



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JULIANE KOKOTT

13 päivänä lokakuuta 2022<sup>1</sup>

**Asia C-449/21**

**Towercast**

**vastaan**

**Autorité de la concurrence ja**

**Ministère de l'Économie,**

**muut osapuolet:**

**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.**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Cour d'appel de Paris (Pariisin ylioikeus, Ranska))

Kilpailu – Yrityskeskittymien valvonta (sulautumien valvonta) – Asetuksen (EY) N:o 139/2004 ("EY:n sulautuma-asetus") 21 artikla – Sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön yksinomainen sovellettavuus – Kansallinen sulautumien valvonta – Raja-arvojen alittuminen – SEUT 102 artikla – Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö – Välitön sovellettavuus – Asetus (EY) N:o 1/2003

## Sisällys

I	Johdanto .....	2
II	Asiaa koskevat oikeussäännöt .....	3
A	Johdettu unionin oikeus .....	3
1.	Asetus (EY) N:o 139/2004 .....	3
2.	Asetus (ETY) N:o 4064/89 .....	4

<sup>1</sup> Alkuperäinen kieli: saksa.

B Kansallinen oikeus . . . . .	5
III Tosiseikat ja ennakkoratkaisupyyntö . . . . .	5
IV Oikeudellinen arviointi . . . . .	7
A Sulautuma-asetuksen 21 artiklan suhde SEUT 102 artiklaan . . . . .	7
1. Sulautuma-asetuksen soveltamisalan määrittäminen sen 21 artiklassa . . . . .	7
2. SEUT 102 artiklan välitön sovellettavuus . . . . .	8
B Unionin oikeuteen perustuvan kilpailun vääristymistä koskevan suojan toimintatapa ja systematiikka . . . . .	9
C Tuomion Continental Can merkitys ja oikeusvarmuus . . . . .	12
V Ratkaisuehdotus . . . . .	15

## I Johdanto

1. Sulautumien *ex ante* -valvontaa koskevien sääntöjen ja SEUT 102 artiklan mukaisen väärinkäyttöä koskevan *ex post* -valvonnan välistä suhdetta koskevalla ennakkoratkaisukysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee lähinnä, onko kansallisen kilpailuviranomaisen mahdollista tutkia keskittymä, jonka toteuttaneella yrityksellä on määräävä markkina-asema, jälkikäteen SEUT 102 artiklan perusteella, jos kyseinen keskittymä ei ylitä asetuksessa (EY) N:o 139/2004 (jäljempänä sulautuma-asetus)<sup>2</sup> säädettyjä, asian kannalta merkityksellisiä liikevaihtoa koskevia raja-arvoja eikä vastaavaa *ex ante* -tutkimusta ole tästä syystä tehty.

2. Pääasian oikeudenkäynnissä on konkreettisesti kyse SEUT 102 artiklan täydentävästä tai aukkoja paikkaavasta soveltamisesta sulautumien valvontaa koskeviin kansallisiin sääntöihin nähden. Ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään pohjimmiltaan selvittämään, seuraako sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdasta, että keskittymiä on tutkittava yksinomaan sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön perusteella ja että SEUT 102 artiklan samanaikainen tai jälkikäteinen soveltaminen on poissuljettua (ns. estävä vaikutus). Jotta voidaan määrittää tarkemmin näiden oikeussääntöjen keskinäinen suhde, on tarkasteltava niiden oikeudellista luonnetta ja tehtävää kilpailun suojelua sisämarkkinoille koskevassa unionin oikeuden järjestelmässä ja sen perustavia tavoitteita.

3. Tätä tarkoitusta varten tarkastelen ensin asiaa koskevia oikeussääntöjä (II) ja asian tosiseikkoja (III) sekä sen jälkeen sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdan suhdetta SEUT 102 artiklaan ottaen huomioon sen aseman normihierarkiassa ja välittömän sovellettavuuden (IV.A). Seuraavaksi tutkin tämän tarkastelun lopputulosta kilpailun vääristymisen estämistä koskevan unionin oikeuden järjestelmän tavoitteiden avulla (IV.B). Lopuksi käsittelen kysymystä siitä, voidaanko näin saatu lopputulos saattaa sopusointuun unionin tuomioistuimen tähänastisen oikeuskäytännön ja oikeusvarmuuden periaatteen kanssa ja jos, niin missä määrin.

<sup>2</sup> Yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annettu neuvoston asetus (EUVL 2004, L 24, s. 1).

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### A Johdettu unionin oikeus

#### 1. Asetus (EY) N:o 139/2004

4. Sulautuma-asetuksen johdanto-osan toisessa ja kuudennessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(2) Perustamissopimuksen päämäärien toteuttamiseksi 3 artiklan 1 kohdan g alakohdassa määrätään yhteisön tavoitteeksi sellaisen järjestelmän käyttöön ottaminen, joka estää kilpailun vääristymisen sisämarkkinoilla. – –

(6) Sen vuoksi on tarpeen erityinen oikeudellinen väline, jolla kaikkia keskittymiä voitaisiin tehokkaasti valvoa niillä yhteisössä esiintyvän kilpailun rakenteeseen olevien vaikutusten kannalta ja joka olisi ainoa tällaisiin keskittymiin sovellettava väline. – –”

5. Sulautuma-asetuksen johdanto-osan seitsemännessä perustelukappaleessa todetaan oikeusperustasta seuraavaa:

”Vaikka Euroopan [unionin] tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan 81 ja 82 artiklaa voidaan soveltaa tiettyihin keskittymiin, ne eivät ole riittäviä kaiken sellaisen toiminnan valvomiseksi, joka voi osoittautua perustamissopimuksessa edellytettyyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomaksi. Tämän vuoksi tämän asetuksen ei tulisi perustua vain perustamissopimuksen 83 artiklaan vaan pääasiallisesti 308 artiklaan – –.”

6. Sulautuma-asetuksen johdanto-osan kahdeksas ja yhdeksäs perustelukappale koskevat toimivallanjakoa ja sulautuma-asetuksen soveltamisalaa:

”(8) Tämän asetuksen säännösten tulisi koskea merkittäviä rakenteellisia muutoksia, joiden vaikutukset markkinoihin ulottuvat jäsenvaltion kansallisten rajojen ulkopuolelle. – – Keskittymät, joihin tätä asetusta ei sovelleta, kuuluvat periaatteessa jäsenvaltion toimivaltaan.

(9) Tämän asetuksen soveltamisala olisi määriteltävä keskittymään osallistuvien yritysten maantieteellisen toiminta-alueen mukaan, ja sitä tulisi rajoittaa määrällisin raja-arvoin, jotta se koskisi myös yhteisönlaajuisia keskittymiä. – –”

7. Sulautuma-asetuksen 1 artiklassa määritetään asetuksen soveltamisala muun muassa sen 2 kohtaan sisältyvien liikevaihtoa koskevien raja-arvojen perusteella seuraavasti:

”1. Tätä asetusta sovelletaan kaikkiin tässä artiklassa tarkoitettuihin yhteisönlaajuisiin keskittymiin, sanotun kuitenkin rajoittamatta 4 artiklan 5 kohdan ja 22 artiklan soveltamista.

2. Keskittymä on yhteisönlaajuinen keskittymä, jos: – –”

8. Sulautuma-asetuksen 3 artiklassa määritellään keskittymän käsite seuraavasti:

”1. Keskittymän katsotaan syntyvän, jos määräysvalta siirtyy pysyvästi seurauksena siitä, että

- a) kaksi yritystä tai yrityksen osaa tai useampi yritys tai yrityksen osa, jotka ovat aikaisemmin olleet itsenäisiä, sulautuu; taikka
- b) yksi tai useampi henkilö, jolla jo on määräysvalta ainakin yhdessä yrityksessä, tai yksi tai useampi yritys hankkii ostamalla osakkeita tai osuuksia taikka varoja, sopimuksella tai muulla tavoin suoran tai välillisen määräysvallan, joka koskee yhtä tai useampaa yritystä kokonaisuudessaan tai jotakin sen tai niiden osaa.

--”

9. Sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohta koskee sulautuma-asetuksen soveltamisalan rajaamista suhteessa unionin muihin säädöksiin:

”Vain tätä asetusta sovelletaan 3 artiklassa tarkoitettuihin keskittymiin, ja asetuksia (EY) N:o 1/2003 – ei sovelleta lukuun ottamatta yhteisyrityksiä, jotka eivät ole yhteisönlaajuisia ja joiden tarkoituksena tai seurauksena on itsenäisenä pysyvien yritysten kilpailukäyttäytymisen yhteensovittaminen.

--”

10. Sulautuma-asetuksen 22 artiklassa säädetään lisäksi muun muassa seuraavaa:

”1. Yksi tai useampi jäsenvaltio voi pyytää komissiota tutkimaan 3 artiklassa tarkoitetun keskittymän, joka ei ole 1 artiklassa tarkoitettu yhteisönlaajuinen keskittymä mutta vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja uhkaa vaikuttaa merkittävästi kilpailuun pyynnön esittävän jäsenvaltion tai pyynnön esittävien jäsenvaltioiden alueella.

--

3. -- Pynnön esittänyt jäsenvaltio tai esittäneet jäsenvaltiot eivät saa tämän jälkeen jatkaa kansallisen kilpailulainsäädäntönsä soveltamista kyseiseen keskittymään.

--”

2. *Asetus (ETY) N:o 4064/89*

11. Asetus (ETY) N:o 4064/89<sup>3</sup> on nykyisin voimassa olevan sulautuma-asetuksen edeltäjä.

12. Sen johdanto-osan kuudennesta kahdeksanteen perustelukappaleessa todettiin seuraavaa:

- ”(6) Vaikka Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan 85 ja 86 artiklaa voidaan soveltaa tiettyihin keskittymiin, ne eivät ole riittäviä kaiken sellaisen toiminnan valvomiseksi, joka voi osoittautua perustamissopimuksessa edellytettyyn vääristymättömän kilpailun järjestelmään soveltumattomaksi,
- (7) uusi oikeudellinen järjestely olisi sen vuoksi toteutettava asetuksella, jolla kaikkia keskittymiä voitaisiin tehokkaasti valvoa niillä yhteisössä esiintyvän kilpailun rakenteeseen olevien vaikutusten kannalta ja joka olisi ainoa tällaisiin keskittymiin sovellettava järjestely,

<sup>3</sup> Yrityskeskittymien valvonnasta 21.12.1989 annettu neuvoston asetus (EYVL 1989, L 395, s. 1), jäljempänä asetus N:o 4064/89.

(8) tämän vuoksi tämän asetuksen ei tulisi perustua vain perustamissopimuksen 87 artiklaan vaan pääasiallisesti 235 artiklaan, jonka nojalla yhteisö voi lisätä toimivaltaansa tavoitteidensa toteuttamiseksi – –”.

13. Asetuksen N:o 4064/89 22 artiklan 1 ja 2 kohtaan sisältyy sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdan edeltäjäsäännös ja sen 3 kohtaan sulautuma-asetuksen 22 artiklan edeltäjäsäännös:

”1. Vain tätä asetusta sovelletaan 3 artiklassa tarkoitettuihin keskittymiin.

2. Asetuksia N:o 17, (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N:o 3975/87 ei sovelleta 3 artiklassa tarkoitettuihin keskittymiin.

3. Jos komissio jäsenvaltion pyynnöstä toteaa, että 3 artiklassa tarkoitettu keskittymä, joka ei ole 1 artiklassa tarkoitettu yhteisön laajuinen keskittymä, luo sellaisen määräävän aseman tai vahvistaa sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu olennaisesti estyy jäsenvaltion alueella, komissio voi, jos keskittymä vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, tehdä 8 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa ja 3 tai 4 kohdassa tarkoitettun päätöksen.

– –”

### ***B Kansallinen oikeus***

14. Ranskan kauppalain (code de commerce) L. 490-9 §:ssä säädetään muun muassa seuraavaa:

”Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81–83 artiklan soveltamiseksi [muun muassa] Autorité de la concurrence (kilpailuviranomainen) on – – toimivalta, joka [sille] annetaan tämän lain artikloilla ja [asetuksella N:o 139/2004] ja [asetuksella N:o 1/2003]. Niihin sovelletaan näissä säädöksissä säädettyjä menettelysääntöjä.”

15. Myös Ranskan oikeudessa säädetään yrityskeskittymien ex ante -valvonnasta. Keskittymän käsite määritellään kauppalain L. 430-1 §:ssä. Sen L. 430-2 §:ssä vahvistetaan liikevaihtoa koskevat raja-arvot, joiden ylittyessä yrityskeskittymien valvontaa koskevaa lainsäädäntöä voidaan soveltaa.

16. Kauppalain L. 430-9 §:ssä säädetään lisäksi seuraavaa:

”Jos määräävää asemaa – – on käytetty väärin, Autorité de la concurrence voi määrätä perustellulla päätöksellä kyseisen yrityksen tai konsernin muuttamaan tai täydentämään tietystä määräajassa kaikkia sopimuksia ja kaikkia toimia, joilla on toteutettu taloudellisen vallan keskittymä, joka on mahdollistanut väärinkäytön, tai purkamaan ne – –.”

### **III Tosiseikat ja ennakkoratkaisupyynnö**

17. Pääasian oikeudenkäynnin ja ennakkoratkaisupyynnön perustana on kanne, jonka ranskalainen Towercast S.A.S.U. -yhtiö, jonka kotipaikka on Pariisissa (Ranska), (jäljempänä Towercast) on nostanut Autorité de la concurrence (jäljempänä Ranskan kilpailuviranomainen) tekemästä päätöksestä, jolla se hylkäsi Towercastin ranskalaisen TDF Infrastructure Holding

S.A.S. -yhtiön (jäljempänä TDF)<sup>4</sup> määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä tekemän kantelun.

18. TowerCast oli tehnyt 15.11.2017 Ranskan kilpailuviranomaiselle kantelun siitä, että TDF oli hankkinut määräysvallan Itas S.A.S. -yhtiössä 13.10.2016. Towercast väitti kantelussaan, että tämä toimenpide merkitsi määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, koska TDF rajoittaa kilpailua maanpäällisen digitaalisen televisiolähetystoiminnan (Digital Video Broadcasting – Terrestrial) tukkumarkkinoilla tuotantoketjun alku- ja loppupäässä vahvistamalla merkittävästi näillä markkinoilla jo olevaa TDF:n määräävää markkina-asemaa.

19. Maanpäällisten televisiolähetysten Ranskan markkinat, joilla TDF:llä oli alun perin lakisääteinen monopoli, vapautettiin vuoden 2004 alussa. Vuosien saatossa keskittyminen kuitenkin jatkui voimakkaasti, joten riidanalaisen yritysoston ajankohtana näillä markkinoilla toimi enää vain kolme yhtiötä, nimittäin Towercast, Itas ja TDF, joista TDF:llä oli kiistatta selkeästi suurin markkinaosuus.

20. TDF:n tekemä Itasin osto alitti sulautuma-asetuksen 1 artiklassa ja kauppalain L. 430-2 §:ssä säädetyt raja-arvot eikä siten ollut komission tai Ranskan kilpailuviranomaisen ex ante -valvonnan kohteena. Sitä ei myöskään siirretty komission käsiteltäväksi sulautuma-asetuksen 22 artiklan nojalla.

21. Ranskan kilpailuviranomainen hylkäsi 16.1.2020 tekemällään päätöksellä Towercastin kantelun sillä perusteella, ettei väitettyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä ollut näytetty toteen. TDF:llä oli tosin tällainen asema markkinoilla. Asetuksen N:o 4064/89 antamisesta lähtien on kuitenkin erotettu selvästi toisistaan yhtäältä sulautumien valvonta ja toisaalta SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan mukaisten kilpailunvastaisten menettelytapojen valvonta, joten sulautuma-asetuksen 3 artiklassa tarkoitettuihin yrityskeskittymiin sovelletaan pelkästään ja yksinomaan sulautuma-asetusta. SEUT 102 artiklaa ei siten voida enää soveltaa, ellei kyseessä ole yrityskeskittymästä erillinen kilpailunvastainen menettely. Näin ei kuitenkaan ole käsiteltävässä asiassa.

22. Towercast valitti kyseisestä päätöksestä Cour d'appel de Paris'hin (Pariisin ylioikeus, Ranska).

23. Cour d'appel de Paris esitti 1.7.2021 tekemällään päätöksellä, joka saapui unionin tuomioistuimeen 21.7.2021, SEUT 267 artiklan nojalla, viitaten erityisesti sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdan erilaiseen soveltamiseen jäsenvaltioissa, unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko [sulautuma-asetuksen] 21 artiklan 1 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä sille, että kansallinen kilpailuviranomainen pitää yrityskeskittymää, joka ei ole edellä mainitun asetuksen 1 artiklassa tarkoitettulla tavalla yhteisönlaajuinen ja alittaa pakollista etukäteisvalvontaa koskevat kansallisessa oikeudessa säädetyt kynnykset ja jota ei ole siirretty Euroopan komission käsiteltäväksi kyseisen asetuksen 22 artiklan mukaisesti, SEUT 102 artiklassa kiellettyinä määräävän aseman väärinkäyttönä jäsenvaltion laajuisten markkinoiden kilpailun rakenteen kannalta?”

24. Towercast, Ranskan kilpailuviranomainen, Ranska, Italia, Alankomaat, Euroopan komissio, TDF ja Tivana Topco esittivät kirjallisia huomautuksia ja osallistuivat – Italiaa lukuun ottamatta – 6.7.2022 pidettyyn istuntoon.

<sup>4</sup> TDF on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamusten mukaan luxemburgilaisen Tivana Topco S.A. -yhtiön tytäryhtiö.

## IV Oikeudellinen arviointi

### A Sulautuma-asetuksen 21 artiklan suhde SEUT 102 artiklaan

#### 1. Sulautuma-asetuksen soveltamisalan määrittäminen sen 21 artiklassa

25. Sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdassa säädetään kyseisen asetuksen soveltamisalasta yrityskeskittymien tutkinnan osalta suhteessa unionin kilpailuoikeuden muihin johdetun oikeuden sääntöjen soveltamiseen. Kyseisessä säännöksessä suljetaan muun muassa nimenomaisesti pois asetuksen N:o 1/2003<sup>5</sup> soveltaminen yrityskeskittymiin, ellei kyse ole (yhteistoiminnallisista) ”[yhteisyrityksistä], jotka eivät ole yhteisönlaajuisia ja joiden tarkoituksena tai seurauksena on itsenäisenä pysyvien yritysten kilpailukäyttämisen yhteensovittaminen” ja jotka kuuluvat siksi SEUT 101 artiklan soveltamisalaan.

26. Unionin tuomioistuin on vastaavasti katsonut asiassa Austria Asphalt, että yrityskeskittymien tutkimiseen sovelletaan yksinomaan sulautuma-asetusta, ja sulkenut tältä osin pois asetuksen N:o 1/2003 soveltamisen.<sup>6</sup> Kyseistä asetusta sovelletaan siten ainoastaan yritysten toimintaan, joka, kuten yhteistoiminnallisten yhteisyritysten tapauksessa, ei merkitse keskittymää mutta jonka kohteena voi olla SEUT 101 artiklan vastainen yritysten toiminnan keskinäinen yhteensovittaminen.<sup>7</sup> Tuomioon Austria Asphalt ei siten sisälly mitään yleistä toteamusta yhtäältä sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön ja toisaalta SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan keskinäisestä suhteesta.

27. Sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohtaan sisältyvä sääntely, jonka mukaan asetusta N:o 1/2003 ei sovelleta keskittymiin, ei sitä vastoin vastaa kysymykseen SEUT 102 artiklan sovellettavuudesta. Siihen vastaaminen on sitäkin tärkeämpää, kun kyseinen keskittymä ei ylitä unionin eikä kansallisessa oikeudessa säädettyjä raja-arvoja, kuten käsiteltävässä asiassa, ja kun asiaa ei myöskään ole siirretty komission käsiteltäväksi sulautuma-asetuksen 22 artiklan mukaisesti, joten minkäänlaista *ex ante* -tutkintaa sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön perusteella ei tehdä.<sup>8</sup>

28. Vastattaessa kysymykseen siitä, estääkö sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohta SEUT 102 artiklan soveltamisen, tärkeitä ovat erityisesti viimeksi mainitun primaarioikeudellinen luonne ja välitön sovellettavuus.

<sup>5</sup> [EY] 81 ja [EY] 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annettu neuvoston asetus (EYVL 2003, L 1, s. 1), jäljempänä asetus N:o 1/2003.

<sup>6</sup> Tuomio 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, 32 kohta): ”Kuten asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 1 kohdasta ilmenee, vain tätä asetusta sovelletaan kyseisiin 3 artiklassa määriteltyihin keskittymiin, joihin ei siis lähtökohtaisesti sovelleta asetusta N:o 1/2003.” Kyseinen asia koski yhteisyritystä, joka oli sulautuma-asetuksen 3 artiklan 4 kohdassa tarkoitettu kaiken itsenäiselle taloudelliselle yksikölle kuuluvan toiminnan hoitava yritys ja täytti keskittymän määritelmän. Ks. myös tuomio 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) ja määräys 29.1.2020, Silgan Closures ja Silgan Holdings v. komissio (C-418/19 P, ei julkaistu, EU:C:2020:43, 50 kohta).

<sup>7</sup> Tuomio 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, 33 kohta) ja tuomio 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, 57 kohta).

<sup>8</sup> Ks. tästä tuomio 13.7.2022, Illumina v. komissio (T-227/21, EU:T:2022:447).

## 2. SEUT 102 artiklan välitön sovellettavuus

29. SEUT 102 artikla on primaarioikeuden normi, jonka välittömän sovellettavuuden unionin tuomioistuin on tunnustanut jo pitkään.<sup>9</sup>

30. Oikeusnormien hierarkian periaatteesta<sup>10</sup> ja siitä seuraavasta lainvalintaa koskevasta periaatteesta *lex superior derogat legi inferiori* ilmenee lisäksi, että johdetun oikeuden normi ei voi rajoittaa primaarioikeuden normin soveltamisalaa eikä välitöntä sovellettavuutta, vaan siinä on pikemminkin otettava huomioon sen määräykset ja sitä on puolestaan tulkittava tarvittaessa suppeasti viimeksi mainitun valossa.<sup>11</sup>

31. Tästä syystä sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdassa voidaan tosin sulkea pois asetuksen N:o 1/2003, jolla pannaan täytäntöön muun muassa SEUT 102 artikla,<sup>12</sup> soveltaminen keskittymiin. SEUT 102 artiklaan sisältyvää kieltoa voidaan kuitenkin tästä huolimatta ja Ranskan kilpailuviranomaisen näkemyksestä poiketen soveltaa välittömästi, eikä sen täytäntöönpanolle ole estettä. Kyseinen kieltö on riittävän selkeä, täsmällinen ja ehdoton, joten ei tarvita johdetun oikeuden sääntöä, jolla kansalliset viranomaiset ja tuomioistuimet olisi määrättävä nimenomaisesti soveltamaan sitä tai jolla olisi mahdollistettava sen soveltaminen.<sup>13</sup>

32. SEUT 102 artiklan välittömän sovellettavuuden ansiosta yksityiset voivat vedota heille mainitussa määräyksessä annettuun oikeusasemaan kansallisissa viranomaisissa ja tuomioistuimissa; tätä vastaa vastaavasti näille valtiollisille toimijoille asetettu velvollisuus suojella kyseistä oikeusasemaa.<sup>14</sup> Unionin tuomioistuin on lisäksi johtanut tästä SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan välittömästä sovellettavuudesta ja siihen liittyvästä ensisijaisuudesta, että kansallisilla kilpailuviranomaisilla on velvollisuus jättää soveltamatta niiden vastaista kansallista lainsäädäntöä.<sup>15</sup>

33. Jos SEUT 102 artiklan välittömästä sovellettavuudesta kuitenkin seuraa kansallisille toimijoille jopa soveltamisvelvollisuus, sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdan kaltaisella johdetun oikeuden säännöksellä ei voi sitäkään suuremmalla syyllä olla tältä osin Ranskan kilpailuviranomaisen väittämää estävää vaikutusta.

34. Tätä ei muuta myöskään kyseisen säännöksen sanamuoto, jossa käytetään ilmaisua ”vain”.<sup>16</sup> Tämä pätee myös sulautuma-asetuksen johdanto-osan kuudennen perustelukappaleen muotoiluun, jonka mukaan asetuksen on tarkoitus olla ”ainoa tällaisiin [3 artiklassa tarkoitettuihin] keskittymiin sovellettava väline”.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Ks. tuomio 21.3.1974, BRT ja Belgische Vereniging der Auteurs, Componisten en Uitgevers (127/73, EU:C:1974:25, 15 ja 16 kohta); tuomio 5.6.2014, Kone ym. (C-557/12, EU:C:2014:1317, 20 kohta) ja tuomio 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions ym. (C-724/17, EU:C:2019:204, 24 kohta).

<sup>10</sup> Ks. tuomio 26.6.2012, Puola v. komissio (C-335/09 P, EU:C:2012:385, 127 kohta).

<sup>11</sup> Ks. primaarioikeuden mukaisesta tulkinnasta: tuomio 20.1.2021, komissio v. Printeos (C-301/19 P, EU:C:2021:39, 70 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

<sup>12</sup> Ks. asetuksen N:o 1/2003 johdanto-osan ensimmäinen perustelukappale.

<sup>13</sup> Ks. vastaavasti tuomio 11.4.1989, Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, 32 kohta).

<sup>14</sup> Erityisen selvästi tuomiossa 20.9.2001, Courage ja Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, 19–24 kohta).

<sup>15</sup> Tuomio 9.9.2003, CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, 49 ja 50 kohta), jossa viitataan 22.6.1989 annettuun tuomioon Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, 31 kohta).

<sup>16</sup> Ks. esimerkiksi myös ”alone” englanninkielisessä versiossa, ”seul” ranskankielisessä versiossa, ”solo” italiantielisessä versiossa ja ”uitsluitend” hollanninkielisessä versiossa.

<sup>17</sup> Ks. myös asetuksen N:o 4064/89 johdanto-osan seitsemäs perustelukappale.



35. Tämän vahvistaa SEUT 103 artiklan valinta – SEUT 352 artiklan ohella – sulautuma-asetuksen oikeusperustaksi.<sup>18</sup> Kuten unionin tuomioistuin on jo todennut, myös sulautuma-asetus on osa lainsäädäntökokonaisuutta, jonka tarkoituksena on panna täytäntöön SEUT 101 ja SEUT 102 artikla sekä luoda valvontajärjestelmä, jolla varmistetaan, ettei kilpailu vääristy unionin sisämarkkinoilla.<sup>19</sup> Tämä puolestaan osoittaa, ettei kyseinen asetus ole oikeusnormien hierarkiassa samalla tasolla SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan kanssa ja ettei sillä täytäntöönpanosäännöksenä voida muuttaa kyseisten määräysten soveltamisalaa, sen rajoittamisesta puhumattakaan.

36. Koska unionin oikeuden ensisijaisuuden perusteella kansallisen oikeuden eriävät säännökset eivät voi olla esteenä SEUT 102 artiklan täytäntöönpanolle ja viimeksi mainittua määräystä on tulkittava yhtenäisesti koko unionissa,<sup>20</sup> myös Towercastin, TDF:n ja Tivana Topcon viittaus sen mahdollisesti erilaiseen soveltamiseen jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä menettää merkityksensä eikä voi vaikuttaa mitenkään ennakkoratkaisukysymykseen annettavaan vastaukseen.

37. Kun tarkastellaan etenkin TDF:n esittämää väitettä siitä, että keskittymää, joka ei ylitä raja-arvoja ja jota ei siksi tarvitse ilmoittaa, ei voida enää kyseenalaistaa jälkikäteen soveltamalla SEUT 102 artiklaa, haluan mainita täydentävästi, että sulautuma-asetuksen 1 artiklassa tai vastaavissa kansallisissa säännöksissä säädettyt raja-arvot voivat rajoittaa SEUT 102 artiklan välitöntä sovellettavuutta tai sulkea sen pois yhtä vähän kuin sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohta.

38. Tämä seuraa myös raja-arvojen tehtävästä. Yhtäältä niissä säädetään komission ja kansallisten kilpailuviranomaisten välisestä toimivallanjaosta ja määritetään tähän liittyen keskittymän tutkintaan sovellettava lainsäädäntö.<sup>21</sup> Toisaalta niiden perustana on unionin lainsäätäjän arviointi ja siihen liittyvä kumottavissa oleva oletama siitä, että keskittymät, jotka ylittävät tietyt liikevaihtoa koskevat raja-arvot, ovat erityisen merkittäviä ja niillä voi olla haitallisia vaikutuksia markkinarakenteeseen ja kilpailuun, joten ne edellyttävät viranomaisten ex ante -valvontaa.<sup>22</sup> Käänteisesti siihen, etteivät nämä liikevaihtoa koskevat raja-arvot ylity, sisältyy oletama siitä, ettei kyseinen keskittymä edellytä tällaista ex ante -valvontaa. Raja-arvot itsessään eivät kuitenkaan kerro mitään siitä, onko määräävässä asemassa olevien yritysten menettelyn ex post -valvonta keskittymän yhteydessä tietyissä tapauksissa mahdollista SEUT 102 artiklan perusteella.

### ***B Unionin oikeuteen perustuvan kilpailun vääristymistä koskevan suojan toimintatapa ja systematiikka***

39. Edellä 29–38 kohdassa kuvattu SEUT 102 artiklan asema normihierarkiassa ja välitön sovellettavuus riittävät oikeastaan perusteluiksi sille, ettei sen sovellettavuutta keskittymiin voida sulkea pois sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdalla. Myös unionin oikeuteen perustuvan kilpailun vääristymistä sisämarkkinoilla koskevan suojan toimintatapa ja systematiikka tukevat SEUT 102 artiklan täydentävää soveltamista keskittymään.

<sup>18</sup> Ks. sulautuma-asetuksen johdanto-osan seitsemäs perustelukappale.

<sup>19</sup> Tuomio 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, 31 kohta); tuomio 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, 55 kohta) ja ratkaisuehdotukseni Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, 35 kohta).

<sup>20</sup> Tuomio 9.9.2003, CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, 49 ja 50 kohta). Ks. myös tuomio 13.2.1969, Wilhelm ym. (14/68, EU:C:1969:4, 6 kohta).

<sup>21</sup> Ks. sulautuma-asetuksen johdanto-osan kahdeksas ja yhdeksäs perustelukappale.

<sup>22</sup> Ks. sulautuma-asetuksen johdanto-osan kolmannesta viidenteen ja kahdeksas perustelukappale.

40. Sulautuma-asetuksessa säädetään järjestelmästä, jossa markkinarakenteen muutokset tutkitaan pakollisessa ennalta ehkäisevässä ex ante -valvonnassa, kun taas yritysten markkinakäyttäytyminen – olipa kyse siten yhteensovitetuista menettelytavoista tai yksipuolisista toimista – kuuluu asetuksen N:o 1/2003 mukaan ainoastaan repressiivisen ex post -valvonnan piiriin. Tätä tehtävää lujitettiin entisestään kyseisellä asetuksella käyttöön otetulla lakisääteisten poikkeusten järjestelmällä, kun SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan (nyt täysimääräisen) välittömän sovellettavuuden perusteella valvonta- ja täytäntöönpanotehtävät siirrettiin laajasti kansallisille viranomaisille ja tuomioistuimille (hajauttaminen).<sup>23</sup> Niiden harkintavaltaa SEUT 101 ja SEUT 102 artiklan täytäntöönpanossa puolestaan rajoitetaan kuitenkin unionin oikeuden välittömän sovellettavuuden ja ensisijaisuuden periaatteilla.<sup>24</sup>

41. *Ennalta ehkäisevän* sulautumien valvonnan itsenäisyyttä korostetaan tosin sulautuma-asetuksen johdanto-osan kuudennessa perustelukappaleessa.<sup>25</sup> Sen mukaan kyseisen asetuksen on ”erityisenä oikeudellisena välineenä” tarkoitus olla ”ainoa” väline niiden vaikutusten oikeudelliseen arvioimiseen, joita keskittymillä on kilpailuun sisämarkkinoilla.<sup>26</sup> Unionin tuomioistuin on lisäksi torjunut kyseisen asetuksen soveltamisalan kielletyn laajentamisen toimiin, jotka eivät vaikuta keskittymän toteuttamiseen.<sup>27</sup> Se on näin pannut pisteen sulautuma-asetuksen säännösten ulottamiselle koskemaan muita kilpailuoikeuden sääntelyaloja.<sup>28</sup>

42. Tästä ei kuitenkaan voida Ranskan hallituksen ja kilpailuviranomaisen näkemyksestä poiketen päätellä, että sulautuma-asetus on luonteeltaan tyhjentävä *lex specialis*.

43. Tämä ei käy ilmi myöskään siitä, että sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdan mukaan muun muassa asetusta N:o 1/2003 ei sovelleta keskittymiin. Kyseisestä asetuksesta voidaan tosin päätellä, että keskittymän mahdollisesti kilpailulle haitallisten vaikutusten tutkiminen kuuluu ensisijaisesti sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön alaan, sillä se muodostaa erityissääntelyn SEUT 101 ja SEUT 102 artiklaan nähden. Näin ei kuitenkaan suljeta pois mahdollisuutta kohdistaa ex post -valvontaa määräävässä markkina-asetuksessa olevan yrityksen käyttäytymiseen tällaisen keskittymän yhteydessä. Unionin lainsäätäjän olisi lisäksi ollut oikeudellisesti mahdotonta antaa johdetun oikeuden säännös, joka estäisi ylemmänasteisen ja välittömästi sovellettavan SEUT 102 artiklan soveltaminen.

44. SEUT 102 artiklan soveltamista sulautuma-asetuksen ohella puoltaa myös se, että kyseinen asetusta perustuu – kuten sen johdanto-osan seitsemännestä perustelukappaleesta ilmenee – paitsi SEUT 103 artiklaan myös SEUT 352 artiklaan sisältyvään mahdollisuuteen täydentää perussopimuksia. Tämän vahvistaa asetuksen N:o 4064/89 johdanto-osan seitsemäs perustelukappale (ks. edellä 12 kohta), jossa selvennetään, että sulautumien valvontajärjestelmän käyttöönoton tarkoituksena on paikata keskittymien osalta aukkoja kilpailun vääristymiseltä suojaamista koskevassa järjestelmässä.

<sup>23</sup> Ks. asetuksen N:o 1/2003 johdanto-osan neljäs perustelukappale ja 5 ja 6 artikla.

<sup>24</sup> Komissiosta poiketen kansalliset kilpailuviranomaiset eivät siten etenkään voi keskeyttää määräävässä markkina-asetuksessa olevien yritysten käyttäytymisen tutkintaa sillä perusteella, ettei ”unionin etu” vaadi asian käsittelyä; ks. tuomio 4.3.1999, Ufex ym. v. komissio (C-119/97 P, EU:C:1999:116, 88 ja 89 kohta); tuomio 16.5.2017, Agria Polska ym. v. komissio (T-480/15, EU:T:2017:339, 34 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja tuomio 13.7.2022, Design Light & Led Made in Europe ja Design Luce & Led Made in Italy v. komissio (T-886/19, ei julkaistu, EU:T:2022:442, 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

<sup>25</sup> Ks. myös asetuksen N:o 4064/89 johdanto-osan seitsemäs perustelukappale.

<sup>26</sup> Ks. myös määräys 29.1.2020, Silgan Closures ja Silgan Holdings v. komissio (C-418/19 P, ei julkaistu, EU:C:2020:43, 50 kohta).

<sup>27</sup> Tuomio 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, 58 kohta).

<sup>28</sup> Ks. myös julkisasiamies Wahlin ratkaisuehdotus Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, 68 ja 69 kohta). Ks. lisäksi ratkaisuehdotukseni Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, 37 kohta) ja tuomio 20.11.2002, Lagardère ja Canal+ v. komissio (T-251/00, EU:T:2002:278, 77–79 kohta).

45. Käänteisesti unionin tuomioistuimen vakiintunut oikeuskäytäntö osoittaa, että SEUT 102 artiklan soveltamisala on laaja, etenkin kun siinä oleva määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskeva luettelo ei ole tyhjentävä.<sup>29</sup> Vastaavasti myös yritysten, joilla on määräävä markkina-asema, käyttäytyminen kilpailijan oston valmistelun tai toteuttamisen johdosta voi kuulua kyseisen määräyksen aineelliseen soveltamisalaan ja kuulua sen välittömän oikeusvaikutuksen piiriin. Näin on sitäkin suuremmalla syyllä, koska väärinkäyttöä merkitsevä kilpailijan pakottaminen pois markkinoilta voi ilmetä lukuisissa eri muodoissa<sup>30</sup> ja määräävässä markkina-asemassa olevalla yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua sisämarkkinoilla.<sup>31</sup>

46. Toisin kuin TDF, Tivana Topco, Ranskan kilpailuviranomainen sekä Ranskan ja Alankomaiden hallitukset esittävät, tämä päätelmä on täysin sopusoinnussa ratkaisuehdotusteni<sup>32</sup> ja unionin tuomioistuimen tuomion Austria Asphalt<sup>33</sup> kanssa. Niissä oli nimittäin kyse pelkästään sulautuma-asetuksen soveltamisalan rajaamisesta asetuksen N:o 1/2003 soveltamisalasta keskittymän, jonka kohteena oli kaiken itsenäiselle taloudelliselle yksikölle kuuluvan toiminnan hoitavan yhteisyrityksen muodostaminen, ex ante -tutinnan osalta. Kysymykset keskittymän tai siihen osallistuneiden yritysten käyttäytymisen mahdollisesta ex post -valvonnasta etenkin SEUT 102 artiklan perusteella eivät sitä vastoin olleet menettelyn kohteena.<sup>34</sup>

47. Toisin kuin Ranskan kilpailuviranomainen, Ranskan hallitus, Tivana Topco ja TDF sekä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsovat, myös sulautuma-asetuksen 22 artiklaan sisältyvä siirtomekanismi, jolla komissio voi jäsenvaltioiden pyynnöstä saada poikkeuksellisesti toimivallan tutkia keskittymiä, jotka eivät ole yhteisönlaajuisia keskittymiä, on merkityksetön sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohdan ja SEUT 102 artiklan keskinäisen suhteen tulkinnan kannalta.<sup>35</sup> Myöskään sulautuma-asetuksen 22 artikla johdetun oikeuden säännöksenä ei nimittäin voi olla perusteena SEUT 102 välittömän sovellettavuuden poissulkemiselle nyt tarkasteltavan kaltaisessa tapauksessa (ks. edellä 29–33 kohta).

48. SEUT 102 artiklan täydentävä soveltaminen on pikemminkin samaan tapaan kuin sulautuma-asetuksen 22 artiklan soveltaminen omiaan edistämään kilpailun tehokasta suojelua sisämarkkinoilla, sikäli kuin kilpailuoikeuden kannalta ongelmalliset keskittymät eivät ylitä sulautumien valvontaa koskevassa lainsäädännössä asetettuja raja-arvoja eivätkä siksi lähtökohtaisesti kuulu ex ante -valvonnan piiriin. Kuten Italian hallitus ja komissio ovat osoittaneet, aiempina vuosina tässä suojassa on nimittäin ilmennyt puutteita, kun kyse on esimerkiksi internetpalvelujen ja lääketieteellisuuden tai -teknologian alalla toimivien innovatiivisten start up -yritysten ostojen ("killer acquisitions") kuulumisessa kilpailuoikeuden piiriin ja niiden valvonnassa. Tämä koskee tilanteita, joissa vakiintuneet ja markkinavoimaiset yritykset ostavat nousevia yrityksiä, joiden liikevaihto on vielä pieni ja jotka toimivat samoilla,

<sup>29</sup> Ks. tuomio 14.11.1996, Tetra Pak v. komissio (C-333/94 P, EU:C:1996:436, 37 kohta); tuomio 15.3.2007, British Airways v. komissio (C-95/04 P, EU:C:2007:166, 57 kohta); tuomio 14.10.2010, Deutsche Telekom v. komissio (C-280/08 P, EU:C:2010:603, 173 kohta) ja tuomio 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, 26 kohta).

<sup>30</sup> Ks. niin kutsutun markkinoiden sulkemisen eri muodoista Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (EUVL 2009, C 45, s. 7).

<sup>31</sup> Tuomio 30.1.2020, Generics (UK) ym. (C-307/18, EU:C:2020:52, 153 kohta).

<sup>32</sup> Ks. ratkaisuehdotukseni Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, 36 ja 37 kohta).

<sup>33</sup> Tuomio 7.9.2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, 31–33 kohta) ja tuomio 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, 54 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

<sup>34</sup> Tämä pätee myös määräykseen 29.1.2020, Silgan Closures ja Silgan Holdings v. komissio (C-418/19 P, ei julkaistu, EU:C:2020:43, 50 kohta).

<sup>35</sup> Ks. tästä tuomio 13.7.2022, Illumina v. komissio (T-227/21, EU:T:2022:447).

läheisillä tai alku- tai loppupään markkinoilla, niiden varhaisessa kehitysvaiheessa estääkseen niiden muodostumisen kilpailijoiksi itselleen ja vakiinnuttaakseen omaa markkina-asemaansa.<sup>36</sup> Jotta kilpailun tehokas suoja taataan myös tältä osin, kansallisella kilpailuviranomaisella olisi siksi oltava mahdollisuus turvautua ainakin SEUT 102 artiklan mukaisen repressiivisen ex post -valvonnan muodostamaan ”heikompaan”<sup>37</sup> välineeseen, mikäli sen tosiseikkoja koskevat edellytykset täyttyvät. Tämä voi olla tarpeen myös silloin, kun kyse on nyt tarkasteltavien kaltaisilla voimakkaasti keskittyneillä markkinoilla tehtävistä yritysostoista, jos niiden tavoitteena on estää nousevan kilpailijan aiheuttama kilpailupaine.

49. Tämä johtaa siihen menettelyn osapuolten kesken kiistanlaiseen kysymykseen, ovatko tuomiossa *Continental Can*<sup>38</sup> vahvistetut periaatteet, jotka koskevat SEUT 102 artiklan sovellettavuutta keskittymiin, edelleen päteviä ja jos, niin missä määrin.

### ***C Tuomion Continental Can merkitys ja oikeusvarmuus***

50. Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella tuomiossa *Continental Can* esitettyjä toteamuksia on kuitenkin täsmennettävä.

51. Mainitussa tuomiossa todettiin ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan (nykyisin SEUT 102 artikla) sovellettavuudesta muun muassa seuraavaa:

”Kilpailun rajoittaminen, joka on kielletty silloin kun se on seurausta 85 artiklassa tarkoitettusta toiminnasta, ei voi muuttua sallituksi sillä perusteella, että tällainen toiminta, joka pystytään toteuttamaan määräävässä asemassa olevan yrityksen vaikutusvallan turvin, johtaa siihen osallistuneiden yritysten sulautumiseen. – –

Väärinkäytöstä voi siten olla kyse, kun yritys, jolla on määräävä markkina-asema, vahvistaa tätä asemaansa niin paljon, että siten saavutettu määräävyyden aste rajoittaa olennaisesti kilpailua, jolloin ainoastaan sellaiset yritykset voisivat pysyä markkinoilla, jotka toiminnassaan ovat riippuvaisia määräävässä asemassa olevasta yrityksestä.”<sup>39</sup>

52. Tästä voidaan jopa johtaa, että SEUT 102 artiklaa voidaan soveltaa täysimääräisesti keskittymien valvontaan.

53. Mainittu tuomio on kuitenkin ymmärrettävä sitä taustaa vasten, jonka muodostivat silloinen oikeustila ja etenkin se seikka, että ”nimenomaisten määräysten puuttuessa”<sup>40</sup> yhteisöjen tuomioistuin piti keskittymien valvontaa ETY:n perustamissopimuksen 86 artiklan perusteella tarpeellisena, jotta turvataan kilpailun asianmukaisen toiminnan riittävä suoja yhteismarkkinoilla. Nykyään tällaisia ”nimenomaisia määräyksiä” sitä vastoin sisältyy kiistatta sulautuma-asetukseen; unionin lainsäätäjän tahdon mukaisesti niiden tarkoituksena on lisäksi nimenomaisesti paikata yhteisöjen tuomioistuimen aikanaan sääntelyssä havaitsemat aukot.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Ks. lähemmin Komission tiedonanto – Ohjeet sulautuma-asetuksen 22 artiklassa säädetyn siirtomekanismin soveltamisesta tietäntyyppisissä asioissa (EUVL 2021, C 113, s. 1), 9 ja 10 kohta ja tuomio 13.7.2022, *Illumina v. komissio* (T-227/21, EU:T:2022:447).

<sup>37</sup> Ks. jo ratkaisuehdotuksen *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:322, 36 kohta).

<sup>38</sup> Tuomio 21.2.1973, *Europemballage ja Continental Can v. komissio* (6/72, EU:C:1973:22).

<sup>39</sup> Tuomio 21.2.1973, *Europemballage ja Continental Can v. komissio* (6/72, EU:C:1973:22, 25 ja 26 kohta).

<sup>40</sup> Tuomio 21.2.1973, *Europemballage ja Continental Can v. komissio* (6/72, EU:C:1973:22, 25 kohta).

<sup>41</sup> Sulautuma-asetuksen johdanto-osan viidennestä kahdeksaan perustelukappale ja asetuksen N:o 4064/89 johdanto-osan kuudes ja seitsemäs perustelukappale.

54. Kun tarkastellaan edellä puollettua SEUT 102 artiklan täydentävää sovellettavuutta väärinkäyttöä merkitsevien menettelytapojen valvonnassa keskittymän yhteydessä, tästä oikeuskäytännöstä ei kuitenkaan ole tullut täysin tarpeeton sulautumien valvontaa koskevan unionin oikeuteen sisältyvän järjestelmän luomisesta huolimatta. Tämän vahvistavat sekä sulautuma-asetuksen johdanto-osan seitsemäs perustelukappale (ks. edellä 5 kohta), jossa ilmeisestikin viitataan tähän oikeuskäytäntöön, että se toiseikka, että tuomiossa *Continental Can* puolestaan otetaan lähtökohdaksi perustamissopimuksen tavoite, joka koskee kilpailun mahdollisimman tehokasta ja aukotonta suojelua yhteismarkkinoilla.<sup>42</sup> Ratkaisuehdotukseni *Austria Asphalt* alaviitteeseen sisältyvä lyhyt toteamus, jota menettelyn osapuolet ovat siteeranneet paljon ja jonka mukaan kyseinen tuomio ”on vanhentunut”,<sup>43</sup> koski toisenlaista ennakkoratkaisukysymystä ja siten toisenlaista menettelyn kohdetta (nimittäin SEUT 101 artiklan soveltamista yhteisyrityksiin), eikä sitä voida siten yleistää.

55. Siten on selvitettävä vielä menettelyn osapuolten esille tuoma kysymys siitä, millä edellytyksillä SEUT 102 artiklan täydentävä soveltaminen keskittymän yhteydessä tulee kyseeseen tuomion *Continental Can* ja oikeusvarmuuden periaatteen valossa.

56. Tältä osin olisi erotettava toisistaan kaksi tilannetta, nimittäin yhtäältä käsiteltävän asian perustana oleva tilanne, jossa raja-arvojen alittuessa keskittymästä ei tehty sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön mukaista *ex ante* -tutkintaa, ja toisaalta tilanne, jossa keskittymästä tehdään mahdollisesti samanaikaisesti tai peräkkäin ”kaksinkertainen tutkinta” sekä sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön että SEUT 102 artiklan perusteella.

57. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 29–48 kohdassa esitettiin, SEUT 102 artiklan välitön sovellettavuus keskittymiin ei ole oikeudellisesti poissuljettua. Tämä pätee rajoituksetta nyt tarkasteltavan kaltaisessa tapauksessa, jossa, kuten 20 kohdasta ilmenee, keskittymästä ei ole tehty sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön mukaista *ex ante* -tutkintaa eli vaaraa kaksinkertaisesta tutkimisesta ei ole.

58. Tilanne olisi kuitenkin toinen siinä hypoteettisessa tilanteessa, jossa olisi tosiasiallisesti tehty *ex ante* -tutkinta joko kansallisen kilpailuviranomaisen toimesta sulautumien valvontaa koskevan kansallisen lainsäädännön perusteella tai komission toimesta sulautuma-asetuksen perusteella. Voiko tällainen keskittymä olla lisäksi SEUT 102 artiklan perusteella harjoitettavan *ex post* -valvonnan kohteena?

59. Oikeusvarmuuden periaatteen noudattaminen huomioon ottaen tärkeä on se seikka, että unionin lainsäätäjät halusivat lähtökohtaisesti estää tällaisen kaksinkertaisen tutkinnan, kuten sulautuma-asetuksen 21 artiklan 1 kohta (ks. edellä 43 kohta) osoittaa. Katson näin ollen, että – SEUT 102 artiklan primaarioikeudellisesta luonteesta ja välittömästä sovellettavuudesta huolimatta – on mahdollista soveltaa *lex specialis derogat legi generali* -periaatetta.

60. Tämä ei ole ristiriidassa tämän ratkaisuehdotuksen 30 kohdassa mainitun normihierarkian periaatteen kanssa. SEUT 102 artiklaa voidaan nimittäin lähtökohtaisesti soveltaa. Sulautumien valvontaa koskevien erityisempien säännösten mukaisesti hyväksytyä keskittymää, jonka vaikutukset markkinarakenteeseen ja kilpailuedellytyksiin todettiin sisämarkkinoille soveltuviksi, ei sellaisenaan voitaisi (enää) pitää SEUT 102 artiklassa tarkoitettuna määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä, sikäli kuin ei ole havaittavissa muita kyseisen yrityksen

<sup>42</sup> Tuomio 21.2.1973, *Europemballage ja Continental Can v. komissio* (6/72, EU:C:1973:22, 25 kohta).

<sup>43</sup> C-248/16, EU:C:2017:322, 37 kohta ja siihen sisältyvä alaviite 18.

menettelytapoja, jotka voisivat täyttää tämän tunnusmerkistön. Tuomiossa Continental Can esitettyjä toteamuksia, jotka voitaisiin ymmärtää myös tällaisessa tapauksessa väärin keskittymän mahdolliseksi kaksinkertaiseksi tutkimiseksi, olisi siksi täsmennettävä vastaavasti.

61. Nämä ehdot huomioon ottaen oikeudellisilla seurauksilla, joita on sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön ja SEUT 102 artiklan täydentävällä sovellettavuudella, on paljon vähäisempiä vaikutuksia keskittymien toteuttamiseen ja oikeusvarmuuteen kuin esimerkiksi Alankomaiden hallitus ja TDF väittävät.

62. Ensinnäkin tämä seuraa *lex specialis derogat legi generali* -periaatteen soveltamisesta; kyseisen periaatteen mukaan keskittymän hyväksyminen sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön perusteella ja näin aikaansaatu markkinarakenteen ja kilpailuedellytysten muuttuminen sulkevat väistämättä pois sen, että kyseessä on SEUT 102 artiklassa tarkoitettu väärinkäyttö (ks. edellä 59 ja 60 kohta). Tästä syystä tällainen keskittymä ei myöskään voisi olla esimerkiksi asetuksen N:o 1/2003 7 artiklan 1 kohdan perusteella annettavan sellaisen myöhemmän määräyksen kohteena, jonka mukaan sulautumassa muodostunut yritys on purettava uudelleen. Toiseksi SEUT 102 artiklan mukainen *ex post* -valvonta voi koskea ainoastaan sellaisia keskittymiä, jotka on toteuttanut määräävässä markkina-asemassa oleva yritys.

63. SEUT 102 artiklan mahdollinen täydentävä soveltaminen rajoittuu siten oikeuskäytännössä tapauksiin, jotka kyseisen yrityksen markkinavoiman vuoksi edellyttävät alun alkaenkin kilpailuoikeudellista valvontaa mutta jotka eivät kuulu sulautumien valvontaa koskevan lainsäädännön perusteella tehtävän *ex ante* -tutkinnan piiriin. Näissäkin tapauksissa silloin, kun rikkominen todetaan, uhkana on – toisin kuin jotkin menettelyn osapuolet pelkäävät – käyttäytymiseen perustuvien korjaustoimenpiteiden ensisijaisuus ja suhteellisuusperiaate huomioon ottaen yleensä keskittymän jälkikäteen tehtävän purkamisen<sup>44</sup> sijasta ainoastaan sakon määrääminen.<sup>45</sup>

64. Lopuksi haluaisin tarkastella oikeusvarmuuden periaate huomioon ottaen Tivana Topcon toissijaisesti esittämää vaatimusta unionin tuomioistuimen tuomion ajallisten vaikutusten rajoittamisesta.

65. Tässä yhteydessä on muistutettava, että tulkinnalla, jonka unionin tuomioistuin SEUT 267 artiklassa sille annettua toimivaltaa käyttäen antaa unionin oikeussäännöille, selvennetään ja täsmennetään kyseisten oikeussääntöjen merkitystä ja ulottuvuutta sellaisina kuin niitä pitää tai olisi pitänyt tulkita ja soveltaa niiden voimaantulosta lähtien. Unionin tuomioistuin voi ainoastaan poikkeustapauksissa unionin oikeusjärjestykseen kuuluvaa yleistä oikeusvarmuuden periaatetta soveltaen rajoittaa kaikkien asianomaisten henkilöiden mahdollisuutta vedota sen tulkitsemaan oikeussääntöön vilpittömässä mielessä perustettujen oikeussuhteiden pätevyyden kyseenalaistamiseksi. Tällainen rajoitus voidaan tehdä ainoastaan siinä samassa tuomiossa, jossa annetaan pyydetty tulkintaratkaisu, ja jotta tällainen rajoittava päätös voitaisiin tehdä, kahden olennaisen edellytyksen, eli asianomaisten vilpittömän mielen ja vakavien vaikeuksien uhan, on täytyttävä.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Komission toimivallasta määrätä ainoastaan poikkeuksellisesti rakenteellisia korjaustoimenpiteitä ks. asetuksen N:o 1/2003 7 artiklan 1 kohta.

<sup>45</sup> Ks. asetuksen N:o 1/2003 23 ja 24 artikla.

<sup>46</sup> Ks. tuomio 22.6.2021, Latvijas Republikas Saeima (Liikenne-rikkomuspisteet) (C-439/19, EU:C:2021:504, 132 ja 133 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

66. Käsiteltävässä asiassa jälkimmäinen edellytys ei nähdäkseni täyty. Kun otetaan huomioon SEUT 102 artiklan välitöntä sovellettavuutta koskeva vakiintunut oikeuskäytäntö ja tuomio Continental Can, asianomaisille ei yhtäältä ole voinut syntyä vilpitöntä mieltä siitä, että kyseistä oikeussääntöä tulkittaisiin toisin kuin edellä 29 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa. Toisaalta vakavien vaikeuksien uhka on myös poissuljettu, kun otetaan huomioon edellä 55 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa esitetyt toteamukset.

67. Edellä esitetyn perusteella ei ole mitään vakuuttavaa perustetta sulkea kategorisesti pois SEUT 102 artiklan soveltamista nyt tarkasteltavan kaltaiseen tapaukseen eikä rajoittaa unionin tuomioistuimen tuomion ajallisia vaikutuksia.

## **V Ratkaisuehdotus**

68. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisupyyntöön seuraavasti:

Yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 (EY:n sulautuma-asetus) 21 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, ettei se ole esteenä sille, että kansallinen kilpailuviranomainen tutkii yrityskeskittymää, joka ei ole edellä mainitun asetuksen 1 artiklassa tarkoitetulla tavalla yhteisönlaajuinen ja alittaa kansallisessa lainsäädännössä säädetty etukäteisvalvontaa koskevat kynnykset ja jota ei ole siirretty Euroopan komission käsiteltäväksi kyseisen asetuksen 22 artiklan mukaisesti, sen kannalta, merkitseekö se SEUT 102 artiklassa kiellettyä määräävän aseman väärinkäyttöä kansallisten markkinoiden kilpailun rakenteen kannalta.