Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. EMILIOU
fremsat den 21. marts 2024[1]

Forenede sager C-611/22 P og C-625/22 P

Illumina, Inc.
mod
Europa-Kommissionen (C-611/22 P)
og
Grail LLC
mod
Illumina, Inc.,

Europa-Kommissionen (C-625/22 P)

»Appel – konkurrence – fusioner og virksomhedsovertagelser – artikel 22 i forordning (EF) nr. 139/2004 – fusioner, der ikke har fællesskabsdimension – anmodning om henvisning fremsat af en national konkurrencemyndighed, der i henhold til den nationale lovgivning ikke har kompetence – Kommissionens afgørelse om at behandle fusionen – Kommissionens kompetence – frist for fremsættelse af en anmodning om henvisning – forpligtelse til at handle inden for et rimeligt tidsrum – princippet om god forvaltningsskik – ret til forsvar – berettiget forventning«

I. Indledning

1. De fleste moderne antitrustlovgivninger, både i og uden for EU, bygger på en kombination af tre typer bestemmelser: regler om aftaler og samordnet praksis, regler om ensidig adfærd (eller misbrug af dominerende stilling) og regler om kontrol med fusioner.

2. Regler for kontrol med fusioner er kendetegnet ved, at de i modsætning til de to andre regelsæt almindeligvis kræver, at de kompetente (administrative og/eller retslige) myndigheder foretager en forudgående – i modsætning til en efterfølgende – efterprøvelse, dvs. efterprøvelse af, hvorvidt en påtænkt fusion kan skade den effektive konkurrence betydeligt, hvis den gennemføres. Dette indebærer en særligt kompleks og omstændelig teknisk undersøgelse, der »ikke er baseret på præcise videnskabelige regler, men på anvendelsen af kriterier og principper, der [...] kan diskuteres«, med det formål at udarbejde en »prognose for fusionens virkninger på

[1] – Originalsprog: engelsk.

de pågældende markeders struktur og konkurrencemæssige dynamik under hensyntagen til en lang række faktorer, der hele tiden udvikler sig, og som kan påvirke den fremtidige udvikling af udbud og efterspørgsel på disse markeder«[2].

3. Ikke desto mindre skal den vurdering foretages inden for kortest mulig tid. For at bevare ordningens effektivitet kræver de fleste retsordener – herunder Unionens – at de deltagende virksomheder anmelder transaktionen til de kompetente myndigheder og udsætter gennemførelsen af denne, indtil de har fået tilladelse fra disse myndigheder. Anmeldelse og udsættelse medfører betydelige omkostninger og visse risici for de pågældende virksomheder.

4. På denne baggrund er lovgivers valg af typen af tærskler og fastsættelsen af de relative beløb, som, når de er nået, udløser pligt til anmeldelse og udsættelse for fusionsparterne, af afgørende betydning for, at ordningen kan fungere korrekt. Disse tærskelværdier har en dobbelt funktion: at sikre en »lokal tilknytning«, der begrunder de pågældende myndigheders indgriben, og at skille de potentielt interessante transaktioner ud. Ideelt set bør tærskelværdierne være lette at beregne (for at undgå usikkerhed om, hvorvidt en given transaktion skal anmeldes) og fastsættes på et niveau, som både minimerer antallet af transaktioner, der fanges af ordningen, men som sandsynligvis ikke vil give anledning til konkurrencemæssige problemer, og transaktioner, der er i stand til at kunne give anledning til sådanne problemer, men falder uden for ordningen[3].

5. EU's ordning for kontrol af fusioner – der er reguleret af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»[EU]-fusionsforordningen«) (herefter »EU-fusionsforordningen«)[4] – er hovedsagelig baseret på de fusionerende selskabers omsætning. I denne forordning er der imidlertid visse bestemmelser, som undtagelsesvis bemyndiger Europa-Kommissionen til at efterprøve fusioner, der ikke når op over de pågældende tærskler for omsætningen, når medlemsstaternes myndigheder henviser sagerne til denne institution og i givet fald efter at være blevet opfordret hertil af Kommissionen. Den foreliggende sag vedrører hovedsagelig definitionen af betydningen af og anvendelsesområdet for en af disse bestemmelser, nemlig EU-fusionsforordningens artikel 22. Det centrale spørgsmål i den foreliggende sag kan sammenfattes således: Giver denne bestemmelse Kommissionen mulighed for at efterprøve en fusion, som en medlemsstats myndigheder har henvist til den, når disse myndigheder ikke har kompetence til at efterprøve den, fordi den pågældende fusion ikke når op over de tærskler, der er fastsat i den nationale lovgivning om kontrol med fusioner?

6. Selv om det forekommer at være et enkelt spørgsmål, er det på ingen måde ligetil at give et korrekt svar. Det kræver en grundig hermeneutisk analyse at fastlægge den korrekte fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22. I dette øjemed er det nødvendigt ikke kun at undersøge denne bestemmelses ordlyd og tilblivelseshistorie, den sammenhæng, hvori den indgår, og dens formål, men også tage tankegangen bag EU's fusionskontrolordning samt visse grundlæggende EU-retlige principper (såsom princippet om den institutionelle ligevægt, nærhedsprincippet, retssikkerhedsprincippet, territorialitetsprincippet osv.) i betragtning. Sidst, men ikke mindst, er det vanskeligt at overdrive den betydning, som svaret på dette spørgsmål kan have for EU's fusionskontrolordnings korrekte og effektive funktion.

[2] – Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Kommissionen mod Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318, punkt 73).

[3] – Jf. vedrørende disse spørgsmål generelt International Competition (»ICN«), Network Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, »Setting Notification Thresholds For Merger Review«, april 2008 (foreligger på ICN's websted).

[4] – EUT 2004, L 24, s. 1.

II. EU-ret

7. EU-fusionsforordningens artikel 22 med overskriften »Henvisning til Kommissionen« fastsætter:

»1. En eller flere medlemsstater kan anmode Kommissionen om at behandle enhver fusion som defineret i artikel 3, der ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i artikel 1, men som påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og hvor der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den medlemsstat eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen.

En sådan anmodning fremsættes senest 15 arbejdsdage efter den dato, hvor fusionen blev anmeldt, eller, hvis den ikke er anmeldelsespligtig, efter den dato, hvor den pågældende medlemsstat på anden vis blev gjort bekendt med den.

2. Kommissionen underretter omgående medlemsstaternes kompetente myndigheder og de deltagende virksomheder om enhver anmodning modtaget i henhold til stk. 1.

Enhver anden medlemsstat har ret til at slutte sig til den oprindelige anmodning inden for en frist på 15 arbejdsdage efter at være blevet underrettet af Kommissionen om den oprindelige anmodning.

[...]

3. Kommissionen kan inden for en frist på 10 arbejdsdage efter udløbet af den i stk. 2 fastsatte frist beslutte at behandle en fusion, hvis den vurderer, at fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og at der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen. Træffer Kommissionen ikke beslutning inden for denne frist, anses den for at have besluttet at behandle fusionen i overensstemmelse med anmodningen.

Kommissionen underretter samtlige medlemsstater og de deltagende virksomheder om sin beslutning. Den kan kræve anmeldelse i overensstemmelse med artikel 4.

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

4. Når Kommissionen behandler en fusion i henhold til stk. 3, finder artikel 2, artikel 4, stk. 2 og 3, artikel 5, artikel 6 og artikel 8 til 21 anvendelse. Artikel 7 finder anvendelse i det omfang, hvor fusionen ikke er gennemført på den dato, hvor Kommissionen meddeler de deltagende virksomheder, at der er fremsat sådan anmodning.

Er en fusion ikke anmeldelsespligtig efter artikel 4, begynder den i artikel 10, stk. 1, fastsatte frist for indledning af procedure at løbe på arbejdsdagen efter den dag, hvor Kommissionen meddeler den deltagende virksomhed, at den i henhold til stk. 3 har besluttet at behandle fusionen.

5. Kommissionen kan meddele en eller flere medlemsstater, at den finder, at en fusion opfylder kriterierne i stk. 1. Kommissionen kan i så fald opfordre den eller de pågældende medlemsstater til at fremsætte anmodning efter stk. 1.«

8. Den henvisningsmekanisme, som nu indgår i EU-fusionsforordningens artikel 22, blev oprindelig indført ved artikel 22, stk. 3-6 (»Forordningens anvendelsesområde«), i EF-fusionsforordningen af 1989[5] (herefter »EF-fusionsforordningen«), som senere blev ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97[6]. EF-fusionsforordningen blev derefter ophævet ved EU-fusionsforordningen med virkning fra den 1. maj 2004.

III. De faktiske omstændigheder

9. De mest relevante faktiske omstændigheder, således som de fremgår af dom i sag T-227/21, Illumina mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«)[7], kan sammenfattes som følger.

10. Den 20. september 2020 indgik Illumina Inc. – et amerikansk selskab, der sælger løsninger inden for genetisk og genomisk analyse ved sekventering og med chips – en aftale og en fusionsplan med henblik på at erhverve enekontrollen med Grail LLC (tidligere Grail, Inc.), som udvikler blodtests til tidlig screening for kræft, hvoraf Illumina Inc. allerede ejede 14,5% af kapitalen (herefter »den omhandlede fusion«). Den 21. september 2020 udsendte Illumina og Grail (herefter »appellanterne«) en pressemeddelelse med underretning om fusionen.

11. Eftersom appellanternes omsætning ikke oversteg de relevante tærskler, navnlig henset til den omstændighed, at Grail ikke havde indtægter i nogen medlemsstat i Den Europæiske Union eller i verden i øvrigt, havde den omhandlede fusion ikke en EU-dimension som omhandlet i EU-fusionsforordningens artikel 1 og blev således ikke anmeldt til Kommissionen. Den omhandlede fusion blev heller ikke anmeldt i EU-medlemsstaterne eller i stater, som er parter i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde[8], idet den ikke henhørte under anvendelsesområdet for deres nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner.

12. Efter at have modtaget en klage over den omhandlede fusion i december 2020 havde Kommissionen en række drøftelser med klageren, med en række medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheder og med Competition and Markets Authority (Det Forenede Kongeriges konkurrence- og markedsmyndighed).

13. Den 19. februar 2021 underrettede Kommissionen medlemsstaterne om den omhandlede fusion ved at tilsende dem en skrivelse i overensstemmelse med EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5 (herefter »opfordringsskrivelsen«). I denne skrivelse forklarede Kommissionen

[5] – Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21.12.1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1989, L 395, s. 1). Denne forordnings artikel 22, stk. 3-6, havde følgende ordlyd:
»3. Hvis Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat fastslår, at en fusion efter artikel 3, som er uden fællesskabsdimension i henhold til artikel 1, skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på denne medlemsstats område, kan den, for så vidt fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, vedtage de i artikel 8, stk. 2, andet afsnit, samt stk. 3 og 4, omhandlede beslutninger.
4. Artikel 2, stk. 1, litra a) og b), samt artikel 5, 6, 8 og artikel 10 til 20 finder anvendelse. […] Proceduren skal iværksættes inden en måned fra den dato, hvor fusionen er anmeldt medlemsstaten eller gennemført. [...]
5. Kommissionen træffer kun de foranstaltninger efter stk. 3, som er strengt nødvendige for at sikre eller genoprette en effektiv konkurrence i den medlemsstat, på hvis anmodning den har grebet ind.
6. Stk. 3, 4 og 5 finder anvendelse, indtil tærsklerne i artikel 1, stk. 2, er blevet revideret.«

[6] – Rådets forordning af 30.6.1997 om ændring af forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1997, L 180, s. 1, herefter »1997-forordningen«). Den ændrede EF-fusionsforordningens artikel 22, idet den bl.a. i) indførte en henvisning til anmodninger fra to eller fra flere medlemsstater i forening i stk. 3, ii) indsatte sætningerne »Artikel 7 finder anvendelse i det omfang, hvor fusionen ikke er gennemført på den dato, hvor Kommissionen meddeler parterne, at der er fremsat sådan anmodning«, og »skal fremsættes senest en måned efter den dato, hvor den eller de medlemsstater, der fremsatte anmodningen, blev underrettet om fusionen, eller hvor den blev gennemført«, i stk. 4, og iii) lod stk. 6 udgå.

[7] – EU:T:2022:447.

[8] – EFT 1994, L 1, s. 3, herefter »EØS-aftalen«.

grundene til, at den umiddelbart fandt, at fusionen syntes at opfylde betingelserne i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, og den opfordrede medlemsstaterne til at fremsætte en anmodning om henvisning.

14. Under en telefonsamtale den 4. marts 2021 underrettede Kommissionen hver af appellanternes retlige repræsentant om opfordringsskrivelsen og muligheden for at fremsætte en anmodning om henvisning efter EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1.

15. Den 9. marts 2021 anmodede Autorité de la concurrence française (den franske konkurrencemyndighed) i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, Kommissionen om at behandle den omhandlede fusion (herefter »anmodningen om henvisning«). Den 10. marts 2021 underrettede Kommissionen i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, de nationale konkurrencemyndigheder og EFTA-Tilsynsmyndigheden om anmodningen om henvisning. Den 11. marts 2021 underrettede Kommissionen ligeledes appellanterne om anmodningen om henvisning, idet den anførte, at den omhandlede fusion ikke kunne gennemføres, for så vidt som pligten til udsættelse i EU-fusionsforordningens artikel 7, sammenholdt med nævnte forordnings artikel 22, stk. 4, første afsnit, andet punktum, fandt anvendelse (herefter »underretningsskrivelsen«).

16. Den 16. og den 29. marts 2021 indgav appellanterne bemærkninger til Kommissionen med indsigelser mod anmodningen om henvisning. Den 2., den 7. og den 12. april 2021 besvarede Illumina de anmodninger om oplysninger, som Kommissionen havde tilsendt virksomheden den 26. marts og den 8. april 2021.

17. Ved skrivelser af 24., 26. og 31. marts 2021 anmodede den belgiske, den græske, den islandske, den nederlandske og den norske konkurrencemyndighed om at kunne slutte sig til anmodningen om henvisning i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2 (herefter »anmodningerne om tilslutning«).

18. Den 31. marts 2021 offentliggjorde Kommissionen en meddelelse med titlen »vejledning om anvendelsen af den henvisningsmekanisme, som er fastlagt i [EU-fusionsforordningens] artikel 22 [...] på visse kategorier af sager«[9].

19. Ved afgørelser af 19. april 2021 imødekom Kommissionen anmodningen om henvisning og anmodningerne om tilslutning. Ved disse afgørelser fandt Kommissionen i), at anmodningen om henvisning var blevet fremsat inden for den frist på 15 arbejdsdage, der er fastsat i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, ii) at anmodningerne om tilslutning overholdt fristen i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, iii) at den omhandlede fusion opfyldte kriterierne for henvisning efter EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, og iv) at appellanternes argumenter om, at deres ret til forsvar samt andre almindelige EU-retlige principper angiveligt var blevet tilsidesat, skulle forkastes som ugrundede.

[9] – EUT 2021, C 113, s. 1

IV. Retsforhandlingerne for Retten, den appellerede dom og retsforhandlingerne for Domstolen

20. Ved stævning indleveret den 28. april 2021 anlagde Illumina i henhold til artikel 263 TEUF sag ved Retten med påstand om annullation af underretningsskrivelsen, af afgørelsen om at acceptere henvisningen fra den franske konkurrencemyndighed og af afgørelserne om at acceptere anmodningen om tilslutning (herefter »de anfægtede afgørelser«).

21. Ved kendelser og afgørelser truffet af formanden for Rettens Tredje Udvidede Afdeling i) fik Grail tilladelse til at intervenere til støtte for Illuminas påstande, ii) fik Den Hellenske Republik, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene og EFTA-Tilsynsmyndigheden tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande, og iii) der blev givet afslag på begæringen fremsat af Computer & Communications Industry Association til støtte for Illuminas påstande.

22. Illumina, støttet af Grail, nedlagde påstand om annullation af de anfægtede afgørelser og underretningsskrivelsen samt om, at Kommissionen tilpligtedes at betale sagsomkostningerne. Kommissionen, støttet af Den Hellenske Republik, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene og EFTA-Tilsynsmyndigheden, nedlagde påstand om afvisning af sagen, subsidiært om frifindelse, idet sagen delvis blev afvist, delvis forkastet som ugrundet, og om, at Illumina tilpligtedes at betale sagsomkostningerne.

23. Den 13. juli 2022 frifandt Retten ved den appellerede dom Kommissionen, pålagde Illumina at bære sine egne omkostninger og at betale de af Kommissionen afholdte omkostninger og pålagde Den Hellenske Republik, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Grail at bære hver deres egne omkostninger.

24. I appellerne for Domstolen, iværksat henholdsvis den 22. og den 30. september 2022, har Illumina (sag C-611/22 P) og Grail (sag C-625/22 P) nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom, annullation af de anfægtede afgørelser og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Grail har desuden nedlagt påstand om annullation af den franske konkurrencemyndigheds anmodning og Kommissionens underretningsskrivelse.

25. Den 21. december 2022 har Domstolens præsident, efter at have hørt den refererende dommer, generaladvokaten og parterne, besluttet at forene de to sager med henblik på den mundtlige forhandling og dommen i overensstemmelse med artikel 54, stk. 2, i Domstolens procesreglement. Ved afgørelse af 10. januar 2023 har Domstolens præsident, efter at have hørt den refererende dommer og generaladvokaten, ligeledes besluttet at afslå Kommissionens anmodning om, at sag C-625/22 P undergives den fremskyndede procedure, der er fastsat i procesreglementets artikel 133-136, og at denne sag pådømmes forud for andre i henhold til procesreglementets artikel 53, stk. 3.

26. Ved to kendelser afsagt af Domstolens præsident den 10. marts 2023 har Biocom California fået tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Illuminas påstande i sag C-611/22 P, og der blev givet afslag på begæringerne fra association française des juristes d'entreprise (den franske sammenslutning af virksomhedsjurister, AFJE) og Association Européenne des Juristes d'Entreprise (den europæiske sammenslutning af virksomhedsjurister, AEJE), om tilladelse til at intervenere til støtte for Grails påstande i sag C-625/22 P.

27. Kommissionen, Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene og EFTA-Tilsynsmyndigheden har i deres svarskrifter nedlagt påstand om, at appellerne forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Grail har indgivet svarskrift i sag C-611/22 P, og Illumina har indgivet svarskrift i sag C-625/22 P, idet de hver især har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom og annullation af de anfægtede afgørelser, samt at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

28. Appellanterne har afgivet replik, og de appelindstævnte har afgivet duplik. Appellanterne, de appelindstævnte og intervenienterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet for Domstolen, der blev afholdt den 12. december 2023.

V. Bedømmelse

29. Til støtte for appellerne har hver af appellanterne fremsat tre anbringender, som i vidt omfang overlapper hinanden. Jeg vil således behandle disse anbringender samlet.

30. Jeg vil derfor for det første vurdere, om Retten begik en fejl ved fortolkningen af betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit (afsnit A nedenfor). For det andet vil jeg behandle appellanternes anbringender om, at anmodningen om henvisning blev fremsat for sent, og at Kommissionen tilsidesatte sin forpligtelse til at handle inden for et rimeligt tidsrum (afsnit B nedenfor). For det tredje og sidste vil jeg behandle de angivelige tilsidesættelser af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet (afsnit C nedenfor).

A. Det første anbringende om betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1

31. Illuminas og Grails første appelanbringende vedrører den appellerede doms præmis 85-185. Retten forkastede i disse præmisser Illuminas første anbringende i første instans om, at Kommissionen ikke havde kompetence til at efterprøve den omhandlede fusion. Nærmere bestemt kom Retten, efter at have undersøgt parternes argumenter, frem til følgende konklusion:

»183 [...] under hensyn til ordlydsfortolkningen, den historiske fortolkning, den kontekstuelle fortolkning og formålsfortolkningen af [EU-fusionsforordningens] artikel 22 [...] skal det fastslås, at medlemsstaterne på de heri fastsatte betragtninger kan fremsætte en anmodning om henvisning i medfør af denne bestemmelse uafhængigt af rækkevidden af deres nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner.

184 Det var derfor med føje, at Kommissionen ved de anfægtede afgørelser accepterede anmodningen om henvisning og anmodningerne om tilslutning i medfør af [EU-fusionsforordningens] artikel 22 [...].«

1. Parternes argumenter

32. Illumina har gjort gældende, at Retten begik en fejl i sin fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, idet den godkendte Kommissionens anvendelse af denne bestemmelse. Illumina har navnlig gjort gældende, at Retten undlod i) at anvende en række grundlæggende EU-retlige principper (såsom retssikkerhedsprincippet,

proportionalitetsprincippet og nærhedsprincippet), ii) på korrekt vis at identificere og tage hensyn til EU-fusionsforordningens formål, iii) at anlægge en streng fortolkning af en bestemmelse, der udgør en undtagelse fra en almindelig regel, og iv) at anerkende betydningen af den omhandlede bestemmelses kontekst og formål. Grail er ligeledes af den opfattelse, at en ordlydsfortolkning, historisk fortolkning, kontekstuel fortolkning og formålsfortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, ikke understøttede Rettens fortolkning heraf.

33. Biocom har i det væsentlige støttet appellanternes argumenter og fremhævet den retsusikkerhed og uforholdsmæssige byrde, som den appellerede dom medfører for fusionsparterne.

34. Kommissionen har gjort gældende, at appellanternes første anbringender er uvirksomme, at de ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som de er baseret på visse forberedende dokumenter, og subsidiært, at de er ugrundede. Kommissionen er af den opfattelse, at Retten anlagde en korrekt fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1. Kommissionen har nærmere bestemt gjort gældende, at appellanterne i) ikke tager denne bestemmelses klare ordlyd behørigt i betragtning og ii) fejlagtigt antager, at den fortolkning, som Retten anlagde, ville medføre, at ordningen i EU-fusionsforordningen ikke ville give fusionsparterne tilstrækkelig retssikkerhed.

35. Den franske og den nederlandske regering samt EFTA-Tilsynsmyndigheden deler Kommissionens synspunkter. Den franske regering har navnlig gjort gældende, at Retten anvendte retssikkerhedsprincippet, proportionalitetsprincippet og nærhedsprincippet korrekt. Den nederlandske regering har anført, at den i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, havde ret til at anmode Kommissionen om at behandle en fusion som den omhandlede eller tilslutte sig en anmodning fra en anden national konkurrencemyndighed. EFTA-Tilsynsmyndigheden har gjort gældende, at appellanterne tager fejl, når de påberåber sig den ordning med kun én kontrolinstans (»one stop shop«), der er fastlagt ved EU-fusionsforordningen, idet denne mekanisme kun vedrører fusioner med en fællesskabsdimension, mens den ikke finder anvendelse i forbindelse med fusioner uden en sådan dimension.

2. Bedømmelse

36. På de følgende sider vil jeg først vurdere nogle indledende procedurerelaterede klagepunkter, som Kommissionen har rejst, inden jeg vil undersøge spørgsmålet om, hvorvidt appellanternes første anbringender er begrundede.

a) Indledende spørgsmål

37. Indledningsvis skal der tages stilling til Kommissionens argumenter om, at i) appellanternes første anbringender er uvirksomme, og at ii) Grail har påberåbt sig visse dokumenter, som ikke kan admitteres.

38. Jeg finder ikke disse argumenter overbevisende.

39. For det første er et anbringende uvirksomt, når det, selv om det måtte blive fastslået, at det er begrundet, ikke kan føre til ophævelse af den appellerede dom [10]. Det er åbenbart ikke tilfældet hvad angår de anbringender, der behandles her. Det er ubestridt, at hvis Retten – som appellanterne har gjort gældende – har anlagt en urigtig fortolkning af arten af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22 med det resultat, at Kommissionen ikke kunne behandle den omhandlede fusion, ville den appellerede dom være behæftet med en retlig fejl, som ville medføre ophævelse af denne dom og annullation af de anfægtede afgørelser.

40. Kommissionens argument om, at appellanterne ikke har bestridt Rettens konstateringer i visse passager i den appellerede dom (dennes præmis 90-94 vedrørende Illumina og præmis 183 og 184 vedrørende Grail), modsiges af appelskrifternes ordlyd. Kommissionens kritik synes reelt snarere at vedrøre soliditeten af de argumenter, som appellanterne har fremført med henblik på at anfægte Rettens konstateringer i disse passager. Dette vedrører imidlertid grundlaget for anbringendet, og ikke hvorvidt det – som hævdet – er uden betydning for sagens afgørelse.

41. For det andet er det af Kommissionen anførte om, at visse dokumenter, som Grail har påberåbt sig for så vidt angår den historiske fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, angiveligt ikke kan admitteres (herefter »de omtvistede dokumenter«), ligeledes ugrundet. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at disse dokumenter først skulle have været fremlagt for Retten, for at de senere kunne antages til realitetsbehandling i en appel for Domstolen. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til kendelse afsagt af Domstolens præsident den 10. oktober 2023, Deutsche Lufthansa mod Ryanair m.fl. [11].

42. Et generelt krav om, at dokumenter først skal fremlægges for Retten, for at de herefter kan admitteres i en appel for Domstolen, er imidlertid hverken fastsat i procesreglementet eller følger af Unionens retsinstansers praksis. Det kunne ikke være anderledes, da en sådan regel ville være helt urimelig og virke mod hensigten. I denne henseende er det næppe nødvendigt at påpege, at annullationssøgsmål og appelsager har forskelligt formål (en afgørelse i det førstnævnte tilfælde, en dom i det sidstnævnte), og at de retlige spørgsmål, som de to retsinstanser skal tage stilling til, derfor ikke nødvendigvis er helt sammenfaldende.

43. Mere grundlæggende ville en sådan regel være i strid med de principper, der gælder for fremlæggelse af beviser for Unionens retsinstanser. I henhold til Domstolens faste praksis »[indebærer] princippet om processuel ligestilling, der følger af selve begrebet en retfærdig rettergang, som bl.a. er sikret ved artikel 47 i den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [(herefter »chartret«)], [...] en forpligtelse til at give begge parter rimelig mulighed for at fremlægge sin sag, *herunder sine beviser*, under betingelser, der ikke stiller den pågældende i en situation, der er til dennes ugunst i forhold til modparten« [12]. Med hensyn til fremlæggelse af beviser er grundreglen, at *alle* beviser kan fremlægges for Unionens retsinstanser. Disse retsinstanser kan imidlertid tage hensyn til, om der foreligger andre (»indenretslige« eller »udenretslige«) interesser, som undtagelsesvis kan begrunde afvisningen af at acceptere beviserne, og afveje disse interesser mod dem, der taler for en accept heraf [13]. Dette kan f.eks. være tilfældet, når et dokument er erhvervet ulovligt, eller hvis det indeholder fortrolige oplysninger, der for at beskytte visse offentlige eller private interesser ikke bør gøres offentligt tilgængelige.

[10] – Jf. f.eks. dom af 22.6.2023, DI mod ECB (C-513/21 P, EU:C:2023:500, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

[11] – C-457/23 P, EU:C:2023:760.

[12] – Jf. bl.a. dom af 12.7.2022, Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet (C-348/20 P, EU:C:2022:548, præmis 128 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

[13] – Jf. i denne retning ibidem, præmis 130 og 131, og generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet (C-348/20 P, EU:C:2021:831, punkt 120), der indeholder yderligere referencer.

44. I den foreliggende sag er de omtvistede dokumenter erhvervet lovligt af Grail efter begæringer om aktindsigt indgivet i henhold til forordning (EU) nr. 1049/2001 [14], og de er fremlagt med henblik på at kritisere visse specifikke passager i den appellerede dom. Eftersom disse passager vedrører et af de centrale spørgsmål i den foreliggende sag (hvorvidt Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22 understøttes af en historisk fortolkning heraf), kan jeg ikke se nogen rimelig grund til, at det ikke skulle tillades appellanterne at påberåbe sig de omtvistede dokumenter. Hvis det blev fastslået, at disse dokumenter ikke kunne admitteres, ville appellanterne således de facto blive frataget muligheden for at anfægte Rettens konklusioner i den appellerede doms præmis 69-117. Dette ville være i strid med retten til adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, der er fastsat i chartrets artikel 47.

45. Ligeledes er Kommissionens argument om, at Retten ikke ville kunne undersøge dokumenter, som en part lovligt har fremlagt, åbenbart uholdbart. Domstolen har i denne henseende fastslået, at »det princip, der finder anvendelse i EU-retten, er princippet om den frie bevisbedømmelse« [15], og at »det alene er de forelagte bevisers troværdighed, der er afgørende for bedømmelsen heraf« [16].

46. Den kendelse fra præsidenten, hvortil Kommissionen har henvist, er uden betydning i denne sammenhæng. Denne sag vedrørte et selskabs begæring om fortrolig behandling i forhold til de øvrige parter i sagen af visse oplysninger i selve appelskriftet og i et bilag hertil. Det skal anføres, at de oplysninger, som anmodningen om fortrolig behandling vedrørte, var blevet fremlagt i første instans, men herefter blev fjernet fra sagsakterne, fordi Retten anså dem for irrelevante. De pågældende oplysninger blev følgelig ikke behandlet fortroligt i første instans, eftersom Retten havde fjernet dem fra sagsakterne uden at foretage en afvejning af deres fortrolige karakter og de krav, der udspringer af retten til en effektiv domstolsbeskyttelse som fastsat i artikel 103, stk. 2, i dens procesreglement. På dette grundlag gav præsidenten afslag på selskabets begæring om fortrolig behandling, idet han fremhævede, at de omtvistede oplysninger – eftersom de ikke fremgik af de sagsakter, der lå til grund for Rettens afgørelse – principielt ikke kunne være relevante for Domstolens prøvelse af lovligheden af denne afgørelse på appelstadiet. Der var således ingen grund til i appelsagen at behandle oplysninger, som appellanten frivilligt havde videregivet i sine indlæg, fortroligt.

47. Denne kendelse er en direkte anvendelse af de grundlæggende principper om, at en appel til Domstolen er begrænset til retsspørgsmål, og at genstanden for denne sag er begrænset til genstanden for sagen i første instans og ikke må ændres i appelskriftet [17]. I modsætning til den pågældende sag vedrører den foreliggende sag imidlertid rent faktisk i) et retsspørgsmål (fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22) og ikke fastlæggelsen af omtvistede faktiske omstændigheder og ii) et spørgsmål, som blev rejst og behandlet i første instans, og som Retten tog stilling til.

48. Det følger på ingen måde af denne kendelse, at en appellant for at anfægte en afgørende passage i en appelleret dom skal have fremlagt de relevante beviser allerede i første instans. Kendelsen kan heller ikke læses således, at den korrekte fortolkning af loven er et spørgsmål, for

[14] – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT 2001, L 145, s. 43).

[15] – Dom af 12.7.2022, Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet (C-348/20 P, EU:C:2022:548, præmis 129 og den deri nævnte retspraksis).

[16] – Jf. f.eks. kendelse af 12.6.2019, OY mod Kommissionen (C-816/18 P, EU:C:2019:486, punkt 6 i generaladvokatens forslag til afgørelse som citeret i kendelsens præmis 6 og den deri nævnte retspraksis).

[17] – Jf. således denne kendelses præmis 9 og 10.

hvilket det påhviler appellanten at føre det fornødne bevis, endsige at skulle gøre det i første instans. Dette ville være i klar modstrid med det faste princip iura novit curia [18] og med en lang række afgørelser fra Domstolen [19].

49. Når det er sagt, er det korrekt, når Kommissionen anfører, at afgørende dele af appellanternes retlige argumentation, principielt, skal være indeholdt i selve stævningen, og at de dokumenter, der figurerer som bilag hertil, kun har en understøttende rolle. Selv om Domstolen ikke er bundet af den fortolkning af retsreglerne, som parterne foreslår, og den med henblik herpå frit kan lade sig inspirere af ethvert dokument, som gyldigt er blevet fremlagt for den, kan det således ikke forventes af den, at den ved hjælp af bilagene til appellerne forsøger at klarlægge og identificere, hvilke klagepunkter og argumenter der kan udgøre grundlaget for disse [20]. Jeg vil derfor se bort fra alle argumenter, som ikke udtrykkeligt fremgår af appelskrifterne, og som ikke kan forstås korrekt uden at undersøge bilagene.

b) Realiteten

50. Jeg vil nu behandle realiteten i appellanternes første anbringender. Disse anbringender rejser i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt Retten begik en retlig fejl ved fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1. Som anført ovenfor konkluderede Retten, at »ordlydsfortolkningen, den historiske fortolkning, den kontekstuelle fortolkning og formålsfortolkningen« af denne bestemmelse støttede det synspunkt, at medlemsstaterne kan anmode Kommissionen om at behandle en fusion, der ikke har fællesskabsdimension, selv når de ikke har kompetence til at efterprøve en sådan fusion i henhold til national ret. Retten fastslog således, at EU-fusionsforordningens artikel 22 forfølger forskellige formål, bl.a. »formålet om som »*korrigerende mekanisme*« at muliggøre en effektiv kontrol af enhver fusion, som kan hæmme konkurrencen betydeligt inden for det indre marked, og som, fordi omsætningstærsklerne ikke er overskredet, undgår at blive omfattet af Unionen og medlemsstaternes lovgivning på området for kontrol« [21].

51. Jeg vil i det følgende forklare, hvorfor jeg er af den opfattelse, at Retten begik en fejl ved fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Selv om de af Kommissionen fremførte argumenter baseret på bestemmelsens ordlyd, som Retten accepterede, har en vis vægt, gør en række andre fortolkningselementer – som vedrører bestemmelsens historie, sammenhæng og formål, samt har en bredere systemisk betydning – det helt klart, at betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, ikke er den, Retten lagde til grund i den appellerede dom.

[18] – Jf. også her generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet (C-348/20 P, EU:C:2021:831, punkt 177 og den deri nævnte retspraksis).

[19] – Jf. f.eks. dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 86), og af 25.3.2021, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen (C-611/16 P, EU:C:2021:245, præmis 153).

[20] – Jf. analogt dom af 30.9.2021, Revisionsretten mod Pinxten (C-130/19, EU:C:2021:782, præmis 310 og 311 og den deri nævnte retspraksis).

[21] – Den appellerede doms præmis 177. Min fremhævelse.

1) En ordlydsfortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit

52. Analysen skal begynde med ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som jeg skal minde om: »En eller flere medlemsstater kan anmode Kommissionen om at behandle enhver fusion [...], der ikke har fællesskabsdimension [...], men som påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og hvor der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den medlemsstat eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen.«

53. Som Retten fastslog, i) opstiller denne bestemmelse visse betingelser, der skal være opfyldt, for at den finder anvendelse, som ikke omfatter et krav om, at fusionen henhører under anvendelsesområdet for medlemsstaternes nationale lovgivning om kontrol med fusioner[22], ii) anvender bestemmelsen det brede udtryk »*enhver* fusion«[23] og iii) sondrer ikke mellem de medlemsstater, der har indført en national ordning for kontrol med fusioner, og de, der ikke har indført en sådan ordning[24]. På baggrund heraf konkluderede Retten, at en ordlydsfortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, principielt underbyggede den af Kommissionen foreslåede fortolkning. Da bestemmelsens ordlyd imidlertid ikke gjorde det muligt at drage en endelig konklusion hvad dette angår, fandt Retten det hensigtsmæssigt at supplere analysen ved brug af andre fortolkningsmetoder[25].

54. Jeg er enig i begge disse punkter.

55. Ud fra en umiddelbar læsning af bestemmelsens ordlyd kan Rettens brede fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, forsvares. De ovenfor anførte elementer kan således forstås således, at de indikerer, at alle medlemsstater kan henvise enhver fusion til Kommissionen, uanset om de har en national ordning for kontrol med fusioner, og i bekræftende fald om fusionen er omfattet af en sådan ordning.

56. Samtidig er det ligeledes korrekt – som Retten fastslog – at den koncise og generelle formulering af denne bestemmelse ikke giver et entydigt svar på det i denne sag omtvistede fortolkningsspørgsmål.

57. Kommissionen er ikke enig i dette. Den har navnlig fremhævet bestemmelsens brede anvendelsesområde, som efter dens opfattelse tydeligt *antyder* (eller ikke udtrykkeligt udelukker), at medlemsstater, der har en national fusionskontrolordning, også kan henvise sager, der ikke henhører under deres ordning. At noget antydes (eller ikke kan udelukkes) kan imidlertid ikke, i forbindelse med en fortolkning af en bestemmelses ordlyd, svare til, at det udtrykkeligt anføres. Spørgsmålet om, hvorvidt den underordnede præmis i Kommissionens argumentation (at bestemmelsens anvendelsesområde også dækker henvisninger som den omhandlede) er den logiske fortsættelse af Kommissionens hovedpræmis (at bestemmelsen er bredt formuleret), kan ikke løses – således som Kommissionen ønsker, at Domstolen gør – ved at se på et enkelt afsnit i EU-fusionsforordningen »klinisk isoleret« fra resten af bestemmelsen og, mere generelt, fra resten af forordningen.

22 – Den appellerede doms præmis 89, 90 og 92.

23 – Den appellerede doms præmis 91 (min fremhævelse). Det gælder for størstedelen af sprogversionerne af forordningen, idet et mindretal af sprogversionerne (f.eks. den nederlandske og den svenske) ikke anvender udtrykket »*enhver* fusion«, men andre termer, som kan oversættes med »*en* fusion«.

24 – Den appellerede doms præmis 93.

25 – Den appellerede doms præmis 94 og 95.

58. I princippet er Kommissionens argument om, at Domstolen *ikke bør* anvende nogen anden fortolkningsmetode, når ordlyden af en bestemmelse forekommer tilstrækkelig klar, overraskende. Domstolen kan naturligvis frit anvende alle de fortolkningsmetoder, som den finder passende i hver enkelt konkret situation. Efter min opfattelse er dette værd at holde fast i, da det har helt grundlæggende betydning: Når de omtvistede spørgsmål vedrører *fortolkningen af retsregler*, finder principper som f.eks. forhandlingsmaksimen og principperne vedrørende bevisbyrde eller bevisstyrkekrav ikke anvendelse. Også her er det afgørende princip i denne sammenhæng iura novit curia.

59. Kommissionens argument forbigår desuden Domstolens faste praksis. Som Domstolen meget klart fastslog i Cilfit-dommen, »skal *de enkelte* [EU-]regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af [EU-]rettens bestemmelser som helhed« [26]. Det følger således af fast retspraksis, at »der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse *ikke blot* skal tages hensyn til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af« [27]. Domstolen har således aldrig tøvet med at foretage en kontekstuel fortolkning og/eller formålsfortolkning af en bestemmelse, selv når dens ordlyd angiveligt var klar, for enten at bekræfte ordlydsfortolkningen [28] eller i givet fald at fravige den [29].

60. Der er trods alt ikke noget usædvanligt ved den vægt, som Domstolen konsekvent har tillagt bl.a. kontekstuel fortolkning og formålsfortolkning. Selv Wienerkonventionen om traktatretten, der som bekendt sondrer mellem den »almindelige regel om fortolkning« og de »supplerende fortolkningsmidler« [30], medtager alle disse elementer i den førstnævnte kategori og opstiller en uopløselig forbindelse mellem dem. Wienerkonventionens artikel 31, stk. 1, har følgende ordlyd: »En traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens *udtryk* i deres *sammenhæng* og belyst af dens *hensigt og formål*« [31].

61. Dette er også grunden til, at den vægt, som Kommissionen har tillagt udtrykket »enhver fusion« i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, er fejlagtig. Det er nødvendigt at se på, hvilken type fusion EU-fusionsforordningens artikel 22 vedrører, for at det kan fastslås præcist, hvad »enhver« henviser til. Selv om det kan forekomme indlysende, må jeg gøre opmærksom på, at udtrykket »enhver fusion« kun kan henvise til enhver fusion, som ikke alene er omfattet af EU-fusionsforordningens artikel 22, men også – og a fortiori – omfattet af EU-fusionsforordningens anvendelsesområde. Derfor er en undersøgelse af den sammenhæng, hvori denne bestemmelse indgår, uundgåelig.

62. På samme måde ville det være absurd at foreslå, at Domstolen *bør* begrænse sig til at undersøge ordlyden af en bestemmelse, *når* den er blevet gjort opmærksom på visse specifikke forhold, der sætter spørgsmålstegn ved denne bestemmelses angiveligt klare ordlyd [32]. Dette er netop tilfældet i den foreliggende sag: Som det vil fremgå nedenfor, er der en hel række forhold, der peger på en anden fortolkning af den pågældende bestemmelse.

[26] – Dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 20). Min fremhævelse.

[27] – Jf. blandt flere andre dom af 6.10.2020, Jobcenter Krefeld (C-181/19, EU:C:2020:794, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

[28] – Ibidem, præmis 62-66.

[29] – Jf. f.eks. dom af 19.11.2009, Sturgeon m.fl. (C-402/07 og C-432/07, EU:C:2009:716, præmis 40-69), og af 27.10.2016, Kommissionen mod Tyskland (C-220/15, EU:C:2016:815, præmis 38-47).

[30] – (1969) *United Nations Treaty Series*, bind 1155, s. 331. Jf. henholdsvis artikel 31 og artikel 32.

[31] – Min fremhævelse.

[32] – Som generaladvokat Wathelet har anført, *kan* Domstolen begrænse sig til en ordlydsfortolkning af bestemmelsen, når den pågældende bestemmelse er helt klar og entydig, men den *skal* ikke begrænse sig (jf. i denne henseende forslag til afgørelse Frankrig mod Parlamentet, C-73/17, EU:C:2018:386, punkt 25 og den deri nævnte retspraksis).

63. På samme måde finder jeg EFTA-Tilsynsmyndighedens argument, der fremhæver den omstændighed, at det ikke fremgår af ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, at henvisningsmekanismen kun finder anvendelse på fusioner, der kan efterprøves i medfør af medlemsstaternes nationale konkurrencelovgivning, irrelevant. EFTA-Tilsynsmyndigheden har i denne forbindelse påpeget forskellen mellem ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 4, stk. 5 (som også vedrører en henvisningsmekanisme, og hvis ordlyd indikerer dette), og ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1. Dette argument ser imidlertid bort fra den omstændighed, at den sidstnævnte bestemmelse i modsætning til den førstnævnte oprindeligt blev indført for at fange fusioner, der kunne udgøre et problem på nationalt plan, når den eller de pågældende medlemsstater ikke havde en national fusionskontrolordning. Derfor kunne EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, ikke indeholde et udtryk som det, der er anvendt i EU-fusionsforordningens artikel 4, stk. 5, da det i så fald ville udelukke netop de medlemsstater, som var årsagen til, at denne bestemmelse var blevet indført. Retten afviste således selv, i den appellerede doms præmis 126, at drage paralleller mellem de to bestemmelser.

64. Under alle omstændigheder er Kommissionens principielle indsigelser ikke alene ugrundede, men også irrelevante i den foreliggende sag, eftersom der er mindst to tekstelementer, der er tilstrækkelige til at rejse tvivl om den ordlydsfortolkning, som ifølge Kommissionen er så klar, at enhver anden metode til fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22 burde udelukkes på forhånd.

65. For det første er et af disse elementer bestemmelsens overskrift. EU-fusionsforordningens artikel 22 har overskriften »Henvisning til Kommissionen«. I langt de fleste sprogversioner [33] har den term, der svarer til »henvisning«, en særlig konnotation. Den indikerer således, at denne bestemmelse i princippet vedrører tilfælde, der reelt eller potentielt er indbragt for de nationale myndigheder og derefter *henvises* (dvs. videregives, overføres, overgives, tildeles osv.) til Kommissionen. Denne fortolkning er i overensstemmelse med den juridiske grundsætning nemo dat quod non habet (man kan ikke give noget, man ikke har).

66. For det andet er en af de betingelser i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som skal være opfyldt, for at Kommissionen kan efterprøve fusioner, som ikke når op over tærsklerne i artikel 1, at »der er fare for, at [fusionen] vil påvirke konkurrencen betydeligt *i den medlemsstat eller de medlemsstater*, der har fremsat anmodningen« [34]. Denne ordlyd er helt rimelig, hvis man er af den opfattelse, at formålet med den pågældende bestemmelse – siden den blev indført i den oprindelige EF-fusionsforordning – er at give mulighed for at efterprøve fusioner, der kan fordreje konkurrencen i en medlemsstat, som ikke har en national fusionskontrolordning. Desuden er denne formulering i overensstemmelse med formålet med en bestemmelse, som efter ændringerne i 1997 og 2004 – som det vil fremgå nedenfor – også tilsigter at styrke en EU-fusionskontrolordning med kun én kontrolinstans ved så vidt muligt at undgå, at fusioner anmeldes i flere lande.

67. Ordlyden af denne bestemmelse bliver derimod mindre indlysende, hvis bestemmelsen – således som Retten fastslog – fortolkes som en »»*korrigerende mekanisme*« [for] at gøre det muligt at kontrollere fusioner, der kan hæmme den effektive konkurrence betydeligt *inden for det indre marked*« [35]. Hvis det er tilfældet, hvorfor henviste EU-lovgiver da kun til begrænsninger af konkurrencen på medlemsstatsniveau? Burde bestemmelsen ikke, mere generelt eller ligeledes,

[33] – Jf. bl.a. udtrykkene »postoupení« (tjekkisk), »Verweisung« (tysk), »παραπομπή« (græsk), »remisión« (spansk), »renvoi« (fransk), »áttétel« (ungarsk), »rinvio« (italiensk), »remessa« (portugisisk) og »napotitev« (slovensk).

[34] – Min fremhævelse.

[35] – Den appellerede doms præmis 142 (min fremhævelse). Jf. desuden den doms præmis 141, 165, 177 og 182.

henvise til begrænsninger af konkurrencen inden for det *indre marked*? Mere grundlæggende er spørgsmålet, hvorfor Kommissionen i det hele taget ville have brug for en henvisning fra en medlemsstats myndighed, hvis konkurrenceproblemet er på EU-plan?

68. Ovennævnte tekstelementer forekommer at kunne rejse tvivl om den angiveligt enkle fortolkning af bestemmelsen, som Kommissionen har foreslået.

69. Som det normalt er tilfældet med lovbestemmelser, der til en vis grad er uklare eller i hvert fald ikke selvstændige bestemmelser (hvilket efter min opfattelse også er tilfældet hvad angår den omhandlede bestemmelse: et enkelt afsnit i en artikel i en forordning), synes den gamle engelske talemåde »bare reading is bare feeding« (overfladisk læsning fører ikke til omtanke) at være ganske relevant. For at fastlægge den nøjagtige betydning af og det nøjagtige anvendelsesområde for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, er det derfor nødvendigt – som Retten korrekt fastslog – også at gøre brug af de øvrige fortolkningsmetoder, som Domstolen anvender.

2) En historisk fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit

70. Efter at have gennemgået en række dokumenter vedrørende EU-fusionsforordningens tilblivelseshistorie konkluderede Retten i den appellerede doms præmis 96-117, at »den historiske fortolkning [bekræfter], at [EU-fusionsforordningens] artikel 22, stk. 1, første afsnit, […] gør det muligt for en medlemsstat, uafhængigt af rækkevidden af dens lovgivning på området for kontrol med fusioner, at henvise fusioner, som ikke når de omsætningstærskler, der er fastsat i forordningens artikel 1, men som kan have betydelige grænseoverskridende virkninger, til Kommissionen«.

71. Jeg er ikke enig i denne vurdering. Jeg har navnlig fire væsentlige forbehold i denne henseende: i) De dokumenter, som den appellerede dom henviste til, er uløseligt forbundet med visse begrænsninger med hensyn til præciseringen af EU-lovgivers hensigt; ii) de passager i disse dokumenter, som citeres, underbygger ikke Rettens konklusioner; iii) når dokumenterne læses i deres helhed, modsiger de faktisk disse konklusioner; iv) Retten undlod at tage hensyn til adskillige andre dokumenter, herunder de relevante forarbejder, som støtter appellanternes fortolkning.

i) Grænserne for Rettens historiske bedømmelse (I)

72. For det første – som Grail med rette har anført – er den type dokumenter, som ifølge den appellerede dom underbygger den konklusion, der drages heraf, *uløseligt forbundet* med to vigtige begrænsninger. Alle disse dokumenter (»1996-grønbogen«[36], »2001-grønbogen«[37], »Kommissionens forslag fra 2003«[38] og »2009-arbejdsdokumentet«[39]) er *udarbejdet* af Kommissionen *efter* vedtagelsen af EU-fusionsforordningen. Rettens tilgang er efter min opfattelse særligt forbløffende i den foreliggende sag.

[36] – Kommissionens grønbog af 31.1.1996 om revision af fusionsforordningen (KOM(96) 19 endelig), nævnt i den appellerede doms præmis 97 og 98.

[37] – Kommissionens grønbog af 11.12.2001 om revision af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (KOM(2001) 745 endelig), nævnt i den appellerede doms præmis 97, 99, 101 og 103.

[38] – Kommissionens Forslag til Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EFT 2003, C 20, s. 4), nævnt i den appellerede doms præmis 97 og 106-113.

[39] – Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene vedlagt Kommissionens meddelelse til Rådet – Rapport om virkningen af forordning nr. 139/2004 af 30.6.2009 (SEK(2009) 808 endelig/2], nævnt i den appellerede doms præmis 97 og 115.

73. Kommissionen blev i retsmødet spurgt, hvorvidt det angivelige brede anvendelsesområde for EU-fusionsforordningens (nuværende) artikel 22, stk. 1, første afsnit, i) allerede fandtes i den oprindelige EF-fusionsforordning, som blev vedtaget i 1989, ii) blev tilføjet, da denne bestemmelse blev ændret i 1997, eller iii) blev indført, da den nye EU-fusionsforordning blev vedtaget i 2004. Kommissionen svarede uden tøven, at det brede anvendelsesområde fandtes helt fra begyndelsen, dvs. i EF-fusionsforordningens artikel 22, stk. 4, vedtaget i 1989. EFTA-Tilsynsmyndigheden gav udtryk for det samme synspunkt [40].

74. Hvis dette er tilfældet, er dokumenter, som er udarbejdet efter vedtagelsen af EF-fusionsforordningen i 1989, efter min opfattelse af mindre betydning for en historisk vurdering af betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, end dokumenter, der forelå, før denne forordning blev vedtaget. Jeg tror ikke, at jeg behøver at forklare, hvorfor *forberedende* dokumenter (dvs. dokumenter, der er anvendt ved udarbejdelsen af en given bestemmelse) normalt er mere relevante end ex post facto-dokumenter med henblik på at bevise lovgivers hensigt.

75. I denne henseende er den appellerede dom efter min opfattelse også selvmodsigende. I dommens præmis 115 afviste Retten principielt at undersøge fem dokumenter udarbejdet af Kommissionen, hvortil appellanterne henviste i deres indlæg, og som angiveligt viste, at Kommissionen indtil for nylig ikke selv havde fortolket EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som det blev foreslået i den foreliggende sag.

76. Hvis denne bestemmelses brede anvendelsesområde havde eksisteret siden vedtagelsen af EU-fusionsforordningen i 1989, hvorfor tog Retten da hensyn til adskillige dokumenter, der var udarbejdet efter 1989, men ikke til dem, som appellanterne henviste til? Hvis bestemmelsens anvendelsesområde derimod blev udvidet med vedtagelsen af EU-fusionsforordningen i 2004, hvorfor nævnte Retten da slet ingen dokumenter fra den lovgivningsprocedure, der førte til vedtagelsen af denne forordning, navnlig dokumenter fra den institution, der handlede som enelovgiver, nemlig Rådet? Dette fører mig videre til det næste punkt.

77. Det er således temmelig overraskende, at Retten for at bekræfte Kommissionens fortolkning af EF-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, alene lagde dokumenter, som Kommissionen selv har udarbejdet, til grund og slet ikke henviste til dokumenter fra Rådet.

78. Jeg er helt enig i, at et officielt dokument, der redegør for Kommissionens holdning med hensyn til betydningen af og anvendelsesområdet for en given bestemmelse i en forordning eller et direktiv, har en vis vægt, navnlig når denne bestemmelse indgik i det oprindelige forslag og ikke var genstand for nogen drøftelser eller ændringer af betydning under lovgivningsprocessen. Kommissionens synspunkt kan imidlertid ikke anses for at være afgørende for Domstolens fortolkning af bestemmelsen. Dette gælder så meget desto mere, når bestemmelsen blev tilføjet af Rådet på et relativt sent tidspunkt i lovgivningsprocessen efter langvarige drøftelser, som det er tilfældet med (den nuværende) artikel 22, stk. 1, første afsnit, i EF-fusionsforordningen.

79. På denne baggrund finder jeg det problematisk, at ingen af de dokumenter, hvortil der henvises i den appellerede doms præmis 96-117, er forfattet af Rådet og/eller forelå før vedtagelsen af EF-fusionsforordningen i 1989.

[40] – Desværre tog Retten ikke udtrykkeligt stilling til dette spørgsmål, ligesom dette standpunkt heller ikke kan udledes af den appellerede doms begrundelse. Retten henviste således uden at sondre til elementer, der indgik i den oprindelige EF-fusionsforordning, og til elementer, der blev tilføjet senere ved 1997-forordningen eller EU-fusionsforordningen.

ii) Grænserne for Rettens historiske vurdering (II)

80. For det andet underbygger de historiske dokumenter, som Retten lagde til grund, reelt ikke den konklusion, som den drog af disse, hvilket der er to grunde til: i) De passager, hvortil der henvises i den appellerede dom, er uden betydning for det omtvistede spørgsmål, og ii) andre mere relevante passager i de samme dokumenter blev enten overset, eller deres betydning blev uretmæssigt nedtonet.

81. Retten indledte sin historiske vurdering af bestemmelsen med at fastslå, at »nævnte henvisningsmekanisme skyldtes et ønske fra Kongeriget Nederlandene, som på daværende tidspunkt ikke havde en [fusionskontrol]ordning, om at få Kommissionen til at behandle fusioner med negative virkninger på dets område, forudsat at fusionerne ligeledes påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne, hvorfor nævnte ordning blev kaldt »den nederlandske klausul««[41]. Derefter henviste den til en række relevante dokumenter, hvoraf det fremgik, at i) henvisningsmekanismen generelt betragtes som et nyttigt stykke værktøj, især for de medlemsstater, der på daværende tidspunkt ikke havde indført en fusionskontrolordning, men anvendelsen af den var på ingen måde forbeholdt disse medlemsstater[42], ii) mekanismen skal give medlemsstaterne mulighed for at anmode Kommissionen om at behandle en fusion, som har grænseoverskridende virkninger, i en situation, hvor de tærskler, som er fastsat i forordningens artikel 1, ikke er nået[43], iii) formålene med mekanismen blev udvidet i tidens løb for at give mulighed for, at flere medlemsstater kan fremsætte anmodninger i forening, og hermed undgå fusioner, der er anmeldelsespligtige i flere lande, uden at rejse tvivl om dens oprindelige formål[44], og iv) ændringerne af bestemmelsen viste, at Kommissionen valgte en øget anvendelse af henvisningsmekanismen[45].

82. Efter min opfattelse er disse konstateringer fra Rettens side alle faktuelt korrekte. Det er selvindlysende, at EU-fusionsforordningen finder anvendelse på fusioner med grænseoverskridende virkninger, hvor tærsklerne i dens artikel 1 ikke er nået. Endvidere er det end ikke bestridt, at henvisningsmekanismen i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, kan anvendes af både medlemsstater, der *ikke har* en fusionskontrolordning, og medlemsstater, der *har* en kontrolordning. Endelig er der heller ingen tvivl om, at henvisningsmekanismen i tidens løb er blevet ændret med henblik på at udvide dens formål og muliggøre en hyppigere anvendelse heraf.

83. Der er imidlertid intet i disse konstateringer, der direkte eller indirekte belyser det centrale spørgsmål i dette anbringende, nemlig hvorvidt EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, giver medlemsstater, der *har* en national fusionskontrolordning, mulighed for at henvise sager, som *ikke er omfattet* af denne ordning.

84. Derfor er de dokumenter, hvortil der henvises i den appellerede dom, ikke alene af relativ overbevisende værdi, men ved nærmere eftersyn underbygger de dele af disse dokumenter, som citeres, på ingen måde den endelige konklusion, der drages heraf i dommens præmis 116. Rettens konklusioner er derfor åbenbart irrelevante.

41 – Den appellerede doms præmis 97.

42 – Den appellerede doms præmis 98.

43 – Den appellerede doms præmis 102.

44 – Bl.a. i 1997, da bestemmelsen blev ændret. Jf. den appellerede doms præmis 103.

45 – Den appellerede doms præmis 109.

iii) Grænserne for Rettens historiske vurdering (III)

85. For det tredje synes selve de dokumenter, hvortil der henvises i den appellerede dom, at modsige Rettens konklusioner og dermed bekræfte appellanternes fortolkning, når de læses i deres helhed. Betydningen af dette bør fremhæves. Ifølge Domstolens faste praksis skal de dokumenter, som Retten har lagt til grund, læses i deres helhed for at foretage en korrekt vurdering af deres bevisværdi. Ekstrapolering af en eller flere specifikke passager i et dokument, hvorefter der drages konklusioner heraf, som ikke er i overensstemmelse med dokumentets faktiske indhold, når det læses i sin helhed, er en retlig fejl[46].

86. Disse principper er efter min opfattelse relevante i denne sammenhæng.

87. Indledningsvis finder jeg det overraskende, at den appellerede dom i præmis 99 nedtoner betydningen af den passage i 2001-grønbogen, hvori det – henset til den omstændighed, at det på tidspunktet for vedtagelsen af grønbogen alene var Storhertugdømmet Luxembourg, der ikke havde en fusionskontrolordning – anføres, at »potentialet for at anvende artikel 22, stk. 3, i dens oprindelige form [i praksis var] meget begrænset«[47]. Det er korrekt – som Retten med rette anførte – at det fremgår af denne passage, at andre medlemsstater end Luxembourg ikke var udelukket fra at anvende EF-fusionsforordningens artikel 22, stk. 3[48]. Dette er imidlertid heller ikke det omtvistede spørgsmål. Denne passage antyder nemlig, at den praktiske anvendelse af henvisningsmekanismen med tiden var blevet reduceret på grund af begrænsningerne med hensyn til anvendelsen af mekanismen for medlemsstater med en fusionskontrolordning. De fleste medlemsstater havde i mellemtiden indført en national fusionskontrolordning og havde derfor en mere begrænset interesse i, og færre muligheder for, at henvise en sag til Kommissionen.

88. Forstået på denne måde er den pågældende passage helt i tråd med de uddrag af de dokumenter, der citeres i de foregående præmisser i den appellerede dom, og underbygger appellanternes synspunkt, nemlig at henvisningsmekanismen var blevet udtænkt til og anset for at være »særligt« anvendelig for medlemsstater, der ikke havde en fusionskontrolordning. Såfremt de medlemsstater, der havde en fusionskontrolordning, kunne henvise *alle* fusioner, uanset om de var omfattet af deres ordning eller ej, ville anvendelsen og egnetheden af mekanismen for disse medlemsstater ikke have været særlig påvirket af, at de vedtog en national ordning, og mekanismen ville givetvis ikke have været »begrænset«.

89. Desuden blev andre meget klare og vigtige passager i de dokumenter, hvortil Retten henviste, ikke nævnt i den appellerede dom.

90. F.eks. nævner 1996-grønbogen i forbindelse med undersøgelsen af grænserne for de lovgivningsmæssige rammer, som var gældende på det daværende tidspunkt, og mulighederne for at ændre dem for at fange flere fusioner med grænseoverskridende virkninger ikke nogen angivelig mulighed for at henvise efterprøvelsen af fusioner, som ikke er omfattet af de nationale fusionskontrolordninger, til Kommissionen i medfør af EF-fusionsforordningens artikel 22. Ifølge 1996-grønbogen vedrører denne bestemmelse alene »*fordelingen af sager* mellem Kommissionen

[46] – Jf. bl.a. dom af 18.7.2007, Industrias Químicas del Vallés mod Kommissionen (C-326/05 P, EU:C:2007:443, præmis 60-68), og af 30.5.2017, Safa Nicu Sepahan mod Rådet (C-45/15 P, EU:C:2017:402, præmis 76).

[47] – Den appellerede doms præmis 99.

[48] – Dette er stadig tilfældet i skrivende stund. Jeg har dog forstået, at situationen kan ændre sig i den nærmeste fremtid, idet den luxembourgske regering i august 2023 fremsatte et lovforslag om indførelse af en fusionskontrolordning i landet.

og medlemsstaterne«. I 1996-grønbogen anføres det endog, at »[u]nder [EF-fusionsforordningens] tærskler er fusioner undergivet den nationale fusionskontrol, *hvis en sådan findes*« [49].

91. Endvidere modsiges Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, første afsnit, endnu tydeligere i 2001-grønbogen. I første række anføres det i dette dokument, at bestemmelsens formål (»at styrke anvendelsen af EU's konkurrenceret i sager, hvor fusionen havde grænseoverskridende virkninger, styrke »one-stop shop«-princippet og afhjælpe problemerne omkring fusioner, der var anmeldelsespligtige i flere lande«) skulle nås ved at sikre, at sager, der giver anledning til *parallelle anmeldelser* på nationalt plan, kunne behandles af Kommissionen [50]. Det siger sig selv, at sager, der giver anledning til *parallelle anmeldelser*, ikke er sager, der ikke når op på de nationale tærskler. Dette dokument omtalte således i vid udstrækning henvisninger i sager, der er genstand for obligatoriske og/eller frivillige anmeldelser på nationalt plan [51], men der er intet heri, der tyder på, at henvisningsmekanismen også kunne anvendes i forbindelse med fusioner, der ikke er anmeldelsespligtige på nationalt plan [52].

92. I anden række fremgik det af 2001-grønbogen, at en af årsagerne til, at henvisningsmekanismen i EF-fusionsforordningens artikel 22 ikke blev udnyttet tilstrækkeligt, var »de tekniske forskelle [...] mellem medlemsstaternes fusionskontrolprocedurer, bl.a. med hensyn til, *hvilken begivenhed der udløser anmeldelsespligt*, og hvornår anmeldelsen skal indgives« [53]. Det er indlysende, at en sådan betragtning naturligvis ikke ville have været relevant, hvis EF-fusionsforordningens artikel 22 tillod medlemsstaterne at henvise fusioner til Kommissionen, uanset om en anmeldelsespligt var blevet udløst på nationalt plan [54]. Ligeledes ville 2001-grønbogens udsagn, om, at muligheden for at gøre parallelle anmeldelser efter EF-fusionsforordningens artikel 22, stk. 3, mere almindeligt anvendt ville være vanskelig at gennemføre, da det ville kræve »en tilstrækkelig grad af harmonisering af nationale lovgivninger«, være uforklarlige, hvis Rettens konklusioner var korrekte [55].

93. Hvad angår Kommissionens forslag fra 2003 har punkt 21 følgende ordlyd: »Et af de oprindelige formål med [EU-fusionsforordningens] artikel 22 var at sætte medlemsstater, der ikke havde nogen fusionskontrollovgivning, i stand til at henvise fusioner, der havde virkninger for samhandelen mellem medlemsstater, til Kommissionen, og i dag er det kun Luxembourg, der ikke har en sådan lovgivning. *Men* muligheden for, at en enkelt medlemsstat henviser sager til Kommissionen, *bør dog ikke helt udelukkes*« [56]. Dette tyder på, at en ensidig anvendelse af henvisningsmekanismen fra medlemsstaternes side blev anset for usandsynlig, men dog mulig. Hvis EU-fusionsforordningens artikel 22 havde gjort det muligt for medlemsstater med en fusionskontrolordning også at henvise sager, som de ikke kunne efterprøve, kunne anvendelsen af henvisningsmekanismen nok ikke betragtes som usandsynlig.

[49] – Punkt 9 og 10 i 1996-grønbogen (min fremhævelse).

[50] – Punkt 86 i 2001-grønbogen, nævnt i den appellerede doms præmis 103.

[51] – Med »frivillige« anmeldelser henviste den til de anmeldelser, der blev indgivet til den britiske konkurrencemyndighed, eftersom Det Forenede Kongerige (som på daværende tidspunkt var en EU-medlemsstat) har en fusionskontrolordning, der i modsætning til både EU's og de øvrige medlemsstaters ordninger ikke er baseret på obligatoriske, men på frivillige anmeldelser.

[52] – Jf. navnlig s. 4 (»Resumé«) og punkt 72-88 i 2001-grønbogen.

[53] – Punkt 53 (min fremhævelse).

[54] – Dette fremhæves yderligere af 2001-grønbogens henvisning til den manglende definition af udtrykket »en medlemsstat blev underrettet om en fusion«, men at »det forekommer naturligt at lægge datoen for en national anmeldelse til grund som den udløsende dato i de medlemsstater, hvor der er anmeldelsespligt«. Også her omtaler Kommissionen åbenbart sager, som de nationale myndigheder er blevet gjort opmærksom på, fordi de er omfattet af deres nationale fusionskontrolordninger.

[55] – Jf. navnlig punkt 93, 95 og 99 i 2001-grønbogen.

[56] – Min fremhævelse.

94. Desuden anførte punkt 22-25 i dette forslag også, at henvisningsreglernes (EF-fusionsforordningens artikel 9 og 22) største svaghed ligger i, at de *kun kunne anvendes*, efter at en fusion var anmeldt til enten Kommissionen eller de nationale konkurrencemyndigheder, alt efter omstændighederne. Endvidere anføres det utvetydigt i dette dokuments punkt 28, at Kommissionens mulighed for at opfordre medlemsstaterne til at fremsætte en henvisningsanmodning, var begrænset til sager, som allerede var blevet anmeldt.

95. Endelig fremgår det klart af punkt 133 i 2009-arbejdsdokumentet, i) at spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstater med en fusionskontrolordning skulle have mulighed for at gøre brug af EU-fusionsforordningens artikel 22 i forbindelse med fusioner, som ikke bliver fanget af denne ordning, slet ikke var så ligetil, som Kommissionen har hævdet, men at det – selv om ordlyden tilsyneladende ikke udelukkede det – var omstridt, og størstedelen af de medlemsstater, som tog stilling til spørgsmålet, hældede mod et benægtende svar [57], ii) at nogle af de interessenter, som blev hørt (herunder de nationale konkurrencemyndigheder), endog stillede spørgsmålstegn ved, om en bestemmelse som EF-fusionsforordningens artikel 22 overhovedet skulle bibeholdes, eftersom det ville give anledning til problemer med forudsigelighed, til retsusikkerhed og uforholdsmæssigt langvarige procedurer, hvis det blev muligt for »en medlemsstat uden kompetence [at] henvise eller slutte sig til en henvisning efter artikel 22«, og iii) at den oprindelige grund til, at artikel 22 blev indført, ganske vist var mere eller mindre forældet, men at bestemmelsen stadig tjente et formål i tilfælde, »hvor en medlemsstat efter en vurderingsperiode finder, at Kommissionen vil være *bedre i stand til at vurdere* transaktionen« [58].

96. Jeg konkluderer således, at de dokumenter, hvortil der henvises i den appellerede doms præmis 96-117, ikke alene ikke underbygger den konklusion, som Retten drog heraf, men at de, læst i deres helhed, reelt modsiger denne konklusion.

iv) Grænserne for Rettens historiske vurdering (IV)

97. For det fjerde bliver den fejl, som Retten begik, da den fandt, at den historiske fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22 understøttede et bredt anvendelsesområde for denne artikel, endnu tydeligere ved en undersøgelse af andre relevante dokumenter – navnlig visse forarbejder, herunder forarbejder forfattet af Rådet.

98. Det fremgår klart af forarbejderne, at nogle af de mest omdiskuterede emner under de drøftelser og forhandlinger, der førte til Rådets vedtagelse af EF-fusionsforordningen i 1989, vedrørte definitionen af forordningens materielle anvendelsesområde og dens sammenhæng med andre (EF- og nationale) regler, der ligeledes kunne finde anvendelse på de transaktioner, som blev anmeldt efter denne forordning. Der opstod navnlig to spørgsmål: Skulle anvendelsen af EF-fusionsforordningen være eksklusiv, eller kunne medlemsstaterne også sideløbende efterprøve anmeldte fusioner? Ville anvendelsen af EF-fusionsforordningen på forhånd udelukke anvendelsen af daværende artikel 85 og 86 i EØF-traktaten på den samme transaktion [59]?

[57] – Jf. punkt 138 i arbejdsdokumentet fra 2009: »[H]vad angår spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat skal kunne foretage eller slutte sig til en henvisning *uden at have kompetence i sagen*, mente fem, at dette bør tillades, mens ni mente, at det ikke skulle være tilladt. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat bør kunne henvise en sag, når dens kompetence ikke er udløst, men hvor parternes aktivitet har en virkning i den pågældende medlemsstat« (min fremhævelse).

[58] – Jf. punkt 133, 140-142 og 144 i arbejdsdokumentet fra 2009 (min fremhævelse). Jf. ligeledes punkt 86 i 2001-grønbogen.

[59] – Jf. navnlig Rådets rapporter af henholdsvis 7.11.1988 (9114/88), 10.11.1988 (9265/88) og 8.12.1988 (10054/88).

99. I denne henseende blev der til sidst opnået enighed i Rådet om, at Kommissionens kompetence efter EF-fusionsforordningen skulle være enekompetence, hvorimod fusioner, der ikke nåede op over EF-fusionsforordningens tærskler, alene skulle efterprøves af de nationale myndigheder [60]. Desuden var det ganske vist ikke muligt at udelukke anvendelsen af EØF-traktatens artikel 85 og 86 (primær ret) på de transaktioner, der var omfattet af forordningen, men det var derimod muligt at begrænse anvendelsen af den lovgivning, der gennemfører disse bestemmelser, på dem [61]. Dette førte til, at der blev tilføjet to stykker til artikel 22 i Kommissionens forslag [62].

100. Denne enighed i Rådet rejste problemet med de adskillige medlemsstater, som på daværende tidspunkt ikke havde en national fusionskontrolordning (herunder Belgien, Italien, Luxembourg og Nederlandene): Hvem skulle efterprøve de fusioner, der ikke nåede op over EF-fusionsforordningens tærskler, men som havde en indvirkning på deres nationale marked? Derfor blev den »nederlandske klausul« indført, som gav Kommissionen mulighed for undtagelsesvis at »træde i de nationale myndigheders sted« og handle på deres vegne, når der ikke fandtes nogen lovgivning om efterprøvelse af fusioner, eller når disse myndigheder på grund af deres forholdsvis manglende erfaring eller begrænsede ressourcer anså Kommissionen for at være »bedre egnet« som myndighed til at efterprøve en fusion, der var anmeldt til dem.

101. Både Rådet og Kommissionen fandt således, at det »med rimelighed kunne antages«, at fusioner, der lå under EF-fusionsforordningens tærskler, generelt ikke havde en tilstrækkelig indvirkning på samhandelen til at begrunde en efterprøvelse på EU-plan [63]. Rådet og Kommissionen var klar over, at EF-fusionsforordningens tærskler kunne baseres på en række forskellige værdier, og at disse værdier kunne fastsættes til forskellige beløb (alle beløb ville nødvendigvis være en erstatningsværdi) [64]. Det stod derfor helt klart for alle de parter, der deltog i lovgivningsprocessen, herunder den daværende konkurrencekommissær [65], at visse fusioner, der kunne påvirke fællesmarkedet, uanset arten og størrelsen af de valgte tærskler, under alle omstændigheder ikke ville være omfattet af Kommissionens forudgående kontrol efter EF-fusionsforordningen [66]. Dette blev imidlertid anset for uundgåeligt af flere årsager, bl.a. for at holde Kommissionens arbejdsbyrde på et rimelige niveau [67] af hensyn til fusionsparternes

[60] – Udkast til protokol for det 1339. møde i Rådet den 18.7.1989 (8016/89 PV/CONS 47), s. 2.

[61] – Først og fremmest EØF-Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [EØF]-traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

[62] – Kommissionen, ændret forslag til Rådets forordning (EØF) om kontrol med virksomhedssammenslutninger (KOM(88) 97 endelig udg.) (EFT 1988, C 130, s. 4). Forslagets artikel 22 med overskriften »Udelukkende anvendelse af denne forordning« havde følgende ordlyd: »Forordning nr. 17, (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 anvendes ikke på sammenslutninger efter nærværende forordning.«

[63] – Jf. Rådet, Formandskabets note til Rådet, 7.4.1989 (5857/89 (RC 9)), Bilag, s. 4; Rapporter af 12.4.1989 (6267/89, RC 12); Udkast til protokol for det 1339. møde i Rådet den 18.7.1989 (8016/89 PV/ CONS 47), s. 13; Rapporter af 9.11.1989 (9672/89 (RC 41)), s. 3. Jf. desuden skrivelse fra Sir Leon Brittan til Rådet (SG (89) D/5429), 24.4.1989, s. 2.

[64] – Jf. Beretning fra Kommissionen til Rådet om anvendelsen af fusionsforordningen, 28.7.1993 (KOM(93) 385 endelig udg., s. 14) (herefter »1993-beretningen«); Kommissionen, Notat fra G. Drauz til Den Juridiske Tjeneste (COMP/HT.60), Rådets arbejdsgruppe, 6.6.2003 (11430), punkt 4.

[65] – Jf. Sir Leon Brittan, *Competition and Merger Control in the Single European Market*, Grotius, 1991, s. 33 og 49. Tilsvarende C. Jones, »Procedures and Enforcement under EEC Merger Regulation«, i B. Hawk (red.), 1990 *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1990, s. 476.

[66] – Jf. Kommissionen, 1993-beretningen, s. 7. Jf. desuden Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om revisionen af fusionsforordningen, KOM(96) 313 endelig udg., s. 5. Jf. desuden N. Levy, A. Rimsa og B. Buzatu, »The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance«, i I. Kokkoris og N. Levy, *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«.

[67] – Jf. Rådet, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 8.3.1989 (5770/89 RC 8) s. 4. Jf. desuden skrivelse fra Sir Leon Brittan til Rådet, 30.3.1989 (SG (89) D/4008), s. 2.

retssikkerhed[68] og for at indføre en afbalanceret og klar kompetencefordeling mellem Kommissionen og de nationale myndigheder[69]. Under alle omstændigheder var det klart, at daværende artikel 85 og 86 i EØF-traktaten tillod efterfølgende kontrol for alle fusioner, der ikke nåede op over tærsklerne[70].

102. Der er faktisk ikke et eneste dokument i de meget omfattende forarbejder til den oprindelige affattelse af EF-fusionsforordningen, som parterne har fremlagt, der tyder på, at henvisningsmekanismen i EF-fusionsforordningens artikel 22, stk. 3-5, har det af Retten nævnte »korrigerende« formål. For at bekræfte dette blev Kommissionen i retsmødet spurgt, om den kunne henvise til et sådant dokument, hvilket den ikke var i stand til. Dette er efter min opfattelse ikke overraskende, eftersom mange af de drøftelser, der fandt sted i Rådet vedrørende denne bestemmelses præcise ordlyd – som er afspejlet i forarbejderne – ville blive uforståelige, hvis fusioner, der ikke når op på de nationale tærskler, stadig ville kunne efterprøves ved brug af henvisningsmekanismen.

103. Det samme gælder tilsvarende hvad angår ændringerne af EF-fusionsforordningen i 1997. Som anført i punkt 82 ovenfor er det korrekt, at det var EU-lovgivers hensigt at udvide anvendelsesområdet for henvisningsmekanismen i EF-fusionsforordningens artikel 22. Der er imidlertid intet i forarbejderne i forbindelse med revisionen af forordningen, der tyder på, at formålet med ændringerne var at udfylde en lakune, således som Retten antydede. Derimod modsiger selve formålet om at styrke ordningen med kun én kontrolinstans ved at undgå anmeldelser til flere nationale myndigheder den af Retten anlagte fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22.

104. Jeg finder det paradoksalt i sig selv, at Retten henviser til et dokument, der forklarer, at formålet med ændringen af EF-fusionsforordningens artikel 22 i 1997 var at undgå anmeldelser til *flere* nationale myndigheder, for at underbygge en fortolkning af denne bestemmelse, der – som jeg vil redegøre for senere[71] – de facto vil tilskynde virksomheder, som i henhold til EU's og de nationale fusionskontrollovgivninger slet ikke har pligt til at foretage nogen anmeldelser, til alligevel at foretage anmeldelser (potentielt op til 30[72]) blot af forsigtighedshensyn.

105. Desuden underbygger de historiske dokumenter vedrørende vedtagelsen af EU-fusionsforordningen i 2004 ikke Rettens konklusioner hvad angår EU-lovgivers hensigt om at anvende henvisningsmekanismen i artikel 22 til at afhjælpe de angivelige mangler, der skyldes de rigide tærskler fastsat i denne forordnings artikel 1[73]. Tanken bag ændringerne af bestemmelserne i EU-fusionsforordningens artikel 22 forfulgte det formål at styrke henvisningsmekanismens funktion som ordning med kun én kontrolinstans, således at der ikke er behov for, at fusionsparterne foretager anmeldelse til flere nationale myndigheder. Dette fremgår ganske tydeligt af selve ændringernes ordlyd[74].

[68] – Jf. Rådet, Rapport til De Faste Repræsentanters Komité, 9.12.1988 (10189/89 RC 36), s. 8, og udtalelse fra Den Juridiske Tjeneste, 11.7.1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 10. Jf. desuden Kommissionen, 1993-beretningen, s. 14.

[69] – Jf. Sir Leon Brittan, fodnote 65, nævnt ovenfor, s. 39, 48 og 53.

[70] – Jf. Rådet, udtalelse fra Den Juridiske Tjeneste, 11.7.1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 4.

[71] – Jf. nedenfor, dette forslag til afgørelses punkt 201 og 208.

[72] – Dette antal omfatter alle EU's medlemsstater (med undtagelse af Luxembourg) og de EØS-/EFTA-lande (Island og Norge), der på nuværende tidspunkt har en national fusionskontrolordning.

[73] – Vedtagelsen af EU-fusionsforordningen havde derimod til formål at styrke EF-fusionsforordningens fordele. Jf. Kommissionen, Note from G. Drauz to the Legal Service (COMP/HT.60), Rådets arbejdsgruppe, 6.6.2003 (11430), s. 7, og Kommissionens forslag fra 2003, s. 10.

[74] – Jf. ovenfor, fodnote 5 og 6.

106. Endelig kan der også hentes nyttige oplysninger i visse dokumenter, som Kommissionen har udarbejdet efter vedtagelsen af EU-fusionsforordningen. Som nævnt ovenfor kan deres fortolkningsværdi kun være relativ. For så vidt som Retten selv *alene* lagde dokumenter, som er udarbejdet af Kommissionen efter vedtagelsen af EU-fusionsforordningen, til grund, giver disse yderligere dokumenter imidlertid et mere fuldstændigt billede, idet de giver et interessant indblik i Kommissionens historiske fortolkning af fusionsforordningens artikel 22.

107. Navnlig omtales henvisninger i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22 i »Kommissionens meddelelse om henvisning af fusioner« fra 2005 [75], der blev offentliggjort i kølvandet på vedtagelsen af EU-fusionsforordningen, konsekvent som henvisninger »efter anmeldelsen« [76]. Det er vanskeligt at forene anvendelsen af dette udtryk med Kommissionens gentagne udsagn om, at den *altid* har fortolket denne bestemmelse således, at den giver medlemsstaterne mulighed for at henvise sager, som ikke når over de tærskelværdier, der er fastsat i national ret. Hvis man skulle følge Kommissionens argumenter, ville det også være besynderligt, at det samme dokument, når det opregner de »typer sager, der normalt vil egne sig bedst til at blive henvist til Kommissionen efter artikel 22«, ikke henviser til fusioner, der rejser alvorlige konkurrenceproblemer, men som ikke fanges af nogen fusionskontrolordning inden for Den Europæiske Union [77]. Denne situation burde formodentlig have stået øverst på listen.

108. Ligeledes foreslog Kommissionen i sin hvidbog fra 2014 med titlen »En mere effektiv fusionskontrol i EU« bl.a. at »effektivisere henvisningssystemet ved at [...] ændre artikel 22 for at bringe den i større overensstemmelse med »one stop shop-princippet««[78]. Det er interessant, at det i de foreslåede ændringer af EU-fusionsforordningens artikel 22 udtrykkeligt var anført, at alene medlemsstater, der er »kompetente til at behandle en transaktion efter deres nationale lovgivning«, kunne anmode om en henvisning til Kommissionen eller modsætte sig henvisningen [79]. Der er god grund til at tvivle på, at Kommissionen med disse forslag ønskede at begrænse anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, da dette både ville være i strid med det overordnede mål om at effektivisere fusionskontrolordningen og de mere specifikke mål om at forbedre henvisningsmekanismerne »både før og efter anmeldelse« [80]. Jeg vil her indskyde, at Kommissionen også i dette dokument igen henviste til mekanismen i EU-fusionsforordningens artikel 22 som en henvisning »efter anmeldelsen« [81].

109. Endelig forekommer Kommissionens »Evaluation Roadmap concerning the procedural and jurisdictional aspects of EU merger control« fra 2016 også at være interessant. I dette dokument undersøger Kommissionen muligheden for at supplere de eksisterende omsætningsbaserede tærskler med andre alternative kriterier og behovet for at strømline henvisningsordningen. Efter min opfattelse kan der næppe være to emner, der er tættere relateret til det i den foreliggende sag omtvistede spørgsmål. Det er således overordentlig bemærkelsesværdigt, at det angiveligt brede anvendelsesområde for EU-fusionsforordningens artikel 22 slet ikke er nævnt i et dokument som dette. I øvrigt omtaler dokumentet ligeledes henvisningsordningen som en ordning for »korrekt fordeling af sager« og medlemsstaternes henvisning til Kommissionen som en mekanisme for henvisninger »efter anmeldelsen« [82].

75 – EUT 2005, C 56, s. 2.

76 – Jf. navnlig meddelelsens punkt 33, 45, 47 og 50.

77 – Jf. meddelelsens punkt 45.

78 – Punkt 2 og 79 i 2014-hvidbogen.

79 – Punkt 69 og 70 i 2014-hvidbogen.

80 – Punkt 61 i 2014-hvidbogen.

81 – Punkt 21, 63 og 69 i 2014-hvidbogen.

82 – Foreligger på Kommissionens websted. Jf. navnlig afsnit A.1, B.2 og B.3.

110. Min foreløbige konklusion er, at en historisk fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, utvetydigt støtter den konklusion, at Retten begik en retlig fejl med hensyn til betydningen og rækkevidden af den omhandlede henvisningsmekanisme.

3) En kontekstuel fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit

111. Jeg vil nu gå videre til den appellerede doms præmis 118-139, hvori Retten foretog en kontekstuel fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. I denne forbindelse undersøgte Retten *tolv* kontekstuelle elementer, som indgår i *fem* bestemmelser (eller grupper af bestemmelser) i EU-fusionsforordningen. Efter at have undersøgt disse elementer konkluderede Retten, at »det [fulgte] af den kontekstuelle fortolkning, at en anmodning om henvisning i medfør af [EU-fusionsforordningens] artikel 22 [...] kan fremsættes uafhængigt af rækkevidden af den nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner« [83].

112. Jeg er ikke enig i denne konklusion, hvilket der er fire forskellige grunde til: i) EU-fusionsforordningens øvrige bestemmelser ud over artikel 22 bekræfter ikke den af Retten bekræftede fortolkning, ii) de øvrige stykker og afsnit i artikel 22 bekræfter heller ikke denne fortolkning, iii) Retten nedtonede fejlagtigt betydningen af visse kontekstuelle elementer, som – selv om de på ingen måde er afgørende – synes at have en vis vægt, når der tages behørigt hensyn til dem, og iv) Retten forbigik desuden visse andre kontekstuelle elementer, som synes at modsige dens egne konklusioner.

i) Grænserne for Rettens kontekstuelle vurdering (I)

113. Retten indledte sin kontekstuelle vurdering med at undersøge, om ordlyden af andre bestemmelser i EU-fusionsforordningen end artikel 22 kunne belyse betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. I dette øjemed undersøgte den først fire bestemmelser (eller grupper af bestemmelser) i forordningen.

114. I første række fastslog Retten, at de retsgrundlag, som EU-lovgiver havde valgt (de nuværende artikel 103 TEUF og 352 TEUF [84]) med henblik på vedtagelsen af først EF-fusionsforordningen og senere EU-fusionsforordningen, ikke indeholdt nogen indikation med hensyn til den korrekte betydning af og det korrekte anvendelsesområde for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Den forkastede således Illuminas argument om, at retsgrundlagene støttede den af virksomheden foreslåede fortolkning af denne bestemmelse [85].

115. Denne konstatering er efter min opfattelse korrekt. Det fremgår både af præamblen til EF-fusionsforordningen og til EU-fusionsforordningen [86] og af forarbejderne [87], at det var EU-lovgivers opfattelse, at den nuværende artikel 103 TEUF – som tillader vedtagelsen af lovgivning »om anvendelsen af principperne i artikel 101 og 102 [TEUF]« – i sig selv var utilstrækkelig til at indføre en ordning med fusionskontrol, der havde til formål at forhindre selve skabelsen af dominerende stillinger (i modsætning til *misbrug* af en dominerende stilling, som er forbudt i

[83] – Den appellerede doms præmis 139.

[84] – Tidligere artikel 87 og 235 i EØF-traktaten.

[85] – Den appellerede doms præmis 119 og 120.

[86] – Jf. syvende betragtning til EF-fusionsforordningen og syvende betragtning til EU-fusionsforordningen.

[87] – Jf. bl.a. Rådet, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 29.5.1989 (7752/89 RC 20) s. 5; Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 22.6.1989 (7827/89 RC 22), s. 1, bilag II, s. 3, og udtalelse fra Den Juridiske Tjeneste, 11.7.1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), s. 4.

henhold til artikel 102 TEUF), men også fusioner på markedet for landbrugsprodukter, som i henhold til den nuværende artikel 38, stk. 3, TEUF og bilag I til EUF-traktaten [88] kunne være underlagt en særlig retlig ordning, der omfattede undtagelser fra den fulde anvendelse af EU's konkurrenceregler. EU-lovgiver fandt det derfor nødvendigt også at støtte forordningen på den nuværende artikel 352 TEUF [89].

116. Spørgsmålet om, hvorvidt retsgrundlaget for EU-fusionsforordningen kunne være relevant for det foreliggende spørgsmål, blev også drøftet indgående i retsmødet. Kommissionen gjorde på sin side gældende, at lovgivers valg indirekte ville bekræfte dens holdning, eftersom artikel 352 i TEUF er en bestemmelse, der kan skabe en ny kompetence for medlemsstaterne til at anmode Kommissionen om at efterprøve en given fusion, selv om der ikke er beføjelse hertil i medfør af national lovgivning. Uanset om artikel 352 TEUF kan læses på denne måde, har jeg imidlertid ikke fundet noget, der tyder på, at lovgiver har gjort sig sådanne overvejelser, i noget historisk dokument. Som nævnt fremgår det helt tydeligt af såvel præamblen som forarbejderne, at lovgivers valg af retsgrundlag ikke var påvirket af anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22 [90].

117. I anden række henviste Retten til EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 1 og 2, som fastsætter tærsklerne for, hvornår en fusion anses for at have »fællesskabsdimension« (og dermed bliver omfattet af den obligatoriske anmeldelsesordning), og gør det klart, at disse tærskler er »[med forbehold af] artikel 4, stk. 5, og artikel 22«. Retten udledte af EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 1 og 2, at »anvendelsesområdet for [EU-fusionsforordningen], og dermed for Kommissionens behandlingskompetence med hensyn til fusioner, principalt afhænger af, at de omsætningstærskler, der definerer EU-dimensionen, overstiges, og, subsidiært, af de henvisningsmekanismer, der er fastsat i denne forordnings artikel 4, stk. 5, og artikel 22, som supplerer de nævnte tærskler ved at tillade, at Kommissionen behandler *visse* fusioner, der ikke har EU-dimension« [91].

118. Igen er Rettens konstatering i denne henseende fuldstændig korrekt, og ingen af parterne har bestridt, at EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, giver Kommissionen mulighed for at efterprøve *visse* fusioner, der ikke når op over tærsklerne i EU-fusionsforordningens artikel 1. Rettens konklusion kaster imidlertid ikke lys over det egentlige omtvistede spørgsmål, nemlig, *hvilke* fusioner under EU-fusionsforordningens tærskler der kan efterprøves af Kommissionen i medfør af denne forordnings artikel 22.

119. I tredje række tog Retten hensyn til ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 4, stk. 5. Denne bestemmelse indeholder en anden henvisningsmekanisme, der gør det muligt for parterne i en fusion, der ikke har fællesskabsdimension, og som kan efterprøves i henhold til den nationale konkurrencelovgivning i mindst tre medlemsstater, at anmode om, at denne fusion efterprøves af Kommissionen. Som Retten bemærkede, er disse to bestemmelser meget forskellige med hensyn til betingelserne for deres anvendelse og deres formål. Retten afviste således at fortolke EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, i lyset af dens artikel 4, stk. 5 [92].

[88] – Daværende artikel 38 i og bilag II til EØF-traktaten.

[89] – Artikel 352, stk. 1, TEUF giver nærmere bestemt Rådet mulighed for at vedtage passende bestemmelser, såfremt en handling fra Unionens side forekommer påkrævet inden for rammerne af de politikker, der er fastlagt i traktaterne, for at nå et af målene heri, og disse ikke indeholder fornøden hjemmel hertil.

[90] – Jf. desuden om dette emne A. Dashwood, Community Report, XIVth FIDE Congress, Madrid, 2010.

[91] – Den appellerede doms præmis 121-124. Min fremhævelse.

[92] – Den appellerede doms præmis 125 og 126.

120. Af de grunde, som jeg har redegjort for ovenfor i punkt 63, er denne tilgang efter min opfattelse berettiget. Jeg anser ganske enkelt ikke ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 4, stk. 5, for at have afgørende betydning for fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit.

121. I fjerde række fastslog Retten, at EU-fusionsforordningens artikel 22 »ikke [kan] fortolkes i lyset af de henvisningsmekanismer, der er fastsat i nævnte forordnings artikel 4, stk. 4, og artikel 9«[93]. Forskellene i disse bestemmelsers ordlyd viste Retten, at disse mekanismer ikke »svarer til« hinanden, og at der følgelig ikke kan udledes noget hvad angår betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit[94].

122. Igen er Rettens konklusion korrekt: Appellanternes argumenter i den henseende var ikke overbevisende. Samtidig kan det være hensigtsmæssigt at tilføje, at disse bestemmelser heller ikke underbygger Kommissionens argumenter; de oplyser således intet om det spørgsmål, der er omtvistet i den foreliggende sag.

ii) Grænserne for Rettens kontekstuelle vurdering (II)

123. Endelig undersøgte Retten i den appellerede doms præmis 130-138 betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, i lyset af denne bestemmelses øvrige stykker og afsnit. I dette øjemed undersøgte Retten *otte* elementer i EU-fusionsforordningens artikel 22.

124. For det første betyder – i modsætning til, hvad Retten fastslog[95] – ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit, hvorefter anmodningen om henvisning skal fremsættes »senest 15 arbejdsdage efter den dato, hvor fusionen blev *anmeldt*, eller, hvis den ikke er anmeldelsespligtig, efter den dato, hvor den pågældende medlemsstat på anden vis blev *gjort bekendt med* den«[96], ikke, at første afsnit i denne bestemmelse »[regulerede] situationer, hvor fusioner ikke er anmeldt, men den pågældende medlemsstat blot er blevet gjort bekendt med dem, *enten fordi de ikke henhører under anvendelsesområdet for nævnte ordning*, eller fordi en sådan ordning ikke findes«[97].

125. Retten så bort fra den indlysende omstændighed, at udtrykket »gjort bekendt med« var nødvendigt for, at bestemmelsen kunne opfylde sin grundlæggende funktion som »nederlandsk klausul«, dvs. for at give medlemsstater uden en national fusionskontrolordning mulighed for at anmode Kommissionen om at efterprøve fusioner, der kan være problematiske på nationalt plan.

126. Desuden så Retten bort fra de ændringer, der i tidens løb er blevet foretaget i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit. I den oprindelige EF-fusionsforordning hed det blot i denne bestemmelse, at en anmodning skulle fremsættes »inden en måned fra den dato, hvor fusionen er *anmeldt* [(o.a.: på engelsk: *made known to*)] medlemsstaten *eller gennemført*«. I forbindelse med ændringen af EF-fusionsforordningen i 1997 fik denne bestemmelse følgende

[93] – EU-fusionsforordningens artikel 4, stk. 4, giver fusionsparterne mulighed for at anmode Kommissionen om at henvise en fusion, der har fællesskabsdimension, til hel eller delvis behandling af myndighederne i en medlemsstat, når fusionen »vil kunne påvirke konkurrencen på et marked betydeligt i en medlemsstat, der i enhver henseende fremstår som et særskilt marked«. Hvad angår EU-fusionsforordningens artikel 9 giver den Kommissionen mulighed for under visse omstændigheder at henvise en fusion, der er anmeldt til denne, til de kompetente myndigheder i de berørte medlemsstater.

[94] – Den appellerede doms præmis 127-129.

[95] – Den appellerede doms præmis 130.

[96] – Min fremhævelse.

[97] – Den appellerede doms præmis 130. Min fremhævelse.

ordlyd: »Anmodningen skal fremsættes senest en måned efter den dato, hvor *den eller de medlemsstater, der fremsatte* anmodningen, blev *underrettet* om fusionen, eller hvor den blev gennemført.« Endelig var det først med vedtagelsen af EU-fusionsforordningen, at denne bestemmelse blev ændret, således at den også omfattede en henvisning til, at fusionen blev »*anmeldt*« [(o.a.: på engelsk: *notified*)] [98].

127. Hvad fortæller disse ændringer os? Efter min opfattelse bekræfter de tydeligt det, der fremgik af analysen af forarbejderne: i) Den oprindelige EF-fusionsforordnings artikel 22 blev udarbejdet for at regulere henvisninger fra medlemsstater uden en fusionskontrolordning (derfor nævnes anmeldelser ikke), ii) EF-fusionsforordningens artikel 22 blev ændret i 1997 for at muliggøre henvisninger foretaget af flere medlemsstater med henblik på at undgå anmeldelser til flere nationale myndigheder, når Kommissionen blev anset for at være den bedst egnede myndighed (derfor indførelsen af henvisningen til fælles anmodninger), og iii) EU-fusionsforordningens artikel 22 konsoliderede de gældende bestemmelser i artikel 22 og styrkede denne bestemmelses funktion som ordning med kun én kontrolinstans (derfor indførelsen af henvisningen til anmeldelser) [99]. Rettens konklusion på grundlag af ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit, er følgelig, efter min opfattelse, ukorrekt.

128. For det andet fastslog Retten, at appellanterne ikke kunne udlede et argument af ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, første afsnit, som kræver, at Kommissionen underretter »medlemsstaternes kompetente myndigheder« om en anmodning om henvisning. Denne henvisning er generisk og indebærer ikke, at der er foretaget en anmeldelse på nationalt plan, eller at dette overhovedet er muligt [100].

129. Jeg er delvis enig med Retten. Isoleret set synes dette element ikke at være afgørende for fastlæggelsen af betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Som jeg vil redegøre for i dette forslag til afgørelses punkt 152-162, er den omhandlede bestemmelse imidlertid ikke helt uden betydning, når den undersøges i sammenhæng med andre relevante bestemmelser.

130. For det tredje fastslog Retten, at EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, andet afsnit – der fastsætter, at »*[e]nhver anden* medlemsstat har ret til at slutte sig til den oprindelige [henvisnings]anmodning« – var »i overensstemmelse med [EU-fusionsforordningens] artikel 22, stk. 1, og bekræfter, at enhver medlemsstat kan fremsætte en anmodning om henvisning eller om tilslutning i medfør af denne artikel, uafhængigt af rækkevidden af dens nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner« [101].

131. Dette er ganske vist et element, der – som Retten anførte – synes at understøtte Kommissionens synspunkt. Af de følgende fire grunde er den overbevisende værdi af et element som dette imidlertid temmelig begrænset:

– Indledningsvis svarer ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, andet afsnit – som Retten selv bemærkede – til ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Henset til den tætte og uløselige forbindelse, der er mellem de to bestemmelser (om hvem der

[98] – Min fremhævelse i de pågældende bestemmelser.

[99] – Jf. ovenfor, dette forslag til afgørelses punkt 100, 103 og 105. jf. desuden, hvad mere specifikt angår EU-fusionsforordningen, 12. betragtning til denne. Denne udvikling, som også skyldes den gradvist mindre mulighed for at anvende henvisningsmekanismen, er også blevet fremhævet i retslitteraturen: Jf. f.eks. A. Albors-Llorens, D.G. Goyder og J. Goyder, *Goyder's EC Competition Law*, 5. udgave, Oxford University Press, 2009, s. 431, og W. Frenz, *Handbook of EU Competition Law*, Springer, 2016, s. 1308.

[100] – Den appellerede doms præmis 131. Min fremhævelse.

[101] – Den appellerede doms præmis 132. Min fremhævelse.

kan henholdsvis fremsætte en anmodning og fremsætte en fælles anmodning), er dette helt logisk. Det er derfor ikke overraskende, at de to bestemmelser indeholder udtryk, der er lige generelt affattede. For så vidt som den førstnævnte bestemmelse angiveligt er uklar, kan den tilsvarende formulering i den sidstnævnte imidlertid næppe betragtes som en pålidelig vejledning om betydningen af den førstnævnte.

– Der er endnu en grund til, at ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, andet afsnit, er uklar. Det fremgår således af 15. betragtning til EUMR, der vedrører EU-fusionsforordningens artikel 22, at »[a]ndre medlemsstater, *som ligeledes har kompetence* til at efterprøve fusionen, bør kunne slutte sig til [henvisnings]anmodningen« [102]. Som minimum rejser denne betragtning en vis tvivl om Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, andet afsnit, idet den antyder den omstændighed, at den medlemsstat, der foretager henvisningen, skal have kompetence.

– Desuden ville det, selv hvis man tilsluttede sig Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, andet afsnit, ikke medføre nogen uoverensstemmelse med den fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som appellanterne har forslået. Kommissionen får en potentiel kompetence til at efterprøve en fusion, der ikke når op over tærsklerne i EU-fusionsforordningens artikel 1, når en henvisningsanmodning indgives af en medlemsstat, der har kompetence i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22. Når en eller flere medlemsstater tilslutter sig en (gyldigt fremsat) anmodning om henvisning fra en anden medlemsstat, er fusionen således allerede omfattet af anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningen. Det er derfor hverken problematisk eller unormalt, at enhver medlemsstat kan tilslutte sig en sådan anmodning.

– Endelig har den omstændighed, at en eller flere medlemsstater (fra begyndelsen eller én efter én) tilslutter sig en anmodning om henvisning, som (gyldigt) er fremsat eller fremsættes af en anden medlemsstat, ingen negative konsekvenser for de berørte virksomheder med hensyn til retssikkerhed og forudsigelighed i procedurerne [103]. Dette står i stærk kontrast til de konsekvenser, som i denne henseende ville følge af den fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som Kommissionen har foreslået [104].

132. For det fjerde fastslog Retten, at den omstændighed, at det følger af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit, at »[a]lle nationale tidsfrister vedrørende fusionen suspenderes«, ikke understøttede appellanternes fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, første afsnit [105].

133. Også hvad dette angår er jeg enig i Rettens umiddelbare konklusion, hvorefter EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit, isoleret set ikke kaster noget lys over anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit [106].

[102] – Min fremhævelse. Jeg vil vende tilbage til dette spørgsmål nedenfor i dette forslag til afgørelses punkt 155 og 156.

[103] – Proceduren er således blevet gyldigt indledt, og en fælles henvisningsanmodning fra flere medlemsstater gør snarere ordningen mere konsistent: Hvis anmodningen imødekommes, »ophører [alle de berørte medlemsstater] med at anvende deres nationale konkurrencelovgivning på [den pågældende fusion]« (EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 3), herunder deres bestemmelser om konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af en dominerende stilling i forhold til den pågældende fusion. Jf. hvad angår det sidstnævnte den appellerede doms præmis 134.

[104] – Jf. en nærmere redegørelse nedenfor i dette forslag til afgørelses punkt 206-214.

[105] – Den appellerede doms præmis 133.

[106] – Jf. dog nedenfor, dette forslag til afgørelses punkt 152-162.

134. For det femte undersøgte Retten ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 3, tredje afsnit, hvorefter »[d]en eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen, ophører med at anvende deres nationale konkurrencelovgivning på fusionen«. I denne forbindelse fastslog Retten, at en sådan bestemmelse ikke underbyggede appellanternes argumenter, idet den pågældende nationale lovgivning også henviser til de nationale bestemmelser om konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af en dominerende stilling [107].

135. Hvad dette angår er jeg helt enig i Rettens vurdering. EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit, understøtter ikke den fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som appellanterne har foreslået (og derfor heller ikke den af Kommissionen foreslåede fortolkning).

136. For det sjette undersøgte Retten EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 4, første afsnit, hvorefter EU-fusionsforordningens artikel 2, artikel 4, stk. 2 og 3, og artikel 5, 6 og 8-21 finder anvendelse, når Kommissionen accepterer at behandle en fusion, der er henvist, og EU-fusionsforordningens artikel 7 finder anvendelse, »i det omfang, hvor fusionen ikke er gennemført på den dato, hvor Kommissionen meddeler de deltagende virksomheder, at der er fremsat sådan anmodning«. Af denne bestemmelses ordlyd udleder Kommissionen, at udsættelsespligten i EU-fusionsforordningens artikel 7 finder anvendelse i »såvel de situationer, hvor den fusion, der er genstand for anmodningen om henvisning, [...] ikke henhører under anvendelsesområdet for nogen national lovgivning, som de situationer, hvor en sådan lovgivning finder anvendelse, men ikke foreskriver udsættelse af fusionen« [108].

137. Rettens konklusion giver anledning til forundring. Bogstaveligt set er den korrekt [109]. Den er imidlertid også uden relevans for det omtvistede spørgsmål i den foreliggende sag. Jeg forstår derfor Rettens konklusion således, at udsættelsespligten i EU-fusionsforordningens artikel 7 også finder anvendelse på fusioner, der ikke er omfattet af den nationale fusionskontrolordning i den *medlemsstat, der fremsætter anmodningen*.

138. Der synes imidlertid at være et hul i Rettens ræsonnement: Det er således ikke umiddelbart indlysende, hvorledes dette kan sluttes af ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 4, første afsnit. Under alle omstændigheder mener jeg, at slutningen er ukorrekt.

139. EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 4, første afsnit indebærer, at udsættelsespligten gælder for alle fusioner, for hvilke der er fremsat en anmodning om henvisning, for at sikre, at ordningen med efterprøvelse er effektiv, og forhindre, at der sker konkurrenceforvridninger, før det er besluttet, om Kommissionen vil efterprøve sagen.

140. Den omstændighed, at standstill-forpligtelsen kun finder anvendelse i det omfang, hvor »fusionen ikke er gennemført på den dato, hvor Kommissionen meddeler de deltagende virksomheder, at der er fremsat sådan anmodning«, er det uundgåelige resultat af, at en fusion, for hvilken der er fremsat en anmodning om henvisning, muligvis er blevet (lovligt) gennemført, inden anmodningen blev fremsat. Der er forskellige grunde til, at dette er muligt. Navnlig kan en

[107] – Den appellerede doms præmis 134.

[108] – Den appellerede doms præmis 135 og 136.

[109] – Det forholder sig således, at i) hvis en medlemsstat, som ikke har en national fusionskontrolordning, fremsætter en anmodning om henvisning, gælder udsættelsespligten i EU-fusionsforordningens artikel 7 for den pågældende fusion, uanset om fusionen er omfattet af en eller flere andre nationale fusionskontrolordninger, og ii) hvis en medlemsstat fremsætter en anmodning om henvisning, gælder udsættelsespligten i EU-fusionsforordningens artikel 7 for den pågældende fusion i medfør af EF-fusionsforordningen og således, uanset om denne medlemsstats lovgivning indeholder en tilsvarende forpligtelse.

anmodning om henvisning fremsættes af en medlemsstat (eller en EØS-/EFTA-stat [110]), i) som ikke har en fusionskontrolordning,, ii) som har en fusionskontrolordning, der ikke indeholder en udsættelsespligt [111], og iii) hvor en udsættelsespligt, selv om den fandtes, ikke fandt anvendelse i det konkrete tilfælde. Med hensyn til det sidstnævnte punkt skal det ganske vist nævnes, at rækkevidden af udsættelsespligterne, herunder fritagelser og eventuelle undtagelser herfra samt længden af de gældende karensperioder varierer fra medlemsstat til medlemsstat [112].

141. Rettens konklusion med hensyn til EU-fusionsforordningens artikel 7 er derfor ikke logisk. Efter min opfattelse afklarer EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 4, første afsnit, ikke, hvad der er den rette fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit.

142. For det syvende påpegede Retten, at det følger af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, at »Kommissionen kan meddele en eller flere medlemsstater, at den finder, at en fusion opfylder kriterierne i [denne artikels] stk. 1«. Eftersom der ved denne formulering kun henvises til de pågældende kriterier, som synes at være udtømmende, fastslog Retten, at denne bestemmelse ikke kræver, at fusionen er omfattet af anvendelsesområdet for den nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner [113].

143. Efter min opfattelse lægger Retten for meget i denne bestemmelse. EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, supplerer denne forordnings artikel 22, stk. 1: Den pågældende henvisningsmekanisme kan iværksættes af en eller flere medlemsstater, men også af Kommissionen – i begge tilfælde skal de to materielle betingelser i EU-fusionsforordningens artikel 22 være opfyldt, hvilket forklarer den meget ensartede ordlyd, der er anvendt i begge tilfælde. Det ville reelt have været mærkeligt, hvis EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, var mere detaljeret end EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, eller indeholdt væsentlige forskelle i forhold til denne bestemmelse. Som anført i dette forslag til afgørelses punkt 131 kan en sådan bestemmelse således næppe anvendes som en pålidelig kilde til kontekstuel fortolkning af den bestemmelse, hvis ordlyd den afspejler.

144. Selv om man måtte anse ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, for at være relevant, kan jeg desuden se mindst to andre forklaringer på en sådan formulering, og ikke alene understøtter de ikke Kommissionens holdning, men de kan endog anses for at fremme appellanternes standpunkt.

145. En af disse forklaringer fremkommer, hvis vi retter opmærksomheden mod den appellerede doms præmis 110. I denne passage bemærkede Retten, at den i en tidligere sag (»Kesko-dommen«) allerede havde fastslået, at »det ikke tilkom Kommissionen at træffe afgørelse om den nationale konkurrencemyndigheds kompetence til at fremsætte en anmodning om henvisning i henhold til [EU-fusionsforordningens artikel 22], idet det alene påhvilede den at undersøge, om denne anmodning umiddelbart hidrørte fra en medlemsstat« [114]. Denne afgørelse er korrekt, idet spørgsmålet om, hvorvidt en given fusion er anmeldelsespligtig i henhold til national

110 – Som EFTA-Tilsynsmyndigheden med rette har påpeget i sine indlæg, er EU-fusionsforordningen en retsakt, der i henhold til EØS-aftalens artikel 57 også finder anvendelse i »EØS-/EFTA-staterne« (Island, Liechtenstein og Norge). Et af disse lande, Liechtenstein, har ikke en national fusionskontrolordning.

111 – Det er som bekendt tilfældet med Det Forenede Kongerige, der stadig var en medlemsstat i Den Europæiske Union, da EF-fusionsforordningen og EU-fusionsforordningen blev vedtaget.

112 – Hvad angår et godt overblik over disse specifikke aspekter af ordningen henvises til de »Merger Notification and Procedures Templates« (skemaer til fusionsmeddelelse og -procedurer), som mange EU-medlemsstater har indsendt til Det Internationale Konkurrencenetværk (foreligger på netværkets websted).

113 – Den appellerede doms præmis 137.

114 – Dom af 15.12.1999, Kesko mod Kommissionen (T-22/97, EU:T:1999:327, præmis 84).

ret, ikke er et EU-retligt, men et nationalretligt spørgsmål. Det kan således ikke tilkomme Kommissionen at underrette en medlemsstat i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, om, at de materielle betingelser for henvisningen ikke alene er opfyldt, men at de nationale tærskler også er nået.

146. En anden forklaring bunder i, at der ikke er noget i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, der indikerer, hvilke kriterier Kommissionen bør anvende til at identificere, hvilken/hvilke »ene eller flere medlemsstater« den i medfør af denne bestemmelse først kan tage kontakt til og derefter opfordre til at fremsætte en anmodning. Er det de medlemsstater, på hvis område konkurrencen kan blive påvirket? Kan Kommissionen i bekræftende fald frit vælge kun nogle af dem (og på grundlag af hvilke kriterier?), eller er den forpligtet til at behandle dem ens? Bestemmelsens ordlyd kan ved første øjekast forekomme noget tvetydig hvad dette angår. Eller måske ikke. Det kan hævdes, at Kommissionen råder over et vidt skøn på området, bl.a. fordi den i hvert enkelt konkret tilfælde kan være nødsaget til at undersøge, hvilke medlemsstater der umiddelbart har kompetence til at henvise en fusion, og hvilke medlemsstater der ikke har det.

147. Det er derfor min opfattelse, at EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 5, heller ikke kan anvendes til at fastlægge arten af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit.

148. Endelig fastslog Retten, at de øvrige bestemmelser i EU-fusionsforordningens artikel 22 »ikke indehold[t] noget relevant element, der [kunne] bidrage til yderligere at afklare indholdet af nævnte forordnings artikel 22, stk. 1, første afsnit« [115]. Som jeg vil redegøre for i de følgende afsnit i dette forslag til afgørelse, er jeg uenig i sidstnævnte konstatering.

149. På grundlag af de forskellige kontekstuelle elementer – som beskrevet ovenfor – konkluderede Retten, at en kontekstuel fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, bekræftede, at en anmodning om henvisning i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22 kan fremsættes uafhængigt af rækkevidden af den nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner. Som jeg har redegjort for, kan der imidlertid ikke drages en sådan konklusion af Rettens kontekstuelle analyse. I denne analyse lagde Retten samlet set 12 kontekstuelle elementer til grund. Af de undersøgte elementer:

– er syv ifølge Retten selv ikke relevante for fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit; disse elementer blev således primært undersøgt med henblik på at forkaste nogle af appellanternes argumenter; Retten anførte (endsige antydede) ikke, at disse elementer kunne understøtte Kommissionens standpunkt

– henviste Retten til ét med henblik på at underbygge et punkt, som imidlertid ikke er bestridt, og som desuden ikke kan tjene som vejledning hvad angår den omtvistede fortolkning.

150. Selv om hele Rettens ræsonnement blev fulgt, hvilket ikke er tilfældet, ville dens konklusion derfor kun være baseret på *fire* kontekstuelle elementer. Tre af disse elementer er imidlertid – som anført – blevet vurderet fejlagtigt, og selv om et af dem ganske vist støtter Kommissionens standpunkt, forekommer det ikke at være særligt overbevisende.

[115] – Den appellerede doms præmis 138.

151. Desuden finder jeg den kontekstuelle analyse i den appellerede dom problematisk af to yderligere grunde: i) Retten udelukkede med urette betydningen af visse kontekstuelle elementer, som – selv om de på ingen måde er afgørende – har en vejledende værdi, når der tages behørigt hensyn hertil, og ii) Retten så bort fra andre kontekstuelle elementer, som synes at modsige dens konklusioner.

iii) Grænserne for Rettens kontekstuelle vurdering (III)

152. Indledningsvis får visse kontekstuelle elementer, som Retten udelukkede som irrelevante [116], efter min opfattelse en vis hermeneutisk værdi, når to aspekter, som den så bort fra, tages behørigt i betragtning, nemlig deres forbindelse og tidsfaktoren.

153. Tillad mig at forklare hvorfor. De pågældende elementer er bestemmelser og betragtninger i EU-fusionsforordningen, som isoleret set kan forekomme at være uden særlig betydning for fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Træder man træder imidlertid et skridt tilbage og ser på disse bestemmelser og betragtninger samlet og samtidig tager hensyn til, hvornår og hvorfor de blev indført i forordningen, kan der rent faktisk udledes visse nyttige oplysninger.

154. I første instans påberåbte appellanterne sig en række bestemmelser og betragtninger i EU-fusionsforordningen, som synes at være baseret på den forudsætning, at i) den fusion, der er genstand for en henvisning efter EU-fusionsforordningens artikel 22, enten er anmeldt eller anmeldelsespligtig på national plan [117], ii) den pågældende fusion under alle omstændigheder skal efterprøves et sted, også selv om Kommissionen beslutter ikke at gøre det [118], eller iii) de nationale myndigheder, der foretager en henvisning, skal have kompetence til at efterprøve fusionen. Det sidstnævnte punkt fortjener en kort forklaring.

155. Som nævnt ovenfor kræves det i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, første afsnit, at Kommissionen »underretter [...] medlemsstaternes *kompetente* myndigheder og de deltagende virksomheder om enhver anmodning[, som den har] modtaget«. Ligesom Retten er jeg også tilbøjelig til at fortolke udtrykket »kompetente myndigheder« således, at det henviser til de nationale myndigheder, der generelt er ansvarlige for fusioner – i modsætning til myndigheder, der har kompetence til at efterprøve den specifikke fusion i henhold til den nationale lovgivning.

156. Som anført ovenfor i præmis 131 drages denne fortolkning imidlertid i tvivl af 15. betragtning til EU-fusionsforordningen – en betragtning, der netop omhandler den pågældende henvisningsmekanisme og nærmere bestemt de betingelser, der skal være opfyldt for at anvende den i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Denne betragtning har følgende ordlyd: »En medlemsstat bør kunne henvise en fusion til Kommissionen, når fusionen ikke har fællesskabsdimension, men påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt på den pågældende medlemsstats område. Andre medlemsstater, som *ligeledes har kompetence* til at efterprøve fusionen, bør kunne slutte

[116] – Jf. ovenfor, dette forslag til afgørelses punkt 129-133.

[117] – Jf. navnlig EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit: »Alle *nationale tidsfrister vedrørende fusionen* suspenderes.« Min fremhævelse.

[118] – Jf. igen EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit: »indtil det efter proceduren i denne artikel er besluttet, *hvor* fusionen skal undersøges«. Min fremhævelse.

sig til anmodningen«[119]. Antyder denne betragtnings ordlyd ikke – således som appellanterne har hævdet – at den medlemsstat, der foretager en henvisning, skal have kompetence, efter national lovgivning, til at efterprøve den pågældende fusion?

157. Retten gik hurtigt hen over appellanternes argumenter og fastslog, at disse bestemmelser og betragtninger ikke kan fortolkes således, at de indebærer, at en given fusion, for at den kan henvises, skal være anmeldt eller være anmeldelsespligtig i den medlemsstat, der udløser mekanismen[120]. Så meget er tydeligvis korrekt. Jeg behøver næppe endnu en gang at påpege, at henvisningsmekanismen i EU-fusionsforordningens artikel 22 kan anvendes af – og rent faktisk primært blev udarbejdet til – medlemsstater, som ikke har en national fusionskontrolordning.

158. Det er dog lidt for enkelt at afslutte den retlige analyse dér, således som Retten gjorde. Jeg finder det ligeledes overraskende, at Kommissionen heller ikke beskæftigede sig yderligere med disse bestemmelsers ordlyd i sit indlæg, henset til den meget store betydning, som den tillægger ordlydsfortolkning i den foreliggende sag.

159. Man er i denne sammenhæng nødt til at spørge, om der ikke er en vis inkonsekvens i de argumenter, som Kommissionen har fremført, samt i begrundelsen for den appellerede dom. De lægger begge i vidt omfang den (angiveligt klare) ordlyd af visse bestemmelser til grund, hvorefter de forkaster det, der synes at følge af andre bestemmelsers (angiveligt klare) ordlyd, blot fordi disse ikke er forenelige med fortolkningen af de førstnævnte. Efter min opfattelse er det ikke en grundig kontekstuel fortolkning, når indikationerne i visse bestemmelser forkastes, fordi disse indikationer ikke stemmer overens med den foreløbige konklusion, som allerede er draget. Det er tæt på at være en cirkelslutning.

160. En mere forsigtig fortolker burde efter min opfattelse have overvejet, hvorfor nogle bestemmelser og betragtninger i EU-fusionsforordningen muligvis ikke betyder det, som deres ordlyd tyder på. Efter min opfattelse er baggrunden for disse betragtningers og bestemmelsers specifikke karakter den omstændighed, at ingen af dem indgik i den oprindelige EF-fusionsforordning i 1989. De blev alle indført senere, da EF-fusionsforordningen efter at være blevet ændret på dette punkt i 1997, til sidst blev ophævet ved EU-fusionsforordningen.

161. Da dette punkt allerede er blevet behandlet udførligt, behøver jeg ikke at komme nærmere ind på det igen. Sigtet med EU-fusionsforordningen var at udvikle forelæggelsesmekanismens formål om »én kontrolinstans«. For så vidt som dette formål kun vedrører fusioner, der er blevet anmeldt eller er anmeldelsespligtige, er det derfor helt indlysende, at disse bestemmelser og betragtninger blev formuleret med henblik på disse transaktioner.

162. Ud fra denne synsvinkel giver disse bestemmelsers og betragtningers ordlyd fuldstændig mening og er i overensstemmelse med resten af EU-fusionsforordningen. Disse kontekstuelle elementer tyder derfor også på, at det på intet tidspunkt var hensigten, at EU-fusionsforordningens artikel 22 skulle give medlemsstaterne mulighed for at henvise fusioner, der ikke når op over de nationale tærskler, til Kommissionen. Ellers ville de sandsynligvis have været formuleret anderledes. Jeg vil derfor gøre brug af en anden talemåde og sige, at Retten for så vidt angår disse bestemmelser og betragtninger »ikke kunne se skoven for bare træer«.

[119] – Min fremhævelse.

[120] – Jf. vedrørende EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit, den appellerede doms præmis 133 og 150. Retten behandlede imidlertid kun udtrykket »[a]lle nationale tidsfrister« og ikke udtrykket »indtil […] det er besluttet, hvor fusionen skal undersøges«. Jf. vedrørende 15. betragtning (»ligeledes har kompetence«) den appellerede doms præmis 149-151.

iv) Grænserne for Rettens kontekstuelle vurdering (IV)

163. Retten forbigik desuden andre aspekter af den retlige sammenhæng, som efter min opfattelse ligeledes synes at støtte appellanternes fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit.

164. Hvad dette angår kan jeg igen fatte mig i korthed. Jeg har nemlig allerede nævnt nogle af disse elementer ovenfor i dette forslag til afgørelse.

165. Indledningsvis anføres det i 15. betragtning in fine, at Kommissionen i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22 får »beføjelse til at behandle og tage stilling til en fusion på en anmodende medlemsstats eller anmodende medlemsstaters *vegne*«[121]. Den måde, som denne betragtning er formuleret på, kan vanskeligt forenes med en bestemmelse, som – ifølge Kommissionen og Retten – giver Kommissionen kompetence til at efterprøve visse fusioner, der påvirker konkurrencen i det *indre marked*. Hvis problemet er i det indre marked, hvorfor skulle Kommissionen da handle i en national myndigheds *interesse, i stedet for denne eller på dennes vegne*[122], og i særdeleshed en myndighed, som ikke har kompetence til at efterprøve den pågældende fusion?

166. Min tvivl hvad dette angår styrkes af den oprindelige EF-fusionsforordnings artikel 22, stk. 5, der har følgende ordlyd: »Kommissionen træffer *kun* de foranstaltninger efter stk. 3, som er strengt nødvendige for at sikre eller genoprette en effektiv konkurrence *i den medlemsstat*, på hvis anmodning den har grebet ind«[123]. Den udtrykkelige begrænsning af Kommissionens beføjelser under disse omstændigheder[124] viser – efter min opfattelse utvetydigt – at det ikke var hensigten, at EU-fusionsforordningens artikel 22 skulle have den brede, korrigerende funktion, som Retten tillagde den.

167. Det er også interessant at bemærke, at EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 4 og 5, ikke er nævnt i den appellerede dom, idet der heri fastsættes en forenklet procedure[125], som gør det muligt for Rådet på forslag af Kommissionen at »ændre tærsklerne og kriterierne«, som i

[121] – Min fremhævelse.

[122] – Jf. også lignende udtryk i f.eks. den tyske (»für«), den græske (»για λογαριασμό«), den spanske (»en nombre de«), den franske (»au nom d[e]«) og den italienske (»per conto di«) sprogversion af forordningen. Det fremhæves her, at Kommissionen tilsyneladende handler inden for rammerne af en form for delegation af den kompetente nationale myndigheds beføjelser: C. Cohen-Tanugi m.fl., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, De Boeck Université, 1995, s. 56. Jf. ligeledes Sir Leon Brittan, fodnote 65, nævnt ovenfor, s. 52.

[123] – Min fremhævelse. Bestemmelsen var kun genstand for en mindre ændring i 1997 og blev ophævet ved EU-fusionsforordningen, da den ikke længere var i overensstemmelse med EU-fusionsforordningens artikel 22's nye funktion som én kontrolinstans. Jf. J. Cook og C. Kerse, *EC Merger Control*, 5. udgave, Sweet&Maxwell, 2005, s. 343.

[124] – Den omstændighed, at Kommissionens begrænsede beføjelser indebar, at henvisningsmekanismen i den daværende artikel 22 i EF-fusionsforordningen havde begrænset rækkevidde, blev f.eks. fremhævet af J. Cook og C. Kerse, *EEC Merger Control – Regulation 4064/89*, 1. udgave, Sweet&Maxwell, 1991, s. 60 og 61.

[125] – Ganske vist ville en ændring af EU-fusionsforordningen normalt kræve enstemmighed (som følge af retsgrundlaget i artikel 352 TEUF), men EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 5, giver Rådet mulighed for at ændre tærsklerne »med kvalificeret flertal«.

henhold til samme bestemmelse definerer EU-fusionsforordningens anvendelsesområde [126]. Det er vigtigt at bemærke, at denne bestemmelse ikke kun omtaler »tærskler« (dvs. omsætningstærskler), men også »kriterier«. Dette betyder, at EU-lovgiver, hvis denne finder det nødvendigt, kan beslutte at erstatte eller integrere omsætningstærsklerne med kriterier, der er baseret på andre typer værdier (f.eks. den pris, som køberen betaler, transaktionsværdien, markedsandele, andel af udbuddet, værdien af de lokale aktiver, der skal overføres, potentiel indvirkning på de relevante markeder osv.). Der er derfor indbygget en systemisk korrigerende mekanisme i EU-fusionsforordningen, som muliggør en hurtig justering af denne forordnings anvendelsesområde, hvis de anvendte jurisdiktionskriterier på grund af markedsudviklingen ikke længere er egnede til at fange potentielt skadelige fusioner.

168. Jeg er enig med Kommissionen i, at den fortolkningsmæssige værdi af dette element isoleret set ikke bør overvurderes. Det rejser dog spørgsmål om behovet for, at der i forordningen findes en ad hoc-korrigerende mekanisme som den, Retten har beskrevet. Desuden bliver dette kontekstuelle element meget mere relevant for fortolkningen, når det undersøges ud fra en anden synsvinkel.

169. Det skal erindres, at der allerede fandtes en bestemmelse svarende til EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 4 og 5, i den oprindelige EF-fusionsforordning, og at der i sidstnævnte forordning var en direkte og eksplicit forbindelse mellem mekanismen til justering af tærskler og henvisningsmekanismen. Det interessante er, at henvisningsmekanismen i bestemmelserne i daværende artikel 22, stk. 3-5, i EF-fusionsforordningen oprindeligt var tænkt som en *midlertidig* mekanisme. EF-fusionsforordningens artikel 22, stk. 6, bestemte således, at »[s]tk. 3, 4 og 5 finder anvendelse, indtil tærsklerne i artikel 1, stk. 2, er blevet revideret«. Dette betyder, at det ifølge EU-lovgiver i 1989 var hensigten, at henvisningsmekanismen skulle blive forældet, når erfaringerne »i praksis« gjorde det muligt at foretage passende justeringer af omsætningstærsklerne [127]. Det er indlysende, at en sådan betragtning ikke ville have givet nogen mening, hvis formålet med henvisningsmekanismen – som Kommissionen har gjort gældende – også var at fange fusioner, der ikke når op over de nationale tærskler, idet dens anvendelighed ville være helt upåvirket af en ændring af tærsklerne i EF-fusionsforordningen. Ydermere rejser det spørgsmålet, hvorfor henvisningsmekanismen skulle gøres midlertidig, hvis hensigten var at fange fusioner, der ikke når op over de nationale tærskler.

170. Min foreløbige konklusion er, at en kontekstuel fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, samlet set ligeledes støtter den konklusion, at Retten begik en retlig fejl med hensyn til betydningen og rækkevidden af den omhandlede henvisningsmekanisme. Selv om der er elementer, der peger i begge retninger, er de elementer, der indikerer, at denne bestemmelse har et mere snævert anvendelsesområde, således langt flere og mere relevante end dem, der peger i retning af et bredere anvendelsesområde.

[126] – Jf. også niende betragtning til EU-fusionsforordningen, hvori følgende er anført: »Kommissionen bør aflægge rapport til Rådet om anvendelsen af de gældende tærskler og kriterier, således at Rådet i overensstemmelse med traktatens artikel 202 med *jævne mellemrum* kan tage dem […] op til fornyet overvejelse i lyset af de indhøstede erfaringer. Dette forudsætter, at medlemsstaterne indsender statistiske oplysninger til Kommissionen med henblik på dennes udarbejdelse af disse rapporter og eventuelle forslag om ændringer. Kommissionens rapporter og forslag bør baseres på relevante oplysninger, som medlemsstaterne indsender med *regelmæssige mellemrum*« (min fremhævelse). I lyset af denne betragtning forstår jeg EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 4 og 5, således, at de tillader brugen af den forenklede procedure på *et hvilket som helst tidspunkt* efter aflæggelsen af rapporten med frist inden den 1.7.2009. Jeg anerkender dog, at denne bestemmelses ordlyd er tvetydig, hvilket kan føre en til at mene, at den forenklede procedure alene fandt anvendelse på ændringer foreslået efter vedtagelsen af rapporten fra 2009. Desuagtet er ideen om, at denne bestemmelse alene finder anvendelse en enkelt gang ulogisk, også selv, hvis der ses bort fra niende betragtnings specifikke ordlyd. Med tiden bliver behovet for at justere tærsklerne således endnu mere klart.

[127] – Jf. vedrørende en fremhævelse af mekanismens midlertidige karakter T.A. Downes og J. Ellison, *The legal control of mergers in the EC*, Blackston, 1991, s. 63-65.

4) En formålsfortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit

171. Dernæst foretog Retten i den appellerede doms præmis 140-151 en formålsfortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, idet den fokuserede hovedsagelig på præamblens ordlyd. Den fremhævede bl.a., at formålet med denne forordning – som det fremgår af 5., 6., 8., 24. og 25. betragtning dertil – er »at muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner, der har betydelig indvirkning på konkurrencestrukturen i Unionen«. Retten påpegede ligeledes, at henvisningsmekanismerne i 11. betragtning benævnes »korrigerende mekanisme[r]«, hvilket indikerer, at de skaber »en subsidiær kompetence for Kommissionen, idet denne institution får den nødvendige fleksibilitet til at nå formålet med denne forordning«. På dette grundlag konkluderede Retten, at »formålsfortolkningen bekræfter, at en anmodning om henvisning i medfør af [EU-fusionsforordningens artikel 22] kan fremsættes uafhængigt af rækkevidden af den nationale lovgivning på området for kontrol med fusioner«.

172. Jeg må endnu en gang erklære mig uenig med Retten. For at forklare hvorfor vil jeg forsøge at behandle to spørgsmål, som i denne sammenhæng belyser betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. For det første, hvad er de specifikke formål med denne bestemmelse? For det andet, ville det angivelige formål om at udfylde en lakune, som forfølges med denne bestemmelse, være i overensstemmelse med EU-fusionsforordningens overordnede formål?

i) Grænserne for Rettens formålsfortolkning (I)

173. Svaret på det første spørgsmål er, på dette trin i min bedømmelse, delvis klart. Såvel den historiske som den kontekstuelle vurdering af EU-fusionsforordningen har således afdækket to formål, som utvivlsomt forfølges med henvisningsmekanismen i forordningens artikel 22. Det første formål, der førte til, at henvisningsmekanismen blev indført i den oprindelige EF-fusionsforordning (den »nederlandske klausul«), har været at muliggøre efterprøvelse af fusioner, som kan fordreje konkurrencen på lokalt plan, når den pågældende medlemsstat ikke har en national ordning for kontrol med fusioner. Det andet formål, som blev indført med reformen af EF-fusionsforordningen i 1997 og derefter styrket med vedtagelsen af EU-fusionsforordningen, er formålet om »kun én kontrolinstans«, dvs. at give mulighed for, at Kommissionen kan efterprøve en fusion, som er anmeldt eller er anmeldelsespligtig i flere medlemsstater, for at undgå, at fusioner anmeldes i flere medlemsstater.

174. Det første formål fremgår ikke tydeligt af ordlyden af præamblen til den oprindelige EF-fusionsforordning. Den omstændighed, at henvisningsmekanismen oprindeligt blev indført for at forfølge dette formål, er imidlertid blevet konstateret af Retten og er ubestridt mellem parterne. Under alle omstændigheder er det ikke overraskende, at der ikke henvises til dette formål i præamblen til EF-fusionsforordningen, eftersom det som forklaret ovenfor oprindeligt var hensigten, at mekanismens rækkevidde og betydning – således som jeg har redegjort for – skulle være meget begrænset. Faktisk var det oprindeligt meningen, at den kun skulle anvendes *midlertidigt*, dvs. indtil omsætningstærsklerne var blevet tilpasset, og *undtagelsesvis*, henset til dens begrænsede rækkevidde, således som den daværende konkurrencekommissær udtrykkeligt udtalte [128].

[128] – Sir Leon Brittan, fodnote 65, nævnt ovenfor, s. 42: »Denne bestemmelse er *snævert defineret* og giver ikke Kommissionen mulighed for *generelt* at behandle fusioner, der ikke når op over tærsklen, selv om denne var tilbøjelig til på denne måde at *omgå tærskelbestemmelsens ånd*« (min fremhævelse). Jf. ligeledes ibidem, »The Law and Policy of Merger control in the EEC«, *European Law Review*, 1990, s. 245.

175. Det andet formål er derimod udtrykkeligt (og eftertrykkeligt) nævnt i både 1997 -forordningens og EU-fusionsforordningens præambel[129]. Heller ikke dette er overraskende i betragtning af betydningen af de ændringer, der blev foretaget af den pågældende henvisningsmekanisme.

176. Jeg vil nu behandle spørgsmålet om, hvorvidt der kan identificeres et tredje formål, som angiveligt forfølges ved EU-fusionsforordningens artikel 22 – formålet om at udfylde en lakune, så det bliver muligt at kontrollere fusioner, der hverken når op over EU-tærsklerne eller de nationale tærskler. Retten konstaterede, at dette formål blev bekræftet i 11. betragtning til EU-fusionsforordningen, hvorefter »[r]eglerne for Kommissionens henvisning af en fusion til medlemsstaterne og for medlemsstaternes henvisning af en fusion til Kommissionen bør fungere som en effektiv korrigerende mekanisme«.

177. Hvad dette angår er det min opfattelse, at Retten fejlfortolkede denne betragtning. Udtrykket »korrigerende mekanisme« bør ikke læses isoleret, men ses i den rette sammenhæng.

178. Først og fremmest: Hvad drejer 11. betragtning sig om? Dens sammenhæng er vigtig. 8. betragtning præciserer de grundlæggende principper for kompetencefordelingen mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder. 9. og 10. betragtning vedrører EU-fusionsforordningens omsætningstærskler for, hvornår der er tale om fusioner af »fællesskabsdimension«. Hvad angår 12. betragtning vedrører den fusioner, der ikke når op over EU-fusionsforordningens omsætningstærskler, men »opfylde[r] betingelserne for at skulle behandles inden for rammerne af flere nationale fusionskontrolsystemer«. Med hensyn til det sidstnævnte anføres det i 12. betragtning, at »[p]arallelle anmeldelser af samme transaktion til flere nationale myndigheder fører til øget retlig usikkerhed og til øget besvær og øgede omkostninger for virksomhederne og kan resultere i indbyrdes modstridende afgørelser«, hvorfor det konkluderes, at »[o]rdningen for medlemsstaternes henvisning af fusioner til Kommissionen bør derfor forbedres og videreudvikles«. I 13.-16. betragtning henvises der dernæst til det samarbejde, som i dette øjemed skal etableres mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder, og det beskrives, hvorledes de forskellige henvisningsmekanismer fungerer.

179. Efter min opfattelse tyder ovenstående kontekst på, at 11. betragtning henviser til en mekanisme, der har en korrigerende funktion med hensyn til *kompetencefordelingen* mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder. Denne betragtning vedrører ikke – som Retten anførte – fastlæggelsen af »en subsidiær kompetence for Kommissionen, idet denne institution får den nødvendige fleksibilitet til at nå formålet med denne forordning«[130].

180. Indledningsvis underbygges ovenstående konstatering yderligere af, at denne betragtning ikke indgik i den oprindelige EF-fusionsforordning, men først blev indført i EU-fusionsforordningen. Først i 1997 blev det således muligt at anvende henvisningsmekanismen med henblik på fordelingen af sager mellem forskellige myndigheder, der alle har kompetence til at efterprøve en given fusion, hvorefter den fik større betydning i 2004.

181. Dette bekræftes faktisk i punkt 94 i 2001-grønbogen, der har følgende ordlyd: »For at bringe artikel 22, stk. 3, til at fungere som et almindeligt anvendeligt middel til at løse *problemerne med parallelle anmeldelser* vil det sandsynligvis være nødvendigt at ændre andet og mere end

[129] – Jf. især 10. betragtning til 1997-forordningen og 11., 12. og 14. betragtning til EU-fusionsforordningen.

[130] – Som anført i den appellerede doms præmis 142.

fusionsforordningen«[131]. Ud fra dette punkt kan der drages to konklusioner. For det første at udtrykket »korrigerende mekanisme« i 11. betragtning til EU-fusionsforordningen henviser til det enkeltstående problem med parallelle anmeldelser og ikke til det bredere spørgsmål om alle de mangler, der er forbundet med en fusionskontrolordning baseret på tærskler. Desuden opstår problemet med parallelle anmeldelser kun, fordi fusioner kan være *omfattet* af flere nationale fusionskontrolordninger, og ikke fordi de *falder uden for* sådanne ordninger. For det andet er anvendelsen af artikel 22 som et middel til at afhjælpe problemet med parallelle anmeldelser noget, der krævede drøftelser og ændringer af lovgivningen, og var derfor ikke det oprindelige formål med denne artikel. Heraf følger, at det også ville kræve drøftelser og ændringer at anvende artikel 22 til at løse andre, mere omfattende problemer.

182. Når 11. betragtning læses i sin helhed, bekræftes ovenstående overvejelser yderligere. Betragtningen har følgende ordlyd: »Reglerne for Kommissionens henvisning af en fusion til medlemsstaterne og for medlemsstaternes henvisning af en fusion til Kommissionen bør fungere som en effektiv korrigerende mekanisme i lyset af nærhedsprincippet. Disse regler tager sigte på at sikre en tilstrækkelig beskyttelse af medlemsstaternes interesser på konkurrenceområdet og samtidig tilgodese behovet for retssikkerhed og princippet om, at fusioner med fællesskabsdimension kun er underlagt én kontrolinstans.« Jeg udleder to ting af denne tekst. For det første bekræfter henvisningen til nærhedsprincippet og til en passende beskyttelse af medlemsstaternes konkurrence, at henvisningsmekanismen har en begrænset rækkevidde: Det er kun hensigten, at den skal afhjælpe situationer, hvor konkurrencen påvirkes *lokalt*. For det andet tyder henvisningen til retssikkerhed og til princippet om kun én kontrolinstans ligeledes på, at henvisningsmekanismerne har til formål at erstatte flere nationale procedurer med én centraliseret procedure, hvilket forudsætter, at de pågældende fusioner når op over de nationale tærskler.

183. Jeg er derfor ikke overbevist af Rettens fortolkning af 11. betragtning til EU-fusionsforordningen. Jeg er heller ikke overbevist af Rettens henvisning til 6. og 24. betragtning til EU-fusionsforordningen, for så vidt som de henviser til effektiv kontrol med *alle* fusioner.

184. Når disse betragtninger læses i deres helhed og i deres rette sammenhæng, forekommer det igen at være temmelig klart, at udtrykket »alle« ikke betyder, at hver eneste fusion i hele verden skal underlægges »effektiv« kontrol efter EU-fusionsforordningen, såfremt den kan give anledning til konkurrencemæssige problemer i en medlemsstat. 6. betragtning har følgende ordlyd: »Der er derfor behov for en særlig retsakt, der kan muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner.« Ligeledes anføres følgende i 24. betragtning: »[D]enne forordning [bør] muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres virkninger for konkurrencen i Fællesskabet.«

185. Adskillige tekstelementer i disse betragtninger modsiger klart den konklusion, at de vedrører den omhandlede henvisningsmekanisme. For det første er det ikke »alle fusioner«, der kan kontrolleres efter EU-fusionsforordningen: Medmindre omsætningen når op over forordningens tærskler, skal fusionen normalt efterprøves af andre kompetente myndigheder (i EU-medlemsstater og/eller tredjelande). Hvad for det andet angår de fusioner, som – hvis man fulgte Kommissionens teori – ville komme ind under EU-fusionsforordningens anvendelsesområde »ad bagdøren« (dvs. fusioner, som principielt hverken hører under Kommissionens eller de relevante nationale konkurrencemyndigheders kompetence), kan det ikke hævdes, at EU-

[131] – Min fremhævelse.

fusionsforordningen vil være »den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner«, idet EU-fusionsforordningens artikel 22 nemlig tillader sideløbende procedurer ved Kommissionen (efter anmodning fra en eller flere nationale konkurrencemyndigheder) og en eller flere nationale konkurrencemyndigheder (myndigheder, som ikke tilslutter sig anmodningen om henvisning). For det tredje følger det af EU-fusionsforordningens artikel 22, at Kommissionen ikke efterprøver fusioner »på grundlag af deres virkninger for konkurrencen *i Fællesskabet*« – som anført i 6. og 24. betragtning [132] – men kun i de medlemsstater, der foretager henvisningen (EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1 og 5). Unionens retsinstanser har således konsekvent fortolket udtrykket »alle fusioner« i præamblen til EU-fusionsforordningen som en henvisning til fusioner »med fællesskabsdimension« [133].

186. Hvis det forholder sig således, opstår der imidlertid et spørgsmål: Hvad henviser udtrykket »alle« i forbindelse med disse betragtninger til? Også her findes svaret i disse betragtningers ordlyd og bekræftes af deres historie og formål. De udtryk, der anvendes i disse betragtninger, kan spores tilbage til syvende betragtning til den oprindelige EF-fusionsforordning [134] og har til formål at gøre det fuldstændig klart, at alle fusioner i henhold til fusionsforordningen vil blive vurderet »på grundlag af deres *virkninger for konkurrencen*«. Denne præcisering, der ganske vist kan forekomme indlysende og dermed unødig i dag, var på ingen måde ligegyldig, da EU-fusionsforordningen blev vedtaget. En anden grund, som satte forhandlingerne i Rådet i stå i mange år, var således den meget markante uenighed mellem forskellige medlemsstater med hensyn til de kriterier, som Kommissionen skulle anvende for at afgøre, om en fusion kunne godkendes eller ej. Mens Kommissionen og adskillige medlemsstater foretrak en ren antitrustanalyse, var visse medlemsstater modstandere af denne tanke og var af den opfattelse, at fusioner også skal vurderes ud fra andre, navnlig industripolitiske, hensyn. I sidste ende var det den førstnævnte holdning, der sejrede, og der blev indgået et kompromis, der bestod i at medtage den såkaldte tyske klausul (den daværende artikel 21, stk. 3, i EF-fusionsforordningen, nu EU-fusionsforordningens artikel 21, stk. 4), hvorved medlemsstaterne blev indrømmet en vis residuel interventionsbeføjelse [135]. Unionens retsinstansers praksis synes at bekræfte min fortolkning af betragtningen [136].

187. Efter min opfattelse er Rettens henvisning til 6., 11. og 24. betragtning i denne sammenhæng derfor ukorrekt. En nærmere undersøgelse viser, at der i ingen af de tre fusionsforordningers præambel henvises til, at EU-fusionsforordningens artikel 22 tillægges en funktion, som består i at udfylde en lakune, ligesom det heller ikke kan udledes heraf. Den manglende omtale heraf har temmelig stor betydning, henset til den potentielt særlige virkning, som en sådan bestemmelse

[132] – Min fremhævelse.

[133] – Jf. bl.a. dom af 4.3.2020, Marine Harvest mod Kommissionen (C-10/18 P, EU:C:2020:149, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis). Jf. desuden dom af 12.12.2012, Electrabel mod Kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672, præmis 246).

[134] – Denne betragtning havde følgende ordlyd: »[D]er skal derfor skabes nye retlige rammer i form af en forordning, der muliggør en effektiv kontrol med alle fusioner på baggrund af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste forordning, der finder anvendelse på sådanne fusioner.«

[135] – Ifølge denne bestemmelse kan medlemsstaterne uanset Kommissionens enekompetence til at efterprøve fusioner, der falder ind under anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningen, »træffe passende foranstaltninger til at beskytte andre legitime interesser end de i denne forordning anførte, som er forenelige med fællesskabsrettens generelle principper og øvrige bestemmelser«.

[136] – Jf. i denne retning dom af 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 21). Jf. også dom af 25.3.1999, Gencor mod Kommissionen (T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 314), og af 22.9.2021, Altice Europe mod Kommissionen (T-425/18, EU:T:2021:607, præmis 299).

ville have på en fusionskontrolordnings funktion, idet i) denne ordning »bygger på et princip om nøjagtig kompetencefordeling mellem [Kommissionen og de nationale myndigheder] [137]«, ii) og dens anvendelsesområde »afgrænses ved kvantitative tærskelværdier« [138].

188. Når det er sagt, er et andet spørgsmål i denne sammenhæng spørgsmålet om, hvorvidt det formål om at udfylde en lakune, som Retten tillægger denne bestemmelse, ville være i overensstemmelse med EU-fusionsforordningens overordnede mål.

ii) Grænserne for Rettens formålsfortolkning (II)

189. I den appellerede doms præmis 140 undersøgte Retten EU-fusionsforordningens præambel og konkluderede, at det formål om at udfylde en lakune, som blev tillagt den omhandlede henvisningsmekanisme, var i overensstemmelse med »formålet med denne forordning[, som] er at muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner, der har betydelig indvirkning på konkurrencestrukturen i Unionen« [139].

190. Efter min opfattelse er der to hovedproblemer i denne analyse: Retten så bort fra visse centrale elementer i præamblen og fejlfortolkede visse betragtninger.

191. Indledningsvis fremhævede Retten gentagne gange, at EU-fusionsforordningens formål er at sikre en *effektiv* kontrol med fusioner, og henviste endog til dette som »*formålet*«, dvs. det eneste formål.

192. Der kan efter min opfattelse ikke være nogen tvivl om, at formålet om at sikre en effektiv kontrol med fusioner er selve forordningens eksistensberettigelse, og dets betydning fremhæves derfor i præamblen til EU-fusionsforordningen. Det kan dog ikke være det *eneste* formål eller – sagt med andre ord – dette formål eksisterer ikke i et vakuum. Faktisk anføres det i EU-fusionsforordningens artikel 2, at »[f]usioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af *målene* for denne forordning« [140].

193. Forfølgelsen af formålet om at muliggøre en *effektiv* kontrol med fusioner går således hånd i hånd med forfølgelsen af andre formål, hvoraf nogle er særligt relevante i den foreliggende sag. Det første af disse formål, som er resultatet af de langvarige og (jeg vil vove at sige) ophedede drøftelser, der i sidste ende førte til vedtagelsen af EF-fusionsforordningen efter næsten 20 års forhandlinger i Rådet, er at oprette en ordning, hvor kompetencen *deles* mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder [141]. Det andet formål er at gennemføre en effektiv ordning på EU-plan, der bygger på princippet om kun én kontrolinstans, hvor Kommissionen har enekompetence til at efterprøve de fusioner, der anmeldes efter EU-fusionsforordningen, og som ikke kræver yderligere anmeldelser på medlemsstatsniveau, og de nationale myndigheder ikke længere kan anvende deres nationale konkurrencelovgivning på disse transaktioner [142]. Det tredje formål er at indføre en effektiv og forudsigelig ordning, som kan give de berørte virksomheder

[137] – Jf. dom af 22.6.2004, Portugal mod Kommissionen (C-42/01, EU:C:2004:379, præmis 50), og ottende betragtning til EU-fusionsforordningen.

[138] – Jf. niende betragtning til EU-fusionsforordningen.

[139] – Jf. navnlig den appellerede doms præmis 140.

[140] – Min fremhævelse. Retslitteraturen har således også omtalt EF-fusionsforordningen som et instrument, der forfølger flere formål: Jf. f.eks. Navarro Varona m.fl., *Merger Control in the EU: Law, Economics and Practice*, 1. udgave, Oxford University Press, 2001, s. 1-5.

[141] – Jf. henvisningerne til nærhedsprincippet i 6., 8., 11. og 14. betragtning. Jf. desuden 8. betragtning in fine: »De fusioner, der ikke er omfattet af denne forordning, henhører i princippet under medlemsstaternes kompetence.«

[142] – Jf. henvisningerne til princippet om kun én kontrolinstans i 8. og 11. betragtning, til Kommissionens »enekompetence« i 17. betragtning og de heraf følgende begrænsninger for medlemsstaternes tiltag i 18. og 19. betragtning.

retssikkerhed [143]. Retten henviste selv, i den appellerede doms præmis 226, til de »grundlæggende mål om effektivitet og hurtig behandling, som ligger til grund for [EU-fusionsforordningen]«, og til, at EU-lovgiver tilsigtede »en klar opdeling mellem indgreb foretaget af de nationale myndigheder og indgreb foretaget af Unionen«.

194. Mens de to første ovenfor i punkt 193 nævnte formål af indlysende grunde er særligt karakteristiske for EU's ordning for kontrol med fusioner, er dette ikke tilfældet hvad angår det tredje. Enver fusionskontrolordning, som findes på globalt plan, tilstræber således en balance, hvor der er effektiv kontrol med konkurrencen, samtidig med at der undgås unødvendige omkostninger og forsinkelser for både fusionsparterne og de offentlige myndigheder selv [144]. For at sikre denne balance er reglerne om fusioner normalt baseret på tærskelværdier, der bestemmer, hvilke transaktioner der skal efterprøves, og pålægger myndighederne konkrete frister til at gennemføre deres vurdering. Betydningen af forudsigelighed og retssikkerhed, især for fusionsparterne, kan derfor ikke fremhæves nok. Virksomheder, der potentielt er underlagt anmeldelses- og udsættelsespligt, skal med en forholdsvis høj grad af sikkerhed kunne vide, om deres påtænkte transaktion vil blive underkastet antitrustkontrol, af hvilke myndigheder, og hvornår der kan forventes et endeligt svar fra disse myndigheder [145].

195. Dette gælder – som nævnt – på globalt plan. Det gælder imidlertid i endnu højere grad for fusioner, der kan efterprøves i EU. Ikke kun fordi der inden for Den Europæiske Union findes forskellige håndhævelsesmyndigheder, der arbejder side om side (Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder) – med alt, hvad dette indebærer af kompleksitet – men også fordi EU-fusionsforordningen, i modsætning til langt de fleste fusionskontrolordninger i verden, pålægger fusionsparterne et *globalt forbud mod at gennemføre transaktionen*. Dette betyder, at gennemførelsen af en anmeldt transaktion i princippet skal udsættes *i sin helhed*, indtil Kommissionen har truffet en endelig afgørelse. Fusionsparterne kan derfor ikke fremskynde denne gennemførelse ved f.eks. at holde visse lokale aktiver, enheder eller virksomheder adskilt, indtil tilladelsen er givet. De omkostninger og risici, der pålægges fusionsparterne, er derfor endnu større, og disse virksomheder skal derfor kunne træffe passende forholdsregler i denne henseende.

196. For at tage hensyn til dette indeholder EU-fusionsforordningen – som Domstolen har fastslået – »bestemmelser, som har til formål af retssikkerhedsmæssige grunde og i de berørte virksomheders interesse at begrænse varigheden af de kontrolprocedurer, som Kommissionen skal gennemføre«. EU-lovgiver har nemlig »ønsket at sikre, at fusionskontrollen gennemføres inden for tidsfrister, som både er forenelige med kravene til god forvaltningsskik og med erhvervslivets krav« [146].

197. I lyset af det ovenstående er jeg enig i, at EU-fusionsforordningens hovedformål er at sikre, at systemet er effektivt (dvs. at det er i stand til at fange de potentielt skadelige fusioner). Denne effektivitet må imidlertid ikke opnås på bekostning af en tilfredsstillende forfølgelse af forordningens øvrige formål. Henvisningerne i præamblen til »effektivitet« må således ikke

[143] – Jf. henvisningerne til effektivitet i 14., 15. og 16. betragtning, til forudsigelighed i 15. betragtning og til retssikkerhed i 11., 25. og 34. betragtning. Jf. desuden 1996-grønbogen, punkt 29. Jf. i retslitteraturen bl.a. J.-B. Blaise, »Concurrence – Contrôle des opérations de concentration«, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 743, og J. Venit, »The »merger« control regulation: Europe comes of age … or Caliban's dinner«, *Common Market Law Review*, 1990, s. 44.

[144] – Jf. ligeledes R. Whish og D. Bailey, *Competition Law*, 8. udgave, Oxford University Press, 2018, s. 832 og 833.

[145] – Jf. generelt F. Irarrazabal Philippi, »Merger control procedure«, *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, art. nr. 12342.

[146] – Dom af 22.6.2004, Portugal mod Kommissionen (C-42/01, EU:C:2004:379, præmis 51 og 53). Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen (C-202/06 P, EU:C:2007:255, punkt 44).

medføre en fortolkning, der maksimerer anvendelsesområdet for og formålet med EU-fusionsforordningens bestemmelser, så de går ud over EU-lovgivers klare hensigter og forrykker den omhyggeligt udtænkte balance mellem de forskellige formål.

198. På denne baggrund opstår spørgsmålet, om det formål om at udfylde en lakune, som ifølge Kommissionen bør tillægges EU-fusionsforordningens artikel 22, hvilket Retten godkendte, er i overensstemmelse med de øvrige ovenfor beskrevne formål og den balance, der er skabt mellem dem? Svaret på dette spørgsmål er efter min opfattelse et klart »nej«. Den fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, som Retten anlagde, forekommer mig at være i strid med de tre formål, der er nævnt ovenfor i punkt 193, og kan forrykke den balance mellem dem, som EU-lovgiver tilstræbte at opnå.

199. For det første forekommer den »kompetencesandwich«, der ville være resultatet af Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit – Kommissionen (store fusioner)/de nationale konkurrencemyndigheder (fusioner, der ligger under EU-fusionsforordningens tærskler, men over de nationale tærskler/Kommissionen (fusioner, der ligger under de nationale tærskler) – at være vanskelig at forene med en ordning, der – som Domstolen har påpeget – »bygger på et princip om nøjagtig kompetencefordeling mellem de nationale kontrolmyndigheder og [EU's] kontrolmyndigheder« [147].

200. Denne konstruktion forekommer også mærkværdig i lyset af nærhedsprincippet, et princip, hvortil der henvises i ikke mindre end fire betragtninger i EU-fusionsforordningen [148]. Der er tale om en forordning, der – som den daværende konkurrencekommissær formulerede det – var »et fremragende eksempel på, hvorledes [dette princip] kunne føres ud i livet« [149]. Nærhedsprincippet er et princip, der kort sagt primært har en nedadrettet virkning, idet det på et område, hvor der er delt kompetence, vil have en tilbøjelighed til at skubbe kompetencen til en specifik handling ned til medlemsstaterne [150]. Under visse omstændigheder kan dette princip naturligvis også have en opadrettet virkning ved at skubbe kompetencen op til Den Europæiske Union, når en given handling på grund af sit omfang eller sine virkninger synes at være mere effektiv, hvis den udføres på EU-plan. Jeg overvejer dog, om en situation, hvor en EU-institution (her: Kommissionen) får kompetence til at gøre noget (her: efterprøve en fusion) alene af den grund, at en medlemsstat har vurderet, at omfanget eller virkningerne af situationer som den omhandlede *ikke er tilstrækkeligt væsentlige* til at begrunde handling på nationalt plan, ikke ville være i strid med tankegangen bag nærhedsprincippet.

201. For det andet er det ubestridt mellem parterne, at en af konsekvenserne af den af Retten anlagte fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, er, at de virksomheder, der ønsker sikkerhed for, at en påtænkt fusion ikke kan anfægtes af Kommissionen efter gennemførelsen, selv om fusionen ikke er anmeldelsespligtig nogen steder i EU og ikke er underlagt en udsættelsespligt, ville være nødsaget til: i) midlertidigt at udsætte

147 – Jf. dom af 22.6.2004, Portugal mod Kommissionen (C-42/01, EU:C:2004:379, præmis 50). Jf. ligeledes ottende betragtning (»[d]e fusioner, der ikke er omfattet af denne forordning, henhører i princippet under medlemsstaternes kompetence«) og niende betragtning (»[d]enne forordnings anvendelsesområde bør [...] afgrænses ved kvantitative tærskelværdier, således at forordningen kommer til at omfatte fusioner af fællesskabsdimension«).

148 – Jf. ovenfor, fodnote 141.

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

150 – Artikel 5, stk. 3, første afsnit, TEU: »I medfør af nærhedsprincippet handler Unionen [...] kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne på centralt, regionalt eller lokalt plan, men på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger bedre kan nås på EU-plan.«

gennemførelsen og ii) at underrette (potentielt) alle EU- og EØS/EFTA-stater (for i alt 30 forskellige nationale myndigheder) om fusionen for at udløse den frist på 15 arbejdsdage, som er fastsat i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit.

202. I denne sammenhæng finder jeg det vigtigt at tilføje, at fusionsparternes meddelelse til de pågældende nationale myndigheder ifølge Kommissionen skal indeholde alle de data og oplysninger, som disse myndigheder har brug for med henblik på at afgøre, om de to materielle betingelser i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit – at fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og at der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den pågældende medlemsstat – er opfyldt. Ikke desto mindre er det efter min opfattelse tydeligt, at det ikke er nemt at foretage en solid vurdering af disse betingelser, og slet ikke inden for blot 15 arbejdsdage. Det er derfor sandsynligt, at de uformelle meddelelser til de nationale myndigheder i mange tilfælde er nødt til at være ret udførlige og detaljerede og dermed ikke alt for forskellige fra de erklæringer, der normalt kræves i forbindelse med en formel meddelelse.

203. Dette indebærer i praksis, at virksomheder, der indgår i en transaktion, som i princippet falder uden for alle fusionskontrolordninger i EU, kan ende med at blive tvunget til at indgive uformelle anmeldelser til *alle* de nationale myndigheder blot for at undgå en fremtidig anvendelse af den pågældende henvisningsmekanisme, som ud fra deres synsvinkel kunne have dramatiske konsekvenser.

204. Ydermere kan henvisningsmekanismen, hvis en national konkurrencemyndighed, som ikke har kompetence til at efterprøve en fusion, indgiver en anmodning om henvisning og herved udløser henvisningsmekanismen, og en eller flere nationale konkurrencemyndigheder, som derimod har kompetence til at efterprøve den, beslutter ikke at tilslutte sig anmodningen, bevirke, at de sideløbende procedurer *mangedobles*. Procedurerne ved de kompetente nationale konkurrencemyndigheder ville således løbe samtidig med en yderligere procedure ved Kommissionen, som ikke ville have eksisteret, hvis det ikke var for henvisningsmekanismen.

205. Det ovenstående viser, at Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22 ville resultere i indførelsen af en vidtrækkende undtagelse fra princippet om én kontrolinstans, som næppe ville være i overensstemmelse med et af hovedformålene med EU-fusionsforordningen og også ville være i strid med det mål, som EU-lovgiver forfulgte med ændringen af artikel 22 i 1997 og 2004.

206. For det tredje – og dette er efter min opfattelse det mest problematiske aspekt – ville den procedure/de procedurer, som ville være resultatet af en bred fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, næppe være effektiv(e), forudsigelig(e) og i stand til at sikre parternes retssikkerhed.

207. Først og fremmest er det klart og ubestridt af Kommissionen, at medmindre fusionsparterne træffer positive skridt til at underrette de 30 nationale myndigheder om en ikke-anmeldelsespligtig fusion, har disse parter ikke nogen retssikkerhed med hensyn til, *hvorvidt* Kommissionen på et tidspunkt i fremtiden vil blive anmodet om at efterprøve fusionen på grundlag af EU-fusionsforordningens artikel 22, og i bekræftende fald *inden for* hvilken tidsramme.

208. Kommissionen har heroverfor anført, at fusionsparterne ikke desto mindre *kan* opnå retssikkerhed, hvis de som tidligere anført gør disse 30 myndigheder bekendt med den påtænkte fusion ved brug af uformelle anmeldelser. Herved ville fristen begynde at løbe, og hvis der ikke fremsættes en anmodning om henvisning inden for 15 arbejdsdage, kan de pågældende parter være sikre på, at fusionen ikke vil blive efterprøvet i EU.

209. Jeg er dog ikke sikker på, at en sådan fremgangsmåde medfører nogen større, eller i det mindste en *tilstrækkelig*, retssikkerhed for disse parter. Det største problem er, at der er tale om en uformel procedure, som ikke er fastsat i EU-fusionsforordningen eller – så vidt jeg ved – i medlemsstaternes lovgivning. Fusioner, der ikke er anmeldelsespligtige, er derfor hverken underlagt de nationale procedureregler eller procedurereglerne i selve EU-fusionsforordningen. Ganske vist medfører EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 4, at visse regler i EU-fusionsforordningen gælder for efterprøvelsen af disse fusioner, men først *efter at* Kommissionen har accepteret henvisningen. Perioden indtil da er en slags retligt »ingenmandsland«, hvor klarheden og forudsigeligheden er meget begrænset.

210. Hvem har f.eks. ret til at indlede den uformelle procedure? Bør det kun være fusionsparterne, eller kan tredjeparter (f.eks. konkurrenter til fusionsparterne) også gøre det? Ordlyden af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit, tyder på det sidstnævnte. Kan den nationale konkurrencemyndighed i bekræftende fald da foretage en henvisning efter EU-fusionsforordningens artikel 22 på grundlag af de oplysninger, som de pågældende tredjeparter har givet, og i givet fald uden at høre fusionsparterne? Da myndigheden kun har 15 arbejdsdage til at træffe en afgørelse, kan det ikke udelukkes, at situationen vil blive behandlet overfladisk. Hvad hvis disse oplysninger er ukorrekte eller ufuldstændige? Konsekvenserne for fusionsparterne af en national myndigheds fejlagtige vurdering af de materielle betingelser for en henvisning er muligvis ikke ubetydelige.

211. Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at fristen først begynder at løbe fra det tidspunkt, hvor de nationale konkurrencemyndigheder har *tilstrækkelige* oplysninger til at foretage den analyse, der kræves i henhold til EU-fusionsforordningens artikel 22. Dette betyder dog, at fristen på 15 arbejdsdage sandsynligvis bliver illusorisk, da den ofte kan (og muligvis vil) blive forlænget af en eller flere myndigheder ved brug af en eller flere anmodninger om oplysninger, hvilket efterlader fusionsparterne uden en forudseelig tidsramme.

212. Desuden indeholder EU-fusionsforordningen slet intet, der indikerer, hvilken type oplysninger fusionsparterne kan forventes at medtage i deres uformelle anmeldelser, og hvor detaljerede disse oplysninger bør være. Parterne kan naturligvis anvende EU's officielle indberetningsformularer som en model (CO-formular, kort CO-formular, RS-formular og RM-formular – som ændret for nylig)[151]. Ikke engang Kommissionen gik dog så vidt som til at foreslå dette. Det ville åbenbart have betydet, at anmeldelsesproceduren efter EU-fusionsforordningen de facto kan finde anvendelse på fusioner, som ikke er anmeldelsespligtige. I stedet foreslog Kommissionen i retsmødet, at parterne muligvis kunne hente inspiration i de oplysninger, som skal indgå, når virksomheder, der defineres som gatekeepere, i henhold til artikel 14 i forordningen om digitale markeder[152] skal underrette Kommissionen om, at de påtænker at gennemføre visse fusioner. Bortset fra det mærkværdige i at foreslå parterne at søge vejledning i

[151] – Jf. Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2023/914 af 20.4.2023 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser og ophævelse af Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 (EUT 2023, L 119, s. 22).

[152] – Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/1925 af 14.9.2022 om åbne og fair markeder i den digitale sektor og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937 og (EU) 2020/1828 (EUT 2022, L 265, s. 1).

et andet lovgivningsinstrument, som er vedtaget efter EU-fusionsforordningen, og som kun gælder for visse specifikke erhvervssektorer, er jeg imidlertid ikke sikker på, at de oplysninger, der er anført i dette instrument, er tilstrækkelige med henblik på EU-fusionsforordningens artikel 22.

213. Desuden er der en lille, men vigtig detalje, nemlig spørgsmålet om, på hvilket sprog denne information skal meddeles. Kommissionen har gjort gældende, at et hvilket som helst sprog, der normalt forstås af den kompetente nationale myndigheds personale (f.eks. engelsk), er egnet. Jeg har svært ved at se, på hvilket grundlag Kommissionen kan forsvare dette synspunkt. Under alle omstændigheder tvivler jeg på, at de nationale myndigheder ville gå med til at foretage en temmelig kompleks analyse inden for en meget stram tidsplan på grundlag af en underretning (muligvis med bilag) affattet på et andet sprog end deres eget.

214. I lyset af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at Rettens formålsfortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, er fejlagtig, idet den er uforenelig med en række formål, som forfølges ved den ordning for kontrol med fusioner, der er indført ved EU-fusionsforordningen, og kan forrykke den balance mellem disse formål, som EU-lovgiver ønskede at skabe. Domstolen er opmærksom på betydningen af en sådan ligevægt. I sin nyligt afsagte CK Telecoms-dom bemærkede Domstolen f.eks., at »det bydende krav om hurtighed, som karakteriserer den generelle opbygning af [EU-fusionsforordningen]«, er så stort, at selv en skadelig fusion vil blive anset for godkendt, medmindre Kommissionen træffer en afgørelse inden for den fastsatte frist [153].

5) Øvrige betragtninger vedrørende fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit

215. Til sidst vil jeg kort redegøre for grunden til, at Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, efter min opfattelse rejser en række systemiske spørgsmål, når der tages hensyn til forskellige almindelige EU-retlige principper.

216. Det skal indledningsvis fremhæves, at Rettens fortolkning af bestemmelsen indebærer en meget betydelig udvidelse af EU-fusionsforordningens anvendelsesområde og af Kommissionens kompetence [154]. Med en original fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22 får Kommissionen på én gang beføjelse til at efterprøve næsten en hvilken som helst fusion, hvor som helst i verden, uafhængigt af virksomhedernes omsætning og tilstedeværelse i EU og transaktionens værdi og på et hvilket som helst tidspunkt, også længe efter fusionens gennemførelse. Så meget er klart og ubestridt. Adspurgt herom i retsmødet bekræftede Kommissionen således, at dette teoretisk set er korrekt. Desuagtet tilføjede den, at det i praksis ikke vil være tilfældet, da Kommissionen ikke har nogen interesse i at gøre brug af denne beføjelse ofte og derfor vil handle disciplineret i denne henseende. Efter Kommissionens opfattelse havde den omhandlede fusion visse særlige kendetegn i modsætning til langt størstedelen af de andre fusioner, der kunne falde ind under EU-fusionsforordningens artikel 22.

153 – Dom af 13.7.2023, Kommissionen mod CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2023:561, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

154 – Som fremhævet i al retslitteratur, jf. f.eks. G. Bushell, »Chapter II«, i C. Jones og L. Weinert (red.), *EU Competition Law*, bind II, bog 1, Edward Elgar Publishing, 2021, s. 41.

217. Den foreliggende sag drejer sig imidlertid ikke kun om anvendelsen af denne (muligvis nye) beføjelse til efterprøvelse i forbindelse med den omhandlede fusion. Domstolen skal således for første gang fortolke betydningen af og anvendelsesområdet for EU-fusionsforordningens artikel 22, som potentielt kan finde anvendelse i et ubegrænset antal sager. Kommissionens holdning kan ikke undgå at vække bekymring i flere henseender.

218. For det første tvivler jeg på, at denne holdning er i overensstemmelse med princippet om den institutionelle ligevægt, der er karakteristisk for Unionens institutionelle opbygning, og som følger af artikel 13, stk. 2, TEU, der i det væsentlige forudsætter, at hver enkelt af institutionerne udøver sine beføjelser under hensyntagen til de øvrige institutioners beføjelser [155].

219. Et af de mest grundlæggende elementer i EU-fusionsforordningen er definitionen af de tærskler, der i henhold til denne forordnings artikel 11, stk. 1 og 3, udløser anmeldelsespligten. Ifølge Kommissionens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22 bliver værdien af disse tærskler og – indirekte – de tærskler og kriterier, der er fastsat i national lovgivning, imidlertid kun relativ. Selv om en fusion muligvis ikke er anmeldelsespligtig *nogen steder* i Den Europæiske Union, ville dette under ingen omstændigheder udelukke, at Kommissionen ville kunne påberåbe sig sin kompetence til at efterprøve den efter EU-fusionsforordningens artikel 22 [156].

220. Jeg udelukker bestemt ikke, at det i en verden, der i stigende grad er baseret på en »økonomi 2.0«, kan være ønskværdigt, og måske endda nødvendigt, at ændre de nuværende tærskler for efterprøvelse af en fusion. I den sammenhæng kan det være interessant at anføre, at to medlemsstater (Østrig og Tyskland) for ganske nylig har ændret deres nationale lovgivning, således at den indeholder tærskler baseret på transaktionsværdier. Andre stater anvender forskellige kompetencetærskler, der specifikt er udformet, så de giver mulighed for at efterprøve fusioner, selv om målvirksomheden ikke har lokale indtægter (f.eks. Det Forenede Kongerige med »kriteriet om udbudsandel«). Disse og andre muligheder kunne naturligvis overvejes med henblik på at ændre EU-fusionsforordningen. Det er imidlertid EU-lovgivers og ikke Kommissionens opgave.

221. For det andet skaber Rettens vide fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, et stort potentiale for sager, hvor der kan opstå en konflikt med princippet om det EU-retlige territorialprincip. Det bør erindres, at anvendelsen af EU-retten, for at være i overensstemmelse med folkeretten, forudsætter en tilstrækkelig forbindelse til EU's område [157]. Det følger nærmere bestemt af Intel-dommen og Gencor-dommen, at anvendelsen af EU's konkurrenceregler over for virksomheders adfærd er lovlig, uanset hvor den finder sted, for så vidt som denne adfærd har forudseelige, umiddelbare og væsentlige virkninger i Unionen (herefter »kriteriet vedrørende kvalificerede virkninger«) [158].

222. Jeg er helt enig med Kommissionen i, at de materielle betingelser i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, principielt er i stand til at sikre, at der er en tilstrækkelig forbindelse til EU's område. Det skal imidlertid – som nævnt – erindres, at kontrollen af disse betingelser kun er baseret på en umiddelbar vurdering og finder sted inden for en meget kort tidsramme (15 arbejdsdage). Det kan derfor ikke udelukkes, at Den Europæiske Union i medfør af EU-

[155] – Jf. senest dom af 22.11.2022, Kommissionen mod Rådet (Tiltrædelse af Genèveaftalen) (C-24/20, EU:C:2022:911, præmis 83).

[156] – Dette er så meget desto mere sandt, hvis man som jeg anlægger den betragtning, at den forenklede procedure, der er fastsat i EU-fusionsforordningens artikel 1, stk. 4 og 5, for ændring af disse tærskler stadig finder anvendelse. Jf. fodnote 125 og 126 ovenfor.

[157] – Jf. bl.a. dom af 24.11.1992, Poulsen og Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, præmis 28).

[158] – Dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 40-47), og af 25.3.1999, Gencor mod Kommissionen (T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 243).

fusionsforordningens artikel 22 kunne anse sig for kompetent til at efterprøve en fusion (med alt hvad dette indebærer, herunder en pludselig udløsning af forpligtelsen til på globalt plan at udsætte enhver foranstaltning til gennemførelse heraf), som efterfølgende kan vise sig ikke at have nogen forudseelige, umiddelbare og væsentlige virkninger på den pågældende medlemsstats område.

223. Denne situation kan for det tredje give anledning til problemer med hensyn til princippet om international *høflighed* (international comity). Jeg er udmærket klar over, at rammerne for et princip som dette og dets retlige konsekvenser er temmelig vage [159]. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at der af et princip som dette i det mindste kan udledes en generel forpligtelse for staterne til – inden de erklærer sig for kompetente i sager med et væsentligt udenlandsk element og en temmelig svag national tilknytning – at undersøge, om anvendelsen af deres lovgivning kan underminere den effektive anvendelse af tredjelandes lovgivning, hvor de pågældende tredjelande har en stærkere territorial forbindelse til disse sager. En sådan fortolkning af princippet forekommer i vid udstrækning at være i overensstemmelse med forslag fra andre erfarne generaladvokater [160], EU's internationale aftaler på området [161] og andre domstoles konklusioner, herunder på det konkurrenceretlige område [162]. På den baggrund er jeg i tvivl om, hvorvidt Kommissionens synspunkt med hensyn til dens vidtrækkende kompetence til at efterprøve fusioner efter EU-fusionsforordningens artikel 22 er i fuld overensstemmelse med princippet om international høflighed.

224. For det fjerde er appellanternes argument om, at Rettens fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, er i strid med lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, efter min opfattelse ikke ugrundet, således som Kommissionen har hævdet. Virksomheder, der har et begrænset eller slet intet salg i EU, ville således de facto havne i en betydeligt værre situation end virksomheder med mere omfattende aktiviteter i EU.

225. De sidstnævnte kan drage fordel af den ordning med kun én kontrolinstans, som er indført ved EU-fusionsforordningen, eller de vil alternativt kun skulle indgive en eller flere nationale anmeldelser i de lande, hvor de når op over de nationale tærskler. Antallet af disse anmeldelser kan beregnes på forhånd, og fusionsparterne ved, hvilke myndigheder der vil efterprøve fusionen, og på hvilken måde og inden for hvilken tidsramme de vil gøre det. Derimod har virksomheder, der er parter i ikke-anmeldelsespligtige fusioner – som jeg har redegjort for ovenfor – ikke nogen mulighed for at forudse, hvordan deres fusion vil blive behandlet, medmindre de, i EØS, indgiver ikke mindre end 30 uformelle anmeldelser; og selv om de gør dette, vil mange aspekter af procedurerne, herunder deres varighed, stadig være uklare.

226. Denne situation forekommer mig problematisk i forhold til ligebehandlingsprincippet, som kræver, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet [163]. Den synes også at

159 – Jf. generaladvokat Darmons forslag til afgørelse Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, EU:C:1988:258, punkt 57).

160 – Jf. f.eks. vedrørende konkurrenceretten generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse InnoLux mod Kommissionen (C-231/14 P, EU:C:2015:292, punkt 39-42) og generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 283 og 300) og, i en anden sammenhæng, generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:281, punkt 88).

161 – Jf. f.eks. artikel I, stk. 2, litra b), og artikel IV i aftalen mellem De Europæiske Fællesskaber og regeringen for Amerikas Forenede Stater om anvendelsen af principper om »positive comity« i håndhævelsen af deres konkurrencelovgivning af 4.6.1998 (EFT 1998, L 173, s. 28).

162 – Jf. navnlig udtalelse fra De Forenede Staters højesteret, F. Hoffmann-La Roche, Ltd. mod Empagran S.A., 124 S. Ct. 2359 (2004).

163 – Jf. bl.a. dom af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 85). Jf. vedrørende anvendelsen af dette princip i den foreliggende sammenhæng mutatis mutandis den appellerede doms præmis 236.

medføre en uforholdsmæssig stor byrde, med hensyn til omkostninger og risici, for de virksomheder, som er indgået i transaktioner, og som, således som jeg har nævnt, har en forholdsvis begrænset aktivitet i Den Europæiske Union [164].

227. For det femte må effektivitetsprincippet ikke føre til, at anvendelsesområdet for den omhandlede bestemmelse udvides ud over, hvad der er rimeligt og nødvendigt med henblik på EU-fusionsforordningen. Jeg har redegjort for mit synspunkt i denne henseende ovenfor i punkt 197. Jeg skal blot, i denne sammenhæng, tilføje en sidste ting: Jeg er ikke overbevist af Kommissionens argument om, at det er nødvendigt at udfylde en lakune i EU-fusionsforordningens anvendelsesområde.

228. Ifølge Domstolens faste praksis – senest i Towercast-dommen [165] – finder artikel 101 og 102 TEUF anvendelse på fusioner, der ikke når op over de tærskelværdier, der er fastsat i EU-fusionsforordningen (herunder de fusioner, der ikke når op over de nationale tærskler). Disse bestemmelser giver EU's antitrustmyndigheder (Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder) mulighed for efterfølgende at gribe ind over for fusioner, der viser sig at være konkurrencebegrænsende. Et efterfølgende indgreb kan ganske vist ofte være »det næstbedste« i forhold til en forudgående efterprøvelse. Som det utvetydigt fremgår af forarbejderne, var forskellene mellem disse to former for efterprøvelse imidlertid et aspekt, hvortil EU-lovgiver tog behørigt hensyn i den proces, der ledte til vedtagelse af EU-fusionsforordningen. Kommissionens betragtninger kan derfor ikke rejse tvivl om de specifikke valg, som EU-lovgiver har truffet.

229. Desuden er jeg heller ikke overbevist af de argumenter, som Kommissionen og nogle af de regeringer, der er indtrådt i den foreliggende sag, har fremført, hvorefter håndhævelsen efter artikel 101 TEUF og 102 TEUF ville være ineffektiv og tidskrævende.

230. Som Domstolen for nylig har bekræftet i dommen i sagen European Superleague Company, er det påvist, at der foreligger misbrug af dominerende stilling, når en adfærd har »til faktisk eller potentiel følge eller endog til formål, på et indledende stadium, idet der opstilles adgangshindringer eller anvendes andre afskærmende foranstaltninger […], at forhindre potentielt konkurrerende virksomheder i overhovedet at få adgang til dette eller disse markeder og herved forhindre udviklingen af konkurrencen på disse markeder til skade for forbrugerne ved at begrænse produktion, udvikling af alternative produkter eller tjenester eller endog innovation på disse markeder« [166]. Efter min opfattelse falder en såkaldt »killer acquisition« helt ind under denne beskrivelse, idet den er et typisk eksempel på misbrug af dominerende stilling »ved formål« [167].

231. Som sådan mener jeg ikke, at det ville kræve en meget langvarig eller kompleks undersøgelse at fastslå en overtrædelse. Især fordi efterfølgende efterprøvelse af en gennemført fusion – hvilket ikke er usædvanligt i en række lande [168] – muligvis kan medføre en vis ulempe, men den har også en meget stor fordel, nemlig at myndighederne ikke behøver at *forudsige* virksomhedernes fremtidige adfærd. Konkurrencemyndigheden kan således i sin vurdering både undersøge beviser fra før

[164] – Som anført af V. Korah kan det være meget dyrt for virksomheder at have kontakt med og udlevere oplysninger til flere myndigheder, på forskellige sprog og i forskellige former, inden for forskellige, men under alle omstændigheder korte tidsfrister (jf. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8. udgave, Hart, 2004, s. 356).

[165] – Dom af 16.3.2023 (C-449/21, EU:C:2023:207).

[166] – Dom af 21.12.2023 (C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 131).

[167] – Jf. mutatis mutandis U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 2010, afsnit 6.4.

[168] – Jf. med henvisninger Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), »Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges«, Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

fusionen (f.eks. for at fastslå erhververens hensigt, og hvorvidt denne virksomhed anså målvirksomheden for en reel trussel mod sin markedsposition) og *beviser efter fusionen*, som viser, hvad der faktisk er sket på markedet efter erhvervelsen (f.eks. for at fastslå, om der har været mærkbare virkninger på pris, produktion og innovation, eller om målvirksomhedens aktiviteter er blevet indstillet eller væsentligt reduceret) [169].

232. Desuden skal jeg gøre opmærksom på, at nationale konkurrencemyndigheder, når de undersøger mulige overtrædelser af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, skal have de beføjelser, der er fastsat i det såkaldte ECN+-direktiv [170]. Ifølge dette direktiv har den kompetente myndighed, såfremt der konstateres en overtrædelse, ikke alene beføjelse til at pålægge økonomiske sanktioner (dette direktivs artikel 13-16), men den kan i henhold til dette direktivs artikel 10, stk. 1, også pålægge de pågældende virksomheder »at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. I den forbindelse kan [myndigheden] udstede et adfærdsmæssigt eller strukturelt påbud, der står i et rimeligt forhold til overtrædelsen, og som er nødvendigt for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør«. Dette kan i særligt alvorlige tilfælde meget vel omfatte en delvis eller fuldstændig opløsning af den fusionerede enhed [171]. I henhold til dette direktivs artikel 11, stk. 1, har de nationale konkurrencemyndigheder endvidere »i hastetilfælde, hvor der er risiko for alvorlig og uoprettelig skade på konkurrencen, og på grundlag af en umiddelbar konstatering af en overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, […] beføjelse til på eget initiativ at træffe afgørelse om at pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger foreløbige forholdsregler«. Disse forholdsregler kan f.eks. have form af påbud med suspenderende virkning [172].

233. For det sjette er det meget brede anvendelsesområde, som Retten tillægger en bestemmelse, der ubestrideligt udgør en undtagelse fra bestemmelserne i EU-fusionsforordningens artikel 1, i strid med det almindeligt anerkendte fortolkningsprincip, hvorefter undtagelser fra og fravigelser af et retsinstruments almindelige opbygning eller generelle regler skal fortolkes strengt, således at disse regler ikke udhules [173]. Retten har således allerede fastslået, at dette princip var relevant for fortolkningen af rækkevidden af henvisningsmekanismen i EU-fusionsforordningens artikel 9 [174]. Jeg finder det uklart, med hvilken begrundelse Retten i den appellerede dom besluttede at se bort fra dette fortolkningsprincips relevans med hensyn til henvisningsmekanismen i EU-fusionsforordningens artikel 22 [175].

234. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Retten begik en retlig fejl ved fortolkningen og anvendelsen af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit. Den appellerede dom bør derfor ophæves.

235. Såfremt Domstolen imidlertid er uenig i min bedømmelse af det første appelanbringende, bør Domstolen efter min opfattelse forkaste appellerne. I det følgende afsnit vil jeg kort redegøre for grundene til, at jeg anser appellanternes andet og tredje anbringende for at være ugrundede.

169 – Jf. om dette emne f.eks. D.H. Ginsburg og K.W. Wong-Ervin, »Challenging Consummated Mergers Under Section 2«, Competition Policy International, maj 2020.

170 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1 af 11.12.2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked (EUT 2019, L 11, s. 3). Jf. vedrørende dette direktiv generelt E. Arsenidou, »The ECN+ Directive«, in K. Dekeyser m.fl. (red.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement – A Systematic Guide*, Wolters Kluwer, 2023, s. 143-149.

171 – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Towercast (C-449/21, EU:C:2022:777, punkt 63).

172 – Jf. om foreløbige forholdsregler nyligt OECD, »Interim Measures in Antitrust Investigations«, Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

173 – Jf. f.eks. dom af 28.10.2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Udlevering og ne bis in idem) (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852, præmis 119 og den deri nævnte retspraksis).

174 – Dom af 3.4.2003, Royal Philips Electronics mod Kommissionen (T-119/02, EU:T:2003:101, præmis 354).

175 – Jf. den appellerede doms præmis 182. Jeg finder betydningen af denne passage temmelig uklar.

B. Det andet anbringende om tidspunktet for anmodningen om henvisning og Kommissionens forpligtelse til at handle inden for et rimeligt tidsrum

236. Illuminas og Grails andet appelanbringende vedrører Rettens forkastelse af Illuminas andet anbringende i første instans, om, at anmodningen om henvisning blev fremsat for sent, og subsidiært om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og princippet om »god forvaltningsskik«. Appellanterne har navnlig kritiseret den appellerede doms præmis 190-211, hvori Retten konkluderede, at:

»[B]egrebet »den pågældende medlemsstat på anden vis blev gjort bekendt med« i [EU-fusionsforordningens] artikel 22, stk. 1, andet afsnit, [skal] fortolkes således, at udtrykket kræver en aktiv fremsendelse af relevante oplysninger til denne medlemsstat, som gør det muligt for denne stat at foretage en foreløbig vurdering af, om betingelserne for en anmodning om henvisning i medfør af denne artikel er opfyldt. Ifølge denne fortolkning begynder fristen på 15 arbejdsdage i nævnte bestemmelse, når fusionen ikke er anmeldelsespligtig, dermed at løbe, når disse oplysninger er blevet fremsendt.«

237. Appellanterne har ligeledes kritiseret den appellerede doms præmis 240 og 242-245, hvori Retten bl.a. fastslog, at i) »[Illumina] ikke i tilstrækkelig grad [kunne] præcisere de angivelige »betydelige faktuelle fejl«, som den anfægtede afgørelse var behæftet med, og som allerede opfordringsskrivelsen var behæftet med, der på afgørende vis kunne have påvirket indholdet af den franske konkurrencemyndigheds anmodning om henvisning«, og ii) »[d]e pågældende [appellanter] havde flere lejligheder til at tilkendegive deres synspunkter under den administrative procedure, der førte til vedtagelsen af [de anfægtede] afgørelser«.

1. Parternes argumenter

238. Appellanterne har med det andet anbringende gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den i) ikke udledte nogen retlig konsekvens af den korrekte konstatering om, at Kommissionen var »urimeligt lang tid« om at fremsende opfordringsskrivelsen til medlemsstaterne vedrørende fusionen, og ii) fastslog, at Kommissionen ikke tilsidesatte parternes ret til forsvar under den procedure, som resulterede i vedtagelsen af de anfægtede afgørelser.

239. Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringende er ugrundet og delvis skal afvises.

2. Bedømmelse

240. Jeg finder ikke appellanternes argumenter overbevisende.

241. For det første mener jeg ikke, at Retten begik en retlig fejl ved fortolkningen af udtrykket »den pågældende medlemsstat [...] blev gjort bekendt med« i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit. Som anført i den appellerede doms præmis 192 fremgår det af en sammenligning af de forskellige sprogversioner af forordningen, at det ikke er tilstrækkeligt til, at fristen på 15 arbejdsdage begynder at løbe, at fusionen offentliggøres i den pågældende medlemsstat, f.eks. i en pressemeddelelse eller ved mediedækning[176], for at de berørte myndigheder kan få kendskab hertil. Denne bestemmelse kræver derimod en aktiv meddelelse om fusionen til disse myndigheder. Efter min opfattelse er denne fortolkning i overensstemmelse

[176] – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 203.

med bestemmelsens formål, nemlig at give myndighederne mulighed for at foretage en foreløbig undersøgelse, hvor de vurderer, om de materielle betingelser i EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, første afsnit, umiddelbart er opfyldt [177].

242. Appellanterne har efter min opfattelse ikke fremført noget argument, der kan rejse tvivl om denne fortolkning af EU-fusionsforordningens artikel 22, stk. 1, andet afsnit.

243. Selv om jeg for det andet ikke er helt overbevist af de retlige rammer, som Retten anvendte til at fastlægge konsekvenserne af, at Kommissionen ikke fremsendte opfordringsskrivelsen inden for en rimelig frist, anser jeg konklusionen i den appellerede dom for korrekt.

244. Efter min mening er det springende punkt ikke, om appellanterne kunne godtgøre, at deres ret til forsvar blev krænket på grund af Kommissionens forsinkede handling. Det afgørende spørgsmål er snarere, om appellanterne kunne fremlægge tilstrækkelige oplysninger, der indikerede, at proceduren *muligvis* havde ført til et andet resultat, hvis den pågældende procedurefejl ikke var begået.

245. Som jeg redegjorde for i mit forslag til afgørelse i HSBC-sagen, synes Unionens retsinstanser i deres praksis at sondre mellem to hovedformer for procedurefejl: tilsidesættelser af »væsentlige formforskrifter«, som *automatisk* medfører, at den pågældende retsakt er ugyldig, og tilsidesættelse af andre procedureregler, der er underlagt »*princippet om harmløse fejl*«. Dette betyder, at »almindelige« procedurefejl medfører annullation af den anfægtede retsakt, medmindre fejlen kan anses for harmløs i den forstand, at den ikke havde eller ikke kunne have nogen indflydelse på udfaldet af proceduren. Det skal anføres, at dette princip, afhængigt af den tilsidesatte regels karakteristika, er blevet anvendt i tre forskellige former: i) tilsidesættelser af alvorlig og strukturel karakter giver anledning til en (afkræftelig) *formodning* om, at fejlen har haft indflydelse på procedurens udfald, idet det påhviler sagsøgte at afkræfte formodningen, ii) »standardfejl«, som muligvis, muligvis ikke, har haft indflydelse på procedurens udfald, hvor sagsøgeren skal bevise, at den anfægtede retsakt *muligvis* havde været anderledes, hvis der ikke havde foreligget nogen fejl, og iii) mindre alvorlige uregelmæssigheder, som medfører annullation af den pågældende retsakt, hvis sagsøgerne godtgør, at proceduren *ville* have haft et andet udfald, såfremt der ikke havde foreligget fejl [178].

246. I lyset af den relevante bestemmelses ordlyd (som ikke fastsætter nogen specifik frist) [179] og formålet med og logikken bag den fusionskontrolordning, der blev indført ved EU-fusionsforordningen (som har til formål at sikre en effektiv kontrol med potentielt konkurrencebegrænsende fusioner ved hjælp af et effektivt og forudsigeligt system, der kan sikre de berørte virksomheder retssikkerhed) [180], er det ikke min opfattelse, at den omstændighed, at Kommissionen ikke handlede inden for en rimelig frist, kan anses for en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, og at standardkriteriet for procedurefejl bør finde anvendelse [181].

177 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 199.

178 – Jf., med yderligere henvisninger, mit forslag til afgørelse HSBC Holdings m.fl. mod Kommissionen (C-883/19 P, EU:C:2022:384, punkt 38-59).

179 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 221.

180 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 226.

181 – Jf. analogt EU-Domstolens praksis, hvortil der henvises i den appellerede doms præmis 240.

247. Appellanterne har hverken i de indlæg, der blev indgivet i første instans, eller i forbindelse med den foreliggende sag fremlagt konkrete oplysninger, der indikerer, at Kommissionens vurdering af den omhandlede fusions mulighed for og egnethed til at blive genstand for en henvisning i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22 *muligvis* havde været anderledes, såfremt den havde handlet inden for et rimeligt tidsrum.

248. Under alle omstændigheder er jeg ligeledes enig med Kommissionen i, at appellanterne i) ikke udtrykkeligt påberåbte sig en tilsidesættelse af deres ret til forsvar i første instans, og at dette led af det andet appelanbringende derfor ikke kan antages til realitetsbehandling, og ii) ikke i tilstrækkelig grad beviste, at deres mulighed for at udøve deres ret til forsvar under den procedure, der førte til vedtagelsen af de anfægtede afgørelser, er blevet påvirket negativt. Med hensyn til det sidstnævnte punkt er det korrekt, at appellanterne fremlagde en række oplysninger, der tyder på, at Kommissionen muligvis ikke, over for disse virksomheder, har handlet med den grad af gennemsigtighed og fairness, der normalt må forventes af den offentlige forvaltning [182]. Dette er naturligvis beklageligt, eftersom en sådan adfærd kan påvirke den måde, hvorpå offentligheden opfatter den måde, som en tjeneste fungerer på, idet denne – på grund af de væsentlige beføjelser, den er tillagt – konsekvent bør handle med den største upartiskhed og objektivitet. Det må imidlertid fastslås, at Kommissionens adfærd ikke fratog appellanterne muligheden for at gøre deres faktiske og retlige argumenter gældende under den procedure, der blev indledt i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22, med henblik på at påvirke udfaldet heraf.

249. Af de ovenfor anførte grunde bør det andet appelanbringende forkastes.

C. Det tredje anbringende om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet

250. Med deres tredje appelanbringende – vedrørende den appellerede doms præmis 254-260 – har Illumina og Grail foreholdt Retten, at den forkastede Illuminas tredje anbringende i første instans om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet. I disse passager undersøgte Retten kun argumenterne vedrørende den berettigede forventning, idet argumenterne vedrørende retssikkerheden ikke var blevet underbygget tilstrækkeligt.

251. Hvad angår princippet om beskyttelse af den berettigede forventning fastslog Retten, at de væsentligste forhold, som Illumina havde påberåbt sig, ikke underbyggede, »at Kommissionen havde den angivelige politik, som [Illumina havde støttet] sig på«, og ikke kunne anses for at udgøre »præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer [fra Kommissionen] om behandlingen af denne fusion«.

1. Parternes argumenter

252. Appellanterne er af den opfattelse, at den appellerede doms begrundelse er behæftet med en række retlige fejl. De har navnlig gjort gældende, at Retten i) gengav Illuminas argument i første instans vedrørende en berettiget forventning forkert, ii) fejlagtigt fandt, at der kun kunne

[182] – Det er navnlig vanskeligt at forstå, hvorfor appellanterne blev kontaktet af Kommissionen og derefter informeret om dens betænkeligheder næsten *tre måneder* efter, at Kommissionen havde modtaget en klage over fusionen, selv om Kommissionen i hele denne periode havde talrige udvekslinger med klageren, adskillige nationale konkurrencemyndigheder, andre medlemsstaters myndigheder og Competition and Markets Authority.

foreligge en berettiget forventning, hvis de forsikringer, hvorpå denne forventning var støttet, specifikt vedrørte den omhandlede fusion, iii) fejlvurderede betydningen af en tale, der blev holdt af Margrethe Vestager, ledende næstformand for Kommissionen og konkurrencekommissær, blot nogle måneder, før Kommissionen sendte opfordringsskrivelsen [183], og iv) undlod at tage stilling til argumenterne vedrørende tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet.

253. Kommissionen har heroverfor anført, at Retten ikke begik en retlig fejl hvad dette angår.

2. Bedømmelse

254. Selv om jeg igen ikke anser visse af de relevante passager i den appellerede dom for at være overbevisende, er det min opfattelse, at Retten ikke begik en fejl, da den forkastede Illuminas tredje anbringende.

255. Indledningsvis er appellanternes anbringende om Rettens fejlagtige gengivelse af de argumenter, der var baseret på en berettiget forventning, ikke overbevisende. Appellanternes anbringende om, at Illuminas argument var, at Kommissionen havde skabt en forventning om, at den ikke ville *fremme* anmodninger om henvisning af fusioner, som ikke nåede op over de nationale tærskler, hvorimod Retten undersøgte, hvorvidt Kommissionen lovligt kunne *acceptere* sådanne henvisninger. Dette forekommer mig at være »hårkløveri«. De to aspekter supplerer tydeligvis hinanden og kan vanskeligt adskilles.

256. Kernen i appellanternes argument var i det væsentlige, at de ikke kunne forudse den pludselige ændring i Kommissionens politik med hensyn til fortolkningen af EU-fusionsforordningens artikel 22. Det afgørende i denne forbindelse er, hvorvidt appellanterne på grundlag af de oplysninger, de fik fra Kommissionen, med rette kunne tro, at deres fusion ikke ville være genstand for en henvisning i medfør af EU-fusionsforordningens artikel 22. Spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende henvisning i denne sammenhæng blev iværksat af en eller flere nationale konkurrencemyndigheder på eget initiativ, eller fordi Kommissionen opfordrede dem hertil, er efter min opfattelse ikke relevant.

257. Desuden er jeg heller ikke overbevist af appellanternes argumenter om Rettens manglende behandling af deres anbringender om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet. Efter at have gennemgået deres indlæg i første instans må jeg erklære mig enig med Retten i, at appellanterne ikke fremførte noget specifikt argument i denne henseende; det vil med andre ord sige ingen argumenter, der adskilte sig fra deres argumenter vedrørende den berettigede forventning, som Retten udtrykkeligt tog stilling til i den appellerede dom.

258. Desuden mener jeg ikke, at alle betingelserne for, at en part kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, er opfyldt i den foreliggende sag.

259. Ganske vist er visse passager i den appellerede dom efter min opfattelse ukorrekte. I dommens præmis 254 henviste Retten til en retspraksis, hvorefter præcise, ubetingede og samstemmende oplysninger fra forvaltningen kan give anledning til en berettiget forventning, bl.a. forudsat at disse oplysninger »er i overensstemmelse med de gældende regler«. Derefter tilføjede Retten i dommens præmis 265 under henvisning til denne retspraksis, at »[f]or så vidt

[183] – Tale med overskriften »The Future of EU Merger Control«, der blev holdt på det internationale advokatforbunds 24. årlige konference om konkurrence den 11.9.2020.

som det fremgår af undersøgelsen af det første anbringende, at de anfægtede afgørelser var støttet på en korrekt fortolkning af denne artikels rækkevidde, kan sagsøgeren [...] ikke påberåbe sig en ændring af Kommissionens afgørelsespraksis«.

260. Jeg er ikke enig med Retten i denne henseende. Den retspraksis, som Retten henviste til (der, så vidt jeg kan se, hovedsagelig består af dens egne domme), kan logisk set ikke betyde, at personer kun kan påberåbe sig en berettiget forventning, hvis de forsikringer, som forvaltningen har givet, er i overensstemmelse med de gældende regler. Hvis forsikringerne er i overensstemmelse med gældende ret, ville de pågældende nemlig ikke behøve at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, eftersom deres stilling ville være behørigt beskyttet af selve de bestemmelser, hvortil forvaltningen har henvist. Rationalet bag princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er, naturligvis, at beskytte personer, som uforskyldt vildledes af forvaltningens fortolkning af gældende ret.

261. Efter min opfattelse kan denne retspraksis kun accepteres, hvis den forstås således, at den udelukker muligheden for, at personer kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, når en rimeligt velunderrettet person bliver opmærksom på, at forvaltningens forsikringer ikke er i overensstemmelse med gældende regler. Hvis appellanterne i det foreliggende tilfælde faktisk havde modtaget »præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer« fra Kommissionen, kunne den omstændighed, at denne institution efterfølgende har anvendt EU-fusionsforordningens artikel 22 korrekt, følgelig ikke have været til hinder for, at de pågældende virksomheder påberåbte sig en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

262. Når dette er sagt, er jeg enig med Retten i, at der under ingen omstændigheder kan udledes sådanne forsikringer af den tale holdt af kommissæren, som appellanterne henviste til. Som Retten korrekt bemærkede, udelukker såvel talens emne (idet den »vedrørte Kommissionens generelle politik på området for fusioner og ikke omtalte den omhandlede fusion«)[184], og dennes hovedpunkter og indhold (idet den anførte, at Kommissionen tidligere »havde haft en praksis, som bestod i at afholde de nationale myndigheder fra at henvise fusioner til behandling, for hvilke de ikke selv havde kompetence«)[185], at en sådan tale kan anses for at give anledning til »præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer« som omhandlet i Domstolens praksis[186].

263. På baggrund af det ovenstående bør det tredje appelanbringende efter min opfattelse ligeledes forkastes.

VI. Konsekvenserne af bedømmelsen: udfaldet af den foreliggende sag

264. I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, andet punktum, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver den af Retten trufne afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

184 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 260.

185 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 261.

186 – Jf. f.eks. dom af 20.5.2021, Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:402, præmis 49), og af 31.3.2022, Smetna palata na Republika Bulgaria (C-195/21, EU:C:2022:239, præmis 65).

265. Efter min opfattelse er dette klart tilfældet i den foreliggende sag. Retten begik en fejl ved fortolkningen og anvendelsen af EU-fusionsforordningens artikel 22. Denne bestemmelse skal fortolkes således, at den ikke bemyndiger Kommissionen til at vedtage afgørelser som dem, appellanterne har anfægtet i den foreliggende sag. Disse afgørelser bør derfor annulleres.

266. Den franske konkurrencemyndigheds anmodning og Kommissionens underretningsskrivelse kan imidlertid ikke annulleres, eftersom i) den sidstnævnte retsakt ikke var anfægtet i første instans [187] (ud over, at den ikke er en retsakt fra EU-institutionerne), og ii) det blev fastslået, at underretningsskrivelsen, selv om den var anfægtet i første instans, ikke er en retsakt, der kan være genstand for et annullationssøgsmål ved Retten [188]. De relevante passager i den appellerede dom er heller ikke appelleret af appellanterne.

VII. Sagsomkostninger

267. Ifølge artikel 138, stk. 1, og artikel 184, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da appellanterne har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da appellanterne har fået medhold, bør det pålægges Kommissionen at betale sagsomkostningerne.

268. I henhold til procesreglementets artikel 140 og artikel 184, stk. 1, bærer de medlemsstater, der er indtrådt i sagen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Biocom hver deres egne omkostninger.

VIII. Forslag til afgørelse

269. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»– Rettens dom af 13. juli 2022, Illumina mod Kommissionen, T-227/21, EU:T:2022:447, ophæves.

– Kommissionens afgørelse C(2021) 2847 final af 19. april 2021 om imødekommelse af anmodningen fremsat af den franske konkurrencemyndighed om at behandle fusionen, hvorved Illumina, Inc. erhvervede den fulde kontrol med Grail, Inc. (sag COMP/M.10188 – Illumina/Grail), Kommissionens afgørelse C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final og C(2021) 2855 final af 19. april 2021 om imødekommelse af anmodningerne fremsat af den belgiske, den nederlandske, den græske, den islandske og den norske konkurrencemyndighed om at tilslutte sig denne anmodning om henvisning og Europa-Kommissionens skrivelse af 11. marts 2021 om underretning af Illumina og Grail om den nævnte anmodning om henvisning, annulleres.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

– Den Franske Republik, Kongeriget Nederlandene, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Biocom California bærer hver deres egne omkostninger.«

187 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 62.

188 – Jf. i denne forbindelse den appellerede doms præmis 79 og 80.