



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JULIANE KOKOTT
esitatud 13. oktoobril 2022¹

Kohtuasi C-449/21

Towercast

versus

**Autorité de la concurrence,
Ministère de l'Économie,
menetlusosalised:
Tivana Topco S.A.,
Tivana Midco S.A.R.L.,
TDF Infrastructure Holding S.A.S.,
TDF Infrastructure S.A.S.,
Tivana France Holdings S.A.S.**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Cour d'appel de Paris (Pariisi apellatsioonikohus, Prantsusmaa))

Konkurents – Ettevõtjate koondumiste kontroll („ühinemiskontroll“) – Määruse (EÜ) nr 139/2004 („EÜ ühinemismäärus“) artikkel 21 – Koondumiste kontrolli kohaldamise ainuõigus – Riigisisene koondumiste kontroll – Künnistest allapoole jäämine – ELTL artikkel 102 – Turgu valitseva seisundi kuritarvitamine – Vahetu kohaldatavus – Määrus (EÜ) nr 1/2003

Sisukord

I.	Sissejuhatus	2
II.	Õiguslik raamistik	3
	A. Liidu teisene õigus	3
	1. Määrus (EÜ) nr 139/2004	3
	2. Määrus (EMÜ) nr 4064/89	4

¹ Algkeel: saksa.

B. Riigisisene õigus	5
III. Asjaolud ja eelotsusetaotlus	5
IV. Õiguslik hinnang	6
A. Ühinemismääruse artikli 21 suhe ELTL artikliga 102	6
1. Ühinemismääruse kohaldamisala määratlemine ühinemismääruse artiklis 21	6
2. ELTL artikli 102 vahetu kohaldatavus	7
B. Liidu õiguse konkurentsimoонutuste vastase kaitse toimimisviis ja süsteem	9
C. Kohtuotsuse Continental Can tähtsus ja õiguskindlus	11
V. Ettepanek	14

I. Sissejuhatus

1. Oma eelotsuse küsimusega koondumise eelkontrolli ja ELTL artikli 102 kohase kuritarvitamise järelkontrolli käsitlevate normide vahelise suhte kohta soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus põhiliselt teada, kas riigisisel konkurentsiametil on võimalik ELTL artikli 102 alusel tagantjärele kontrollida koondumist, mille teostas turgu valitseva seisundiga ettevõtja, kui see koondumine ei ületa määruses (EÜ) nr 139/2004 (edaspidi „ühinemismäärus“)² ja riigisisese koondumiste kontrolli puudutavates õigusnormides sätestatud künnist ning vastavat eelkontrolli ei ole seega läbi viidud.

2. Põhikohtuasjas seisneb asi konkreetset ELTL artikli 102 täiendava või lünki täitva kohaldamise küsimuses koondumiste kontrolli puudutavate riigisiseste õigusnormide puhul. Eelotsuse küsimuse sisuline eesmärk on selgitada välja, kas ühinemismääruse artikli 21 lõige 1 põhjustab seda, et koondumisi tuleb kontrollida eranditult koondumiste kontrolli puudutavate õigusnormide alusel ja ELTL artikli 102 paralleelne või tagantjärele kohaldamine on välistatud (nn blokeeriv toime). Selleks, et nende õigusnormide vahelist suhet täpsemalt kindlaks teha, tuleb vaatluse alla võtta nende normide asjakohane õiguslik olemus ja ülesanne liidu õiguse süsteemis, mis puudutab konkurentsi kaitset siseturul ja selle põhilisi eesmärke.

3. Selleks käsitlen ma pärast õigusliku raamistiku (II) ja asjaolude (III) kirjeldamist ühinemismääruse artikli 21 lõike 1 suhet ELTL artikliga 102, arvestades selle kohta normihierarhias ning selle vahetut kohaldamist (IV.A). Seejärel kontrollin ma nimetatud analüüsi tulemust liidu konkurentsimoонutuste vastase kaitse eesmärkide alusel (IV.B). Lõpuks käsitlen ma küsimust, kas ja mil määral saab seda tulemust viia kooskõlla Euroopa Kohtu senise praktika ja õiguskindluse põhimõttega (IV.C).

² Nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määrus kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, L 24, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 40).

II. Õiguslik raamistik

A. Liidu teisene õigus

1. Määrus (EÜ) nr 139/2004

4. Ühinemismääruse põhjendused 2 ja 6 sätestavad:

„(2) Asutamislepingus ettenähtud eesmärkide saavutamiseks sätestatakse artikli 3 lõike 1 punktis g ühenduse kohustus kehtestada süsteem, mis tagab, et konkurentsi siseturul ei kahjustata. [...]

(6) Seepärast on vaja eraldi õigusakti, mis võimaldaks tõhusalt kontrollida kõiki koondumisi ja nende mõju konkurentsi struktuurile ühenduses ning oleks ainus koondumiste suhtes kohaldatav õigusakt. [...]

5. Ühinemismääruse põhjenduses 7 on õigusliku aluse kohta sätestatud järgnev:

„Ehkki Euroopa Kohtu pretsedendiõiguse kohaselt on artiklid 81 ja 82 kohaldatavad teatavate koondumiste suhtes, ei hõlma need siiski kõiki tehinguid, mis võivad osutada kokkusobimatuks asutamislepingus ettenähtud moonutamata konkurentsi süsteemiga. Seepärast peab käesolev määrus lisaks artiklile 83 põhinema ka asutamislepingu artiklil 308, [...]“.

6. Ühinemismääruse põhjendused 8 ja 9 puudutavad pädevuse jaotust ja ühinemismääruse kohaldamisala:

„(8) Käesoleva määruse sätteid tuleks kohaldada märkimisväärsete struktuurimuutuste suhtes, mille mõju turule ületab ühe liikmesriigi piirid. [...] Koondumised, mida käesolev määrus ei hõlma, kuuluvad põhimõtteliselt liikmesriikide jurisdiktsiooni alla.

(9) Käesoleva määruse kohaldamisala tuleks määratleda vastavalt asjaomaste ettevõtjate geograafilisele tegevuspiirkonnale ning seda tuleks piirata koguseliste piirnormidega, et hõlmata ka ühenduse seisukohalt olulisi koondumisi. [...]“.

7. Ühinemismääruse artikkel 1 sätestab ühinemismääruse kohaldamisala, muu hulgas vastavalt lõikes 2 sätestatud käibe:

„1. Ilma et see piiraks artikli 4 lõike 5 ja artikli 22 kohaldamist, kohaldatakse käesolevat määrust kõikide ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste suhtes, nagu need on määratletud käesolevas artiklis.

2. Koondumine on ühenduse seisukohalt oluline, kui: [...]“.

8. Ühinemismääruse artiklis 3 on määratletud koondumise mõiste:

(1) Koondumine on juhtum, kus toimub püsiv kontrolli üleminek tulenevalt:

a) kahe või enama varem sõltumatu ettevõtja või nende osade ühinemisest, või

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. [...]“.

9. Ühinemismääruse artikli 21 lõige 1 puudutab ühinemismääruse kohaldamisala piiritlemist liidu muude õigusaktide suhtes:

„Artiklis 3 määratletud koondumiste suhtes kohaldatakse ainult käesolevat määrust ja määrusi (EÜ) 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. [...]“.

10. Ühinemismääruse artikkel 22 sätestab lõpuks muu hulgas:

„1. Üks või mitu liikmesriiki võivad taotleda, et komisjon vaataks läbi mis tahes artikli 3 määratlusele vastava koondumise, mis ei ole artikli 1 tähenduses ühenduse seisukohalt oluline, kuid mõjutab liikmesriikide vahelist kaubandust ja ähvardab oluliselt mõjutada konkurentsi taotleva liikmesriigi või taotlevate liikmesriikide territooriumil.

[...]

3. [...] Taotluse esitanud liikmesriik või liikmesriigid ei kohalda koondumise suhtes enam oma siseriiklikke õigusakte. [...]“.

2. *Määrus (EMÜ) nr 4064/89*

11. Määrus (EMÜ) nr 4064/89³ eelnes praegu kehtivale ühinemismäärusele.

12. Selle põhjendused 6–8 nägid ette:

„(6) ehkki Euroopa Kohtu pretsedendiõiguse kohaselt on artiklid 85 ja 86 kohaldatavad teatavate koondumiste suhtes, ei hõlma need siiski kõiki selliseid tehinguid, mis võivad osutada kokkusobimatuks asutamislepingus ettenähtud moonutamata konkurentsi süsteemiga;

(7) seepärast tuleks määruse vormis sisse seada uus õiguslik vahend, mis võimaldab tõhusalt kontrollida kõigi koondumiste mõju konkurentsi struktuurile ühenduses ning mis on selliste koondumiste suhtes kohaldatav ainus õiguslik vahend;

(8) seepärast peab käesolev määrus lisaks artiklile 87 põhinema ka asutamislepingu artiklil 235, mille kohaselt ühendus võib endale võtta lisavolitusi, mis on vajalikud tema eesmärkide saavutamiseks [...]“.

13. Määruse (EMÜ) nr 4064/89 artikkel 22 sisaldas selle lõiget 1 ja 2 ühinemismääruse artikli 21 lõikele 1 eelnenud sätet ja lõikes 3 ühinemismääruse artiklile 22 eelnenud sätet:

„1. Artiklis 3 määratletud koondumiste suhtes kohaldatakse ainult käesolevat määrust.

³ Nõukogu 21. detsembri 1989. aasta määrus kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜT 1989, L 395, lk 1; ELT eriväljaanne 08/01, lk 31), edaspidi „määrus nr 4064/89“.

2. Artiklis 3 määratletud koondumiste suhtes ei kohaldata määrust nr 17, määrust (EMÜ) nr 1017/68, määrust (EMÜ) nr 4056/86 ja määrust (EMÜ) nr 3975/87.

3. Kui komisjon leiab liikmesriigi taotluse põhjal, et artiklis 3 määratletud koondumine, mis pole ühenduse seisukohalt oluline artikli 1 tähenduses, tekitab või tugevdab turgu valitsevat seisundit, mille tagajärjel tõhus konkurents oleks asjaomase liikmesriigi territooriumil oluliselt takistatud, võib ta niivõrd, kui see koondumine mõjutab liikmesriikide vahelist kaubandust, teha artikli 8 lõike 2 teises lõigus ning lõigetes 3 ja 4 sätestatud otsuseid. [...]“.

B. Riigisisene õigus

14. Prantsuse äriseadustiku (code de commerce) artiklis L. 490-9 on muu hulgas sätestatud:

„Euroopa Ühenduse asutamislepingu artiklite 81–83 kohaldamiseks on konkurentsiametil [mh] [...] volitused, mis on talle antud käesoleva seadustiku artiklite ja määruse (EÜ) nr 139/2004 [...] ning määruse (EÜ) nr 1/2003 [...] alusel. Nendele volitustele kohaldatakse käesolevates tekstides ette nähtud menetlusnorme.“

15. Ka Prantsuse õiguses on ette nähtud koondumiste eelkontroll. Koondumise mõiste on määratletud äriseadustiku artiklis L. 430-1. Selle seadustiku artiklis L 430-2 on kindlaks määratud käibepõhised künnised, mis võimaldavad kohaldada koondumiste kontrolli puudutavaid õigusnorme.

16. Äriseadustiku artiklis L. 430-9 on lisaks sätestatud:

„Konkurentsiamet võib turgu valitseva seisundi kuritarvitamise [...] korral põhjendatud otsusega nõuda, et asjaomane ettevõtja või ettevõtjate kontsern muudaks, täiendaks või lõpetaks kindlaksmääratud tähtaja jooksul kõik kokkulepped ja toimingud, millega toimus kuritarvitamist võimaldanud majandusliku võimsuse koondumine [...]“.

III. Asjaolud ja eelotsusetaotlus

17. Põhikohtuasja ja eelotsusetaotluse aluseks on Pariisis (Prantsusmaa) asuva Prantsuse äriühingu Towercast S.A.S.U. (edaspidi „Towercast“) kaebus Prantsuse Autorité de la concurrence'i (edaspidi „Prantsuse konkurentsiamet“) otsuse peale, millega see jättis rahuldamata Towercasti selle peale esitatud kaebuse, et Prantsuse äriühing TDF Infrastructure Holding S.A.S. (edaspidi „TDF“) ⁴ kuritarvitab turgu valitsevat seisundit.

18. TowerCast oli 15. novembril 2017 esitanud Prantsuse konkurentsiametile kaebuse selle kohta, et äriühing TDF omandas 13. oktoobril 2016 äriühingu Itas üle kontrolli. Towercast väitis, et see ülevõtmine kujutab endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, kuna TDF takistab sellega konkurentsi maapealse digiteleviiooni (Digital Video Broadcasting – Terrestrial või DVB-T) edastamise eelnevatel ja järgnevatel hulgiturgudel, et ta tugevdab oluliselt oma turgu valitsevat seisundit nendel turgudel.

⁴ Eelotsusetaotluse esitanud kohtu tuvastuse kohaselt on TDF Luksemburgi äriühingu Tivana Topco S.A. tütarettevõtja.

19. Prantsuse maapealse digiteleviseiooni edastamise turg, millel oli TDFil alguses seadusest tulenev monopolne seisund, liberaliseeriti 2004. aasta algul. Möödunud aastate jooksul jõudis asi siiski uuesti suure kontsentreerumiseni, mistõttu vaidlustatud ülevõtmise ajal olid sellel turul koos Towercasti, Itase ja TDFiga ainult veel kolm äriühingut, kusjuures TDFil oli vaieldamatult kõige suurem turuosa.

20. Itase omandamine TDFi poolt jäi määruse nr 139/2004 artiklis 1 ja äriseadustiku artiklis L-430-2 ette nähtud künnistest allapoole ega allunud seega komisjoni või Prantsuse konkurentsiameti kontrollile. Samuti ei tulnud seda ühinemismääruse artikli 22 kohaselt komisjonile üle anda.

21. 16. jaanuari 2020. aasta otsusega jättis Prantsuse konkurentsiamet Towercasti kaebuse rahuldamata põhjendusega, et turgu valitseva seisundi süüks pandavat kuritarvitamist ei ole tõendatud. TDFil on siiski selline seisund. Määruse nr 4064/89 vastuvõtmisest alates tõmmati siiski selge eraldusjoon ühelt poolt koondumiste kontrolli ja teiselt poolt ELTL artiklite 101 ja 102 kohase konkurentsivastase tegevuse kontrolli vahele, nii et ühinemismäärust kohaldatakse üksnes ja eranditult koondumistele ühinemismääruse artikli 3 tähenduses. ELTL artikkel 102 ei ole järelikult siis enam kohaldatav, kui just ei ilmne koondumisega seotud konkurentsivastast tegevust. Käesoleval juhul see siiski nii ei ole.

22. Selle otsuse peale esitas Towercast Cour d'appel de Paris'le (Pariisi apellatsioonikohus, Prantsusmaa) apellatsioonkaebuse.

23. Cour d'appel de Paris (Pariisi apellatsioonikohus) esitas 1. juuli 2021. aasta määrusega, mis saabus 21. juulil 2021, ELTL artikli 267 alusel, eelkõige ühinemismääruse artikli 21 lõike 1 erinevale kohaldamisele liikmesriikides viidates järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle artikli 21 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus see, kui liikmesriigi konkurentsiasutus käsitab koondumist, mis ei ole ühenduse seisukohalt oluline eespool viidatud määruse artikli 1 tähenduses ja mis jääb alla liikmesriigi õiguses ette nähtud kohustusliku eelkontrolli künnise ja mille puhul ei ole kõnealuse määruse artikli 22 kohaselt asja üle antud Euroopa Komisjonile, konkurentsi struktuuri seisukohast riigisisese mõõtmega turgu valitseva seisundi kuritarvitamisena, mis on ELTL artikliga 102 keelatud?“

24. Towercast, Prantsuse konkurentsiamet, Prantsusmaa, Itaalia, Madalmaad, Euroopa Komisjon, TDF ja Tivana Topco esitasid nii oma kirjalikud seisukohad kui osalesid ka – välja arvatud Itaalia – 6. juuli 2022. aasta kohtuistungil.

IV. Õiguslik hinnang

A. Ühinemismääruse artikli 21 suhe ELTL artikliga 102

1. Ühinemismääruse kohaldamisala määratlemine ühinemismääruse artiklis 21

25. Ühinemismääruse artikli 21 lõige 1 reguleerib koondumiste kontrollimisel selle määruse kohaldamisala seoses liidu teisese õiguse muude konkurentsialaste õigusnormide kehtivusega või nende normide kehtivuse piiritlemisel. Nimetatud säte välistab muu hulgas selgelt määruse

nr 1/2003⁵ kehtivuse koondumiste suhtes, välja arvatud (kooperatiivsete) „ühisettevõtete puhul, mis pole ühenduse seisukohalt olulised ja mille eesmärk või mõju on sõltumatuks jäänud ettevõtjate konkurentsikäitumise kooskõlastamine“ ning mis kuuluvad seetõttu ELTL artikli 101 kohaldamisalasse.

26. Vastavalt sellele nõustus Euroopa Kohus kohtuasjas Austria Asphalt koondumiste kontrolli puhul ühinemismääruse ainukehtivusega ja välistas selles osas määruse nr 1/2003 kehtivuse.⁶ Viimati nimetatud määrus on selle kohaselt kohaldatav ainult ettevõtjate niisuguse tegevuse suhtes, mis ei kujuta endast küll koondumist määruse nr 139/2004 tähenduses, kuid mis võib siiski viia ettevõtjate vahel tegevuse kooskõlastamiseni, mis on vastuolus ELTL artikliga 101.⁷ Seega ei sisalda otsus kohtuasjas Austria Asphalt üksikasjalikku kirjeldust ühelt poolt koondumiste kontrolli puudutavate õigusnormide ning teiselt poolt ELTL artikli 101 ja artikli 102 vahelise suhte kohta.

27. Ühinemismääruse artikli 21 lõikes 1 ette nähtud määruse nr 1/2003 kehtivuse välistamine koondumiste suhtes ei vasta seevastu küsimusele ELTL artikli 102 kohaldatavuse kohta. Sellele küsimusele vastamine on siis seda tähtsam, kui ajaomane koondumine nagu käesoleval juhul ei ulatu liidu õiguses ega riigisisises õiguses sätestatud künnisteni ja seda ei saadetud ka ühinemismääruse artikli 22 alusel komisjonile edasi, mistõttu ei toimu ka koondumiste kontrolli puudutavate sätete kohast eelkontrolli.⁸

28. Vastates küsimusele, kas ühinemismääruse artikli 21 lõige 1 välistab ELTL artikli 102 kohaldamise, on eriline kaal selle artikli esmase õiguse loomusel ja vahetul kohaldatavusel.

2. ELTL artikli 102 vahetu kohaldatavus

29. ELTL artikkel 102 on esmase õiguse norm, mille vahetut kohaldatavust on Euroopa Kohus juba pikka aega tunnustanud.⁹

30. Lisaks tuleneb normihierarhia põhimõttest¹⁰ ja sellest järelduvast kollisiooniõiguse *lex superior derogat legi inferiori* põhimõttest, et teisese õiguse norm ei saa piirata esmase õiguse normi kohaldamisala ega selle vahetut kohaldatavust, vaid pigem tuleb järgida selle nõudeid ning seda omalt poolt vastaval juhul kitsendavalt tõlgendada.¹¹

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

⁶ 7. septembri 2017. aasta kohtuotsus Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 32): „Nagu tuleneb määruse nr 139/2004 artikli 21 lõikest 1, kuulub määrus kohaldamisele vaid määruse artiklis 3 määratletud koondumiste puhul, mille suhtes määrust nr 1/2003 üldjuhul ei kohaldata.“ See juhtum puudutas täielikult toimivat ühisettevõtjat ühinemismääruse artikli 3 lõike 4 tähenduses, mis vastas koondumise mõistele. Vt ka 31. mai 2018. aasta kohtuotsus Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) ja 29. jaanuari 2020. aasta kohtumäärus Silgan Closures ja Silgan Holdings vs. komisjon (C-418/19 P, ei avaldata, EU:C:2020:43, punkt 50).

⁷ 7. septembri 2017. aasta kohtuotsus Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 33) ja 31. mai 2018. aasta kohtuotsus Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 57).

⁸ Vt selle kohta Üldkohtu 13. juuli 2022. aasta otsus Illumina vs. komisjon (T-227/21, EU:T:2022:447).

⁹ Vt üksnes 21. märtsi 1974. aasta kohtuotsus BRT ja Belgische Vereniging der Auteurs, Componisten en Uitgevers (127/73, EU:C:1974:25, punktid 15 ja 16); 5. juuni 2014. aasta kohtuotsus Kone jt (C-557/12, EU:C:2014:1317, punkt 20) ja 14. märtsi 2019. aasta kohtuotsus Skanska Industrial Solutions jt (C-724/17, EU:C:2019:204, punkt 24).

¹⁰ Vt 26. juuni 2012. aasta kohtuotsus Poola vs. komisjon (C-335/09 P, EU:C:2012:385, punkt 127).

¹¹ Vaata esmase õigusega kooskõlas oleva tõlgenduse kohta 20. jaanuari 2021. aasta kohtuotsus komisjon vs. Printeos (C-301/19 P, EU:C:2021:39, punkt 70 jj).

31. Seetõttu saab ühinemismääruse artikli 21 lõige 1 nimelt välistada määruse nr 1/2003 – mille eesmärk on muu hulgas ELTL artikli 102 rakendamine¹² – kehtivuse koondumiste suhtes. ELTL artiklis 102 sätestatud keeld jääb siiski sellele vaatamata kehtima ja vastupidi Prantsuse konkurentsiameti käsitleluse vahetult kohaldatavaks ning selle rakendamine ei ole takistatud. See keeld on piisavalt selge, täpne ja tingimusteta, mistõttu ei vaja see teisese õiguse normi, mille kohaldamise peaksid liikmesriigi ametiasutused või kohtud selgelt kehtestama või lubama.¹³

32. ELTL artikli 102 vahetu kohaldatavus võimaldab üksikisikul tugineda liikmesriikide ametiasutustes ja kohtutes õiguslikule seisundile, mis talle selle sättega on antud; analoogia alusel on sellega korrelatsioonis riigiasutuste kohustus seda õiguslikku seisundit kaitsta.¹⁴ Lisaks on Euroopa Kohus sellest vahetust kohaldatavusest ja sellega seotud ELTL artiklite 101 ja 102 ülimuslikkusest järeldanud, et liikmesriikide konkurentsiametid on kohustatud sellega vastuolus olevad riigisisised õigusnormid kohaldamata jätma.¹⁵

33. Kui aga ELTL artikli 102 vahetust kohaldatavusest tuleneb riigisiseste asutuste jaoks kohaldamiskohustus, siis saab teisese õiguse norm nagu ühinemismääruse artikli 21 lõige 1 avaldada seoses sellega seda vähem Prantsuse konkurentsiameti poolt väidetavat blokeerivat toimet.

34. Selles osas ei muuda midagi ka selle normi sõnastus, milles kasutatakse mõistet „ainult“¹⁶. See kehtib samuti sõnastuse kohta ühinemismääruse kuuendas põhjenduses, mille kohaselt peab see olema „ainus koondumiste suhtes kohaldatav õigusakt [artikli 3 tähenduses].“¹⁷

35. Seda kinnitab ELTL artikli 103 valik – koos ELTL artikliga 352 – kui ühinemismääruse õiguslik alus.¹⁸ Nagu Euroopa Kohus on juba sedastanud, on ka ühinemismääruse eesmärk rakendada ELTL artikleid 101 ja 102 ning see moodustab osa õigusnormide kogust, mis on suunatud sellele, et kaitsta ulatuslikult konkurentsi siseturul.¹⁹ See näitab omakorda seda, et nimetatud määrus ei ole normihierarhias ELTL artiklitega 101 ja 102 ühel tasandil ega saa viidatud õigusnormide kohaldamisala rakenduseeskirjana modifitseerida, rääkimata selle piiramisest.

36. Kuna riigisisese õiguse teistsugused õigusnormid ei saa liidu õiguse esimuse tõttu takistada ELTL artikli 102 kohaldamist ning seda tuleb kogu liidu ulatuses ühtemoodi tõlgendada,²⁰ on ka Towercasti, TDFi ja Tivana Topco viide selle võimalikule erinevale kohaldamisele liikmesriikide õiguses tulemusetu ning see ei saa mõjutada eelotsuse küsimusele vastamist.

¹² Vt määruse nr 1/2003 põhjendus 1.

¹³ Vt selle kohta 11. aprilli 1989. aasta kohtuotsus Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, punkt 32).

¹⁴ Eriti selgelt 20. septembri 2001. aasta kohtuotsus Courage ja Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punktid 19–24).

¹⁵ 9. septembri 2003. aasta kohtuotsus CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, punktid 49 ja 50) viitega 22. juuni 1989. aasta kohtuotsusele Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, punkt 31).

¹⁶ Vt ka „alone“ ingliskeelses redaktsioonis, „seul“ prantsuskeelses redaktsioonis, „solo“ itaaliakeelses redaktsioonis ja „uitsluitend“ hollandikeelses redaktsioonis.

¹⁷ Vt määruse nr 4064/89 põhjendus 7.

¹⁸ Vt ühinemismääruse põhjendus 7.

¹⁹ 7. septembri 2017. aasta kohtuotsus Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 31) ja 31. mai 2018. aasta kohtuotsus Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 55) ning minu ettepanek kohtuasjas Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 35).

²⁰ 9. septembri 2003. aasta kohtuotsus CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, punktid 49 ja 50). Vt ka 13. veebruari 1969. aasta kohtuotsus Wilhelm jt (14/68, EU:C:1969:4, punkt 6).

37. Eelkõige silmas pidades TDFi esitatud argumenti, et koondumist, mis jääb alla künniste ja millest ei tule seetõttu teatada, ei või ELTL artikli 102 kohaldamisega seada enam tagantjärele küsimärgi alla, soovin ma täiendavalt mainida, et ühinemismääruse artiklis 1 või vastavates riigisisestes õigusnormides ette nähtud künnised saavad sama vähe piirata või välistada ELTL artikli 102 vahetut kohaldamist nagu ühinemismääruse artikli 21 lõige 1.

38. See järeldub ka künniste funktsioonist. Esiteks reguleerivad need pädevuste jaotamist komisjoni ja liikmesriikide konkurentsiametite vahel ning määravad sellega seoses koondumise kontrollimise suhtes kohaldatava õiguse.²¹ Teiseks on nende aluseks seadusandja hinnang ja sellega seotud ümberlükatav eeldus, et koondumised, mis ületavad teatud käibekünniseid, on eriti olulised ning neil võib olla kahjulik mõju turustruktuurile ja konkurentsile, mistõttu need vajavad ametiasutuste eelkontrolli.²² Nendest käibekünnistest allapoole jäämine sisaldab vastupidi eeldust, et ajaomane koondumine ei nõua sellist eelkontrolli. Künnised kui sellised ei ütle aga midagi selle kohta, kas teatud juhtudel on ELTL artikli 102 alusel võimalik turgu valitseva seisundiga ettevõtjate tegevuse järelkontroll seoses koondumisega.

B. Liidu õiguse konkurentsimoонutuste vastase kaitse toimimisviis ja süsteem

39. Punktides 29–38 kirjeldatud ELTL artikli 102 kohast normihierarhias ja selle vahetust kohaldatavusest piisab tegelikult selle põhjendamiseks, et selle artikli kohaldatavust koondumistele ei saa ühinemismääruse artikli 21 lõike 1 alusel välistada. Lisaks räägivad ka liidu õiguses sätestatud konkurentsimoонutuste vastase kaitse toimimisviis ja süsteem ELTL artikli 102 täiendava kohaldamise poolt koondumistele.

40. Samas kui ühinemismäärus näeb turu struktuuri muudatuste korral ette kohustusliku ennetava eelkontrolli, kohaldatakse ettevõtjate turul käitumise suhtes – olgu need koordineeritud käitumisviisid või ühepoolsed toimingud – määruse nr 1/2003 kohaselt üksnes karistuslikku laadi järelkontrolli. Seda funktsiooni tugevdati lisaks veel nimetatud määrusega kehtestatud erandi andmise süsteemiga, kusjuures ELTL artiklite 101 ja 102 (nüüd täieliku) vahetu kohaldatavuse alusel anti kontrolli- ja rakendamisülesanded suures ulatuses üle liikmesriikide konkurentsiasutustele ja kohtutele (detsentraliseerimine)²³ Nende pädevust ELT artiklite 101 ja 102 kohaldamisel piiratakse omakorda siiski esimuse ja vahetu kohaldatavuse põhimõtete alusel.²⁴

41. *Ennetava* ühinemiskontrolli iseseisvust rõhutab nimelt ühinemismääruse põhjendus 6.²⁵ Selle kohaselt peab see olema „eraldi õigusaktina“ ainus vahend selleks, et õiguslikult hinnata koondumiste mõju konkurentsile siseturul²⁶. Lisaks oli Euroopa Kohus vastu selle määruse

²¹ Vt ühinemismääruse põhjendused 8 ja 9.

²² Vt ühinemismääruse põhjendused 3–5 ja 8.

²³ Vt määruse nr 1/2003 põhjendus 4 ning artiklid 5 ja 6.

²⁴ Nii ei saa liikmesriikide konkurentsiasutused erinevalt komisjonist eelkõige peatada „liidu huvi puudumise tõttu“ turgu valitseva seisundiga ettevõtjate tegutsemise uurimist; vt 4. märtsi 1999. aasta kohtuotsus *Ufex jt vs. komisjon* (C-119/97 P, EU:C:1999:116, punkt 88 ja 89 jj); Üldkohtu 16. mai 2017. aasta kohtuotsus *Agria Polska jt vs. komisjon* (T-480/15, EU:T:2017:339, punkt 34 jj) ja 13. juuli 2022. aasta kohtuotsus *Design Light & Led Made in Europe ja Design Luce & Led Made in Italy vs. komisjon* (T-886/19, ei avaldata, EU:T:2022:442, punkt 38 jj).

²⁵ Vt ka määruse nr 4064/89 põhjendus 7.

²⁶ Vt ka 29. jaanuari 2020. aasta kohtumäärus *Silgan Closures ja Silgan Holdings vs. komisjon* (C-418/19 P, ei avaldata, EU:C:2020:43, punkt 50).

kohaldamisala lubamatule laiendamisele tehingutele, mis ei aita kaasa koondumise elluviimisele.²⁷ Seega takistas ta selle määruse sätete kohaldamise tungimist konkurentsioiguse teistesse reguleerimisvaldkondadesse.²⁸

42. Vastupidi Prantsuse valitsuse ja konkurentsiameti seisukohale ei saa sellest aga järeldada, et ühinemismäärusel on lõpliku *lex specialis*'e loomus.

43. See ei tulene ka sellest, et ühinemismääruse artikli 21 lõike 1 kohaselt ei kehti määrus nr 1/2003 koondumiste suhtes. Sellest saab siiski järeldada, et koondumise võimaliku konkurentsi kahjustava mõju kontrollimine kuulub ELTL artiklitega 101 ja 102 võrreldes erikorrana esmajoones koondumiste kontrolli puudutavate normide hulka. Sellega ei välistata siiski turgu valitseva seisundiga ettevõtja tegevuse järelkontrolli seoses sellise koondumisega. Seadusandjal ei oleks olnud muu hulgas õiguslikult võimalik sätestada teisese õiguse normi, mis välistaks normihierarhias kõrgemalseisva ja vahetult kohaldatava ELTL artikli 102 kohaldamise.

44. ELTL artikli 102 kohaldamise poolt lisaks ühinemismäärusele räägib ka asjaolu, et see määrus – nagu ilmneb ka määruse põhjendusest 7 – ei tugine mitte ainult ELTL artiklile 103, vaid ka ELTL artiklis 352 sätestatud lepingu täiendamise volitusele. Määruse nr 4064/89 põhjendus 6 (eespool punkt 12) kinnitab seda selgitusega, et koondumiste kontrolli kehtestamise eesmärk peab olema lünkade täitmine koondumistega seotud konkurentsimoonutuste vastases kaitses.

45. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika näitab ümberpöörduvalt, et ELTL artiklil 102 on lai kohaldamisala, liiatigi kuna kuritarvituste loetelu ei ole ammendav.²⁹ Vastavalt sellele võib ka turgu valitseva seisundiga ettevõtjate tegevus kuuluda seoses konkurendi ülevõtmise ettevalmistamisega või läbiviimisega nimetatud normi materiaalsesse kohaldamisalasse ning osaleda selle vahetus toimes. See kehtib seda enam, et konkurendi kuritarvituslik turult väljatõrjumine võib esineda arvukates erinevates vormides³⁰ ja turgu valitseva seisundiga ettevõtjal lasub eriline kohustus mitte kahjustada oma tegevusega tõhusat ja moonutamata konkurentsi siseturul.³¹

46. Teisiti, kui väidavad TDF, Tivana Topco, Prantsuse konkurentsiamet ja ka Prantsuse ja Madalmaade valitsus, on see tulemus täielikult kooskõlas minu ettepanekuga³² ning Euroopa Kohtu otsusega kohtuasjas Austria Asphalt.³³ Selles kohtuasjas oli tegemist üksnes ühinemismääruse kohaldamisala piiritlemisega määruse nr 1/2003 kohaldamisala suhtes seoses

²⁷ 31. mai 2018. aasta kohtuotsus Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 58).

²⁸ Vt ka kohtujurist Wahli ettepanek kohtuasjas Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, punktid 68 ja 69). Vt lisaks minu ettepanek kohtuasjas Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 37) ja Üldkohtu 20. novembri 2002. aasta kohtuotsus Lagardère ja Canal+ vs. komisjon (T-251/00, EU:T:2002:278, punktid 77–79).

²⁹ Vt üksnes 14. novembri 1996. aasta kohtuotsus Tetra Pak vs. komisjon (C-333/94 P, EU:C:1996:436, punkt 37); 15. märtsi 2007. aasta kohtuotsus British Airways vs. komisjon (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punkt 57); 14. oktoobri 2010. aasta kohtuotsus Deutsche Telekom vs. komisjon (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punkt 173) ja 17. veebruari 2011. aasta kohtuotsus TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, punkt 26).

³⁰ Vt nn tõrjuva tegevuse erinevate vormide kohta komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurentide tõrjuva tegevuse suhtes (ELT 2009, C 45, lk 7).

³¹ 30. jaanuari 2020. aasta kohtuotsus Generics (UK) jt (C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 153).

³² Vt minu ettepanek kohtuasjas Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punktid 36 ja 37).

³³ 7. septembri 2017. aasta kohtuotsus Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, punktid 31–33) ja 31. mai 2018. aasta kohtuotsus Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 54 jj).

koondumisega, mille ese oli täieliku toimivusega ühissettevõtja moodustamise eelkontroll. Seevastu ei olnud menetluse ese koondumise või selles osalevate ettevõtjate tegevuse võimalik järelkontroll, eelkõige ELTL artikli 102 alusel.³⁴

47. Vastupidi Prantsuse konkurentsiameti, Prantsuse valitsuse, Tivana Topco ja TDFi ning eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvamusele ei ole ka ühinemismääruse artiklis 22 sätestatud viitamismehhanismil, mille kohaselt saab ühenduse seisukohalt mitteoluliste koondumiste korral luua liikmesriikide taotlusel erandkorras komisjoni pädevuse, ühinemismääruse artikli 21 lõike 1 ja ELTL artikli 102 vahelise suhte tõlgendamise jaoks mingit tähtsust.³⁵ Ka ühinemismääruse artikkel 22 teisese õiguse normina ei saa sellisel juhul nagu käesolev juhtum (eespool punktid 29–33) põhjendada ELTL artikli 102 vahetu kohaldatavuse välistamist.

48. ELTL artikli 102 täiendav kohaldamine sobib pigem nagu ühinemismääruse artikli 22 kohaldamise eesmärkki, milleks on aidata sel juhul kaasa konkurentsi kaitsele siseturul, kui konkurentsioiguse kohaselt probleemsed koondumised ei jõua koondumiste kontrolli puudutavate künnisteni ning nende suhtes ei kohaldata seega põhimõtteliselt eelkontrolli. Nii nagu Itaalia valitsus ja komisjon esile toovad, on nimelt viimastel aastatel tulnud ilmsiks lünk internetiteenuste, farmaatsiatööstuse või meditsiinitehnika valdkonnas tegutsevate innovaatiliste iduettevõtete ülevõtmise konkurentsioiguse käsitluses ja kontrollis (nn *killer acquisitions*). See puudutab olukordi, kus turul kanda kinnitanud ja võimsad ettevõtjad võtavad samadel, naaberturgudel, eelnevatel ja järgnevatel hulgiturgudel tegutsevad edasipüüdlid, kuid alles väiksema käibega ettevõtjad nende varases arengustaadiumis üle, et neid konkurentidena välja lülitada ja oma seisundit turul konsolideerida.³⁶ Selleks, et tagada ka selles mõttes tõhus konkurentsikaitse, peaks riigisisel konkurentsiametil olema seega võimalik kasutada vähemalt „nõrgemat“³⁷ ELTL artikli 102 kohast karistava toimega järelkontrolli, kui selle koosseisu tingimused on täidetud. Selline vajadus võib tekkida ka ülevõtmiste korral tugevalt kontsentreerunud turgudel – nagu käesoleval juhul – kui selle eesmärk on lülitada välja edasipüüdliku konkurenti poolt konkurentsile avaldatav surve.

49. See viib menetlusosaliste vahel vaieldava küsimuseni, kas ja mil määral nõuavad kohtuotsuses Continental Can³⁸ sõnastatud põhimõtted ELTL artiklit 102 kohaldamise edasist kehtivust koondumiste suhtes.

C. Kohtuotsuse Continental Can tähtsus ja õiguskindlus

50. Eelnevatest kaalutlustest lähtudes tuleb igatahes täpsustada Euroopa Kohtu otsuses kohtuasjas Continental Can märgitud.

³⁴ See kehtib ka 29. jaanuari 2020. aasta kohtumääruse Silgan Closures ja Silgan Holdings vs. komisjon kohta (C-418/19 P, ei avaldata, EU:C:2020:43, punkt 50).

³⁵ Vt selle kohta Üldkohtu 13. juuli 2022. aasta kohtuotsus Illumina vs. komisjon (T-227/21, EU:T:2022:447).

³⁶ Vt täpsemalt Euroopa Komisjon, Suunised ühinemismääruse artiklis 22 sätestatud üleandmismehhanismi kohaldamise kohta teatavat liiki koondumisasjade suhtes (ELT 2021, C 113, lk 1), punktid 9 ja 10 ning Üldkohtu 13. juuli 2022. aasta kohtuotsus Illumina vs. komisjon (T-227/21, EU:T:2022:447).

³⁷ Vt juba minu ettepanek kohtuasjas Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 36).

³⁸ 21. veebruari 1973. aasta kohtuotsus Europemballage ja Continental Can vs komisjon (6/72, EU:C:1973:22).

51. Selles kohtuotsuses oli Euroopa Kohus muu hulgas sedastanud EMÜ asutamislepingu artikli 86 kohta (nüüd ELTL artikkel 102) järgneva:

„Konkurentsi kahjustamine, mis on keelatud, kui see on artiklis 85 sätestatud tegevuse tulemus, ei saa muutuda seetõttu lubatuks, et see tegevus osutub valitseva ettevõtja mõjust tingituna edukaks, ning lõpeb osalevate ettevõtjate koondumisega. [...]

Kuritarvitamine võib aset leida siis, kui turgu valitseva seisundiga ettevõtja tugevdab seda seisundit nii, et saavutatud valitseva seisundi tase takistab konkurentsi märkimisväärselt, mis tähendab, et turule jäävad vaid ettevõtjad, kelle käitumine sõltub valitsevast ettevõtjast.“³⁹

52. Sellest on võimalik tuletada isegi seda, et ELTL artikkel 102 on koondumiste kontrollile täielikult kohaldatav.

53. Seda kohtuotsust tuleb siiski mõista, arvestades toonast õiguslikku olukorda, eelkõige asjaolu, et Euroopa Kohus pidas „sõnaselgete ühenduse õigusnormide puudumisel“⁴⁰ vajalikuks koondumiste kontrolli EMÜ asutamislepingu artikli 86 alusel, et tagada konkurentsi nõuetekohase toimimise piisav kaitse ühisturul. Tänapäeval on sellised „sõnaselged õigusnormid“ seevastu ühinemismääruse alusel kahtlemata olemas; seadusandja tahte kohaselt on nende selge eesmärk sulgeda omal ajal Euroopa Kohtu tuvastatud lünk regulatsioonis.⁴¹

54. Silmas pidades eespool heaks kiidetud ELTL artikli 102 täiendavat kohaldamist koondumisega seotud kuritarvituste kontrollimiseks, ei ole see kohtupraktika siiski liidu koondumiste kontrolli süsteemi loomisele vaatamata täielikult esemetuks muutunud. Seda kinnitavad nii ühinemismääruse põhjendus 7 (eespool punkt 5), mis näib viitavat nimetatud kohtupraktikale, kui ka asjaolu, et kohtuotsus Continental Can rajaneb omalt poolt lepingus sätestatud konkurentsi võimalikult tõhusal ja lünkadeta kaitsel ühisturul.⁴² Menetlusosaliste poolt palju tsiteeritud napp väide minu ettepaneku joonealuses märkuses kohtuasjas Austria Asphalt, mille kohaselt see kohtuotsus on „muutunud aegunuks“,⁴³ puudutas teist eelotsuse küsimust ning seega teist menetluse eset (nimelt ELTL artikli 101 kohaldamist ühissettevõtjatele) ning seda ei saa seetõttu üldistada.

55. Seega jääb üle selgitada menetlusosaliste poolt tõstatatud küsimust, millistel tingimustel tuleb arvesse ELTL artikli 102 täiendav kohaldamine seoses koondumisega, kui silmas pidada kohtuotsust Continental Can ja õiguskindluse põhimõtet.

56. Seoses sellega tuleb vahet teha kahe olukorra vahel, nimelt ühelt poolt käesoleva menetluse aluseks oleva olukorra vahel, kus künnistest allapoole jäämise tõttu ei toimunud koondumiste kontrolli puudutavat eelkontrolli, ja teiselt poolt võimaliku paralleelse või järjestikuse kahekordse kontrolli vahel nii koondumiste kontrolli puudutavate õigusnormide kui ka ELTL artikli 102 alusel.

³⁹ 21. veebruari 1973. aasta kohtuotsus Europemballage ja Continental Can vs. komisjon (6/72, EU:C:1973:22, punktid 25 ja 26).

⁴⁰ 21. veebruari 1973. aasta kohtuotsus Europemballage ja Continental Can vs. komisjon (6/72, EU:C:1973:22, punkt 25).

⁴¹ Ühinemismääruse põhjendused 5–8 või määruse nr 4064/89 põhjendused 6 ja 7.

⁴² 21. veebruari 1973. aasta kohtuotsus Europemballage ja Continental Can vs. komisjon (6/72, EU:C:1973:22, punkt 25).

⁴³ C-248/16, EU:C:2017:322, punkt 37, selles joonealune märkus 18.

57. Nagu on selgitatud käesoleva ettepaneku punktides 29–48, ei ole ELTL artikli 102 vahetu kohaldatavus koondumistele õiguslikult välistatud. See kehtib piiranguteta sellisel juhul nagu käesolev juhtum, kus, nagu tuleneb punktist 20, ei ole toimunud koondumiste kontrolli käsitlevate õigusnormide kohast koondumise eelkontrolli ning seega ei ole kahekordse kontrollimise ohtu.

58. Teisiti on see aga hüpoteetilise olukorra puhul, kus tegeliku eelkontrolli tegi riigisisese koondumiste kontrolli puudutavate õigusnormise alusel riigi konkurentsiasutus või viis selle ühinemismääruse alusel läbi komisjon. Kas selline koondumine võib olla lisaks ELTL artikli 102 kohaselt toimuva järelkontrolli ese?

59. Seoses õiguskindluse põhimõtte järgimisega on tähtis asjaolu, et seadusandja tahtis põhimõtteliselt välistada sellist kahekordset kontrollimist, nagu ilmneb ühinemismääruse artikli 21 lõikest 1 (eespool punkt 43). Minu arvates jääb seega – vaatamata ELT artikli 102 esmase õiguse loomusele ja vahetule kohaldatavusele – ruumi *lex specialis derogat legi generali* põhimõtte kohaldamise jaoks.

60. See ei ole vastuolus käesoleva ettepaneku punktis 30 nimetatud normihierarhia põhimõttega. ELTL artikkel 102 jääb nimelt põhimõtteliselt kohaldatavaks. Siiski ei või ühinemiskontrolli erinormide kohaselt heaks kiidetud koondumist, mille mõju turustruktuurile ja konkurentsile tunnistati siseturuga kooskõlas olevaks, (sellisena) mitte (enam) kvalifitseerida turgu valitseva seisundi kuritarvitamiseks ELTL artikli 102 tähenduses, niivõrd kui ei pea kindlaks tegema asjaomase ettevõtja sellest kaugemale ulatuvaid tegevusi, mis võiksid vastata selle koosseisule. Kohtuotsuses *Continental Can* tehtud sedastusi, mida võib ka sellisel juhul koondumise võimaliku kahekordse kontrollimise tähenduses valesti mõista, tuleb seega vastavalt täpsustada.

61. Neid eesmärke arvestades on õiguslikel tagajärgedel, mis tulenevad koondumiste kontrolli puudutavate sätete ja ELTL artikli 102 täiendavast kohaldatavusest, koondumiste läbiviimisele ja õiguskindlusele kaugelt väiksem mõju kui väidavad näiteks *Madalmaade valitsus* ja *TDF*.

62. Esiteks tuleneb see *lex specialis derogat legi generali* põhimõtte kohaldamisest, mille kohaselt koondumiste kontrolli puudutavate sätete alusel antud ühinemisluba ning sellega saavutatud turustruktuuri ja konkurentsitingimuste muutus välistab tingimata kuritarvitamise koosseisu olemasolu ELTL artikli 102 tähenduses (eespool punktid 59 ja 60). Seega ei saa selline koondumine olla ka hilisema (nt määruse nr 1/2003 artikli 7 lõike 1 kohase) korralduse ese likvideerida ettevõtja, mis tekkis koondumise käigus. Teiseks saab ELTL artikli 102 kohane järelkontroll puudutada ainult selliseid koondumisi, mida teeb turgu valitseva seisundiga ettevõtja.

63. Sellega taandub ELTL artikli 102 võimalik täiendav kohaldamine kohtupraktikas nendele juhtumitele, mis vajavad selle ettevõtja võimu tõttu turul eelnevat konkurentsõiguse kohast kontrolli, kuid ei ole allutatud koondumiste kontrolli puudutavate normide kohasele eelkontrollile. Isegi neil juhtudel ei ähvarda rikkumise korral – vastupidi mõne menetlusosalise kartusele – tegevusega seotud struktuuriliste parandusmeetmete ja proportsionaalsuse põhimõtte esimest silmas pidades tavaliselt koondumise tagantjärele likvideerimine⁴⁴, vaid ainult trahvi määramine.⁴⁵

64. Lõpuks käsitlen ma õiguskindluse põhimõtet silmas pidades *Tivana Topco* teise võimalusena esitatud nõuet piirata Euroopa Kohtu otsuse ajalisi mõju.

⁴⁴ Komisjoni õiguse kohta võtta ainult erandjuhul struktuurilisi parandusmeetmeid, vt määruse nr 1/2003 artikli 7 lõige 1.

⁴⁵ Vt määruse nr 1/2003 artiklid 23 ja 24.

65. Selles osas tuleb meenutada, et tõlgendus, mille Euroopa Kohus talle ELTL artikliga 267 antud pädevust kasutades liidu õigusnormidele annab, selgitab ja täpsustab nende sätete tähendust ja ulatust, nagu seda peab või oleks pidanud mõistma ja kohaldama alates nende sätete jõustumise hetkest. Seetõttu võib Euroopa Kohus liidu õiguskorrale omast õiguskindluse üldpõhimõtet kohaldades vaid erandjuhtudel piirata kõikide huvitatud isikute võimalust tugineda mõnele tema tõlgendatud õigusnormile selleks, et vaidlustada heauskselt loodud õigussuhteid. Niisugune piiramine, mida saab kohaldada üksnes Euroopa Kohtu niisuguse otsusega, milles otsustatakse taotletud tõlgenduse üle, on ainult siis lubatud, kui on täidetud kaks peamist tingimust, nimelt huvitatud isikute heauskus ja raskete tagajärgede oht.⁴⁶

66. Käesoleval juhul ei näe ma, et viimati nimetatud tingimused oleks täidetud. Esiteks ei saa asjaomased isikud ELTL artikli 102 vahetus kohaldatavust käsitlevat väljakujunenud kohtupraktikat ja kohtuotsust Continental Can arvestades olla selles suhtes heausksed, et nimetatud õigusnormi tõlgendatakse teisiti kui eespool punktis 29 ja sellele järgnevates punktides. Teiseks on raskete tagajärgede oht eespool punktis 55 ja sellele järgnevates punktides öeldut arvestades samuti välistatud.

67. Seda kõike silmas pidades puudub veenev alus ELTL artikli 102 kohaldamise kategooriliseks välistamiseks sellisele juhtumile nagu käesolev juhtum ning Euroopa Kohtu otsuse ajaliseks piiramiseks.

V. Ettepanek

68. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜ ühinemismäärus) artikli 21 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et see säte ei keela liikmesriigi konkurentsiasutusel kontrollida koondumist – mis ei ole ühenduse seisukohalt oluline selle määruse artikli 1 tähenduses ja jääb alla liikmesriigi õiguses ette nähtud kohustusliku eelkontrolli künnise ning ei ole ka selle määruse artikli 22 kohaselt asja komisjonile üleandmise ese – selles suhtes, kas koondumine kujutab endast konkurentsi struktuuri seisukohast riigisisese mõõtmega turul turgu valitseva seisundi kuritarvitamist vastavalt ELTL artiklile 102.

⁴⁶ Vt 22. juuni 2021. aasta kohtuotsus Latvijas Republikas Saeima (karistuspunktid) (C-439/19, EU:C:2021:504, punktid 132 ja 133 ja selles viidatud kohtupraktika).