde. För att bekräfta detta tillfrågades kommissionen under förhandlingen huruvida den kunde peka ut någon sådan handling, vilket den inte kunde göra. Detta är enligt min mening inte förvånande, eftersom många av de diskussioner som har ägt rum inom rådet angående den bestämmelsens exakta lydelse, vilket återspeglas i förarbetena, skulle bli obegripliga om koncentrationer under de nationella tröskelvärdena fortfarande kunde prövas med stöd av hänskjutandemekanismen.

103. Detsamma gäller i tillämpliga delar för 1997 års ändringar av förordning nr 4064/89. Såsom påpekades i punkt 82 ovan är det riktigt att unionslagstiftaren avsåg att utvidga tillämpningsområdet för den hänskjutandemekanism som föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 4064/89. Det finns emellertid inget i förarbetena beträffande översynen av förordningen som tyder på att tribunalen hade rätt i sin bedömning att ändringarna eftersträvade att fylla luckor i tillämpningsområdet för förordningen. Tvärtom strider själva syftet med att stärka systemet med prövning i en enda instans genom att undvika flera anmälningar mot tribunalens tolkning av artikel 22 i förordning nr 139/2004.

104. Jag finner det paradoxalt att tribunalen hänvisar till ett dokument som förklarar att syftet med 1997 års ändring av artikel 22 i förordning nr 4064/89 var att undvika *flera* anmälningar, för att bekräfta en tolkning av denna bestämmelse som – såsom jag kommer att förklara nedan[71] – i praktiken uppmuntra företag som enligt unionslagstiftningen och nationella lagstiftningar om koncentrationskontroll inte alls är skyldiga att göra anmälningar (potentiellt upp till 30 av dem)[72] att för säkerhets skull ändå göra anmälningar.

105. De historiska handlingarna avseende antagandet av förordning nr 139/2004 år 2004 ger inte heller stöd åt tribunalens slutsatser att unionslagstiftarens avsikt var att använda sig av den hänskjutandemekanism som föreskrivs i artikel 22 för att avhjälpa de påstådda bristerna till följd av de rigida tröskelvärdena i artikel 1 i denna förordning.[73] Tanken bakom ändringarna av bestämmelserna i artikel 22 i förordning nr 139/2004 var att stärka hänskjutandemekanismens funktion som en enda prövningsinstans, vilket undviker behovet för parterna i koncentrationen inge flera anmälningar. Detta framgår tydligt av själva lydelsen av ändringarna.[74]

67 Se rådet, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 8 mars 1989 (5770/89 RC 8) s. 4. Se, även, skrivelse från Sir Leon Brittan till rådet av den 30 mars 1989 (SG (89) D/4008), s. 2.

68 Se rådet, Report to the Committee of Permanent Representatives, 9 december 1988, (10189/89 RC 36), s. 8, och rättstjänstens yttrande av den 11 juli 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 10. Se även kommissionen, 1993 års rapport, s. 14.

69 Se Sir Leon Brittan, fotnot 65, a.a., s. 39, 48 och 53.

70 Se rådet, rättstjänstens yttrande av den 11 juli 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 4.

71 Se punkterna 201 och 208 i förvarande förslag till avgörande.

72 Detta antal utgörs av samtliga EU-medlemsstater (med undantag av Luxemburg) och EES-/Eftastaterna (Island och Norge) som för närvarande har ett nationellt system för koncentrationskontroll.

73 Tvärtom syftade antagandet av förordning nr 139/2004 till att förstärka de positiva aspekterna av förordning nr 4064/89. Se kommissionen, meddelande av G. Drauz till rättstjänsten (COMP/HT.60), rådets arbetsgrupp, den 6 juni 2003 (11430), s. 7, och 2003 års förslag från kommissionen, s. 10.

74 Se ovan, fotnot 5 och 6.

106. Slutligen ger vissa handlingar som kommissionen upprättat efter antagandet av förordning nr 139/2004 också viss användbar vägledning. Som nämnts ovan har dessa endast ett relativt tolkningsvärde. Eftersom tribunalen själv *endast* åberopade handlingar från kommissionen som upprättats efter antagandet av förordning nr 4064/89, ger dessa kompletterande handlingar en mer fullständig bild genom att de ger intressanta insikter i kommissionens historiska tolkning av artikel 22 i förordning nr 139/2004.

107. I ”Kommissionens tillkännagivande om hänskjutande i koncentrationsärenden” från år 2005,[75] som offentliggjordes efter antagandet av koncentrationsförordningen, betecknas hänskjutanden enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 systematiskt som hänskjutanden ”efter anmälan”.[76] Användningen av detta uttryck är svår att förena med kommissionens upprepade påstående att den alltid har tolkat denna bestämmelse så, att den tillåter medlemsstaterna att hänskjuta ärenden som understiger tröskelvärdena i nationell rätt. Om kommissionens argument godtas, är också vara märkligt att det i samma handling, vid uppräkningen av de ”kategorier av ärenden [som normalt] lämpar sig … bäst för ett hänskjutande till kommissionen enligt artikel 22”, inte hänvisas till koncentrationer som ger upphov till allvarliga konkurrensproblem trots att de inte fångas upp av något system för koncentrationskontroll inom unionen.[77] Enligt mitt förmenande borde denna situation ha angetts först.

108. I sin vitbok från 2014, med titeln ”Effektivare kontroll av företagskoncentrationer i EU” föreslog kommissionen bland annat att ”systemet med hänskjutande av ärenden [skulle göras] mer effektivt och ändamålsenligt genom att man … ändrar artikel 22 så att den bättre följer principen om en enda kontaktpunkt”.[78] Det är intressant att notera att de föreslagna ändringarna av artikel 22 i förordning nr 139/2004 uttryckligen angav att endast de medlemsstater som är ”behöriga att granska transaktionen enligt nationell lag” skulle kunna begära eller motsätta sig ett hänskjutande till kommissionen.[79] Det kan med rätta betvivlas att kommissionen, genom sådana förslag, hade för avsikt att begränsa tillämpningsområdet för artikel 22 i förordning nr 139/2004, eftersom det skulle strida såväl mot det allmänna syftet att göra systemet för koncentrationskontroll effektivare och mer ändamålsenligt som mot det mer specifika syftet att förbättra hänskjutandemekanismen ”både före och efter anmälan”.[80] I förbigående noterar jag att kommissionen även i denna handling på nytt hänvisade till mekanismen i artikel 22 i förordning nr 139/2004 som ett hänskjutande ”efter anmälan”.[81]

109. Slutligen förefaller kommissionens färdplan från 2016 om förfarandemässiga och rättsliga aspekter av EU:s koncentrationskontroll också vara av intresse. I detta dokument undersöker kommissionen möjligheten att uppfylla de befintliga omsättningsbaserade behörighetskraven med andra alternativa kriterier och behovet av att rationalisera systemet för hänskjutande. Enligt min mening kan det knappast finnas två teman som har ett närmare samband med den aktuella tvistefrågan. Det är därför slående att det inte i en sådan handling inte alls sägs något om den påstått breda räckvidden för artikel 22 i förordning nr 139/2004. I detta dokument anges för övrigt även systemet med hänskjutande som en ”korrekt fördelning av ärenden” och medlemsstaternas hänskjutande till kommissionen som en mekanism ”efter anmälan”.[82]

75 EUT C 56, 2005, s. 2.

76 Se, särskilt, punkterna 33, 45, 47 och 50 i tillkännagivandet.

77 Se punkt 45 i tillkännagivandet.

78 Punkterna 2 och 79 i 2014 års vitbok.

79 Punkterna 69 och 70 I 2014 års vitbok.

80 Punkt 61 i 2014 års vitbok.

81 Punkterna 21, 63 och 69 i 2014 års vitbok.

82 Tillgänglig på kommissionens webbplats. Se, särskilt, avsnitten A.1, B.2 och B.3.

110. Min slutsats i denna del är att en historisk tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 ger ett otvetydigt stöd för slutsatsen att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid sin bedömning av innebörden och räckvidden av den aktuella hänskjutandemekanismen.

3) En kontextuell tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004

111. Jag kommer nu till punkterna 118–139 i den överklagade domen, i vilka tribunalen gjorde en kontextuell tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. I detta syfte prövade tribunalen *tolv* omständigheter i sammanhanget, vilka ingick i *fem* bestämmelser (eller uppsättningar bestämmelser) i förordning nr 139/2004. Efter att ha granskat dessa omständigheter drog tribunalen slutsatsen att ”[d]et följer … av en kontextuell tolkning att en begäran om hänskjutande enligt artikel 22 [i förordning nr 139/2004] får framställas oberoende av räckvidden av en nationell lagstiftning på området koncentrationskontroll”. [83]

112. Jag delar inte denna slutsats och det av följande fyra skäl: i) tribunalens tolkning får inte stöd av andra bestämmelser i förordning nr 139/2004 än artikel 22 ii) den får inte heller stöd av andra punkter och stycken i artikel 22, iii) tribunalen förringade felaktigt betydelsen av vissa omständigheter i sammanhanget som, även om de inte i något fall är avgörande, förefaller ha en viss tyngd när de beaktas på ett korrekt sätt och iv) tribunalen bortsåg dessutom från vissa andra omständigheter i sammanhanget som förefaller motsäga dess egna slutsatser.

i) Gränserna för tribunalens kontextuella bedömning (I)

113. Tribunalen inledde sin kontextuella bedömning genom att bedöma huruvida ordalydelsen i andra bestämmelser i förordning nr 139/2004 kunde kasta ljus över innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. I detta syfte undersökte domstolen först fyra bestämmelser (eller uppsättningar av bestämmelser) i förordningen.

114. För det första fann tribunalen att de rättsliga grunder som unionslagstiftaren hade valt (de nuvarande artiklarna 103 och 352 FEUF) [84] för att först anta förordning nr 4064/89 och därefter förordning nr 139/2004 inte gav någon vägledning om innebörden och den korrekta räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Tribunalen avfärdade således Illuminas uppfattning att de rättsliga grunderna stödde dess föreslagna tolkning av denna bestämmelse. [85]

115. Jag anser att tribunalens slutsats är riktig. Av ingressen till förordning nr 4064/89, ingressen till förordning nr 139/2004 [86] och förarbetena, [87] framgår att unionslagstiftaren ansåg att artikel 103 FEUF – som tillåter antagande av lagstiftning ”som behövs för att tillämpa de principer som anges i artiklarna 101 och 102 [FEUF]” – i sig var otillräcklig för att inrätta ett system för koncentrationskontroll i syfte att förhindra uppkomsten av en dominerande ställning (i motsats till *missbruk* av dominerande ställning, som är förbjudet enligt artikel 102 FEUF), och även fångade upp koncentrationer på marknaden för jordbruksprodukter som, enligt artikel 38.3

83 Punkt 139 i den överklagade domen.

84 Tidigare artiklarna 87 och 235 EEG.

85 Punkterna 119 och 120 i den överklagade domen.

86 Skäl 7 i förordning nr 4064/89 och skäl 7 i förordning nr 139/2004.

87 Se, bland annat, rådets dokument Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 29 maj 1989 (7752/89 RC 20), s. 5, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 22 juni 1989 (7827/89 RC 22), s. 1, bilaga II, s. 3, och rättstjänstens yttrande, 11 juli 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 4.

FEUF och bilaga I till EUF-fördraget,[88] kunde omfattas av en särskild rättslig reglering som inbegrep undantag från full tillämpning av unionens konkurrensregler. Unionslagstiftaren ansåg följaktligen att lagstiftningen även måste grundas på artikel 352 FEUF.[89]

116. Huruvida de rättsliga grunderna för förordning nr 139/2004 kunde vara relevanta i förevarande fall var också föremål för omfattande diskussioner vid den muntliga förhandlingen. Kommissionen gjorde för sin del gällande att lagstiftarens val indirekt bekräftar dess ståndpunkt, eftersom artikel 352 FEUF är en bestämmelse som kan ge medlemsstaterna en ny befogenhet att begära att kommissionen ska pröva en viss koncentration, även om det saknas befogenhet att göra detta enligt nationell rätt. Oberoende av huruvida artikel 352 FEUF kan tolkas på detta sätt har jag emellertid inte funnit något spår i någon historisk handling som tyder på att lagstiftaren har tagit detta i beaktande. Som jag påpekat framgår det mycket tydligt av såväl ingressen som förarbetena att lagstiftarens val av rättslig grund inte påverkades av tillämpningsområdet för artikel 22 i förordning nr 139/2004.[90]

117. För det andra hänvisade tribunalen till artikel 1.1 och 1.2 i förordning nr 139/2004 som fastställer de tröskelvärden över vilka en koncentration ska anses ha en ”gemenskapsdimension” (och därför omfattas av systemet med obligatorisk anmälan), och anger att dessa tröskelvärden ”[inte] påverkar tillämpningen av artikel 4.5 och artikel 22”. Av artikel 1.1 och 1.2 i förordning nr 139/2004 drog tribunalen slutsatsen att ”tillämpningsområdet för förordning nr 139/2004 och, följaktligen, kommissionens undersökningsbehörighet avseende koncentrationer i huvudsak är beroende av att de tröskelvärden för omsättningen som karaktäriserar en europeisk dimension överstigs och, i andra hand, de hänskjutandemekanismer som föreskrivs i artikel 4.5 och artikel 22 i denna förordning, vilka kompletterar dessa tröskelvärden genom att tillåta att kommissionen undersöker *vissa* koncentrationer som inte har en europeisk dimension.[91]

118. Även här har tribunalen dragit en riktig slutsats och ingen av parterna har bestritt att artikel 22 första stycket i förordning nr 139/2004 gör det möjligt för kommissionen att pröva *vissa* koncentrationer som understiger de tröskelvärden som anges i artikel 1 i förordning nr 139/2004. Tribunalens slutsats ger emellertid inte någon vägledning när det gäller den verkliga tvistefrågan, nämligen *vilka* koncentrationer som understiger tröskelvärdena i förordning nr 139/2004 som kommissionen kan pröva enligt artikel 22 i denna förordning.

119. För det tredje beaktade tribunalen artikel 4.5 i förordning nr 139/2004. Den bestämmelsen innehåller en annan hänskjutandemekanism, som gör det möjligt för parterna i en koncentration som inte har en gemenskapsdimension och som får prövas enligt den nationella konkurrenslagstiftningen i minst tre medlemsstater att begära att koncentrationen ska prövas av kommissionen. Tribunalen konstaterade att dessa båda bestämmelsers tillämpningsvillkor och syften kraftigt skiljer sig åt. Tribunalen vägrade således att tolka artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 mot bakgrund av artikel 4.5 i samma förordning.[92]

88 Artikel 38 EEG och bilaga II till EEG-fördraget.

89 Genom artikel 352.1 FEUF får rådet besluta om lämpliga åtgärder om en åtgärd från unionens sida, inom ramen för den politik som fastställs i fördragen, visar sig nödvändig för att nå något av de mål som avses i fördragen, samtidigt som de nödvändiga befogenheterna för detta inte föreskrivs i fördragen.

90 Vad gäller denna fråga, se även Dashwood, A., Community Report, XIVth FIDE Congress, Madrid, 2010.

91 Punkterna 121–124 i den överklagade domen. Min kursivering.

92 Punkterna 125 och 126 i den överklagade domen.

120. Av de skäl som anges i punkt 63 i förevarande förslag till avgörande anser jag att detta synsätt är motiverat. Jag anser att ordalydelsen i artikel 4.5 i förordning nr 139/2004 inte är tillräckligt tydlig för att kunna tolka artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004.

121. För det fjärde fann tribunalen att artikel 22 i förordning nr 139/2004 ”inte [kan] tolkas mot bakgrund av de hänskjutandemekanismer som föreskrivs i artikel 4.4 och artikel 9.1 i denna förordning”.[93] Tribunalen ansåg att skillnaderna i ordalydelse mellan dessa bestämmelser visade att dessa mekanismer ”inte är anpassade” till varandra och att det följaktligen inte kunde dras någon slutsats vad gäller innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004.[94]

122. Även här har tribunalen dragit en riktig slutsats, nämligen att klagandebolagens argument inte var övertygande. Det bör samtidigt tilläggas att dessa bestämmelser inte heller ger stöd åt kommissionens argument. De säger nämligen inget om den aktuella tvistefrågan.

ii) Gränserna för tribunalens kontextuella bedömning (II)

123. I punkterna 130–138 i den överklagade domen undersökte tribunalen slutligen innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 mot bakgrund av de övriga punkterna och styckena i den förordningen. I detta syfte undersökte tribunalen *åtta* omständigheter i artikel 22 i förordning nr 139/2004.

124. I motsats till vad tribunalen slog fast[95] innebär lydelsen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 – enligt vilken begäran om hänskjutande ska framställas ”inom 15 arbetsdagar från den dag då koncentrationen *anmäldes* eller, om någon anmälan inte krävs, på annat sätt *kom till* den berörda medlemsstatens *kännedom*”[96] – inte att första stycket i denna punkt ”reglerar … de situationer där koncentrationerna inte har anmälts, utan endast meddelats den berörda medlemsstaten, *antingen på grund av att de inte omfattas av detta systems tillämpningsområde* eller på grund av att det inte existerar något sådant system”.[97]

125. Tribunalen bortsåg från den uppenbara omständigheten att uttrycket ”fått kännedom om” var nödvändigt för att bestämmelsen skulle kunna fylla sin grundläggande funktion som ”den nederländska klausulen”, nämligen att göra det möjligt för medlemsstater som inte har ett nationellt system för koncentrationskontroll att begära att kommissionen prövar koncentrationer som kan vara problematiska på nationell nivå.

126. Tribunalen bortsåg dessutom från de ändringar som över tid gjorts av artikel 22.1 andra stycket i förordning nr 139/2004. I den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989, angavs endast att en begäran skulle framställas ”senast en månad efter det att koncentrationen *har anmälts* eller *genomförts*”. Efter 1997 års ändring av förordning nr 4064/89 hade denna bestämmelse följande lydelse: ”En begäran skall göras senast en månad efter det att koncentrationen bringas till den medlemsstats eller de medlemsstaters *kännedom* som har gjort

93 Enligt artikel 4.4 i förordning nr 139/2004 får parterna i en koncentration begära att kommissionen hänskjuter hela eller en del av undersökningen av en koncentration som har en gemenskapsdimension till myndigheterna i en medlemsstat där koncentrationen ”påtagligt kan påverka konkurrensen på en marknad inom en medlemsstat som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad”. Enligt artikel 9 i koncentrationsförordningen får kommissionen under vissa omständigheter hänskjuta en anmäld koncentration till de behöriga myndigheterna i de berörda medlemsstaterna.

94 Punkterna 127–129 i den överklagade domen.

95 Punkt 130 i den överklagade domen.

96 Min kursivering.

97 Punkt 130 i den överklagade domen. Min kursivering.

en *gemensam anmälan*, eller efter det att koncentrationen är genomförd”. Först i och med antagandet av förordning nr 139/2004 ändrades denna bestämmelse så att den på alla språk numera även innehåller en hänvisning till ”anmälan” av koncentrationen. [98]

127. Vad säger dessa ändringar oss? Enligt min mening bekräftar de tydligt det som blev uppenbart av analysen av förarbetena, nämligen att i) artikel 22 i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989 utformades för att reglera hänskjutande från medlemsstater utan något system för koncentrationskontroll, ii) artikel 22 i förordning nr 4064/89 ändrades år 1997 för att göra det möjligt för flera medlemsstater att vända sig till kommissionen för att undvika flerfaldiga anmälningar, när kommissionen ansågs vara den bäst lämpade myndigheten (därav införandet av hänvisningen till gemensamma anmälningar) och iii) artikel 22 i förordning nr 139/2004 konsoliderade artikel 22-regelverket och stärkte principen om prövning vid en enda instans (därav införandet av hänvisningen till anmälningar). [99] Enligt min mening gjorde tribunalen därför en riktig bedömning när den grundade sina slutsatser på lydelsen av artikel 22.1 andra stycket i förordning nr 139/2004.

128. För det andra fann domstolen att klagandebolagen inte kunde åberopa lydelsen av artikel 22.2 första stycket i förordning nr 139/2004, enligt vilken kommissionen ska underrätta ”medlemsstaternas behöriga myndigheter” om en begäran om hänskjutande. Denna hänvisning är generisk och innebär inte att en anmälan på nationell nivå har gjorts eller i vart fall kan göras. [100]

129. Jag delar delvis tribunalens uppfattning. Betraktad för sig förefaller denna omständighet inte vara tillräckligt avgörande för att fastställa innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Som jag kommer att förklara i punkterna 152 och 162 i förevarande förslag till avgörande är den aktuella bestämmelsen emellertid inte helt utan betydelse när den bedöms tillsammans med andra relevanta bestämmelser.

130. För det tredje fann tribunalen att artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 139/2004 – enligt vilken ”[v]arje annan medlemsstat skall ha rätt att ansluta sig till den ursprungliga begäran [om hänskjutande” – ”överensstämmer med artikel 22.1 [i förordning nr 139/2004] och bekräftar att varje medlemsstat får framställa en begäran om hänskjutande eller anslutning enligt denna artikel, oberoende av räckvidden av dess nationella lagstiftning på området koncentrationskontroll”. [101]

131. Detta är visserligen en omständighet som, såsom tribunalen har påpekat, tycks stödja kommissionens ståndpunkt. Det övertygande värdet av ett sådant inslag är emellertid ganska begränsat, och det av följande fyra skäl:

– Till att börja med påminner, såsom tribunalen själv har påpekat, ordalydelsen i artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 139/2004 om ordalydelsen i artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Med tanke på det nära och inneboende sambandet mellan de två bestämmelserna (som reglerar vem som kan framställa en begäran respektive vem som kan framställa en gemensam begäran) är detta helt logiskt. Det är således inte förvånande att båda bestämmelserna innehåller lika vaga uttryck. I den mån den förstnämnda bestämmelsen

98 Min kursivering.

99 Se punkterna 100, 103 och 105 i förevarande förslag till avgörande. Vad mer specifikt gäller förordning nr 139/2004, se även skäl 12 däri. Denna utveckling, som också beror på det successivt minskade utrymmet för användning av hänskjutandemekanismen, har också framhållits i doktrinen: se, exempelvis, Albors-Llorens, A., Goyder, D.G. och Goyder, J., *Goyder's EC Competition Law*, femte upplagan, Oxford University Press, 2009, s. 431, och Frenz, W., *Handbook of EU Competition Law*, Springer, 2016, s. 1308.

100 Punkt 131 i den överklagade domen.

101 Punkt 132 i den överklagade domen. Min kursivering.

påstås vara otydlig kan motsvarande formuleringar i den sistnämnda bestämmelsen knappast anses ge tillförlitlig vägledning om den förstnämnda bestämmelsens innebörd.

– Ordalydelsen i artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 139/2004 är även otydlig av ett annat skäl. I skäl 15 i förordning nr 139/2004 – som rör artikel 22 i förordning nr 139/2004 – anges nämligen att ”[a]ndra medlemsstater *som också är behöriga* att pröva koncentrationen bör kunna få ansluta sig till denna begäran [om hänskjutande]”. [102] Detta skäl väcker åtminstone visst tvivel beträffande tribunalens tolkning av artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 139/2004, eftersom det antyds att den medlemsstat som begär hänskjutandet ska vara behörig.

– Även om tribunalens tolkning av artikel 22.2 andra stycket i förordning nr 139/2004 godtas, skulle detta inte vara oförenligt med den tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 som klagandebolagen har föreslagit. Kommissionen får en potentiell behörighet att undersöka en koncentration som underskrider tröskelvärdena i artikel 1 i förordning nr 139/2004 när en begäran om hänskjutande framställs i en medlemsstat som har behörighet enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004. När en eller flera medlemsstater ansluter sig till en (giltigt framställd) begäran om hänskjutande från en annan medlemsstat omfattas koncentrationen redan av tillämpningsområdet för koncentrationsförordningen. Således är det varken problematiskt eller fel att varje annan medlemsstat kan ansluta sig till en sådan begäran.

– Den omständigheten att en eller flera medlemsstater ansluter sig (från början eller efter varandra) till en (giltigt framställd) begäran från en annan medlemsstat får slutligen inte några negativa konsekvenser för de berörda företagen i fråga om förfarandenas rättssäkerhet och förutsebarhet. [103] Detta skiljer sig kraftigt från de konsekvenser som skulle följa av den tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 som kommissionen har föreslagit. [104]

132. För det fjärde fann tribunalen att den omständigheten att enligt artikel 22.2 tredje stycket i förordning nr 139/2004 ska ”[a]lla nationella tidsfrister avseende koncentrationen … tillfälligt avbrytas”, inte stöd åt klagandebolagens tolkning av artikel 22.2 första stycket i förordning nr 139/2004. [105]

133. Även på denna punkt delar jag tribunalens omedelbara slutsats, nämligen att artikel 22.2 i förordning nr 139/2004 betraktad för sig inte ger någon vägledning om räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. [106]

134. För det femte undersökte tribunalen ordalydelsen i artikel 22.3 tredje stycket i förordning nr 139/2004, enligt vilken ”[d]en eller de medlemsstater som har framställt begäran … inte därefter [får] fortsätta att tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationen”.

102 Min kursivering. Jag återkommer till denna fråga i punkterna 155 och 156 i förevarande förslag till avgörande.

103 Förfarandet har nämligen inletts på ett giltigt sätt och om inte annat förstärker en gemensam begäran om hänskjutande från flera medlemsstater systemets enhetliga karaktär: om begäran beviljas, får ingen av de berörda medlemsstater ”fortsätta att tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationen [i fråga]” (artikel 22.3 i förordning nr 139/2004), inbegripet bestämmelserna om konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning med avseende på koncentrationen i fråga. Vad gäller den sistnämnda punkten, se punkt 134 i den överklagade domen.

104 Se, utförligt, punkterna 206–214 i förevarande förslag till avgörande.

105 Punkt 133 i den överklagade domen.

106 Se dock punkterna 152–162 i förevarande förslag till avgörande.

Tribunalen fann att en sådan bestämmelse inte stödde klagandebolagens argument, eftersom den nationella lagstiftningen i fråga även hänvisar till nationella bestämmelser om konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning. [107]

135. I detta avseende delar jag helt tribunalens bedömning. Artikel 22.2 tredje stycket i förordning nr 139/2004 stöder inte den tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 som klagandebolagen har föreslagit (och därmed inte heller den tolkning som kommissionens har föreslagit).

136. För det sjätte undersökte tribunalen artikel 22.4 första stycket i förordning nr 139/2004, enligt vilken artikel 2, artikel 4.2–3, artiklarna 5 och 6 samt artiklarna 8–21 däri är tillämpliga när kommissionen medger att undersöka en koncentration som hänskjutits, och artikel 7 i förordning nr 139/2004 är tillämplig ”i den utsträckning koncentrationen inte är genomförd den dag då kommissionen underrättar de berörda företagen om att en begäran har framställts”. Av lydelsen av denna bestämmelse drar kommissionen slutsatsen att den skyldighet att skjuta upp genomförandet av koncentrationen som föreskrivs i artikel 7 i förordning nr 139/2004 är tillämplig på ”såväl situationer i vilka den koncentration som är föremål för begäran om hänskjutande inte, … omfattas av tillämpningsområdet för någon annan nationell lagstiftning som situationer där en sådan lagstiftning är tillämplig men inte föreskriver att den ska skjutas upp”. [108]

137. Tribunalens slutsats är förvånande. Bokstavligt sett är den riktig. [109] Den saknar emellertid också relevans för tvistefrågan i förevarande mål. Jag tolkar därför tribunalens slutsats på så sätt att den skyldighet att skjuta upp genomförandet som föreskrivs i artikel 7 i förordning nr 139/2004 även är tillämplig på koncentrationer som inte omfattas av det nationella systemet för koncentrationskontroll i *den medlemsstat som framställer begäran*.

138. Det verkar emellertid finnas en lucka i tribunalens resonemang: Det är nämligen inte omedelbart uppenbart hur en sådan slutsats följer av lydelsen av artikel 22.4 första stycket i förordning nr 139/2004. Under alla omständigheter anser jag att en sådan slutsats är felaktig.

139. Enligt artikel 22.4 första stycket i förordning nr 139/2004 är skyldigheten att skjuta upp förfarandet tillämplig på samtliga koncentrationer för vilken en begäran om hänskjutande har framställts för att säkerställa kontrollsystemets effektivitet och förhindra snedvridning av konkurrensen innan det har beslutats huruvida kommissionen kommer att pröva ärendet.

140. Den omständigheten att skyldigheten att skjuta upp förfarandet endast är tillämplig i den utsträckning ”koncentrationen inte är genomförd den dag då kommissionen underrättar de berörda företagen om att en begäran har framställts” är en oundviklig följd av den omständigheten att en koncentration för vilken en begäran om hänskjutande (lagligen) har framställts har kunnat genomföras innan begäran framställdes. Det finns olika skäl till att detta är möjligt. Framför allt kan begäran om hänskjutande komma från en medlemsstat (eller en

[107] Punkt 134 i den överklagade domen.

[108] Punkterna 135 och 136 i den överklagade domen

[109] Det är förvisso så att i) om en medlemsstat som inte har ett nationellt system för koncentrationskontroll framställer en begäran om hänskjutande är den skyldighet att skjuta upp förfarandet som anges i artikel 7 i förordning nr 139/2004 tillämplig på koncentrationen i fråga, oavsett om koncentrationen omfattas av en eller flera andra nationella system för koncentrationskontroll, och ii) om en medlemsstat framställer en begäran om hänskjutande är den skyldighet att skjuta upp genomförandet som anges i artikel 7 i förordning nr 139/2004 tillämplig på koncentrationen i fråga med stöd av förordning nr 4964/89, och således oberoende av huruvida lagstiftningen i den medlemsstaten innehåller en motsvarande skyldighet.

EES-/Eftastat) [110] som i) inte har ett system för koncentrationskontroll, ii) har ett system för koncentrationskontroll som inte innehåller en skyldighet att skjuta upp genomförandet [111] och iii) i vilket en skyldighet att skjuta upp förfarandet, även om en sådan fanns, inte var tillämplig i det specifika fallet. Vad gäller den sistnämnda punkten ska det visserligen understrykas att omfattningen av skyldigheten att skjuta upp genomförandet, inbegripet undantag från och eventuella inskränkningar i dessa, samt längden på de karenstider som tillämpas varierar mellan medlemsstaterna. [112]

141. Tribunalens slutsats beträffande artikel 7 i förordning nr 139/2004 följer därför inte av premisserna. Enligt min mening ger artikel 22.4 första stycket i förordning nr 139/2004 ingen vägledning om den korrekta tolkningen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004.

142. För det sjunde påpekade tribunalen att enligt artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 får ”kommissionen … underrätta en eller flera medlemsstater om att den anser att en sådan koncentration uppfyller kriterierna i punkt 1 [i den artikeln]”. Då denna formulering endast hänför till dessa kriterier, ansåg tribunalen inte att denna koncentration ska omfattas av tillämpningsområdet för en nationell lagstiftning på området koncentrationskontroll. [113]

143. Enligt min mening har tribunalen övertolkat denna bestämmelse. Artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 kompletterar artikel 22.1 i förordning nr 139/2004. Den aktuella hänskjutandemekanismen kan initieras av en eller flera medlemsstater, men även av kommissionen – i båda fallen måste de två materiella villkor som anges i artikel 22.3 i förordning nr 139/2004 vara uppfyllda, vilket förklarar varför likartade formuleringar används. Det hade faktiskt varit märkligt om artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 hade varit mer detaljerad än, eller i materiellt hänseende skilde sig från, artikel 22.1 i förordning nr 139/2004. Som jag påpekade i punkt 131 ovan kan en sådan bestämmelse knappast anses ge tillförlitlig vägledning om den kontextuella tolkningen av den bestämmelse vars lydelse den återspeglar.

144. Även om lydelsen av artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 anses vara relevant finns det dessutom åtminstone två andra förklaringar till de formuleringar som används. Det är inte bara så att dessa inte stöder kommissionens ståndpunkt, utan de kan till och med anses ge stöd åt sökandenas ståndpunkt.

145. En sådan förklaring blir uppenbar om uppmärksamheten riktas mot punkt 110 i den överklagade domen. I det avsnittet noterade tribunalen att den i ett tidigare mål (Kesko) redan hade funnit att ”det inte ankom på kommissionen att pröva om ett nationellt konkurrensverk hade behörighet att framställa en begäran i enlighet med artikel 22 [i förordning nr 139/2004]. Kommissionen var endast skyldig att vid ett första påseende kontrollera om begäran hade framställts av en medlemsstat”. [114] Den domen är korrekt i så mening att frågan huruvida en viss koncentration är anmälningspliktig enligt nationell rätt inte är en unionsrättslig fråga, utan en

[110] Som ESA riktigt påpekade i sitt yttrande är förordning nr 139/2004 en rättsakt som enligt artikel 57 i EES-avtalet även är tillämplig i ”EES Eftastater” (Island, Liechtenstein och Norge), Liechtenstein saknar ett nationellt system för koncentrationskontroll.

[111] Så är som bekant fallet med Förenade kungariket, som fortfarande var en medlemsstat när förordning nr 4064/89 och förordning nr 139/2004 antogs.

[112] För en bra översikt över dessa specifika aspekter av systemet, se ”Mallar för koncentrationsanmälan och -förfaranden”, som många medlemsstater har ingett till International Competition Network (det internationella nätverket för konkurrensmyndigheter) (tillgänglig på nätverkets webbplats).

[113] Punkt 137 i den överklagade domen.

[114] Dom av den 15 december 1999, Kesko/kommissionen (T-22/97, EU:T:1999:327, punkt 84).

fråga för nationell rätt. Det kan därför inte ankomma på kommissionen att underrätta en medlemsstat enligt artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 om kommissionen anser att inte bara de materiella villkoren för hänskjutande, utan även de nationella tröskelvärdena är uppfyllda.

146. En annan förklaring följer av att det inte sägs någonting i artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 om vilka kriterier kommissionen ska använda sig av för att identifiera ”en eller flera medlemsstater” som den enligt den bestämmelsen först kan kontakta och sedan uppmana att framställa en begäran. Är detta de medlemsstater på vars territorium konkurrensen kan påverkas? Står det i så fall kommissionen fritt att endast välja vissa av dem (och på grundval av vilka kriterier?) eller är den skyldig att behandla alla lika? Bestämmelsens lydelse kan vid första anblicken förefalla något tvetydig i detta avseende. Eller kanske inte. Det går att hävda att kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på området, bland annat eftersom den i ett enskilt fall kan behöva undersöka vilka medlemsstater som vid ett första påseende är behöriga att hänskjuta en koncentration och vilka medlemsstater som inte är det.

147. Jag anser följaktligen att artikel 22.5 i förordning nr 139/2004 inte heller kan användas för att fastställa arten och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004.

148. Tribunalen fann slutligen att de andra bestämmelserna i artikel 22 i förordning nr 139/2004 ”inte [innehöll] någon relevant uppgift som kan bidra till att förtydliga innehållet i artikel 22.1 första stycket i denna förordning”.[115] Som jag kommer att förklara i de följande avsnitten i förevarande förslag till avgörande, delar jag inte den sistnämnda slutsatsen.

149. På grundval av de olika omständigheter i sammanhanget som beskrivits ovan drog tribunalen slutsatsen att en kontextuell tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 bekräftade att en begäran om hänskjutande enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 kan framställas oberoende av tillämpningsområdet för nationell lagstiftning på området koncentrationskontroll. Som jag har förklarat följer emellertid en sådan slutsats inte av tribunalens kontextuella bedömning. Vid denna bedömning åberopade tribunalen sammanlagt tolv kontextuella omständigheter. Av de undersökta omständigheterna

– saknar enligt tribunalen sju relevans för tolkningen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004; de prövades i självaverket mest för att kunna underkänna vissa av klagandebolagens argument. Tribunalen förklarade inte (eller föreslog inte ens) att dessa omständigheter skulle kunna utgöra stöd för kommissionens ståndpunkt, och

– åberopade tribunalen en av dem till stöd för en omständighet som emellertid inte har bestritts och som dessutom inte ger någon vägledning när det gäller den omtvistade tolkningen.

150. Även om tribunalens resonemang helt och hållet skulle godtas, vilket inte är fallet, grundar tribunalen således sin slutsats på endast fyra kontextuella omständigheter. Tre av dessa har dessutom, såsom jag har förklarat, varit föremål för en felaktig bedömning och en av dem, även om den är ger stöd åt kommissionens ståndpunkt, är inte särskilt övertygande.

[115] Punkt 138 i den överklagade domen.

151. Jag anser dessutom att den kontextuella bedömningen i den överklagade domen är problematisk av ytterligare två skäl: i) tribunalen uteslöt felaktigt betydelsen av vissa kontextuella omständigheter vilka – även om de inte i något fall är avgörande – är vägledande när de vederbörligen beaktas, och ii) tribunalen bortsåg från andra kontextuella omständigheter som förefaller motsäga dess slutsatser.

iii) Gränserna för tribunalens kontextuella bedömning (III)

152. För det första anser jag att vissa kontextuella omständigheter i sammanhanget som tribunalen uteslöt [116] får ett visst hermeneutiskt värde när vederbörlig hänsyn tas till två aspekter som den domstolen förbisåg, nämligen kopplingen mellan omständigheterna och tidsfaktorn.

153. Låt mig förklara. De omständigheter som jag avser är bestämmelser och skäl i förordning nr 139/2004 som, när de undersöks separat, kan förefalla betydelselösa för tolkningen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Om man tar ett steg tillbaka och undersöker dessa bestämmelser och skäl tillsammans, med beaktande av när och varför de infördes i förordningen, kan emellertid vissa mönster som kan vara till hjälp för tolkningen faktiskt skönjas.

154. I första instans åberopade klagandebolagen flera bestämmelser och skäl i förordning nr 139/2004 som förefaller grundas på premissen att i) den koncentration som är föremål för ett hänskjutande enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 antingen är anmälda eller kan anmälas på nationell nivå, [117] ii) denna koncentration under alla omständigheter måste prövas någonstans, även om kommissionen beslutar att inte pröva den, [118] eller iii) de nationella myndigheter som begär ett hänskjutande måste vara behöriga att pröva koncentrationen. Den sistnämnda punkten kräver en kort förklaring.

155. Som redan påpekats är kommissionen enligt artikel 22.2 första stycket i förordning nr 139/2004 skyldig att ”underrätta medlemsstaternas *behöriga* myndigheter och de berörda företagen om varje begäran [om hänskjutande] som den har mottagit”. I likhet med tribunalen är även jag benägen att tolka uttrycket ”behöriga myndigheter” som en hänvisning till de nationella myndigheter som i allmänhet ansvarar för koncentrationer – i motsats till de myndigheter som är behöriga att pröva den specifika koncentrationen enligt nationell rätt.

156. Som angetts i punkt 131 ovan ifrågasätts denna tolkning emellertid av skäl 15 i koncentrationsförordningen – ett skäl som behandlar just den aktuella hänskjutandemekanismen, närmare bestämt de villkor som ska vara uppfyllda för att mekanismen ska kunna användas enligt artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Det skälet har följande lydelse: ”En medlemsstat bör till kommissionen kunna hänskjuta en koncentration som saknar gemenskapsdimension men som påverkar handeln mellan medlemsstater och riskerar att påtagligt påverka konkurrensen inom dess territorium. Andra medlemsstater som också är behöriga att pröva koncentrationen bör kunna få ansluta sig till denna begäran”. [119] Tyder inte ordalydelsen i detta skäl – såsom klagandebolagen har gjort gällande – på att den medlemsstat som hänskjuter målet måste vara behörig, enligt nationell rätt, att pröva koncentrationen i fråga?

[116] Se punkterna 129–133 i förevarande förslag till avgörande.

[117] Se, särskilt, artikel 22.2 tredje stycket i förordning nr 139/2004: ”Alla *nationella tidsfrister avseende koncentrationen* skall tillfälligt avbrytas”. Min kursivering.

[118] Se, på nytt, artikel 22.2 tredje stycket i förordning nr 139/2004: ”tills det i enlighet med förfarandet i denna artikel fastställts var koncentrationen skall undersökas”. Min kursivering.

[119] Min kursivering.

157. Tribunalen hade inte mycket till övers för klagandebolagens argument och konstaterade att dessa bestämmelser och skäl inte kan tolkas som att de innebär att en viss koncentration för att kunna hänskjutas måste anmälas eller kunna anmälas i den medlemsstat som utlöser mekanismen.[120] Jag delar den uppfattningen. Jag behöver knappast påminna om att hänskjutandemekanismen i artikel 22 i förordning nr 139/2004 kan användas av – och i själva verket i huvudsak har utformats för – medlemsstater som inte har ett nationellt system för koncentrationskontroll.

158. Att nöja sig med den rättsliga bedömningen, vilket tribunalen gjorde, innebär emellertid att man gör det allt för lätt för sig. På samma sätt är det enligt min mening förvånande att inte heller kommissionen ägnade mer tid åt ordalydelsen i dessa bestämmelser i sitt yttrande, med hänsyn till den stora vikt som den fäster vid bokstavstolkningen i förevarande mål.

159. Det går i detta sammanhang att fråga sig om det inte finns en viss inkonsekvens i kommissionens argument och i motiveringen till den överklagade domen. Båda grundar sig till stor del på vissa bestämmelsers (påstått klara) ordalydelse, och avfärdar därefter vad som förefaller följa av den (påstått klara) ordalydelsen i andra bestämmelser, enbart på grund av att de sistnämnda bestämmelserna inte är förenliga med den tolkning som gjorts av de förstnämnda bestämmelserna. Att avfärda uppgifter i vissa bestämmelser, eftersom dessa uppgifter inte är förenliga med den preliminära slutsats som tidigare dragits, utgör enligt min mening inte en djupgående kontextuell tolkning. Det liknar mer ett cirkelresonemang.

160. Jag tror att en mer försiktig uttolkare hade frågat sig varför vissa bestämmelser och skäl i förordning nr 139/2004 eventuellt inte har den innebörd som deras lydelse antyder. Enligt min mening är orsaken till dessa skäls och bestämmelsers särdrag att de inte ingick i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989. De infördes alla senare när denna, efter att ha ändrats 1997, slutligen upphävdes genom förordning nr 139/2004.

161. Eftersom denna punkt redan utförligt har behandlats behöver jag inte på nytt uppehålla mig vid den. Syftet med förordning nr 139/2004 var att utveckla hänskjutandemekanismen genom att skapa möjligheter till prövning vid en enda instans. Eftersom detta syfte endast avser koncentrationer som har anmälts eller kan anmälas, är det uppenbart att ordalydelsen i dessa bestämmelser och skäl avfattades med dessa transaktioner i åtanke.

162. Mot denna bakgrund blir ordalydelsen i dessa bestämmelser och skäl helt begriplig och förenlig med resten av förordning nr 139/2004. Dessa kontextuella omständigheter tyder följaktligen också på att avsikten med artikel 22 i förordning nr 139/2004 aldrig var att göra det möjligt för medlemsstater att till kommissionen hänskjuta koncentrationer som understiger de nationella tröskelvärdena. I annat fall skulle de förmodligen ha formulerats på ett annat sätt. För att använda ett annat ordspråk skulle jag säga att tribunalen, i fråga om dessa skäl och bestämmelser ”inte kunde se skogen för alla träd”.

iv) Gränserna för tribunalens kontextuella bedömning (IV)

163. Dessutom har tribunalen bortsett från andra aspekter av det rättsliga sammanhanget som enligt min mening också tycks stödja klagandebolagens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004.

[120] Vad gäller artikel 22.2 tredje stycket i förordning nr 139/2004, se punkterna 133 och 150 i den överklagade domen. Tribunalen tar emellertid endast upp formuleringen ”alla nationella tidsfrister” och inte formuleringen ”tills det … fastställts var koncentrationen skall undersökas”. Vad gäller skäl 15 (”också … behöriga”), se punkterna 149–151 i den överklagade domen.

164. Även på denna punkt kommer jag att vara kortfattad. Jag har nämligen redan nämnt vissa av dessa omständigheter i tidigare avsnitt i förevarande förslag till avgörande

165. För det första anges i skäl 15 *in fine* att kommissionen, enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004, förvärvar ”befogenhet att pröva och handlägga en koncentration *på* en eller flera ansökande medlemsstaters *vägnar*.” [121] Det är svårt att förena formuleringarna i detta skäl med en bestämmelse som enligt kommissionen och tribunalen ger kommissionen behörighet att undersöka vissa koncentrationer som påverkar konkurrensen på den *inre marknaden*. Om problemet finns på den inre marknaden varför ska kommissionen agera *i* en nationell myndighets *intresse, i dess ställe eller för dess räkning*, [122] vilket i än högre grad är fallet när det rör sig om en myndighet som inte är behörig att pröva koncentrationen i fråga?

166. Mina tvivel på denna punkt stärks av lydelsen av artikel 22.5 i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989, i vilken det anges att ”[e]nligt punkt 3 skall kommissionen *endast* vidta de åtgärder som absolut är nödvändiga för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens *inom territoriet i den medlemsstat* på vars begäran den ingriper”. [123] Den uttryckliga begränsningen av kommissionens befogenheter under dessa omständigheter [124] visar enligt min mening otvetydigt att avsikten inte var att artikel 22 i förordning nr 139/2004 skulle ha den omfattande korrigerande funktion som tribunalen har gett den.

167. Det är också intressant att konstatera att det i den överklagade domen inte sägs något om artikel 1.4 och 1.5 i förordning nr139/2004, i vilka ett förenklat förfaranden föreskrivs [125] för att göra det möjligt för rådet att på förslag av kommissionen ”se över tröskelvärdena och kriterierna”, som enligt den bestämmelsen definierar räckvidden för förordning nr 139/2004. [126] Jag framhåller att det i denna bestämmelse inte bara hänvisas till tröskelvärden (i betydelsen omsättningsbaserade tröskelvärden) utan även till kriterier. Detta innebär att unionslagstiftaren, om denne anser det nödvändigt, kan besluta att ersätta eller integrera de omsättningsbaserade tröskelvärdena med kriterier som grundar sig på andra typer av värden (exempelvis det pris som köparen betalar, transaktionens värde, marknadsandelar, andelen av utbudet, värdet på de lokala

121 Min kursivering.

122 Se även de liknande uttrycken i den tyska (”für”), den grekiska (”για λογαριασμό”), den spanska (”en nombre de”), den franska (”au nom d[e]”), och den italienska (”per conto di”) versionen av förordningen. Härigenom betonas att kommissionen förefaller agera inom ramen för en sorts delegering av de befogenheter som innehas av den behöriga nationella myndigheten: Cohen-Tanugi, C., m.fl., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, De Boeck Université, 1995, s. 56. Similarly, Sir Leon Brittan, fotnot 65, a.a., s. 52.

123 Min kursivering. Denna bestämmelse blev endast föremål för en mindre ändring 1997 och upphävdes genom förordning nr 139/2004, eftersom den inte längre var förenlig med den nya funktionen i form av prövning vid en ena instans i artikel 22 i förordning nr 139/2004. See Cook, J. och Kerse, C., *EC Merger Control*, femte upplagan, Sweet&Maxwell, 2005, s. 343.

124 Den omständigheten att kommissionens begränsade befogenheter innebar att hänskjutandemekanismen i den dåvarande artikel 22 i förordning nr 4064/89 hade en begränsad räckvidd betonades av exempelvis Cook, J. och Kerse, C., *EEC Merger Control – Regulation 4064/89*, första upplagan, Sweet&Maxwell, 1991, s. 60 och 61.

125 Att ändra förordning nr 139/2004 kräver nämligen i regel enhällighet (på grund av den rättsliga grunden enligt artikel 352 FEUF), men artikel 1.5 i förordning nr 139/2004 gör det möjligt för rådet att ändra tröskelvärdena ”genom beslut med kvalificerad majoritet”.

126 Se även skäl 9 i förordning nr 139/2004, i vilket följande anges: ”… Kommissionen bör rapportera till rådet om genomförandet av alla tillämpliga tröskelvärden och kriterier för att rådet med stöd av artikel 202 i fördraget regelbundet skall kunna ta upp dem … före anmälan till förnyad prövning mot bakgrund av de vunna erfarenheterna. Detta kräver att medlemsstaterna lämnar statistiska uppgifter till kommissionen, så att den kan utarbeta sådana rapporter och eventuella förslag till ändringar. Kommissionens rapporter och förslag bör grundas på relevanta uppgifter som medlemsstaterna skall lämna regelbundet” (min kursivering). Mot bakgrund av detta skäl tolkar jag artikel 1.4 och 1.5 i förordning nr 139/2004, att det är möjligt att använda sig av det förenklade förfarandet när som helst efter överlämnandet av den rapport som ska överlämnas senast den 1 juli 2009. Jag medger emellertid att formuleringarna i bestämmelsen lämnar ett utrymme för tvetydighet, som kan ge intryck av att det förenklade förfarandet endast kunde tillämpas på de ändringar som föreslogs efter antagandet av 2009 års rapport. Även om man bortser från skäl 9 i förordning nr 139/2004 förefaller tanken att denna bestämmelse endast kan tillämpas en gång vara ologisk. Med tiden blir nämligen behovet av att justera tröskelvärdena mer och mer upp uppenbart.

tillgångar som ska överlåtas, den potentiella påverkan på de berörda marknaderna etcetera). Det finns därför en systematisk korrigeringsmekanism i koncentrationsförordningen som möjliggör en snabb justering av förordningens tillämpningsområde, om de behörighetskriterier som används på grund av marknadsutvecklingen inte längre lämpar sig för att fånga upp potentiellt skadliga koncentrationer.

168. Jag delar kommissionens uppfattning att det hermeneutiska värdet av denna omständighet i sig inte bör överskattas. Det ger emellertid upphov till frågor om behovet av att i förordningen ha en sådan tillfällig korrigeringsmekanism som den som tribunalen föreslog. Denna kontextuella omständighet blir dessutom ännu mer relevant för uttolkaren när den undersöks ur en annan synvinkel.

169. Jag erinrar om att en bestämmelse som påminner artikel 1.4 och 1.5 i förordning nr 139/2004 redan fanns med i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989, och i den sistnämnda förordningen var kopplingen mellan mekanismen för justering av tröskelvärdena och hänvisningsmekanismen direkt och explicit. Intressant nog utformades hänskjutandemekanismen i artikel 22.3–5 i förordning nr 4064/89 som en *tillfällig* mekanism. I artikel 22.6 i förordning nr 4064/89 föreskrivs nämligen att ”[p]unkterna 3–5 skall gälla till dess att de tröskelvärden som anges i artikel 1.2 har tagits upp till förnyad prövning”. Detta innebär att unionslagstiftaren år 1989 ansåg att hänskjutandemekanismen var tänkt att bli inaktuell när erfarenheten ”på fältet” gjorde det möjligt att göra lämpliga justeringar av de omsättningsbaserade tröskelvärdena.[127] Det är uppenbart att ett sådant övervägande skulle vara helt meningslöst om syftet med hänskjutningsmekanismen, såsom kommissionen har hävdat, även var att fånga upp koncentrationer som understiger de nationella tröskelvärdena. Dess användbarhet skulle över huvud taget inte påverkas av en ändring av tröskelvärdena i förordning nr 4064/89. Om förfarandet för hänskjutande var avsett att fånga upp koncentrationer under de nationella tröskelvärdena, finns det ännu större anledning att fråga sig följande: Varför det var nödvändigt att göra mekanismen tillfällig?

170. Min slutsats i denna del är att en kontextuell tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 också ger stöd åt slutsatsen att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vad gäller innebörden och räckvidden av den aktuella hänskjutandemekanismen. Även om det finns omständigheter som pekar i båda riktningarna, är de omständigheter som pekar på att denna bestämmelse har en begränsad räckvidd mycket fler och mer relevanta än de omständigheter som pekar på att denna bestämmelse har en större räckvidd.

4) En teleologisk tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004

171. I punkterna 140–151 i den överklagade domen gjorde tribunalen därefter en teleologisk tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004, med fokus i första hand på ordalydelsen i ingressen. Tribunalen framhöll särskilt att det av skälen 5, 6, 8, 24 och 25 i nämnda förordning framgår att dess syfte är ”att tillåta en faktisk kontroll av alla koncentrationer som har en påtaglig påverkan på konkurrensstrukturen i unionen”. Tribunalen betonade även att det i skäl 11 hänvisades till hänskjutandemekanismerna som ”korrigerande mekanism[er]”, vilket tyder på att de ger upphov till ”en subsidiär behörighet för kommissionen som ger den en nödvändig flexibilitet för att uppnå målet med denna förordning”. Av detta drogs slutsatsen att

[127] Som betonar mekanismens tillfälliga karaktär, Downes, T.A. och Ellison, J., *The legal control of mergers in the EC*, Blackston, 1991, s. 63–65.

”en teleologisk tolkning bekräftar att en begäran om hänskjutande enligt artikel 22 i [förordning nr 139/2004] kan framställas oberoende av räckvidden av en nationell lagstiftning på området koncentrationskontroll”.

172. Inte heller på denna punkt delar jag tribunalens uppfattning. För att förklara varför jag kommer att försöka ta upp två frågor som i detta sammanhang klargör innebörden och räckvidden av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. För det första, vad är det specifika syftet med denna bestämmelse? För det andra, är det syfte som denna bestämmelse påstås eftersträva, nämligen att fylla luckor i tillämpningsområdet för förordningen, förenligt med de övergripande syftena med förordning nr 139/2004?

i) Gränserna för tribunalens teleologiska bedömning (I)

173. I detta skede av min bedömning står det delvis klart hur den första frågan ska besvaras. Såväl den historiska som den kontextuella bedömningen av koncentrationsförordningen har nämligen visat att den hänskjutandemekanism som föreskrivs i artikel 22 i nämnda förordning utan tvekan eftersträvar två mål. Det första målet, som låg till grund för införandet av hänskjutandemekanismen i den ursprungliga koncentrationsföringen från år 1989 (den så kallade nederländska klausulen), var att göra det möjligt att pröva koncentrationer som kan snedvrida konkurrensen på lokal nivå, när den berörda medlemsstaten inte har något nationellt system för koncentrationskontroll. Det andra målet, som infördes genom ändringen av förordning nr 4064/89 år 1997 och som sedan stärktes genom antagandet av förordning nr 139/2004, är att möjliggöra prövning vid en enda instans, genom att låta kommissionen pröva en koncentration som anmälts eller kan anmälas i flera medlemsstater, för att på så sätt undvika flerfaldiga anmälningar.

174. Det första målet framgår inte uppenbart av ingressen till den ursprungliga koncentrationsförordningen från 1989. Den omständigheten att hänskjutandemekanismen ursprungligen infördes för att nå detta mål har emellertid prövats av tribunalen och är ostridigt mellan parterna. Under alla omständigheter är det inte förvånande att det saknas en hänvisning till detta mål i ingressen till förordning nr 4064/89, eftersom, som jag redan förklarat, dess räckvidd och betydelse ursprungligen var tänkt att vara mycket begränsad. Inledningsvis var förordningen endast avsedd att tillämpas *tillfälligt*, det vill säga fram till dess att de omsättningsbaserade tröskelvärdena hade justerats och *undantagsvis*, med tanke på dess snäva tillämpningsområde, såsom kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor vid den aktuella tidpunkten uttryckligen angav. [128]

175. Det andra mål nämns däremot uttryckligen (och eftertryckligen) i både ingressen till 1997 års förordning och ingressen till förordning nr 139/2004. [129] Inte heller det är förvånande, med tanke på betydelsen av de ändringar som gjorts av den aktuella hänskjutandemekanismen.

176. Jag övergår nu till att behandla frågan huruvida det går att identifiera ett tredje mål som det påstås att artikel 22 i förordning nr 139/2004 eftersträvar, nämligen att fylla luckor i tillämpningsområdet för förordningen för att göra det möjligt att kontrollera koncentrationer

[128] Sir Leon Brittan, fotnot 65, a.a., s. 42: ”This provision is *narrowly defined* and would not permit the Commission to deal with mergers below the threshold *on a general basis*, even if it were inclined to *evade the spirit of the threshold provision* in this way (Denna bestämmelse är *strikt definierad* och gör det inte möjligt för kommissionen att *generellt* behandla koncentrationer som understiger tröskelvärdet, även om den skulle vara benägen att *kringgå andan i bestämmelsen om tröskelvärde*)” (min kursivering). Se, även, ibidem, ”The Law and Policy of Merger Control in the EEC”, *European Law Review*, 1990, s. 245.

[129] Se, särskilt, artikel 10 i 1997 års förordning och skälen 11, 12 och 14 i förordning nr 139/2004.

som understiger både unionens tröskelvärden och nationella tröskelvärden. Tribunalen konstaterade att detta mål bekräftades i skäl 11 i förordning nr139/2004, enligt vilken ”[r]eglerna för att hänskjuta koncentrationer från kommissionen till medlemsstaterna och från medlemsstaterna till kommissionen bör fungera som en effektiv korrigerande mekanism”.

177. Jag anser därför att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av detta skäl. Uttrycket ”korrigerande mekanism” bör inte betraktas separat utan bedömas i sitt rätta sammanhang.

178. Vad är för det första föremålet för skäl 11? Det sammanhang det ingår i är viktigt. I skäl 8 förtydligas de grundläggande principerna bakom fördelningen av befogenheter mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Skälen 9 och 10 rör kravet på att de omsättningsbaserade tröskelvärden som anges i förordning nr 139/2004 ska avse koncentrationer med en ”gemenskapsdimension”. Skäl 12 rör däremot koncentrationer som faller under de tröskelvärden för omsättningen som anges i förordning nr 139/2004, men som ”kan komma i fråga för prövning enligt flera olika nationella system för koncentrationskontroll”. Vad gäller den sistnämnda aspekten konstateras det i skäl 12 att ”Flerfaldiga anmälningar av samma transaktion ökar rättsosäkerheten, svårigheterna och kostnaderna för företagen och kan leda till motstridiga bedömningar”, och härav dras slutsatsen att ”[s]ystemet för att hänskjuta koncentrationer från medlemsstaterna till kommissionen bör därför vidareutvecklas”. I skälen 13–16 pekas på den samverkan som ska ske mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna i detta syfte, och ges exempel på hur de olika hänskjutandemekanismerna fungerar.

179. Enligt min mening tyder ovannämnda sammanhang på att skäl 11 hänvisar till en mekanism med en korrigerande funktion vid *fördelningen av befogenheter* mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Som tribunalen har påpekat handlar detta skäl inte om ”en subsidiär behörighet för kommissionen som ger den en nödvändig flexibilitet för att uppnå målet med denna förordning”. [130]

180. Ovannämnda övervägande får för det första ytterligare stöd av det faktum att detta skäl inte ingick i den ursprungliga koncentrationsförordningen från 1989, utan infördes först i förordning nr 139/2004. Den ändamålsenliga verkan av systemet med hänskjutande vad gäller fördelningen av ärenden mellan olika myndigheter, som alla är behöriga att pröva en viss koncentration, uppstod nämligen först år 1997 och fick därefter ökad betydelse år 2004.

181. I punkt 94 i 2001 års grönbok bekräftas att ”om artikel 22.3 skall kunna fungera som en allmänt tillämplig korrigerande mekanism för att råda bot på *problemet med multipla anmälningar* måste systemet förmodligen ändras utöver vad en ändring av koncentrationsförordningen skulle kunna medföra”. [131] Av denna punkt går det att dra två slutsatser. För det första hänvisar uttrycket ”korrigerande mekanism” i skäl 11 i förordning nr 139/2004 till det specifika problemet med flerfaldiga anmälningar, och inte den bredare frågan om alla brister i ett system för koncentrationskontroll som bygger på tröskelvärden. Problemet med flerfaldiga anmälningar uppkommer dessutom endast på grund av att koncentrationerna kan *omfattas* av flera nationella system för koncentrationskontroll och inte för att de *inte omfattas* av dessa system. Att åberopa artikel 22 som en lösning på problemet med flerfaldiga anmälningar är något som krävde diskussioner och ändringar av lagstiftningen och var således inte det ursprungliga syftet med den artikeln. Härav följer att åberopandet av artikel 22 för att komma till rätta med andra mer omfattande problem också kräver diskussioner och ändringar.

130 Se punkt 142 i den överklagade domen.

131 Min kursivering.

182. När skäl 11 läses i sin helhet bekräftas ovanstående överväganden ytterligare. I det skälet anges följande: ”Reglerna för att hänskjuta koncentrationer … bör fungera som en effektiv korrigerande mekanism mot bakgrund av subsidiaritetsprincipen. Genom dessa regler skyddas medlemsstaternas konkurrensintressen på lämpligt sätt och rättssäkerheten och principen om prövning vid en enda instans beaktas.” Jag drar två slutsatser av detta. För det första bekräftar hänvisningen till subsidiaritetsprincipen och ett adekvat skydd av medlemsstaternas konkurrensintressen att mekanismen för hänskjutande har en begränsad räckvidd. Den syftar endast till att avhjälpa situationer där konkurrensen påverkas *lokalt*. För det andra tyder hänvisningen till rättssäkerheten och principen om prövning vid en enda instans även på att hänskjutandemekanismerna syftar till att ersätta flera nationella förfaranden med ett centraliserat förfarande, vilket förutsätter att koncentrationerna i fråga når upp till de nationella tröskelvärdena.

183. Jag övertygas således inte av tribunalens tolkning av skäl 11 i förordning nr 139/2004. Jag övertygas inte heller av tribunalens åberopande av skälen 6 och 24 i förordning nr 139/2004, eftersom de hänvisar till en effektiv kontroll av *alla* koncentrationer.

184. Jag upprepar att när dessa skäl läses i sin helhet och i sitt rätta sammanhang är det tämligen uppenbart att ordet ”alla” inte innebär att varje koncentration som inträffar i världen, förutsatt att den kan ge upphov till ett visst konkurrensproblem i vissa medlemsstater, bör bli föremål för en ”effektiv” kontroll enligt förordning nr 139/2004. I skäl 6 anges följande: ”Det är därför nödvändigt med en särskild rättsakt som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen. Den skall vara den enda rättsakt som är tillämplig på sådana koncentrationer”. På samma sätt anges det i skäl 24 att ”denna förordning [måste] medge en effektiv kontroll av alla koncentrationer med utgångspunkt från deras verkningar på konkurrensen inom gemenskapen”.

185. Flera textavsnitt i dessa skäl motsäger tydligt de angivna konsekvenserna för den aktuella hänskjutandemekanismen. För det första kan inte ”alla koncentrationer” kontrolleras enligt förordning nr 139/2004. Om tröskelvärdena inte uppnås ska koncentrationen normalt prövas av andra konkurrensmyndigheter (i EU:s medlemsstater och/eller tredjeländer). Vad för det andra gäller koncentrationer som – enligt kommissionens teori – ”köksvägen” skulle komma att omfattas av tillämpningsområdet för koncentrationsförordningen (det vill säga koncentrationer för vilka varken kommissionen eller de berörda nationella konkurrensmyndigheterna i princip är behöriga), går det inte att hävda att koncentrationsförordningen är ”det enda instrument som är tillämpligt på sådana koncentrationer”. För det tredje är det enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 nämligen tillåtet att inleda parallella förfaranden vid kommissionen (på begäran av en eller flera nationella konkurrensmyndigheter) och en eller flera nationella konkurrensmyndigheter (de som inte ansluter sig till begäran om hänskjutande). Enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 prövar kommissionen, såsom framgår av skälen 6 och 24, inte koncentrationer ”med utgångspunkt från deras verkningar på konkurrensen *inom gemenskapen*”,[132] utan endast i den medlemsstat som framställt begäran (artikel 22.1 och 22.5 i förordning nr 139/2004). Unionsdomstolarna har nämligen konsekvent tolkat uttrycket ”alla koncentrationer” i ingressen till förordning nr 139/2004 som en hänvisning till koncentrationer ”med en gemenskapsdimension”.[133]

[132] Min kursivering.

[133] Se, bland annat, dom av den 4 mars 2020, Marine Harvest/kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149, punkt 108 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommission (T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 246).

186. Om så är fallet uppkommer följande fråga: Vad avses med ordet ”alla i dessa skäl? Svaret finns återigen i lydelsen av dessa skäl och bekräftas av deras historik och syfte. De uttryck som används i dessa skäl kan spåras tillbaka till skäl 7 i den ursprungliga koncentrationsförordningen från år 1989 [134] och syftar till att klargöra att enligt koncentrationsförordningen kommer alla koncentrationer att bedömas ”med utgångspunkt från deras *verkningar* på *konkurrensen*”. Detta klargörande, som visserligen kan förefalla uppenbart och överflödigt i dag, var vid den tidpunkt då förordning nr 4064/89 antogs inte utan intresse. En annan anledning till att förhandlingarna i rådet under många år inte ledde någon vart var nämligen de mycket stora meningsskiljaktigheter som rådde mellan olika medlemsstater rörande vilka kriterier som kommissionen ska använda för att avgöra huruvida en koncentration ska godkännas eller inte. Medan kommissionen och många medlemsstater har främjat en ren antitrustanalys, har vissa medlemsstater motsatt sig denna uppfattning och anser att koncentrationer även ska bedömas mot bakgrund av andra överväganden, och särskilt utifrån industripolitiska skäl. I slutändan gick den förstnämnda uppfattningen segrande ur striden och kompromissen blev att inkludera den så kallade tyska klausulen i förordningen (då artikel 21.3 i förordning nr 4064/89, nu artikel 21.4 i förordning nr 139/2004), som fortfarande gav medlemsstaterna en viss befogenhet att ingripa. [135] Unionsdomstolarnas praxis tycks bekräfta min tolkning av detta skäl. [136]

187. Följaktligen anser jag att tribunalens åberopande av skälen 6, 11 och 24 i detta sammanhang är missriktat. Vid ett närmare betraktande finns det varken någon hänvisning till eller dras det någon slutsats från ingressen till någon av de tre koncentrationsförordningarna enligt vilken artikel 22 i förordning nr 139/2004 har till syfte att fylla en lucka i tillämpningsområdet för förordningen. Tystnaden på denna punkt talar sitt tydliga språk, med tanke på den potentiellt extraordinära inverkan som denna bestämmelse skulle ha på funktionen hos ett system för koncentrationskontroll som i) ”bygger på principen om en tydlig kompetensfördelning mellan [kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna”, [137] och ii) vars räckvidd ”avgränsas av kvantitativa tröskelvärden”. [138]

188. En annan fråga i detta sammanhang är emellertid huruvida det av tribunalen angivna målet att fylla en lucka i tillämpningsområdet för förordning nr 139/2004 är förenligt med förordningens övergripande syften.

ii) Gränserna för tribunalens teleologiska bedömning (II)

189. I punkt 140 i den överklagade domen undersökte tribunalen ingressen till förordning nr 139/2004 och drog slutsatsen att det syfte som tillskrivs den hänskjutande mekanismen, nämligen att fylla en lucka i tillämpningsområdet för förordningen, var förenligt med ”syftet med denna förordning[, som] är att tillåta en faktisk kontroll av alla koncentrationer som har en påtaglig påverkan på konkurrensstrukturen i unionen”. [139]

134 Det skälet hade följande lydelse: ”En ny rättsakt bör därför skapas i form av en förordning som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen. Den skall vara den enda förordning som är tillämplig på sådana koncentrationer”.

135 Enligt den bestämmelsen, och utan hinder av kommissionens exklusiva behörighet att pröva de koncentrationer som omfattas av räckvidden för förordning nr 139/2004, ”får medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att skydda andra legitima intressen än de som omfattas av denna förordning och som är förenliga med gemenskapsrättens allmänna principer och övriga bestämmelser”.

136 Se, för ett liknande resonemang, dom av 7 september 2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 21). Se, även, dom av den 25 mars 1999, Gencor/kommission (T-102/96, EU:T:1999:65, punkt 314), och dom av den 22 september 2021, Altice Europe/kommissionen (T-425/18, EU:T:2021:607, punkt 299).

137 Se dom av den 22 juni 2004, Portugal/kommission (C-42/01, EU:C:2004:379, punkt 50), och skäl 8 i förordning 139/2004.

138 Se skäl 9 i förordning nr 139/2004.

139 Se, särskilt, punkt 140 i den överklagade domen.

190. Jag ser i huvudsak två problem med denna analys. Dels bortsåg tribunalen från vissa väsentliga delar av ingressen, dels gjorde den en felaktig tolkning av vissa skäl.

191. För det första har tribunalen vid flera tillfällen understrukit att syftet med förordning nr 139/2004 är att säkerställa en *faktisk* kontroll av koncentrationer, och går så långt som att hänvisa till det som ”syftet”, det vill säga det enda syftet.

192. Det råder enligt min mening inget tvivel om att syftet att säkerställa en faktisk kontroll av koncentrationer är själva grundsyftet med förordningen och dess betydelse betonas därför i ingressen till förordning nr 139/2004. Detta kan emellertid inte vara det *enda* syftet, eller existerar med andra ord inte i ett vakuum. I artikel 2 i förordning nr 139/2004 anges att ”koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas i enlighet med *målen* i denna förordning”. [140]

193. Eftersträvandet av målet att möjliggöra en *faktisk* kontroll av koncentrationer går nämligen hand i hand med andra mål, varav vissa är särskilt relevanta i förevarande fall. Det första av dessa mål, som är resultatet av de långa och (tillstår jag) heta diskussioner som i slutändan ledde till antagandet av förordning nr 139/2004, efter nästan tjugo års förhandlingar i rådet, är att inrätta av ett system för *delad* behörighet mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. [141] Det andra målet är att på unionsnivå förverkliga ett effektivt system som grundas på principen om prövning i en enda instans. Kommissionen har exklusiv behörighet att granska koncentrationer som anmäls enligt förordning nr 139/2004 och som inte behöver anmälas igen på medlemsstatsnivå, och de nationella myndigheterna kan inte längre tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på sådana transaktioner. [142] Det tredje målet är att inrätta ett effektivt och förutsägbart system som kan ge de berörda företagen rättssäkerhet. [143] I punkt 226 i den överklagade domen hänvisade tribunalen själv till ”de grundläggande syftena avseende effektivitet och skyndsamhet som ligger till grund för [förordning nr 139/2004]”, och till unionslagstiftarens avsikt ”att slå fast en tydlig fördelning av de åtgärder som ankommer på de nationella myndigheterna och på unionen”.

194. Medan de två första mål som nämns i föregående punkt av uppenbara skäl är specifika för unionens system för kontroll av koncentrationer, gäller detta inte det tredje målet. Varje system för kontroll av koncentrationer på global nivå eftersträvar nämligen en jämvikt mellan en effektiv kontroll av konkurrensen och undvikande av onödiga kostnader och förseningar för såväl parterna i koncentrationen som för den offentliga förvaltningen. [144] För att säkerställa denna jämvikt bygger koncentrationsreglerna i allmänhet på tröskelvärden som fångar upp de transaktioner som ska prövas och ålägger myndigheterna särskilda tidsfrister för att slutföra sin bedömning. Det går därför inte att överdriva betydelsen av förutsebarhet och rättssäkerhet, särskilt för parterna i koncentrationen. Företag som eventuellt omfattas av anmälnings- och uppskjutandeskyldigheter

140 Min kursivering. I doktrinen beskrivs koncentrationsförordningen också som ett instrument med flera mål: se, exempelvis, Navarro Varona m.fl, *Merger Control in the EU: Law, Economics and Practice*, första upplagan, Oxford University Press, 2001, s. 1–5.

141 Se hänvisningen till subsidiaritetsprincipen i skälen 6, 8, 11 och 14. Se även skäl 8 *in fine*: ”koncentrationer som inte omfattas av denna förordning faller i princip inom medlemsstaternas behörighet”.

142 Se hänvisningen till principen om prövning i en enda instans i skälen 8 och 11, till kommissionens ”exklusiv behörighet” i skäl 17 och till de påföljande begränsningarna för medlemsstaternas åtgärder i skälen 18 och 19.

143 Se hänvisningarna till effektivitet i skälen 14, 15 och 16, till förutsebarhet i skäl 15, och till rättssäkerhet i skälen 11, 25 och 34. Se även 1996 års grönbok, punkt 29. I doktrinen, se, bland annat, Blaise, J.B., ”Concurrence – Contrôle des opérations de concentration”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 743, och Venit, J., ”The ’merger’ control regulation: Europe comes of age … or Caliban’s dinner”, *Common Market Law Review*, 1990, s. 44.

144 På samma sätt Whish, R. och Bailey, D., *Competition Law*, åttonde upplagan, Oxford University Press, 2018, s. 832 och 833.

måste med en relativt hög grad av säkerhet veta om deras föreslagna transaktion kommer att bli föremål för en antitrustgranskning, och av vilka myndigheter, samt när dessa myndigheter kan förväntas lämna ett slutgiltigt svar. [145]

195. Som redan påpekats gäller detta på global nivå. Det gäller emellertid i ännu högre grad för koncentrationer som kan prövas i unionen. Detta beror inte bara på att olika verkställighetsmyndigheter samexisterar inom unionen (kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna) – med allt som det för med sig i fråga om komplexitet – utan även på att förordning nr 139/2004, till skillnad från de flesta system för koncentrationskontroll i världen, ålägger parterna i koncentrationen *ett världsomspännande förbud mot att avsluta en transaktion*. Detta innebär att genomförandet av en anmäld transaktion i princip ska avbrytas *i sin helhet* till dess att kommissionen har fattat ett slutligt beslut. Parterna i koncentrationen kan därför inte påskynda genomförandet genom att exempelvis separera vissa lokala tillgångar, enheter eller företag fram till dess att koncentrationen godkänns. De kostnader och risker som parterna i koncentrationen utsätts för är följaktligen ännu större, vilket innebär att dessa företag måste kunna vidta lämpliga försiktighetsåtgärder.

196. Domstolen har i detta avseende funnit att förordning nr 139/2004 ”innehåller … bestämmelser som av rättssäkerhetsskäl och i de berörda företagens intresse syftar till att begränsa varaktigheten av de kontrollförfaranden som ankommer på kommissionen.” Unionslagstiftarens syfte har nämligen varit att ”säkerställa att företagskoncentrationer kontrolleras inom tidsfrister som är förenliga med både fordringarna på god förvaltningssed och affärslivets krav”. [146]

197. Mot bakgrund av det ovan anförda håller jag med om att säkerställandet av systemets effektivitet (det vill säga förmågan att fånga upp potentiellt skadliga koncentrationer) är huvudsyftet med förordning nr 139/2004. Denna effektivitet kan emellertid inte uppnås på bekostnad av förordningens övriga syften. Hänvisningarna i ingressen till ”effektivitet” kan således inte leda till att räckvidden och syftet med bestämmelserna i förordning nr 139/2004 utvidgas så mycket att de sträcker sig längre unionslagstiftarens tydliga avsikter, och rubbar lagstiftarens noggrant utformade jämvikt mellan de olika syftena.

198. Enligt kommissionen är syftet med artikel 22 i förordning nr 139/2004 att fylla en lucka i tillämpningsområdet för förordningen, vilket tribunalen ställer sig bakom. Är detta syfte mot bakgrund av det ovan anförda förenligt med de övriga syften som beskrivits ovan och med den jämvikt som fastställts mellan dem? Jag anser att det är uppenbart att denna fråga ska besvaras nekande. Tribunalens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 förefaller enligt min mening strida mot de tre syften som anges i punkt 193 ovan och kan rubba den jämvikt mellan dem som unionslagstiftaren har velat uppnå.

199. För de första förefaller den sandwich av behörigheter som skulle bli följden av tribunalens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 – kommissionen (stora koncentrationer)/nationella konkurrensmyndigheter (koncentrationer som understiger tröskelvärdena i förordning nr 139/2004 men överstiger de nationella tröskelvärdena)/kommissionen (koncentrationer som understiger de nationella tröskelvärden) –

[145] Se, allmänt, Irarrazabal Philippi, F., ”Merger control procedure”, *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, Art. N° 12342.

[146] Dom av den 22 juni 2004, Portugal/kommissionen (C-42/01, EU:C:2004:379, punkterna 51 och 53). Se, även, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (C-202/06 P, EU:C:2007:255, punkt 44).

knappast vara förenlig med ett system som, såsom tribunalen har påpekat, ”bygger på principen om en tydlig kompetensfördelning mellan kontrollmyndigheter på nationell nivå och på [unionsnivå]”. [147]

200. Denna tolkning förefaller även märklig när den betraktas mot bakgrund av subsidiaritetsprincipen, som det hänvisas till i inte mindre än fyra skäl i förordning nr 139/2004. [148] Detta är en förordning som – enligt den dåvarande kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor – utgjorde ”ett utmärkt exempel på hur [den principen] kan genomföras”. [149] Subsidiaritet är en princip som, enkelt uttryckt, främst har en nedåtriktad effekt. Inom ramen för delad behörighet tenderar den att skjuta behörigheten att vidta en specifik åtgärd ned till medlemsstaterna. [150] Naturligtvis har denna princip i vissa fall även en uppåtriktad effekt, som skjuter behörigheten upp till unionen när en viss åtgärd, på grund av dess omfattning eller verkningar, framstår som mer effektiv om den vidtas på unionsnivå. Jag undrar emellertid om en situation där befogenheten att göra något (här prövning av en koncentration) har tilldelats en unionsinstitution (här kommissionen), av just den anledningen att en medlemsstat har ansett att omfattningen eller verkningarna av sådana situationer som den aktuella *inte är tillräckligt betydande* för att motivera en åtgärd på nationell nivå, inte strider mot subsidiaritetsprincipen.

201. För det andra är parterna eniga om att en av följderna av tribunalens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 är att företag som vill vara säkra på att en föreslagen koncentration inte kan ifrågasättas av kommissionen efter genomförandet, trots att den koncentrationen inte har anmälts någonstans i unionen och inte omfattas av något suspensivt krav, skulle vara tvungna att i) tillfälligt skjuta upp genomförandet, och ii) bringa koncentrationen till (potentiellt) alla EU- och EES-/Eftastaters kännedom (totalt 30 olika nationella myndigheter) för att utlösa den tidsfrist på 15 arbetsdagar som anges i artikel 22.1 andra stycket i förordning nr 139/2004.

202. I detta sammanhang anser jag att det är viktigt att tillägga att enligt kommissionen ska en anmälan från parterna i koncentrationen till de berörda nationella myndigheterna innehålla alla uppgifter och all information som dessa behöver för att avgöra om de två materiella villkoren i artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 – att koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstaterna och hotar att påtagligt påverka konkurrensen på den berörda medlemsstatens territorium – är uppfyllda. Det är emellertid enligt min mening uppenbart att det inte är enkelt att genomföra en korrekt bedömning av dessa villkor, och än mindre inom endast 15 arbetsdagar. Det är därför sannolikt att de informella anmälningarna till de nationella myndigheterna i många fall behöver vara ganska omfattande och detaljerade och således inte kommer att skilja sig alltför mycket från de inlagor som normalt krävs för en formell anmälan.

203. Det innebär i praktiken att de företag som genomför en transaktion som i princip faller utanför alla system för koncentrationskontroll inom unionen, kan tvingas att lämna in informella anmälningar till *alla* nationella myndigheter för att undvika en framtida användning av den aktuella hänskjutandemekanismen, vilket skulle kunna få dramatiska konsekvenser för dem.

147 Se dom av den 22 juni 2004, Portugal/kommissionen (C-42/01, EU:C:2004:379, punkt 50). Se även skäl 8 (”koncentrationer som inte omfattas av denna förordning faller i princip inom medlemsstaternas behörighet”) och skäl 9 (”Tillämpningsområdet för denna förordning bör … avgränsas av kvantitativa tröskelvärden för att omfatta de koncentrationer som har en gemenskapsdimension).

148 Se ovan, fotnot 141.

149 Sir Leon Brittan, ”Subsidiarity in the Constitution of the EC”, Robert Schuman Lecture, European University Institute, 1992, s. 12.

150 Artikel 5.3 första stycket FEU: ”Enligt subsidiaritetsprincipen ska unionen … vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna, vare sig på central nivå eller på regional och lokal nivå, och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå”.

204. Om en nationell konkurrensmyndighet som inte är behörig att pröva en koncentration framställer en begäran om hänskjutande, vilket utlöser hänskjutandemekanismen, och en eller flera nationella konkurrensmyndigheter, som däremot är behöriga att pröva begäran, beslutar att inte ansluta sig till den, kan hänskjutandemekanismen leda till att användningen av parallella förfarandena *ökar*. Förfarandena vid de behöriga nationella konkurrensmyndigheterna pågår nämligen parallellt med ett förfarande vid kommissionen, vilket inte hade varit fallet utan hänskjutandemekanismen.

205. Ovanstående visar att tribunalens tolkning av artikel 22 i förordning nr 139/2004 skulle leda till införandet av ett omfattande undantag från principen om prövning i en enda instans, vilket knappast är förenligt med ett av huvudsyftena med koncentrationsförordningen, och även skulle strida mot det mål som unionslagstiftaren eftersträvade när lagstiftaren ändrade artikel 22 år 1997 respektive år 2004.

206. För det tredje – och detta är enligt min mening den mest problematiska aspekten – skulle det eller de förfaranden som följer av en vid tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 knappast vara effektiva, förutsägbara och kunna garantera rättssäkerhet för parterna.

207. Till att börja med står det klart, och har inte bestritts av kommissionen, att om parterna i koncentrationen inte vidtar positiva åtgärder för att informera de 30 nationella myndigheterna om förekomsten av en koncentration som inte kan anmälas, medför detta ingen rättssäkerhet för dessa parter vad gäller frågan *huruvida* kommissionen någon gång i framtiden kommer att uppmanas att pröva koncentrationen på grundval av artikel 22 i förordning nr 139/2004 och, om så är fallet, *inom* vilken tidsram.

208. Kommissionen har genmält att parterna i koncentrationen ändå *kan* få rättssäkerhet om de, såsom angetts ovan, genom informella anmälningar anmäler den föreslagna koncentrationen till dessa 30 myndigheter. Detta blir startskottet för en ”nedräkning”, och om ingen begäran om hänskjutande framställs in inom 15 arbetsdagar kan dessa parter vara säkra på att koncentrationen inte kommer att bli föremål för någon kontroll i unionen.

209. Jag är emellertid inte säker på att ett sådant tillvägagångssätt ger dessa parter så mycket mer, eller i vart fall *adekvat*, rättssäkerhet. Huvudproblemet är att det rör sig om ett informellt förfarande som inte föreskrivs någonstans i förordning nr 139/2004 eller, såvitt jag vet, i medlemsstaternas lagstiftning. Koncentrationer som inte kan anmälas omfattas därför varken av de nationella förfaranderegelna eller av de regler som fastställs i förordning nr 139/2004. Genom artikel 22.4 i förordning nr 139/2004 blir visserligen vissa regler i koncentrationsförordningen tillämpliga på bedömningen av sådana koncentrationer, men endast *efter* det att kommissionen har bifallit begäran om hänskjutande. Perioden innan dess blir något av ett juridiskt ingenmansland som präglas av mycket lite klarhet och förutsebarhet.

210. Vem får exempelvis utlösa det informella förfarandet? Bör endast parterna i koncentrationen få göra detta, eller kan tredje parter (exempelvis konkurrenter till parterna i koncentrationen) också få göra detta? Lydelsen av artikel 22.1 andra stycket i förordning nr 139/2004 tyder på att det sistnämnda är fallet. Kan den nationella konkurrensmyndigheten i så fall framställa en begäran om hänskjutande enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 grundat på den information som lämnats av dessa tredje parter och, i förekommande fall, utan att höra parterna i koncentrationen? Eftersom myndigheten endast har 15 arbetsdagar på sig att fatta ett beslut kan

en ytlig behandling av situationen inte uteslutas. Vad händer om informationen är felaktig eller ofullständig? Om en nationell myndighet gör en felaktig bedömning av de materiella villkoren för hänskjutandet kan detta få stora konsekvenser för parterna i koncentrationen.

211. Kommissionen anser emellertid att tidsfristen börjar löpa först när de nationella konkurrensmyndigheterna har tillgång till *tillräcklig* information för att utföra den analys som krävs enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004. Detta innebär dock att tidsfristen på 15 arbetsdagar kan bli illusorisk, eftersom den ofta kan förlängas (och eventuellt förlängs) av en eller flera myndigheter, genom en eller flera informationsförfrågningar, vilket lämnar parterna i koncentrationen utan någon förutsebar tidsram.

212. Det finns inte heller några uppgifter i koncentrationsförordningen om typen av och detaljnivån på den information som parterna i koncentrationen kan förväntas lämna i sina informella anmälningar. Det är klart att parterna skulle kunna använda unionens officiella inlämningsformulär som mall (vilka nyligen ändrats, och som består av CO-formuläret, det förenklade CO-formuläret, RS-formuläret och RM-formuläret).[151] Inte ens kommissionen gick emellertid så långt som att föreslå detta. Det skulle uppenbarligen ha inneburit att anmälningsförfarandet enligt förordning nr 139/2004 i praktiken hade kunnat tillämpas på koncentrationer som inte kan anmälas. Vid förhandlingen antydde kommissionen i stället att parterna kunde vilja hämta inspiration från den information som företag som definieras som grindvakter enligt artikel 14 i rättsakten om digitala marknader[152] ska tillhandahålla kommissionen när de avser att genomföra vissa koncentrationer. Oberoende av att det är märkligt att föreslå att parterna ska söka vägledning i ett annat rättsligt instrument, som antogs efter förordning nr 139/2004, och som endast är tillämpligt på vissa specifika sektorer av ekonomin, är jag inte säker på att den information som anges i detta instrument är tillräcklig för de syften som avses i artikel 22 i förordning nr 139/2004.

213. Dessutom tillkommer en liten men viktig detalj: På vilket språk ska kommunikationen ske? Kommissionen har gjort gällande att alla språk som personalen vid den behöriga nationella myndigheten vanligtvis förstår (till exempel engelska) är lämpliga. Jag har svårt se vad kommissionen grundar den ståndpunkten på. Under alla omständigheter betvivlar jag att de nationella myndigheterna skulle gå med på att göra en ganska komplex analys inom en mycket snäv tidsram, på grundval av en inlaga (eventuellt åtföljd av vissa bilagor) som avfattats på ett annat språk än deras eget.

214. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att tribunalens teleologiska tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 är felaktig, eftersom den är oförenlig med flera av de mål som det system för kontroll av företagskoncentrationer som införts genom förordning nr 139/2004 syftar till att uppnå och som kan rubba jämvikten mellan de mål som unionslagstiftaren eftersträvar. Betydelsen av en sådan jämvikt har inte undgått domstolen. I den dom som domstolen nyligen meddelade i målet CK Telecoms konstaterade domstolen exempelvis

[151] Se kommissionens genomförandeförordning (EU) 2023/914 av den 20 april 2023 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer och om upphävande av kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 (EUT L 119, 2023, s. 22).

[152] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 (Förordningen om digitala marknader) (EUT L 265, 2022 s. 1).

att ”det krav på skyndsamhet som präglar den allmänna systematiken i [förordning nr 139/2004]” är så betydande att även en skadlig koncentration ska anses godkänd, såvitt inte kommissionen fattar ett beslut inom den föreskrivna perioden. [153]

5) Andra överväganden beträffande tolkningen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004

215. Slutligen kommer jag kort att förklara varför tribunalens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004, enligt min mening, ger upphov till flera systematiska frågor när olika allmänna principer i unionsrätten beaktas.

216. Jag understryker till att börja med att tribunalens tolkning av bestämmelsen innebär en väsentlig utvidgning av tillämpningsområdet för förordning nr 139/2004 och av kommissionens behörighet. [154] Genom en tolkning av den ursprungliga lydelsen av artikel 22 i förordning nr 139/2004 får kommissionen i ett enda slag befogenhet att kontrollera nästan varje koncentration, var som helst i världen, oberoende av företagens omsättning och närvaro i unionen och transaktionens värde, och när som helst, även efter genomförandet av koncentrationen. Detta är både tydligt och ostridigt. När kommissionen vid förhandlingen fick denna fråga, bekräftade den att detta i teorin är riktigt. Tribunalen tillade emellertid att så inte är fallet i praktiken, eftersom kommissionen inte har något intresse av att frekvent använda sig av denna befogenhet och således kommer att agera med återhållsamhet. Enligt kommissionen hade koncentrationen i fråga vissa särdrag, till skillnad från de allra flesta andra koncentrationer som kan fångas upp av artikel 22 i förordning nr 139/2004.

217. Förevarande mål rör emellertid inte bara tillämpningen av denna (eventuellt nya) kontrollbefogenhet inom ramen för den aktuella koncentrationen. Domstolen har nämligen för första gången ombetts att tolka innebörden och räckvidden av artikel 22 i förordning nr 139/2004, vilken potentiellt kan tillämpas i ett obestämt antal ärenden. Kommissionens ståndpunkt väcker viss oro.

218. För det första betvivlar jag att denna ståndpunkt är förenlig med principen om institutionell jämvikt, som är karakteristisk för unionens institutionella uppbyggnad och följer av artikel 13.2 FEU, och enligt vilken varje institution vid utövandet av sina befogenheter ska respektera de övriga institutionernas befogenheter. [155]

219. En av de mest grundläggande aspekterna av förordning nr 139/2004 är definitionen av de tröskelvärden som, enligt artikel 1.1–1.3 i förordningen utlöser anmälningsskyldigheten. Enligt kommissionens tolkning av artikel 22 i förordning nr 139/2004 får emellertid dessa tröskelvärden och indirekt tröskelvärdena och kriterierna i nationell lagstiftning endast ett relativt värde. Det är visserligen möjligt att en koncentration inte kan anmälas *någonstans* i unionen, men detta utesluter inte på något sätt möjligheten för kommissionen att göra gällande sin befogenhet att pröva koncentrationen enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004. [156]

153 Dom av den 13 juli 2023, kommissionen/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2023:561, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

154 Vilket är den förhärskande uppfattningen i doktrinen, se, exempelvis, Bushell, G., ”Chapter II’, i Jones, C. och Weinert, L. (eds), *EU Competition Law*, Vol. II, Book One, Edward Elgar Publishing, 2021, s. 41.

155 Se, nyligen, dom av den 22 november 2022, kommissionen/rådet (Anslutning till Genèveakten) (C-24/20, EU:C:2022:911, punkt 83).

156 Detta är i än högre grad sant om man som jag anser att det förenklade förfarande för att ändra dessa tröskelvärden som föreskrivs i artikel 1.4 och 5 i förordning nr 139/2004 fortfarande är tillämpligt. Se fotnoterna 125 och 126 ovan.

220. Jag tror inte på något sätt att det i en värld baserad på en ”ekonomi 2.0” kan vara önskvärt och kanske till och med nödvändigt att ändra de nuvarande tröskelvärdena för en prövning av koncentrationen. I detta sammanhang kan det vara intressant att notera att två medlemsstater (Österrike och Tyskland) nyligen har ändrat sin nationella lagstiftning så att den omfattar tröskelvärden baserade på transaktionsvärden. Andra stater använder olika trösklar för domstolsprövning som är särskilt utformade för att möjliggöra prövning av koncentrationer, trots att målföretaget inte genererar lokala intäkter (exempelvis Förenade kungariket, med sitt utbudskriterium). Dessa och andra alternativ skulle naturligtvis kunna övervägas i syfte att ändra förordning nr 139/2004. Det är emellertid en uppgift som ankommer på unionslagsstiftaren, inte kommissionen.

221. För det andra ger tribunalens vida tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 upphov till en betydande potential för ärenden där en konflikt med unionsrättens territorialitetsprincip skulle kunna uppstå. Jag erinrar om att det för tillämpningen av unionsrätten ska vara förenlig med internationell rätt måste finnas en adekvat anknytning till unionens territorium. [157] Det framgår närmare bestämt av domen i målet Intel och Gencor att det är tillåtet att tillämpa unionens konkurrensrätt på företagens beteende, oberoende av var det äger rum, i den mån beteendet kan ha förutsebara, omedelbara och väsentliga effekter inom unionen (nedan kallat kriteriet om kvalificerade effekter). [158]

222. Jag delar utan tvekan kommissionens uppfattning att de materiella villkoren i artikel 22.1 i förordning nr 139/2004 i princip kan säkerställa en adekvat anknytning till unionens territorium. Jag erinrar emellertid om att kontrollen av huruvida dessa villkor är uppfyllda vid ett första påseende endast sker inom en mycket snäv tidsram (15 arbetsdagar). Det kan därför inte uteslutas att unionen, med stöd av artikel 22 i förordning nr 139/2004, kan förklara sig behörig att pröva en koncentration (med allt som det innebär, inbegripet ett omedelbart utlösande av skyldigheten att skjuta upp genomförandet av koncentrationen överallt i världen) som därefter visar sig sakna förutsebar, omedelbar och väsentlig verkan inom den relevanta medlemsstatens territorium.

223. För det tredje kan denna situation dessutom skapa problem som rör principen om internationell *hövlighet*. Jag är väl medveten om att gränserna för en sådan princip och dess rättsliga konsekvenser är ganska otydliga. [159] Jag anser emellertid att man av en sådan princip åtminstone kan härleda en allmän skyldighet för staterna att, innan de gör anspråk på behörighet i mål med en betydande anknytning till ett annat land och ett relativt svagt internt samband, *pröva* huruvida tillämpningen av deras lagar inte inverkar menligt på en effektiv tillämpning av lagarna i tredjeländer som har en starkare territoriell anknytning till dessa mål. En sådan tolkning av principen är i hög grad förenlig med vad andra kunniga generaladvokater har kommit fram till i sina förslag till avgöranden, [160] med unionens internationella avtal på området, [161] och med andra

157 Se, bland många, dom av den 24 november 1992, Poulsen och Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, punkt 28).

158 Dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, punkterna 40–47), och dom av den 25 mars 1999, Gencor/kommissionen (T-102/96, EU:T:1999:65, punkt 243).

159 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Darmon i de förenade målen Ahlström Osakeyhtiö m.fl./kommissionen (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, EU:C:1988:258, punkt 57).

160 Se, exempelvis, vad gäller konkurrensrätten, förslag till avgörande av generaladvokaten Wathelet i målet InnoLux/kommissionen (C-231/14 P, EU:C:2015:292, punkterna 39–42), och förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Intel Corporation/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkterna 283 och 300), och, i ett annat sammanhang, förslag till avgörande av generaladvokaten General Szpunar i målet Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:281, punkt 88).

161 Se, exempelvis, artikel I.2 b och artikel IV i Avtalet mellan Europeiska gemenskaperna och Amerikas förenta staters regering om tillämpningen av principerna om aktiv hövlighet vid genomförandet av deras konkurrenslagstiftning av den 4 juni 1998 (EGT L 173, 1998, s. 28).

domstolars slutsatser, inbegripet på det konkurrensrättsliga området.[162] Mot denna bakgrund undrar jag om kommissionens ståndpunkt i fråga om dess långtgående behörighet att pröva koncentrationer enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 är helt och hållet förenlig med principen om internationell hövlighet.

224. För det fjärde förefaller klagandebolagens påstående att tribunalens tolkning av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 strider mot likhetsprincipen och proportionalitetsprincipen inte vara ogrundat, vilket kommissionen har gjort gällande. Företag med begränsad eller obefintlig försäljning i unionen skulle i praktiken befinna sig i en betydligt sämre situation än företag med en mer omfattande verksamhet i unionen.

225. De sistnämnda kan använda sig av det system med prövning i en instans som inrättats genom förordning nr 139/2004, eller behöver alternativt endast göra en eller fler nationella anmälningar i de länder där de når upp till de nationella tröskelvärdena. Antalet sådana anmälningar kan beräknas i förväg och parterna i koncentrationen känner till vilka myndigheter som kommer att pröva koncentrationen, hur prövningen kommer att gå till och inom vilken tidsram prövningen kommer att ske. Som redan förklarats har däremot de företag som är parter i en koncentration som inte kan anmälas inte någon möjlighet att förutse vad som kommer att hända med deras koncentration, såvitt de inte lämnar in minst 30 informella anmälningar inom EES, och även då råder det osäkerhet kring många aspekter av förfarandet, inbegripet dess varaktighet.

226. Jag anser att denna situation är problematisk utifrån likhetsprincipen, enligt vilken lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.[163] Det förefaller också skapa en oproportionerligt stor börda, i fråga om kostnader och risker, för de företag som har genomfört transaktioner vilka, som jag påpekat, har en ganska begränsad verksamhet i unionen.[164]

227. För det femte kan effektivitetsprincipen inte leda till att tillämpningsområdet för den aktuella bestämmelsen utvidgas utöver vad som är rimligt och nödvändigt för att uppnå syftena med koncentrationsförordningen. Jag har förklarat min ståndpunkt i denna fråga i punkt 197 i förevarande förslag till avgörande. I detta sammanhang räcker det att tillägga att jag inte övertygas av kommissionens påstående att det är nödvändigt att fylla en lucka i tillämpningsområdet för förordning nr 139/2004.

228. Domstolen har flera gånger – senast i domen i målet Towercast[165] – slagit fast att artiklarna 101 och 102 FEUF är tillämpliga på koncentrationer som inte når upp till tröskelvärdena i förordning nr 139/2004 (inbegripet de koncentrationer som inte når upp till de nationella tröskelvärdena). Dessa bestämmelser gör det möjligt för de nationella konkurrensmyndigheterna att vid koncentrationer som visar sig vara konkurrensbegränsande ingripa i efterhand. Jämfört med en förhandskontroll är ett ingripande i efterhand visserligen ofta den näst bästa lösningen. Skillnaderna mellan dessa två former av kontroll utgjorde emellertid, såsom tydligt framgår av förarbetena, en aspekt som unionslagstiftaren vederbörligen beaktade inför antagandet av förordning nr 4064/89. Kommissionens överväganden kan således inte påverka de specifika val som unionslagstiftaren har gjort.

162 Se, särskilt, yttrandet från Förenta staternas högsta domstol, F. Hoffmann-La Roche, Ltd. mot Empagran S.A. (124 S. Ct. 2359 (2004)).

163 Se, bland annat, dom av den 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, punkt 85). Vad gäller tillämpningen av denna princip i detta sammanhang, se i tillämpliga delar punkt 236 i den överklagade domen.

164 Som Korah, V. påpekade kan det vara mycket kostsamt för företag att behandla och tillhandahålla information till flera myndigheter på olika språk och i olika former inom olika – men under alla omständigheter snäva – tidsfrister (se *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, åttonde upplagan, Hart, 2004, s. 356).

165 Dom av den 16 mars 2023 (C-449/21, EU:C:2023:207).

229. Jag övertygas inte heller av de argument som framförts av kommissionen och vissa av de regeringar som har yttrat sig i förevarande mål, enligt vilka genomförandet enligt artiklarna 101 och 102 FEUF skulle vara ineffektivt och tidskrävande.

230. I sin dom i målet European Superleague Company bekräftade domstolen nyligen att beteenden ska kvalificeras som missbruk av dominerande ställning om de ”har som faktisk eller potentiell verkan, eller till och med till syfte, att, redan på ett tidigt stadium, hindra potentiella konkurrenters marknadsinträde genom att det skapas hinder för detsamma …. Dessa beteenden hindrar utvecklingen av konkurrensen på dessa marknader till nackdel för konsumenterna, genom att begränsa produktion eller utveckling av alternativa produkter eller tjänster samt innovation”. [166] Enligt min mening faller en så kallad *killer acquisition* helt och hållet inom denna beskrivning och är detta ett paradexempel på missbruk av dominerande ställning ”genom syfte”. [167]

231. Jag anser inte att det är nödvändigt att göra en orimligt lång eller komplicerad utredning för att fastställa huruvida det föreligger en överträdelse. Särskilt på grund av att en efterhandskontroll av en genomförd koncentration – vilket i flera jurisdiktioner inte är ovanligt [168] – kan leda till en viss olägenhet, men även har en mycket stor fördel, nämligen att myndigheterna inte behöver *förutse* företagens framtida beteende. I sin bedömning kan konkurrensmyndigheten nämligen undersöka både bevisning som hänför sig till tiden före koncentrationen (exempelvis för att fastställa förvärvarens avsikt och om detta företag betraktade målföretaget som ett livskraftigt hot mot dess ställning på marknaden), och *bevisning som avser tiden efter koncentrationen*, som visar vad som faktiskt inträffade på marknaden efter förvärvet (exempelvis för att fastställa om det hade en märkbar inverkan på priser, produktion och innovation, eller om målföretagets verksamhet avbröts eller avsevärt minskade). [169]

232. Jag erinrar dessutom om att de nationella konkurrensmyndigheterna vid sin undersökning av eventuella överträdelser av artiklarna 101 och 102 FEUF ska ha de befogenheter som anges i det så kallade ECN+-direktivet. [170] Om en överträdelse har upptäckts har den behöriga myndigheten enligt det direktivet inte enbart befogenhet att påför sanktionsavgifter (artiklarna 13–16 i det direktivet), men kan även, enligt artikel 10.1 i det direktivet ålägga de berörda företagen ”att upphöra med den överträdelsen. För detta ändamål får [myndigheten] ålägga alla beteendemässiga eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen och är nödvändiga för att få denna att upphöra”. I särskilt allvarliga fall kan det röra sig om en partiell eller fullständig upplösning av den sammanslagna enheten. [171] Enligt artikel 11.1 i det direktivet har de nationella konkurrensmyndigheterna även ”befogenhet att agera på eget initiativ för att genom beslut förordna om att företag … ska åläggas interimistiska åtgärder, åtminstone i fall som är brådskande på grund av att konkurrensen riskerar att lida allvarlig och

166 Dom av den 21 december 2023 (C-333/21, EU:C:2023:1011, punkt 131).

167 Se, i tillämpliga delar, Förenta staternas justitieministerium och Federal Trade Commission (Förenta staternas federala konkurrensmyndighet), *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, Section 6.4.

168 Se, med hänvisningar, Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD), ”Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges’, Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

169 Vad gäller detta ämne, se, exempelvis, Ginsburg, D.H. och Wong-Ervin, K.W., ”Challenging Consummated Mergers Under Section 2”, Competition Policy International, maj 2020.

170 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad (EUT L 11, 2019, s. 3). Vad gäller det direktivet, se, allmänt, Arsenidou, E., ”The ECN+ Directive”, i Dekeyser, K. *m.fl.* (eds), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement – A Systematic Guide*, Wolters Kluwer, 2023, s. 143–149.

171 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Towercast (C-449/21, EU:C:2022:777, punkt 63).

irreparabel skada, på grundval av att en överträdelse av artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget vid första påseende kan konstateras”. Sådana åtgärder kan till exempel utgöras av förelägganden om att avbryta genomförandet av koncentrationen. [172]

233. För det sjätte strider den mycket omfattande räckvidd som tribunalen har gett en bestämmelse som obestridligen utgör ett undantag från bestämmelserna i artikel 1 i förordning nr 39/2004 mot den vedertagna tolkningsprincip enligt vilken avvikelser och undantag från en rättsakts systematik eller allmänna regler ska tolkas restriktivt, så att dessa regler inte förlorar sitt innehåll. [173] Tribunalen har nämligen redan slagit fast att denna princip är relevant för tolkningen av räckvidden av den hänskjutandemekanism som föreskrivs i artikel 9 i förordning nr 139/2004. [174] Det är oklart varför tribunalen i den överklagade domen beslutade att bortse från relevansen av denna tolkningsprincip vid den hänskjutandemekanism som föreskrivs i artikel 22 i förordning nr 139/2004. [175]

234. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid tolkningen och tillämpningen av artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004. Den överklagade domen ska därför upphävas.

235. Om domstolen emellertid inte delar min bedömning av den första grunden, anser jag att domstolen ska ogilla överklagandena. I det följande avsnittet kommer jag kortfattat att förklara varför jag anser att överklagandena inte kan vinna bifall såvitt avser klagandebolagens andra och tredje grund.

B. Den andra grunden: Tidpunkt för begäran om hänskjutande och kommissionens skyldighet att agera inom rimlig tid

236. Illuminas och Grails andra grund till stöd för överklagandet avser tribunalens underkännande av Illuminas andra grund i första instans, enligt vilket begäran om hänskjutande påstods inkommit för sent och, i andra hand, rättssäkerhetsprincipen och principen om god förvaltningssed påstods ha åsidosatts. Klagandebolagen har särskilt ifrågasatt punkterna 190–211 i den överklagade domen, i vilka tribunalen drog följande slutsats:

”begreppet ’kom till den berörda medlemsstatens kännedom’, såsom det anges i artikel 22.1 andra stycket i [förordning nr 139/2004], [ska] tolkas så, att det kräver ett aktivt översändande av relevanta upplysningar till denna medlemsstat som gör det möjligt för den att, preliminärt, bedöma huruvida villkoren för en begäran om hänskjutande enligt denna artikel är uppfyllda. Följaktligen ska, enligt denna tolkning, den tidsfrist på 15 arbetsdagar som föreskrivs i denna bestämmelse, när det inte krävs någon anmälan av koncentrationen, börja löpa vid den tidpunkt då dessa upplysningar har meddelats”.

237. Klagandebolagen har även ifrågasatt artiklarna 240 och 242–245 i den överklagade domen, i vilka tribunalen bland annat fann att i) ”[Illumina] inte tillräckligt [kunde] precisera vilka påstådda ’betydande faktafel’ i det [omtvistade] beslutet som redan uppmaningsskrivelsen skulle ha varit behäftad med och som således på ett avgörande sätt skulle ha kunnat påverka innehållet i ACF:s

[172] Vad gäller interimistiska åtgärder, se, nyligen, OECD, ”Interim Measures in Antitrust Investigations”, Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

[173] Se, exempelvis, dom av den 28 oktober 2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Utlämning och *ne bis in idem)* (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, punkt 119 och där angiven rättspraxis).

[174] Dom av den 3 april 2003, Royal Philips Electronics/kommissionen (T-119/02, EU:T:2003:101, punkt 354).

[175] Se punkt 182 i den överklagade domen. För mig är innebörden av det avsnittet fortfarande oklar.

begäran om hänskjutande, och att ii) ”de berörda [klagandebolagen] fick flera tillfällen att framföra sin ståndpunkt under det administrativa förfarande som ledde fram till antagandet av [de omtvistade besluten].

1. Parternas argument

238. Genom den andra grunden har klagandebolagen gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i) inte låta den riktiga slutsatsen att kommissionen tog orimligt lång tid på sig för att översända uppmaningsskrivelsen om den aktuella koncentrationen till medlemsstaterna få några rättsliga konsekvenser, och ii) slå fast att kommissionen inte hade åsidosatt parternas rätt till försvar under det förfarande som ledde fram till antagandet av de omtvistade besluten.

239. Kommissionen har gjort gällande att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund och att grunden delvis ska avvisas.

2. Bedömning

240. Jag övertygas inte av klagandebolagens argument.

241. För det första anser jag inte att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av uttrycket ”kommer till den berörda medlemsstatens kännedom” i artikel 22.1 andra stycket i förordning nr 139/2004. Som jag påpekade i punkt 192 i den överklagade domen, framgår det av en jämförelse mellan de olika språkversionerna av förordningen att det för att fristen på 15 arbetsdagar ska börja löpa inte räcker att koncentrationen offentliggörs i medlemsstaten i fråga, till exempel genom ett pressmeddelande eller mediebevakning[176] – för att de berörda myndigheterna ska anses ha fått kännedom om den. Enligt denna bestämmelse krävs i stället att koncentrationen aktivt anmäls till dessa myndigheter. Enligt min mening är denna tolkning förenlig med syftet med bestämmelsen, som är att göra det möjligt för myndigheterna att göra en preliminär undersökning för att bedöma huruvida de materiella villkoren i artikel 22.1 första stycket i förordning nr 139/2004 vid ett första påseende är uppfyllda.[177]

242. Klagandebolagen har enligt min mening inte anfört något argument som kan ge upphov till tvivel om denna tolkning av artikel 22.1 andra stycket i förordning nr 139/2004.

243. Även om jag inte är helt övertygad av det regelverk som tribunalen tillämpade för att fastställa följderna av att kommissionen inte skickade uppmaningsskrivelsen inom rimlig tid, anser jag för det andra att slutsatsen i den överklagade domen är riktig.

244. Enligt min mening är kärnfrågan inte huruvida klagandebolagen kunde visa att deras rätt till försvar åsidosattes på grund av kommissionens dröjsmål att agera. Kärnfrågan är snarare huruvida klagandebolagen i tillräcklig utsträckning kunde visa att utgången av förfarandet *hade kunnat* bli ett annat om det aktuella förfarandefelet inte hade begåtts.

176 Se punkt 203 i den överklagade domen.

177 Se punkt 199 i den överklagade domen.

245. Som jag förklarade i mitt förslag till avgörande i målet HSBC förefaller unionsdomstolarna i sin praxis göra åtskillnad mellan i huvudsak två former av förfarandefel: överträdelser av ”grundläggande processuella bestämmelser”, vilka *automatiskt* gör den aktuella rättsakten ogiltig, och överträdelser av andra förfaranderegler, som omfattas av ”kriteriet om harmlösa fel”. Detta innebär att ”vanliga” förfarandefel medför att den angripna rättsakten ogiltigförklaras, såvitt inte felet kan anses vara nyskapande, i så mening att felet inte hade eller kunde ha någon inverkan på utgången av förfarandet. Det bör noteras att detta kriterium, beroende på den överträdda regelns särdrag, har tillämpats i tre olika situationer: i) vid allvarliga och strukturella överträdelser som ger upphov till en (motbevisbar) *presumtion* om att misstaget har påverkat utgången av förfarandet och bevisbördan för att motbevisa presumtionen åligger svaranden, ii) vid ”standardfel” som har eller inte har kunnat påverka utgången av förfarandet, för vilka sökanden måste bevisa att den angripna rättsakten hade kunnat vara en annan om misstaget inte hade begåtts, och iii) vid mindre allvarliga oegentligheter som medför att rättsakten i fråga ska ogiltigförklaras, om sökandena visar att förfarandet *hade kunnat* få en annan utgång om felet inte hade begåtts. [178]

246. Mot bakgrund av lydelsen av den relevanta bestämmelsen (i vilken det inte föreskrivs någon särskild tidsfrist), [179] och syftet med och logiken i det system för kontroll av koncentrationer som inrättats genom förordning nr 139/2004 (som syftar till att säkerställa en effektiv kontroll av potentiellt konkurrensbegränsande koncentrationer med hjälp av ett effektivt och förutsägbart system som kan ge de berörda företagen rättssäkerhet), [180] förefaller kommissionens underlåtenhet att agera inom rimlig tid inte kunna anses utgöra ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift och bör standardkriteriet för förfarandefel tillämpas. [181]

247. Klagandebolagen har varken i de yttranden som ingavs i första instans eller inom ramen för förevarande förfarande anfört någon konkret omständighet som skulle kunna tyda på att om kommissionen hade agerat inom rimlig tid, hade *kanske* dess bedömning av huruvida det var möjligt och lämpligt att låta den aktuella koncentrationen bli föremål för ett hänskjutande enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 blivit en annan.

248. Under alla omständigheter delar jag även kommissionens uppfattning att klagandebolagen i) inte uttryckligen har åberopat ett åsidosättande av deras rätt till försvar i första instans, vilket innebär att denna delgrund inte kan tas upp till sakprövning, och ii) inte har styrkt att deras förmåga att utöva sin rätt till försvar under det förfarande som ledde fram till antagandet av de omtvistade besluten har påverkats negativt. Vad gäller den sistnämnda punkten är det riktigt att klagandebolagen har lagt fram ett antal omständigheter som tyder på att kommissionen i förhållande till dessa företag kanske inte har agerat med den grad av insyn och snabbhet som man normalt kan förvänta sig av en offentlig förvaltning. [182] Detta är naturligtvis beklagligt, eftersom ett sådant beteende kan påverka hur allmänheten uppfattar en tjänst som – på grund av sina betydande befogenheter – i alla lägen bör agera så opartiskt och objektivt som möjligt. Kommissionens agerande har dock inte berövat klagandebolagen möjligheten att framföra sina faktiska och rättsliga argument under förfarandet enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004 i syfte att påverka utgången av detta förfarande.

178 Se, med ytterligare hänvisningar, mitt förslag till avgörande i målet HSBC Holdings m.fl./kommission (C-883/19 P, EU:C:2022:384, punkterna 38–59).

179 Se punkt 221 i den överklagade domen.

180 Se punkt 226 i den överklagade domen.

181 Se, analogt, den praxis från unionsdomstolarna som det hänvisas till i punkt 240 i den överklagade domen.

182 Det är framför allt svårt att förstå varför kommissionen kontaktade klagandebolagen, och informerade dem om sin oro, nästan *tre månader* efter det att kommissionen hade mottagit ett klagomål avseende koncentrationen, trots att kommissionen – under denna period – vid flera tillfällen hade kontakt med klagandebolagen, flera nationella konkurrensmyndigheter, andra medlemsstaters myndigheter och Competition and Markets Authority (Förenade kungarikets konkurrens- och marknadsmyndighet).

249. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att överklagandet inte kan bifalls såvitt avser den andra grunden.

C. Den tredje grunden: Principen om berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen

250. Genom den tredje grunden till stöd för överklagandet – som avser punkter 254–260 i den överklagade domen – har Illumina och Grail kritiserat tribunalen för att den underkände Illuminas tredje grund i första instans, avseende åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen. I dessa avsnitt prövade tribunalen endast argumenten avseende berättigade förväntningar, eftersom argumenten avseende rättssäkerheten inte hade utvecklats tillräckligt.

251. Vad beträffar principen om skydd för berättigade förväntningar fann tribunalen att de huvudomständigheter som Illumina åberopade inte bekräftade ”existensen av den politik som kommissionens påstås föra och på vilken [Illumina grundade] sina argument”, och inte kunde anses utgöra någon ”tydlig, ovillkorlig och samstämmig försäkring av kommissionen beträffande behandlingen av den aktuella koncentrationen”.

1. Parternas argument

252. Klagandebolagen anser att motiveringen i den överklagade domen innehåller flera fall av felaktig rättstillämpning. De har särskilt gjort gällande att tribunalen i) förvanskade innebörden av det argument som Illumina i första instans anförde avseende berättigade förväntningar ii) gjorde en felaktig bedömning när den fann att det endast kunde föreligga berättigade förväntningar om de försäkringar som dessa förväntningar grundades på specifikt avsåg den aktuella koncentrationen, iii) gjorde en felaktig bedömning av betydelsen av ett tal som Margrethe Vestager, verkställande vice ordförande för kommissionen och kommissionsledamot med ansvar för konkurrensfrågor, höll endast några månader innan kommissionen översände uppmaningsskrivelsen, [183] och iv) underlät att bemöta deras argument om att rättssäkerheten hade åsidosatts.

253. Kommissionen har genmält att tribunalen inte har gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning på detta område.

2. Bedömning

254. Även om vissa av de relevanta avsnitten i den överklagade domen enligt min mening är föga övertygande, anser jag att tribunalen inte begick något fel när den fann att Illuminas talan i första instans inte kunde bifallas såvitt avsåg den tredje grunden.

255. För det första är klagandebolagens påstående att tribunalen missuppfattade innebörden av de argument som grundar sig på berättigade förväntningar inte övertygande. Klagandebolagen har gjort gällande att Illuminas argument var att kommissionen hade gett upphov till förväntningar på att den inte skulle *uppmuntra* framställningar om hänskjutande av

[183] Tal med titeln ”The Future of EU Merger Control (Framtiden för EU:s koncentrationskontroll)”, som hölls vid internationella advokatsamfundets 24:e årliga konferens om konkurrens den 11 september 2020.

koncentrationer som understeg de nationella tröskelvärdena, medan tribunalen prövade huruvida kommissionen lagligen kunde *bifalla* sådana framställningar. För mig ter detta sig som hårklyveri. Det är uppenbart att de två aspekterna kompletterar varandra och är svåra att åtskilja.

256. Klagandebolagens argument byggde framför allt på att de inte kunde förutse den plötsliga förändringen av kommissionens politik beträffande tolkningen av artikel 22 i förordning nr 139/2004. Det avgörande i detta avseende är huruvida klagandebolagen, på grund av de upplysningar som erhållits från kommissionen, hade fog för att tro att deras koncentration inte skulle bli föremål för ett hänskjutande enligt artikel 22 i förordning nr 139/2004. Frågan huruvida den aktuella begäran i detta sammanhang utlöstes av en eller flera nationella konkurrensmyndigheter som agerade *ex officio*, eller på grund av att kommissionen hade uppmanat dem till det, är enligt min mening irrelevant.

257. Jag övertygas inte heller av klagandebolagens argument att tribunalen inte har prövat deras påståenden om åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen. Efter att ha granskat klagandebolagens yttranden i första instans delar jag tribunalens uppfattning att klagandebolagen inte hade anfört något specifikt argument i detta avseende. De hade med andra ord inte anfört något argument som skilde sig från deras argument avseende berättigade förväntningar, vilka tribunalen uttryckligen bemötte i den överklagade domen.

258. Jag tror inte heller att samtliga villkor för att en part ska kunna åberopa principen om skydd för berättigade förväntningar är uppfyllda i förevarande fall.

259. Jag tillstår dock att vissa avsnitt i den överklagade domen är felaktiga. I punkt 254 hänvisade tribunalen till rättspraxis enligt vilken tydliga, ovillkorliga och samstämmiga uppgifter kan väcka grundade förhoppningar, förutsatt att sådana uppgifter, bland annat, ”är förenliga med tillämpliga bestämmelser”. I punkt 265 i den överklagade domen tillade sedan tribunalen, med hänvisning till denna rättspraxis, att ”i den mån [det] framgår av den första grunden att de omtvistade besluten var grundade på en korrekt tolkning av räckvidden av denna artikel, kan sökandebolaget inte göra gällande en ny inriktning av kommissionens beslutspraxis”.

260. Jag delar inte tribunalens uppfattning på denna punkt. Den rättspraxis som tribunalen hänvisar till (som såvitt jag förstår består av dess egna domar) kan logiskt sett inte betyda att enskilda endast kan åberopa berättigade förväntningar om de försäkringar som administrationen har lämnat är förenliga med de tillämpliga bestämmelserna. Om försäkringarna är förenliga med tillämplig lagstiftning, finns det nämligen ingen anledning för de enskilda i fråga att åberopa skyddet för berättigade förväntningar. Deras ställning skyddas nämligen i vederbörlig ordning av just de bestämmelser som administrationen har hänvisat till. Det är tydligt att syftet med principen om skydd för berättigade förväntningar är att skydda enskilda som utan egen förskyllan vilseleds av administrationens tolkning av tillämplig rätt.

261. Enligt min mening kan denna rättspraxis endast godtas om den ska förstås så, att den utesluter möjligheten för enskilda att åberopa principen om skydd för berättigade förväntningar när en rimligen upplyst individ inser att de försäkringar som administrationen har lämnat inte är förenliga med tillämpliga bestämmelser. Om klagandebolagen i förevarande fall faktiskt hade erhållit ”tydliga, ovillkorliga och samstämmiga försäkringar” från kommissionen, kunde följaktligen den omständigheten att denna institution därefter korrekt tillämpade artikel 22 i förordning nr 139/2004 inte ha hindrat dessa företag från att göra gällande att principen om skydd för berättigade förväntningar hade åsidosatts.

262. Jag delar emellertid tribunalens uppfattning att sådana försäkringar under alla omständigheter inte kan härledas från det tal av kommissionsledamot Vestager som klagandebolagen har åberopat. Såsom tribunalen riktigt har påpekat utesluter såväl syftet med talet (som ”avsåg kommissionens allmänna politik på området koncentrationer och inte nämnde den aktuella koncentrationen”) [184] som dess innehåll (enligt vilket ”kommissionen [tidigare] hade haft som praxis att avskräcka de nationella myndigheterna från att hänskjuta koncentrationer som de inte själva hade behörighet att undersöka”), [185] att ett sådant tal kan anses ge upphov till ”tydliga, ovillkorliga och samstämmiga försäkringar” i den mening som avses i domstolens rättspraxis. [186]

263. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att överklagandet inte heller kan vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

VI. Konsekvenser av bedömningen: Handläggningen av förevarande mål

264. Enligt artikel 61 första stycket andra meningen i stadgan för Europeiska unionens domstol kan domstolen, om den upphäver tribunalens avgörande, själv slutligt avgöra ärendet, om detta är färdigt för avgörande.

265. Enligt min mening är det uppenbart att så är fallet i förevarande mål. Tribunalen har tolkat och tillämpat artikel 22 i förordning nr 139/2004 på ett felaktigt sätt. Rätt tolkad ger denna bestämmelse inte kommissionen behörighet att anta sådana beslut som de som klagandebolagen har ifrågasatt i förevarande mål. Dessa beslut bör därför ogiltigförklaras.

266. ACF:s begäran och kommissionens underrättelse kan emellertid inte ogiltigförklaras på grund av att i) den förstnämnda akten inte angreps i första instans [187] (oaktat det faktum att det inte rör sig om rättsakt från unionens institutioner), och ii) underrättelsen, även om den angreps i första instans, enligt tribunalen inte var en rättsakt mot vilken talan kunde väckas. [188] Klagandebolagen har inte heller överklagat de relevanta delarna av den överklagade domen.

VII. Rättegångskostnader

267. Enligt artikel 138.1 och artikel 184.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Klagandebolagen har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska klagandebolagens yrkande bifallas.

268. Enligt artikel 140 och artikel 184.1 i rättegångsreglerna, ska de medlemsstater som har intervenerat bära sina rättegångskostnader.

184 Se punkt 260 i den överklagade domen

185 Se punkt 261 i den överklagade domen.

186 Se, exempelvis, dom av den 20 maj 2021, Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:402, punkt 49), dom av den 31 mars 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria (C-195/21, EU:C:2022:239, punkt 65).

187 Se punkt 62 i den överklagade domen.

188 Se punkterna 79 och 80 i den överklagade domen.

VIII. Förslag till avgörande

269. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

– upphäva tribunalens dom av den 13 juli 2022, Illumina/kommissionen (T-227/21, EU:T:2022:447),

– ogiltigförklara kommissionens beslut C(2021) 2847 final av den 19 april 2021, att medge begäran från Autorité de la concurrence française att pröva koncentrationen avseende Illumina, Inc.:s förvärv av ensam kontroll av Grail, Inc. (ärende COMP/M.10188 – Illumina/Grail), kommissionens beslut C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final och C(2021) 2855 final av den 19 april 2021, att medge ansökningarna från de belgiska, nederländska, grekiska, isländska och norska konkurrensmyndigheterna om att få ansluta sig till denna begäran om hänskjutande, och kommissionens skrivelse av den 11 mars 2021 genom vilken Illumina och Grail underrättades om nämnda begäran om hänskjutande,

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, och

– förplikta Republiken Frankrike, Konungariket Nederländerna, Europeiska frihandelssammanslutningens övervakningsmyndighet och Biocom California att bära sina kostnader.