



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JULIANE KOKOTT
esitatud 27. aprillil 2017¹

Kohtuasi C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
versus
Bundeskartellanwalt

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Oberster Gerichtshof (Austria))

Konkurents – Ettevõtjate koondumiste kontroll – Määruse (EÜ) nr 139/2004 (EÜ ühinemismäärus) artikkel 3 – Esemeline kohaldamisala – Koondumise mõiste – Üleminek ettevõtja ainukontrollilt ühiskontrollile – Olemasoleva ilma täieliku toimivusega ettevõtja ümberkujundamine ilma täieliku toimivusega ühissettevõtjaks – Euroopa Komisjoni ja ühinemiskontrolli eest vastutavate siseriiklike asutuste pädevuse piiritlemine

I. Sissejuhatus

1. Lembelaulik (*Minnesänger*) Ulrich von Liechtenstein võis paljugi mõelda, kui ta tegi 1227. aastal oma kirjanduses jäädvustatud reisi Veneetsiast Böömimaale Mürzzuschlag'i², mis asub tänapäeva Austrias.³ Kas ta nägi juba toona ette, et sellest maalilises kohas Mürzi jõe kallastel asuvast linnakesest saab kord esimese Euroopa Liidu ühinemiskontrolli puudutava eelotsusemenetluse areen?

2. Selle menetluse on tinginud asfalditootja, mis kuulub siiani ainult suurele ehituskontsernile, kuid mida tulevikus hakkab käitama see ehituskontsern koos teise ehituskontserniga. Teisisõnu kavatsetakse seega juba olemasolev asfalditootja kujundada ümber *ühissetevõtjaks*. Ühinemiskontrolli seisukohast tekitab probleeme seejuures asjaolu, et see ettevõtja ei ole *täielikult toimiv ettevõtja*, sest tema tegevus piirdub oma praeguse ematöötaja – ja tulevikus oma mõlema ematöötaja – tellimuste täitmisega, ilma et ta tegutses turul märkimisväärselt iseseisvana.

3. Seetõttu palutakse Euroopa Kohtul lahendada põhimõtteline küsimus, mida tähendab ettevõtjate koondumine EÜ ühinemismääruse (edaspidi „ühinemismäärus“)⁴ artikli 3 tähenduses. Eelkõige puudutab see ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b ja artikli 3 lõiget 4, kusjuures tuleb arutada seda, kas nende sätete alusel kohaldatakse selliste ettevõtjate nagu Mürzzuschlagis asuva ettevõtja suhtes, keda ei saa pidada seetõttu, et ta turul iseseisvalt ei tegutses, täielikult toimivaks ettevõtjaks, sellest hoolimata Euroopa Liidu ühinemiskontrolli, kui nendes antakse osalus kolmandatele isikutele.

1 Algkeel: saksa.

2 [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

3 Sõna „Murzuslage“, mida 1200. aastal sündinud ja 1275. aastal surnud luuletaja oma eeposes „Frauendienst“ kasutab, peetakse ühtlasi Mürzzuschlagi linna esimeseks ürikuliseks mainimiseks.

4 Nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määrus (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜ ühinemismäärus) (EÜT 2004, L 24, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 40).

4. Kirjeldatud probleemid, mis on seotud olemasoleva ilma täieliku toimivuseta ettevõtja ümberkujundamisega ühissettevõtjaks, võivad esmapilgul tunduda ülimalt tehnilised ning kindlasti kiretumad kui Ulrich von Liechtensteini rüütliuule. Neil on liidu õiguse konkurentsieeskirjade süsteemi kehtestamisega seoses liidu siseturul siiski praktiline tähtsus, mida ei või alahinnata. Ühinemismääruse artikli 3 tõlgendamiseks mitte üksnes ei tõmmata horisontaalselt eraldusjoont ühinemismääruse kohase koondumiste kontrolli ja määruse (EÜ) nr 1/2003⁵ kohase konkurentsioiguse eeskirjade rakendamise vahele, vaid piiritletakse ka vertikaalselt Euroopa Komisjoni kui siseturu ühinemiskontrolli asutuse ja koondumistega tegelevate liikmesriikide asutuste pädevus, sest Euroopa Liidu ühinemiskontroll rajaneb siiski pädevuste täpse jaotuse süsteemil.⁶

II. Õiguslik raamistik

5. Käesoleva kohtuasja liidu õiguse kohane alus on ühinemismääruse artikkel 3, mis kannab pealkirja „Koondumise määratlus“ ning on sõnastatud järgmiselt:

„1. Koondumine on juhtum, kus toimub püsiv kontrolli üleminek tulenevalt:

[...]

b) juba vähemalt üht ettevõtjat kontrolliva isiku või isikute või ühe või mitme ettevõtja poolsest otsese või kaudse kontrolli omandamisest ühe või enama teise ettevõtja või nende osade üle, mis võib toimuda väärtpaperite või varade ostu kaudu, lepingu alusel või mis tahes muul viisil.

[...]

4. Sellise ühissettevõtte loomist, mis täidab püsivalt kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone, käsitatakse koondumisena lõike 1 punktis b määratletud tähenduses.

[...]“.

6. EÜ ühinemismääruse põhjenduses 20 selgitatakse ühinemismääruse artikli 3 lõiget 1 ja lõiget 4:

„Kohane on määratleda koondumise mõiste viisil, mis hõlmaks tehinguid, mis muudaksid asjaomaste ettevõtjate struktuuri ning seega ka turu struktuuri jäädavalt. Seepärast on asjakohane kohaldada käesolevat määrust kõikide ühissettevõtete suhtes, mis püsivalt täidavad kõiki autonoomse majandusüksuse ülesandeid. [...]“.

7. Lisaks tuleb mainida selle määruse põhjendust 8:

„Käesoleva määruse sätteid tuleks kohaldada märkimisväärsete struktuurimuutuste suhtes, mille mõju turule ületab ühe liikmesriigi piirid. Taolisi koondumisi tuleks üldjuhul läbi vaadata üksnes ühenduse tasandil, kohaldades ainukontrolli põhimõtet, ning kooskõlas subsidiaarsuse põhimõttega. Koondumised, mida käesolev määrus ei hõlma, kuuluvad põhimõtteliselt liikmesriikide jurisdiktsiooni alla.“

5 Nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määrus (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205; edaspidi „määrus nr 1/2003“).

6 Kohtuotsused, 25.9.2003, Schlusserverlag J. S. Moser jt vs. komisjon (C-170/02 P, EU:C:2003:501, punkt 32) ja 22.6.2004, Portugal vs. komisjon (C-42/01, EU:C:2004:379, punkt 50); samas tähenduses kohtuotsus, 18.12.2007, Cementbouw Handel & Industrie vs. komisjon (C-202/06 P, EU:C:2007:814, punkt 37).

8. Lõpuks tuleb viidata ka ühinemismääruse artiklile 21, mis kannab pealkirja „Määruse kohaldamine ja jurisdiktsioon“ ning millel on – käesolevas asjas olulises osas – järgmine sisu:⁷

„1. Artiklis 3 määratletud koondumiste suhtes kohaldatakse ainult käesolevat määrust ja [määrust nr 1/2003] ei kohaldata, välja arvatud ühissettevõtete puhul, mis pole ühenduse seisukohalt olulised ja mille eesmärk või mõju on sõltumatuks jäänud ettevõtjate konkurentsikäitumise kooskõlastamine.

2. Tingimusel, et tema otsused kuuluvad läbivaatamisele Euroopa Kohtus, on komisjonil ainupädevus teha käesolevas määruses sätestatud otsused.

3. Liikmesriigid ei tohi kohaldada ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste suhtes siseriiklikke konkurentsialaseid õigusakte.

[...]“.

9. Komisjoni konsolideeritud pädevuseteatis⁸ ei ole käesoleva juhtumi õigusliku raamistiku osa, sest see kujutab endast üksnes õiguslikult mittesiduvat teatist, milles komisjon teeb läbipaistvuse tagamise eesmärgil teatavaks oma õigusliku seisukoha ja halduspraktika, mis puudutab pädevusküsimusi koondumiste kontrolli korral.⁹

III. Asjaolud ja põhikohtuasi

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (edaspidi „AA“) on Strabag SE kaudne tütarettevõtja, Teerag Asdag AG (edaspidi „TA“) kuulub aga Porr kontserni. Nii Strabag kui ka Porr on rahvusvahelised ehituskontsernid, kes tegutsevad muu hulgas ka teedehituses.

11. Asfalditootja Mürzzuschlag asub Austria Steiermargi liidumaa Mürzzuschlagi omavalitsuses. Ta toodab teede ehitamiseks vajalikku asfaldi ning varustab peaaegu üksnes TAd, kelle ainuomandis ta praegu on.

12. AA ja TA kavatsesid asutada Austria õiguse alusel äriühingu Gesellschaft mbH & Co Kommanditgesellschaft (usaldusühing, mille täisosanik on osaühing), kusjuures AA ja TA omandavad kumbki 50% suuruse osaluse usaldusosanikus ja 50% suuruse osaluse ka usaldusühingus. Kõik uue äriühingu otsused osanike koosolekul tuleb vastu võtta ühehäälselt.

13. TA annab asfalditootja üle uuele äriühingule. Nagu märgitakse eelotsusetaotluses, tuleb seda protsessi majanduslikus mõttes mõista nii, et AA omandab asfalditootjas kui juba olemasolevas huvipakkuvas ettevõttes 50% suuruse osaluse, kusjuures TA kui asjaomast ettevõtjat seni üksinda kontrollinud võõrandaja säilitab nüüd asjaomase ettevõtja kontrollis kaasosaluse. Äriühingus toodetud asfaldiga varustatakse peaaegu ainult AAd ja TAd.

⁷ Ühinemismääruse artikli 21 lõike 1 originaaltekstis sisalduvad viited muudele määrustele peale määruse nr 1/2003 on vananenud, seepärast jätsin ma need järgnevas tsitaadis parema loetavuse huvides välja.

⁸ Komisjoni konsolideeritud pädevuseteatis, mis käsitleb nõukogu määrust (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2008, C 95, lk 1).

⁹ Vt selle kohta eelkõige konsolideeritud pädevuseteatis, punkt 3.

14. Vastavalt Austria 2005. aasta konkurentsiseadusele (edaspidi „KartG“) teavitas AA 3. augustil 2015 sellest koondumisest Austria konkurentsiametit (Bundeswettbewerbsbehörde). Nagu tuleneb kohtutoimikutest, oli Euroopa Komisjoni konkurentsi peadirektoraat enne seda teatanud AA-le, et tegemist ei ole koondumisega ühinemismääruse artikli 3 tähenduses.¹⁰ See teade oli siiski seotud sõnaselge viitega sellele, et see väljendab üksnes komisjoni talituse arvamust, mis ei ole komisjonile kui liidu organile siduv.

15. 3. augusti 2015. aasta teate peale esitas Austria Bundeskartellanwalt Oberlandesgericht Wien'ile kui konkurentsikohtule tähtaja jooksul taotluse koondumise kontrollimiseks KartG § 11 lõike 1 alusel. Konkurentsikohus jättis 6. oktoobri 2015. aasta määrusega kontrollitaotluse siiski rahuldamata. Põhjenduseks märkis konkurentsikohus, et teatatud koondumise puhul on tegemist liidu ulatusega koondumisega, nii et sellele ei kohaldata Austria konkurentsioigust, vaid ainult liidu õigust EÜ ühinemismääruse kujul.

16. Oberster Gerichtshof (Austria kõrgeim kohus)¹¹ peab nüüd kõrgeima konkurentsikohtuna lahendama AA poolt konkurentsikohtu nimetatud määruse peale esitatud määruskaebuse. Oma määruskaebusega taotleb AA konkurentsikohtu määruse tühistamist ja koondumise käsitamist Austria konkurentsioiguse kohase (KartG §-d 7 ja 9) kavandatava koondumisena, millest tuleb teatada.

IV. Eelotsusetaotlus ja menetlus Euroopa Kohtus

17. Oberster Gerichtshof esitas 2. mail 2016 Euroopa Kohtule 31. märtsi 2016. aasta määrusega ELTL artikli 267 alusel järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas nõukogu määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle artikli 3 lõike 1 punkti b ja lõiget 4 tuleb tõlgendada nii, et olemasoleva ettevõtja üle teostatavalt ainukontrollilt ühiskontrollile üleminekut, kusjuures varem ainukontrolli teostanud äriühing säilitab kontrollis kaasosaluse, loetakse koondumiseks ainult siis, kui asjaomane ettevõtja täidab püsivalt kõiki autonoomse üksuse funktsioone?“

18. Euroopa Kohtu eelotsusemenetluses osalesid kirjalikult Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt ja Euroopa Komisjon, kes olid esindatud ka 22. märtsil 2017 toimunud kohtuistungil.

V. Hinnang

19. Oma küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus sisuliselt teada, kas olemasoleva ettevõtja üle teostatava kontrolli üleminekut – käesoleval juhul asfalditootja Mürzzuschlag ainukontrollilt ühiskontrollile üleminekut – tuleb isegi sel juhul pidada ühinemismääruse artikli 3 kohaseks ettevõtjate koondumiseks, kui selle koondumise tulemusel tekkinud ühissettevõtja ei ole täielikult toimiv.

20. Lähtepunkt on vaieldamatu: ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b kohaselt peetakse koondumiseks tehingut, mille tulemusel üks või mitu ettevõtjat omandavad püsivalt ainukontrolli või ühiskontrolli teise ettevõtja või tema osade üle. Probleeme tekitab siiski selle sätte ja ühinemismääruse artikli 3 lõike 4 koostoime. Viimane klausel kaasab nimelt koondumise mõistesse ka „ühissettevõtte loomise“, kuid tingimusega, et see ühissettevõtte „täidab püsivalt kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone“ ning on seega täielikult toimiv.

10 22. detsembri 2015. aasta kiri (konsultatsioon nr C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), alla kirjutanud konkurentsi peadirektoraadi direktor, kelle pädevusse kuuluvad toorainetööstuse, töötleva tööstuse ja põllumajandussektor.

11 Edaspidi ka „eelotsusetaotluse esitanud kohus“.

21. Ühinemismääruse artikli 3 lõike 4 sõnastust ja paiknemist silmas pidades on siiski selgusetu, kas ühissettevõtjate suhtes kohaldatakse Euroopa Liidu ühinemiskontrolli üldiselt ainult siis, kui nad on „autonoomsed majandusüksused“, seega teisisõnu täielikult toimivad ettevõtjad. Mõeldav oleks nimelt ka mõista ühinemismääruse artikli 3 lõiget 4 nii, et selles sisalduv piirav viide täielikule toimivusele kehtib üksnes *uute* ühissettevõtjate asutamise korral, mitte aga *olemasoleva* ettevõtja *ümberkujundamise* puhul kahe kontserni poolt ühiselt kontrollitavaks ühissettevõtjaks. Kui soovitakse lähtuda viimasest tõlgendusest, siis tuleks ühinemiskontrolli kohaldada lõpuks *kõigi tehingute* suhtes, mille puhul muutub püsivalt kontroll olemasolevate (ühis)ettevõtjate üle ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b tähenduses, olenemata sellest, kas tegemist on täielikult toimiva ettevõtjaga või – nagu asfalditootja Mürzzuschlagi puhul – pelgalt tootmisüksusega, mis turul iseseisvalt ei tegutse.

22. Huvitav on see, et Euroopa Komisjon kaitseb käesolevas kohtumenetluses viimati nimetatud tõlgendust, ometi asus koondumiste kontrolli suhtes pädev komisjoni talitus enne seda *samas juhtumis* diametraalselt vastupidisele seisukohale.¹² On äärmiselt kahetsusväärne, et komisjon ei kujunda eelnevalt sellises põhimõttelises ja sageli korduvas pädevuse küsimuses välja ühtset selget joont ega pea sellest järjekindlalt kinni.¹³ Nimelt üksnes sellisel juhul saavad turul osalejad usaldada ettevõtjate koondumiste kontrolli vallas pädevate komisjoni talituste seisukohti ja nõuandeid – olgu need avaldatud kas või mittesiduvates ametlikes kirjades – ning hinnata läbimõeldult oma liidu õigusest tulenevaid kohustusi.

23. Minu arvates on vähe abi ka ainult abstraktsest mõtisklemisest selle üle, kas ühinemismääruse artikli 3 lõige 4 toob ühissettevõtjate puhul kaasa ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punktist b tuleneva koondumise mõiste laiendamise, kitsendamise või üksnes täpsustamise. Pigem tuleb ühinemismääruse artikli 3 tõlgendamiseks ja kohaldamiseks leida praktiline lahendus. Selleks tuleb väljakujunenud kohtupraktika kohaselt liidu õiguse sätte tõlgendamisel arvesse võtta selle sätte sõnastust, konteksti ning eesmärke.¹⁴

Sõnastus

24. Ühinemismääruse artikli 3 sõnastus ei too käesoleval juhul vaidlusaluse küsimuse kohta täit selgust. Ühinemismääruse artikli 3 lõikes 4 sedastatakse üksnes, et sellise ühissettevõtja loomist, mis täidab püsivalt kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone, käsitatakse koondumisena ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b tähenduses. Selle sõnastuse puhul jääb ebaselgeks, kas täielik toimivus – seega asjaolu, et kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone täidetakse püsivalt – on vajalik üksnes *uue* ühissettevõtja asutamisel või on silmas peetud ka juba olemasoleva ettevõtja ümberkujundamist ühissettevõtjaks, nii et ka selle suhtes tuleb Euroopa Liidu ühinemiskontrolli kohaldada üksnes juhul, kui asjaomane ettevõtja on täielikult toimiv.

25. Euroopa Kohtusse jõudnud vaidlus tõendab ilmekalt, et mõlemad tõlgendused on võimalikud. Nimelt saab ühinemismääruse artikli 3 lõiget 4 kooskõlas AA väljendatud seisukohaga mõista nii, et üldiselt kohaldatakse Euroopa Liidu ühinemiskontrolli *ainult* selliste ühissettevõtjate suhtes, kes on täielikult toimivad, olenemata sellest, kas nende „loomisel“ asutatakse täiesti uus ettevõtja või kas olemasolev ettevõtja kujundatakse ümber ühissettevõtjaks. Ühinemismääruse artikli 3 lõike 4 sõnastust silmas pidades võib aga nõustuda ka komisjoni seisukohaga ning pidada täielikku toimivust Euroopa Liidu ühinemiskontrolli tegemise tingimuseks ainult uue ühissettevõtja asutamise korral, seevastu juba olemasoleva ettevõtja üle teostatava kontrolli muutmise korral – tema ühissettevõtjaks

12 Vt selle kohta eespool käesolev ettepanek, punkt 14 ja 10. joonealune märkus.

13 Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et komisjon on senini oma otsuste tegemisel ainukontrollilt ühiskontrollile ülemineku kohta vahel kontrollinud täieliku toimivuse kriteeriumi, vahel jällegi selle tähelepanuta jätnud.

14 Vt muu hulgas kohtuotsus, 8.9.2015, Hispaania vs. parlament ja nõukogu (C-44/14, EU:C:2015:554, punkt 44) ning samas tähenduses kohtuotsus, 8.11.2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, punkt 31).

ümberkujundamise tõttu – tuleks igal juhul kohaldada ühinemiskontrolli, seda isegi täieliku toimivuse puudumise puhul; ühinemismääruse artikli 3 lõikes 4 ega artikli 3 lõike 1 punktis b ei ole sõnaselgelt kehtestatud nõuet, et ka *olemasolevad* ettevõtjad peavad püsivalt täitma kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone.

26. Kui liidu õiguse sätte sõnastus – nagu käesoleval juhul ühinemismääruse artikli 3 puhul – võimaldab eri tõlgendusi, siis tuleb õige tõlgendus leida selle sätte eesmärgi ja ülesehituse alusel. Lisaks võib uurida sätte ettevalmistavaid materjale.

Eesmärk

27. Vaidluse esemeks olevat ühinemismääruse artikli 3 lõiget 4 selgitatakse täpsemalt EÜ ühinemismääruse põhjenduse 20 teises lauses. See sätestab, et seda määrust on asjakohane kohaldada kõikide ühissettevõtete suhtes, mis püsivalt täidavad kõiki autonoomse majandusüksuse ülesandeid ehk teisisõnu kõikide täielikult toimivate ühissettevõtete suhtes.

28. Seega *ei* tee EÜ ühinemismääruse preambula vahet uute ühissettevõtjate vahel ja ettevõtjate vahel, kes – nagu käesoleval juhul – tekivad juba olemasolevate ettevõtjate üle kontserni poolt teostatavalt ainukontrollilt kahe kontserni poolt teostatavale ühiskontrollile ülemineku korral. Eelnevat arvesse võttes tuleb lähtuda sellest, et ka ühinemismääruse artikli 3 lõikes 4 ei ole kavandatud sedalaadi eristamist, vaid et selles kehtestatakse üldiselt *kõikide ühissettevõtjate* suhtes täieliku toimivuse nõue, olenemata sellest, kas asjaomane ühissettevõtja on uus ettevõtja või tuleneb selle „loomine“ olemasoleva ettevõtja ümberkujundamisest ühissettevõtjaks.

29. Selle vaatenurga poolt räägib muide ka Euroopa Liidu ühinemiskontrolli üldine eesmärk. Nagu tuleneb EÜ ühinemismääruse põhjendusest 8, tuleks selle määruse sätteid kohaldada nimelt märkimisväärsete *struktuurimuutuste* suhtes, mille mõju turule ületab ühe liikmesriigi piirid. Samas tähenduses märgitakse põhjenduse 20 esimeses lauses, et kohane on määratleda koondumise mõiste viisil, mis hõlmaks tehinguid, mis muudaksid asjaomaste ettevõtjate struktuuri ning seega ka *turu struktuuri* jäädavalt.

30. Seda eesmärki silmas pidades on Euroopa Liidu ühinemiskontroll suunatud sellistele tehingutele, mis toovad kaasa muutuse turustruktuuris. Sellise turustruktuuri muutuseni jõutakse aga ainult juhul, kui toimuvad nimetamisväärset muudatused nende ettevõtjate kontrollimise tingimustes, kes tegelikult turul tegutsevad või kellel on kindel kavatsus seda teha.

31. See oleks vastuolus Euroopa Liidu ühinemiskontrolliga, kui olemasoleva, ilma täieliku toimivuseta ettevõtja ümberkujundamine ühissettevõtjaks allutatakse komisjoni kohustuslikule *ex ante* kontrollile EÜ ühinemismääruse alusel. Kui ettevõtja ei tegutse turul iseseisvalt, siis ei saa selle ettevõtja üle kontrolli teostamise tingimuste muutmine tuua kaasa ka muutust turustruktuuris.

32. Sellega seoses ei näi eriti aitavat komisjoni viide sõnale „ka“ Euroopa Liidu ühinemismääruse põhjenduse 20 teises lauses. Esiteks on sellist sõnastust kasutatud üldse ainult mõnes määruse keeleversioonis, näiteks saksa keelses versioonis, seevastu paljudes teistes keeleversioonides, sealhulgas ka ingliskeelses ja prantsuskeelses versioonis puudub see täielikult. Teiseks ei ole komisjoni argument ka sisuliselt kuigi veenev. Pealiskaudsel vaatlusel ei saa sõnastuse põhjal, mille kohaselt tuleb kohaldada EÜ ühinemismäärust „*ka* kõikide ühissettevõtete suhtes, mis püsivalt täidavad kõiki autonoomse majandusüksuse ülesandeid“, ¹⁵ küll välistada seda, et Euroopa Liidu koondumiste kontroll hõlmab peale selle ka veel muud liiki ühissettevõtjaid – nimelt *ilma* täieliku toimivuseta ettevõtjaid. Lähemal vaatlusel oleks see siiski vastuolus EÜ ühinemismääruse üldise eesmärgiga, kui *ex ante* kontrolli kohaldataks selliste kavatsuste suhtes, mis toovad kaasa turustruktuuri muutuse.

¹⁵ Kohtujuristi kursiiv.

33. Vastupidi komisjoni arvamusele ei saa Euroopa Liidu ühinemiskontrolli kohaldada ilma täieliku toimivusega ettevõtja ühissettevõtjaks ümberkujundamise suhtes ka ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punktile b tuginedes. Selles sättes sisalduv koondumise üldine koosseis eeldab, et see toob kaasa kontrolli püsiva muutumise *ettevõtja* või *ettevõtja osa* üle. Seejuures tuleb ettevõtja mõistet – nagu ka muidu liidu konkurentsioiguses – mõista funktsionaalselt ning see tähistab majandustegevusega tegelevat mis tahes üksust, olenemata selle õiguslikust vormist ja rahastamisviisist.¹⁶ Kuna majandustegevuse all mõistetakse omakorda iga tegevust, mis seisneb nii kaupade kui ka teenuste pakkumises teatud turul,¹⁷ siis ei saa ühissettevõtjad, kes iseseisvalt turul *ei* tegutse – see tähendab, et on ilma täieliku toimivusega – algusest peale kuuluda ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b kohaldamisalasse.

Kontekst

34. Teistsugusele tulemusele ei jõuta ka siis, kui võetakse arvesse ühinemismääruse artikli 3 konteksti.

35. Nii EÜ ühinemismääruse kui ka seotud määruse nr 1/2003 eesmärk on lõpuks ELTL artiklites 101 ja 102 sisalduvate siseturu konkurentsieeskirjade rakendamine, kusjuures alati saab kohaldada ainult ühte neist kahest määrusest (vt selle kohta ühinemismääruse artikli 21 lõige 1).

36. Samal ajal kui EÜ ühinemismääruse kohaldamisalal loodi turustruktuuri muutuste jaoks ennetava ja kohustusliku *ex ante* kontrolli süsteem, kohaldatakse ettevõtjate turukäitumise suhtes muus osas – olgu see salajane tegevus või ühepoolne turgu valitseva seisundi kuritarvitamine – määruse nr 1/2003 kohaselt üksnes karistava mõjuga *ex post* kontrolli, mille tegemise suhtes on konkurentsiasutustel lisaks kaalutusõigus.

37. Nagu ilmneb ühinemismääruse artikli 21 lõikest 1, on koondumise mõiste ühinemismääruse artikli 3 tähenduses eraldusjooneks Euroopa Liidu konkurentsioiguse kahe nimetatud osa vahel.¹⁸ Süsteemiga kooskõlas olev arusaam ühinemismääruse artiklist 3 eeldab seega, et koondumise mõistet tuleb tõlgendada nii, et Euroopa Liidu ühinemiskontrolli kohaldatakse ainult turustruktuuri tegelikele muutustele, mitte aga pelgalt ettevõtjate turukäitumisele.

38. Vastavalt sellele tuleb ühinemismääruse artikli 3 lõiget 4 tõlgendada nii, et ka olemasoleva ettevõtja ümberkujundamise puhul ühissettevõtjaks on ainult sel juhul tegemist koondumisega ühinemismääruse artikli 3 lõike 1 punkti b tähenduses, kui ettevõtja on täielikult toimiv. Ainult sellisel juhul toob see kaasa turustruktuuri muutumise, mis võib õigustada ühinemiskontrolli kohaldamist. Kui kõnealune koondumine toob seevastu kaasa *ilma* täieliku toimivusega ühissettevõtja tekkimise, siis tuleb igal juhul tagada mõlema emattevõtja turukäitumise kooskõlastamine nende koostöö raames ühissettevõtjas. Selline turukäitumise kooskõlastamine ei ole isegi juhul, kui see võib ELTL artikleid 101 ja 102 silmas pidades täiesti asjakohane olla, Euroopa Liidu ühinemiskontrolli probleem, vaid määruse nr 1/2003 probleem.

16 Kohtuotsused, 23.4.1991, Höfner ja Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, punkt 21); 16.3.2004, AOK Bundesverband jt (C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01, EU:C:2004:150, punkt 46) ja 17.9.2015, Total vs. komisjon (C-597/13 P, EU:C:2015:613, punkt 33); samamoodi juba kohtuotsus, 12.7.1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, punkt 11).

17 Kohtuotsused, 18.6.1998, komisjon vs. Itaalia (C-35/96, EU:C:1998:303, punkt 36); 12.9.2000, Pavlov jt (C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428, punkt 75); 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze jt (C-222/04, EU:C:2006:8, punkt 108); 1.7.2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, punkt 22), ja 23.2.2016, komisjon vs. Ungari (C-179/14, EU:C:2016:108, punkt 149).

18 EMÜ asutamislepingu artikli 85 (nüüd ELTL artikkel 101) või EMÜ asutamislepingu artikli 86 (nüüd ELTL artikkel 102) ning selle kohta vastu võetud menetlusnormide (nüüd määrus 1/2003) sobival juhul ettevõtjate koondumiste kohaldamise varasem praktika (vt kohtuotsused, 21.2.1973, Europemballage ja Continental Can vs. komisjon, 6/72, EU:C:1973:22, ja 17.11.1987, British American Tobacco ja Reynolds Industries vs. komisjon, 142/84 ja 156/84, EU:C:1987:490) on Euroopa Liidu ühinemiskontrolli käsitlevate autonoomsete õigusnormide, mis on sätestatud EÜ ühinemismääruses, jõustumisega aegunud.

39. Bundeskartellanwalt mureseb selle pärast, et konkurentsiasutused ei saa *ex ante* kontrollist loobumise korral võtta käesolevaga sarnastel juhtudel enam nii kiiresti meetmeid konkurentsi kahjustamise vastu ilma selletagi juba suurel määral kontsentreeritud turul. See on siiski määrusega nr 1/2003 kehtestatud konkurentsioiguse rakendamise süsteemi vältimatu tagajärg. Liidu seadusandja loobus alates 1. maist 2004 täiesti teadlikult ettevõtjate kokkulepetest etteteatamise nõudest, esiteks selleks, et suurendada ettevõtjate vastutusele võtmist, ja teiseks selleks, et vabastada konkurentsiasutuste jaoks ressursse, mis laiendavad konkurentsioiguse rakendamise korral prioriteetide seadmisel lõpuks nende kaalutlusruumi. Kui nüüd tahetakse koondumise mõiste laia tõlgenduse kaudu kaasata Euroopa Liidu ühinemiskontrolli kohaldamisalasse rohkem juhtumeid, siis tooks see kaasa EÜ ühinemismääruse ja määruse nr 1/2003 alusel alates 1. maist 2004 eksisteeriva Euroopa Liidu konkurentsieeskirjade rakendamise uue süsteemi eiramise. Mitte miski ei keela siseriiklikel konkurentsiasutustel pöörata oma konkurentsioiguse rakendamiseks seatud prioriteetide raames (ELTL artiklid 101 ja 102) erilist tähelepanu käesolevaga sarnastele suurel määral kontsentreeritud turgudele.

Ettevalmistavad materjalid

40. Lõpuks ei vii teistsuguse tulemuseni ka ühinemismääruse artikli 3 lõike 4 ettevalmistavate materjalidega tutvumine.

41. Ühinemismääruse artikli 3 lõige 4 põhineb määrusel (EÜ) nr 1310/97¹⁹, millega lisati samasuguse sõnastusega sätte juba praegusele EÜ ühinemismäärusele eelnenud määrusele.

42. Juba toona kavatses liidu seadusandja kohaldada ettevõtjate püsivate struktuurimuutuste suhtes koondumiste kontrolli. Omaaegse uue regulatsiooni, mille sõnastus kehtib muuseas muutmatul kujul kuni tänaseni,²⁰ eesmärk oli arvata *kõik täielikult toimivad ühissettevõtjad* Euroopa Liidu ühinemiskontrolli kohaldamisalasse.²¹

43. Ettevõtjate pelgad koopereerumised, mis viivad küll ühissettevõtjate loomiseni, kuid mitte nende ühissettevõtjate turul majandusüksusena tegutsemiseni, ei olnud seevastu mitte kunagi Euroopa Liidu ühinemiskontrolli ese ei EÜ ühinemismääruse ega ka sellele eelnenud määruse alusel.²²

Kokkuvõtavad märkused

44. Kokkuvõttes tuleb seega koondumise mõistet ühinemismääruse artikli 3 tähenduses mõista nii, et ühissettevõtjate asutamise suhtes – olenemata sellest, kas tegemist on täiesti uute ettevõtjate loomisega või olemasolevate ettevõtjate ümberkujundamisega ühissettevõtjateks – kohaldatakse Euroopa Liidu ühinemiskontrolli üksnes siis, kui tegemist on täielikult toimiva ettevõtjaga.

45. Seda, mis kehtib uue ühissettevõtja loomise kohta, tuleb veelgi enam järgida ka olemasoleva ettevõtja ümberkujundamisel ühissettevõtjaks. See kehtib seda enam käesolevaga sarnasel juhul, kus vaidlusalune koondumine on uue ühissettevõtja asutamisetagi suurel määral sarnane kavandatud uue äriühingu asutamisega.²³

19 Nõukogu 30. juuni 1997. aasta määrus (EÜ) nr 1310/97, millega muudetakse määrust (EMÜ) nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜT 1997, L 180, lk 1; ELT eriväljaanne 08/01, lk 164).

20 Praegu kehtiva EÜ ühinemismäärusega muudeti üksnes ühinemismääruse artikli 3 asjaomaste sätete numeratsiooni.

21 Vt selle kohta määruse nr 1310/97 põhjendus 5, mis on sõnastatud järgmiselt: „kohane on määratleda koondumise mõiste viisil, mis hõlmaks tehinguid, mis muudaksid asjaomaste ettevõtjate struktuuri jäädavalt; ühissettevõtete erijuhul on sobiv hõlmata määruse (EMÜ) nr 4064/89 reguleerimisala ja menetlusega kõik täiesti toimivad ühissettevõtted; [...]”.

22 Määruse (EMÜ) nr 4064/89 artikli 3 lõikes 2 sätestatud algse korra kohaselt ei kuulunud *koostööd tegevad* ühissettevõtted – täiesti vastupidi *koonduvatele* ühissetvõtetele – Euroopa Liidu ühinemiskontrolli kohaldamisalasse.

23 Vt selle kohta eespool käesoleva ettepaneku punkt 13.

46. Ma ei mõista komisjoni poolt kohtuistungil avaldatud kartust, et täieliku toimivuse kriteeriumi läbiv kasutamine võib nõrgendada Euroopa Liidu ühinemiskontrolli tõhusat rakendamist (ingl *enforcement gap*). Vastupidi, mulle näib, et komisjoni eelistatud täieliku toimivuse kriteeriumist loobumine olemasolevate ettevõtjate ühissetevõtjateks ümberkujundamisel võib viia ühinemismääruse artiklis 3 sätestatud koondumise mõiste ähmastumiseni ning juhtida komisjoni tähelepanu turustruktuuri jaoks tõepoolest tähtsatelt koondumistelt kõrvale.

47. Erinevalt komisjonist ei pea ma käesolevas asjas muu hulgas vajalikuks märkida midagi selle kohta, millistel tingimustel kohaldatakse Euroopa Liidu koondumiste kontrolli ühissetevõtja võimalikule turult kadumisele. Käesolev juhtum ei puuduta ühissetevõtja kadumist, vaid vastupidi, selle tekkimist. Kui peaks juhtuma, et emettevõtja eemaldab ettevõtja *pärast* selle ühissetevõtjaks ümberkujundamist – seega *pärast* kontrollitingimuste muutumist selle ettevõtja üle – turult, siis oleks see pigem emettevõtjate turukäitumise (ELTL artikkel 101 või 102) kui turustruktuuride muutmise küsimus.

VI. Ettepanek

48. Eespool esitatud kaalutlusi arvesse võttes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Austria Oberster Gerichtshof'i eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Olemasoleva ettevõtja või ettevõtja osa üle kontserni poolt teostatavalt ainukontrollilt üleminek selle kontserni ja teise, temast sõltumatu kontserni teostatavale ühiskontrollile on ainult sel juhul ettevõtjate koondumine määruse (EÜ) nr 139/2004 artikli 3 tähenduses, kui selle koondumise tulemusel tekkinud ühissetevõtja täidab püsivalt kõiki autonoomse majandusüksuse funktsioone.