



# Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
JULIANE KOKOTT  
od 13. listopada 2022.<sup>1</sup>

**Predmet C-449/21**

**Towercast  
protiv**

**Autorité de la concurrence,  
Ministère de l'Économie,  
uz sudjelovanje:**

**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.**

(Zahtjev za prethodnu odluku Cour d'appel de Paris (Žalbeni sud u Parizu, Francuska))

„Tržišno natjecanje – Kontrola koncentracija između poduzetnika („Kontrola koncentracija”) – Članak 21. Uredbe (EZ) br. 139/2004 („Uredba EZ-a o koncentracijama”) – Isključiva primjena prava kontrole koncentracija – Nacionalna kontrola koncentracija – Nedosezanje pragova – Članak 102. UFEU-a – Zloupotrebavanje vladajućeg položaja – Izravna primjenjivost – Uredba (EZ) br. 1/2003”

## Sadržaj

I.	Uvod .....	2
II.	Pravni okvir .....	3
	A. Sekundarno pravo Unije .....	3
	1. Uredba (EZ) br. 139/2004 .....	3
	2. Uredba (EEZ) br. 4064/89 .....	4

<sup>1</sup> Izvorni jezik: njemački

B. Nacionalno pravo .....	5
III. Činjenice i zahtjev za prethodnu odluku .....	5
IV. Pravna ocjena .....	7
A. Odnos između članka 21. Uredbe o koncentracijama i članka 102. UFEU-a .....	7
1. Određivanje područja primjene Uredbe o kontroli koncentracija u članku 21. te uredbe .....	7
2. Izravna primjenjivost članka 102. UFEU-a .....	8
B. Način funkcioniranja i struktura zaštite od narušavanja tržišnog natjecanja prema pravu Unije .....	9
C. Značenje presude Continental Can i pravna sigurnost .....	12
V. Zaključak .....	15

## I. Uvod

1. Svojim prethodnim pitanjem o odnosu između pravila *ex ante* kontrole koncentracija i *ex post* kontrole zlouporabe u skladu s člankom 102. UFEU-a sud koji je uputio zahtjev u biti pita može li nacionalno tijelo za tržišno natjecanje koncentraciju koju je proveo poduzetnik u vladajućem položaju naknadno ispitati s obzirom na kriterije iz članka 102. UFEU-a ako ta koncentracija ne doseže prihodovne pragove iz Uredbe (EZ) br. 139/2004 relevantne za njezinu primjenu (u daljnjem tekstu: Uredba o kontroli koncentracija ili Uredba o koncentracijama)<sup>2</sup> i pragove određene nacionalnim pravom kontrole koncentracija te stoga nije provedeno odgovarajuće *ex ante* ispitivanje.

2. U glavnom je postupku konkretno riječ o pitanju primjene članka 102. UFEU-a kao dodatne odredbe ili odredbe kojom se ispunjava pravna praznina u odnosu na nacionalna pravila o kontroli koncentracija. Cilj prethodnog pitanja u biti jest razjasniti rezultira li članak 21. stavak 1. Uredbe o koncentracijama time da se koncentracije moraju ispitati isključivo prema kriterijima prava kontrole koncentracija te je isključena usporedna ili naknadna primjena članka 102. UFEU-a (takozvani „blokirajući učinak“). Da bi se međusoban odnos tih pravila detaljnije odredio, potrebno je razmotriti njihovu pravnu narav i funkciju u Unijinom pravnom sustavu zaštite tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu kao i njihove temeljne ciljeve.

3. U tu ću svrhu nakon prikaza pravnog okvira (II.) i činjeničnog stanja (III.) razmotriti odnos članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama prema članku 102. UFEU-a uzimajući u obzir njegov položaj u hijerarhiji pravnih normi i njegovu izravnu primjenjivost (IV.A). Potom ću preispitati zaključak te analize s obzirom na utvrđene ciljeve Unijina pravnog sustava za zaštitu od narušavanja tržišnog natjecanja (IV.B). Naposljetku ću razmotriti pitanje može li se i u kojoj mjeri dobiveni zaključak uskladiti s dosadašnjom sudskom praksom Suda i načelom pravne sigurnosti (IV.C).

<sup>2</sup> Uredba Vijeća od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 2004., L 24, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.)

## II. Pravni okvir

### A. Sekundarno pravo Unije

#### 1. Uredba (EZ) br. 139/2004

4. Uvodnim izjavama 2. i 6. Uredbe o koncentracijama predviđa se:

„(2) Radi ostvarenja ciljeva Ugovora, u članku 3. stavku 1. točki (g) nalaže se Zajednici da uspostavi sustav zaštite od narušavanja tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu. [...]

(6) Stoga je potreban poseban pravni instrument, koji će omogućiti učinkovitu kontrolu svih koncentracija, u smislu njihovog utjecaja na strukturu tržišnog natjecanja u Zajednici i koji će se jedini primjenjivati na takve koncentracije. [...]

5. Sedmom uvodnom izjavom Uredbe o koncentracijama izjašnjava se u pogledu pravne osnove kako slijedi:

„Iako se članci 81. i 82., prema sudskoj praksi Suda, primjenjuju na određene koncentracije, oni nisu dovoljni za kontrolu svih operacija, koje bi mogle biti nespojive sa sustavom nenarušenog tržišnog natjecanja, predviđenog Ugovorom. Zato bi se ova Uredba trebala temeljiti ne samo na članku 83. nego, prije svega, na članku 308. Ugovora [...]

6. Uvodne izjave 8. i 9. Uredbe o koncentracijama odnose se na podjelu nadležnosti i područje primjene Uredbe o kontroli koncentracija:

„(8) Odredbe ove Uredbe trebale bi se primjenjivati na bitne strukturne promjene, čiji utjecaj na tržište nadilazi granice bilo koje države članice. [...] Koncentracije, koje ne spadaju u područje primjene ove Uredbe, u načelu su u nadležnosti država članica.

(9) Područje primjene ove Uredbe treba odrediti prema geografskom području poslovanja predmetnih poduzetnika i ograničiti kvantitativnim pragovima, kako bi se obuhvatile koncentracije, koje su od značaja za cijelu Zajednicu. [...]

7. Člankom 1. Uredbe o koncentracijama određuje se područje primjene Uredbe o kontroli koncentracija, među ostalim prema kriteriju prihodovnih pragova iz stavka 2.:

„1. Ne dovodeći u pitanje članak 4. stavak 5. i članak 22., ova se Uredba primjenjuje na sve koncentracije koje su od značaja za cijelu Zajednicu, u skladu s definicijom u ovom članku.

2. Koncentracija je od značaja za cijelu Zajednicu ako: [...] ukupan prihod [...] premašuje [...]

8. U članku 3. Uredbe o koncentracijama definira se pojam „koncentracije“:

„1. Koncentracija nastaje kada dođe do trajne promjene kontrole uslijed:

(a) spajanja dvaju ili više poduzetnika ili dijelova poduzetnika koji su prije bili nezavisni; ili

(b) stjecanja izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili nad dijelovima jednog ili više drugih poduzetnika od strane jedne ili više osoba koje već kontroliraju najmanje jednog poduzetnika ili od strane jednog ili više poduzetnika, bilo kupnjom vrijednosnih papira ili imovine na temelju ugovora ili na bilo koji drugi način. [...]"

9. Članak 21. stavak 1. Uredbe o koncentracijama odnosi se na razgraničenje područja primjene Uredbe o kontroli koncentracija u odnosu na druge pravne akte Unije:

„Ova se Uredba primjenjuje samo na koncentracije definirane u članku 3. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 [...] se ne primjenjuju, osim na zajedničke pothvate, koji nisu od značaja za cijelu Zajednicu i čiji je cilj ili posljedica usklađivanje konkurentskog ponašanja poduzetnika, koji ostaju samostalni. [...]"

10. Člankom 22. Uredbe o koncentracijama određuje se, naposljetku, među ostalim:

„1. Jedna ili više država članica mogu od Komisije zatražiti da ispita svaku koncentraciju definiranu u članku 3., koja nije od značaja za cijelu Zajednicu u smislu članka 1., ali utječe na trgovinu između država članica i prijeti znatnim utjecajem na tržišno natjecanje na području države članice ili država članica, koje podnose takav zahtjev. [...]"

[...]

3. [...] Država članica ili države članice koje su podnijele zahtjev, više ne primjenjuju svoje nacionalno zakonodavstvo o tržišnom natjecanju na koncentraciju. [...]"

## 2. Uredba (EEZ) br. 4064/89

11. Uredba (EEZ) br. 4064/89<sup>3</sup> uredba je koja prethodi Uredbi o kontroli koncentracija koja je trenutačno na snazi.

12. Uvodnim izjavama 6. do 8. te uredbe predviđalo se:

„(6) Iako se članci 85. i 86., prema sudskoj praksi Suda, primjenjuju na određene koncentracije, oni nisu dovoljni za kontrolu svih operacija, koje bi mogle biti nespojive sa sustavom nenarušenog tržišnog natjecanja, predviđenog Ugovorom.

(7) Stoga je potrebno uspostaviti novi pravni instrument u obliku uredbe koji će omogućiti učinkovitu kontrolu svih koncentracija, u skladu s njihovim utjecajem na strukturu tržišnog natjecanja u Zajednici i koji će se jedini primjenjivati na takve koncentracije.

(8) Zato bi se ova uredba trebala temeljiti ne samo na članku 87. nego, prije svega, na članku 235. Ugovora, prema kojem si Zajednica može dati dodatne ovlasti za postizanje svojih ciljeva [...]"  
[neslužbeni prijevod]

<sup>3</sup> Uredba Vijeća od 21. prosinca 1989. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 1989., L 395, str. 1.), u daljnjem tekstu: Uredba br. 4064/89

13. Članak 22. Uredbe br. 4064/89 sadržavao je u stavcima 1. i 2. odredbe koje su prethodile članku 21. stavku 1. Uredbe o koncentracijama te u stavku 3. odredbu koja je prethodila članku 22. Uredbe o koncentracijama:

„1. Ova se Uredba primjenjuje samo na koncentracije definirane u članku 3.

2. Uredbe br. 17., (EEZ) br. 1017/68, (EEZ) br. 4056/86 i (EEZ) br. 3975/87 ne primjenjuju se na koncentracije definirane u članku 3.

3. Međutim, utvrdi li Komisija na zahtjev države članice da koncentracija kako je definirana u članku 3., koja nema značaj za cijelu Zajednicu u smislu članka 1., stvara ili jača vladajući položaj zbog kojeg je bitno ograničeno tržišno natjecanje na području dotične države članice, Komisija može, ako ta koncentracija utječe na trgovinu između država članica, donijeti odluke predviđene u članku 8. stavku 2. drugom podstavku kao i u članku 8. stavcima 3. i 4. [...]” [neslužbeni prijevod]

### **B. Nacionalno pravo**

14. Članak L. 490-9 francuskog Codea de commerce (Trgovački zakonik) glasi, među ostalim:

„U svrhu primjene članaka 81. do 83. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, Agencija za tržišno natjecanje raspolaže [među ostalim] [...] određenim ovlastima koje su joj dodijeljene odredbama iz članaka ove knjige i Uredbom (EZ) br. 139/2004 [...] te Uredbom (EZ) br. 1/2003 [...]. Ovim tekstovima predviđena postupovna pravila primjenjuju se na tu agenciju.”

15. Francuskim se pravom isto tako predviđa *ex ante* kontrola koncentracija. Pojam koncentracije definiran je u članku L. 430-1 Codea de commerce (Trgovački zakonik). Člankom L. 430-2 utvrđuju se pragovi na temelju kojih je moguća primjena prava kontrole koncentracija.

16. Osim toga, člankom L. 430-9 Codea de commerce (Trgovački zakonik) predviđa se da:

„Agencija za tržišno natjecanje može, u slučaju zlouporabe vladajućeg položaja [...] obrazloženom odlukom naložiti predmetnom poduzetniku ili grupi poduzetnika da u određenom roku izmijeni, dopuni ili raskine sve sporazume i akte kojima je ostvarena koncentracija gospodarske snage koja je omogućila zlouporabu [...]”

### **III. Činjenice i zahtjev za prethodnu odluku**

17. Glavni postupak i zahtjev za prethodnu odluku temelje se na tužbi francuskog društva Towercast S. A. S. U. sa sjedištem u Parizu (Francuska) (u daljnjem tekstu: Towercast) podnesenoj protiv odluke francuske Autorité de la concurrence (u daljnjem tekstu: francuska Agencija za tržišno natjecanje) kojom je ta agencija odbila Towercastovu pritužbu zbog zlouporabe vladajućeg položaja koju je počinilo francusko društvo TDF Infrastructure Holding S. A. S. (u daljnjem tekstu: TDF)<sup>4</sup>.

18. Dana 15. studenoga 2017. Towercast je francuskoj Agenciji za tržišno natjecanje podnio pritužbu u pogledu preuzimanja (kontrole) koje je društvo TDF 13. listopada 2016. provelo nad društvom Itas S. A. S. Towercast je istaknuo da to preuzimanje predstavlja zlouporabu vladajućeg

<sup>4</sup> Prema utvrđenjima suda koji je uputio zahtjev, društvo TDF je društvo kći luksemburškog društva Tivana Topco S. A.

položaja jer narušava tržišno natjecanje na veleprodajnom uzlaznom i silaznom tržištu emitiranja digitalne zemaljske televizije (Digital Video Broadcasting – Terrestrial ili DVB-T) time što znatno jača već vladajući položaj društva TDF na tim tržištima.

19. Francusko tržište za digitalne zemaljske televizije, na kojem je TDF prvotno imao zakonom zaštićeni monopol, liberalizirano je početkom 2004. Međutim, prethodnih je godina ponovno došlo do snažne koncentracije te su u trenutku pobijanog preuzimanja s Towercastom, Itasom i TDF-om na tom tržištu djelovala samo još tri društva, pri čemu je TDF nesporno imao umnogome najveće tržišne udjele.

20. Operacija preuzimanja društva Itas nije prelazila pragove predviđene člankom 1. Uredbe br. 139/2004 i člankom L. 430-2 Trgovačkog zakonika te stoga nije bila predmetom Komisijine *ex ante* kontrole ili *ex ante* kontrole francuske Agencije za tržišno natjecanje. Isto tako nije došlo ni do upućivanja Europskoj komisiji u skladu s člankom 22. Uredbe o koncentracijama.

21. Odlukom od 16. siječnja 2020. francuska Agencija za tržišno natjecanje odbila je Towercastovu pritužbu uz obrazloženje da praksa zlorabice vladajućeg položaja koja se stavlja na teret društvima grupe TDF nije dokazana. No TDF ima takav vladajući položaj. Međutim, od donošenja Uredbe br. 4064/89 utvrđena je jasna granica između kontrole koncentracija, s jedne strane, i kontrole protutržišnih praksi u skladu s člancima 101. i 102. UFEU-a, s druge strane, tako da se na koncentracije u smislu članka 3. Uredbe o koncentracijama jedino i isključivo primjenjuje Uredba o kontroli koncentracija. Stoga članak 102. UFEU-a nije više primjenjiv ako nije riječ o manifestaciji protutržišnog ponašanja odvojenog od koncentracija. No to u ovom predmetu nije slučaj.

22. Protiv te je odluke Towercast podnio žalbu Couru d'appel de Paris (Žalbeni sud u Parizu, Francuska).

23. Odlukom od 1. srpnja 2021., zaprimljenom 21. srpnja 2021., Cour d'appel de Paris (Žalbeni sud u Parizu) uputio je Sudu Europske unije u skladu s člankom 267. UFEU-a, osobito ističući neujednačenu primjenu članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama u državama članicama, sljedeće prethodno pitanje:

Treba li članak 21. stavak 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ-a o koncentracijama) tumačiti na način da mu se protivi to da koncentraciju, koja nije od značaja za cijelu Zajednicu u smislu članka 1. navedene uredbe, koja je provedena ispod pragova obvezne *ex ante* kontrole predviđenih nacionalnim pravom i koja nije dovela do upućivanja Europskoj komisiji na temelju članka 22. navedene uredbe, nacionalno tijelo za tržišno natjecanje analizira kao zlorababu vladajućeg položaja koja je zabranjena člankom 102. UFEU-a, s obzirom na strukturu tržišnog natjecanja na tržištu od nacionalnog značaja?

24. Towercast, francuska Agencija za tržišno natjecanje, Francuska, Italija, Nizozemska, Europska komisija, TDF i Tivana Topco podnijeli su pisana očitovanja te su, s iznimkom Italije, sudjelovali i na raspravi održanoj 6. srpnja 2022.

## IV. Pravna ocjena

### A. Odnos između članka 21. Uredbe o koncentracijama i članka 102. UFEU-a

#### 1. Određivanje područja primjene Uredbe o kontroli koncentracija u članku 21. te uredbe

25. Člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama uređuje se područje primjene Uredbe o kontroli koncentracija u pogledu ispitivanja koncentracija u odnosu na primjenu, odnosno u pogledu razgraničenja od primjene, drugih pravila sekundarnog prava u području prava tržišnog natjecanja Unije. Tom se odredbom, među ostalim, izričito isključuje primjena Uredbe br. 1/2003<sup>5</sup> na koncentracije, osim ako je riječ o (zadružnim) „zajedničk[im] pothvat[ima], koji nisu od značaja za cijelu Zajednicu i čiji je cilj ili posljedica usklađivanje konkurentskog ponašanja poduzetnika, koji ostaju samostalni” te su stoga obuhvaćeni područjem primjene članka 101. UFEU-a.

26. S tim u skladu, Sud je u predmetu *Austria Asphalt* potvrdio isključivu primjenu Uredbe o kontroli koncentracija na ispitivanje koncentracija te je u tom smislu isključio primjenu Uredbe br. 1/2003<sup>6</sup>. Ta je uredba s tim u skladu primjenjiva samo na ponašanja poduzetnika koja ne predstavljaju koncentraciju u smislu Uredbe br. 139/2004, ipak mogu dovesti do koordinacije među poduzetnicima suprotne članku 101. UFEU-a<sup>7</sup>. Presuda u predmetu *Austria Asphalt* stoga ne sadržava nikakvu općenitu izjavu o odnosu između prava kontrole koncentracija, s jedne strane, i članaka 101. i 102. UFEU-a, s druge strane.

27. Međutim, člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama naloženo isključenje primjene Uredbe br. 1/2003 na koncentracije ne odgovara na pitanje primjenjivosti članka 102. UFEU-a. Stoga je odgovor na to pitanje to važniji ako dotična koncentracija, poput predmetne, ne doseže predviđene pragove ni prema pravu Unije ni prema nacionalnom pravu te se ni u skladu s člankom 22. Uredbe o koncentracijama nije uputila na Komisiju tako da se ne provodi *ex ante* ispitivanje prema kriteriju prava kontrole koncentracija<sup>8</sup>.

28. Prilikom odgovora na pitanje isključuje li se člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama primjena članka 102. UFEU-a osobiti značaj imaju njegova narav primarnog prava i njegova izravna primjenjivost.

<sup>5</sup> Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.), u daljnjem tekstu: Uredba br. 1/2003

<sup>6</sup> Presuda od 7. rujna 2017., *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, t. 32.): „Kako proizlazi iz članka 21. stavka 1. Uredbe br. 139/2004, ona se primjenjuje samo na koncentracije definirane u njezinu članku 3., na koje se Uredba br. 1/2003 načelno ne primjenjuje.” Taj se slučaj odnosio na zajednički nesamostalni pothvat u smislu članka 3. stavka 4. Uredbe o koncentracijama koji je ispunjavao zahtjeve pojma koncentracija. Vidjeti i presudu od 31. svibnja 2018., *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371) te rješenje od 29. siječnja 2020., *Silgan Closures i Silgan Holdings/Komisija* (C-418/19 P, neobjavljeno, EU:C:2020:43, t. 50.).

<sup>7</sup> Presude od 7. rujna 2017., *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, t. 33.) i od 31. svibnja 2018., *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371, t. 57.)

<sup>8</sup> Vidjeti o tome presudu Suda od 13. srpnja 2022., *Illumina/Komisija* (T-227/21, EU:T:2022:447).

## 2. Izravna primjenjivost članka 102. UFEU-a

29. Članak 102. UFEU-a odredba je primarnog prava čiju izravnu primjenjivost Sud odavno priznaje<sup>9</sup>.

30. Osim toga, iz načela hijerarhije pravnih normi<sup>10</sup>, i iz načela *lex superior derogat legi inferiori* iz područja pravila o sukobu zakona koje iz toga slijedi, proizlazi da se odredbom sekundarnog prava ne može ograničiti ni područje primjene ni izravna primjenjivost odredbe primarnog prava, nego se njome štoviše moraju poštovati zahtjevi te odredbe te se ona u njezinu svjetlu eventualno mora tumačiti restriktivno<sup>11</sup>.

31. Stoga je točno da se člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama primjena Uredbe br. 1/2003, koja služi provedbi pravila, među ostalim, članka 102. UFEU-a<sup>12</sup>, može isključiti za koncentracije. Međutim, bez obzira na to i suprotno shvaćanju francuske Agencije za tržišno natjecanje, zabrana iz članka 102. UFEU-a ostaje izravno primjenjiva i njezina provedba nije blokirana. Ta je zabrana u dovoljnoj mjeri jasna, precizna i bezuvjetna tako da nije potrebno pravilo sekundarnog prava kojim bi se nacionalnim tijelima i sudovima izričito morala naložiti ili dopustiti njezina primjena<sup>13</sup>.

32. Izravna primjenjivost članka 102. UFEU-a omogućava pojedincu da pred tijelima i sudovima država članica ostvari pravnu situaciju koja mu je tim člankom omogućena; s time simetrično korelira obveza tih državnih tijela na zaštitu te pravne situacije<sup>14</sup>. Sud je, osim toga, iz te izravne primjenjivosti i s time povezane nadređenosti članka 101. i 102. UFEU-a zaključio da su nacionalna tijela za tržišno natjecanje obvezna izuzeti iz primjene neusklađeno nacionalno zakonodavstvo<sup>15</sup>.

33. Međutim, ako iz izravne primjenjivosti članka 102. UFEU-a za nacionalna tijela proizlazi čak obveza primjene, pravilo sekundarnog prava poput članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama u tom pogledu to manje može razviti blokirajući učinak koji ističe francuska Agencija za tržišno natjecanje.

34. U tom pogledu ništa ne mijenja ni tekst navedene odredbe u kojoj se koristi pojam „samo”<sup>16</sup>. To isto vrijedi i za formulaciju u šestoj uvodnoj izjavi Uredbe o kontroli koncentracija prema kojoj ta uredba treba biti „pravni instrument koji će se jedini primjenjivati na takve koncentracije [u smislu članka 3.]”<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> Vidjeti samo presude od 21. ožujka 1974., BRT i Belgische Vereniging der Auteurs, Componisten en Uitgevers (127/73, EU:C:1974:25, t. 15. i 16.), od 5. lipnja 2014., Kone i dr. (C-557/12, EU:C:2014:1317, t. 20.) i od 14. ožujka 2019., Skanska Industrial Solutions i dr. (C-724/17, EU:C:2019:204, t. 24.).

<sup>10</sup> Vidjeti presudu od 26. lipnja 2012., Poljska/Komisija (C-335/09 P, EU:C:2012:385, t. 127.).

<sup>11</sup> Vidjeti o tumačenju u skladu s primarnim pravom: presudu od 20. siječnja 2021., Komisija/Printeos (C-301/19 P, EU:C:2021:39, t. 70. i sljedeće).

<sup>12</sup> Vidjeti prvu uvodnu izjavu Uredbe br. 1/2003.

<sup>13</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 11. travnja 1989., Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, t. 32.).

<sup>14</sup> Osobito jasno u presudi od 20. rujna 2001., Courage i Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, t. 19. do 24.).

<sup>15</sup> Presuda od 9. rujna 2003., CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, t. 49. i 50.) i upućivanje na presudu od 22. lipnja 1989., Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, t. 31.).

<sup>16</sup> Vidjeti primjerice i „alone” u engleskoj jezičnoj verziji, „seul” u francuskoj jezičnoj verziji, „solo” u talijanskoj jezičnoj verziji i „uitsluitend” u nizozemskoj jezičnoj verziji.

<sup>17</sup> Vidjeti i sedmu uvodnu izjavu Uredbe br. 4064/89.



35. Navedeno se potvrđuje odabirom članka 103. UFEU-a, uz članak 352. UFEU-a, kao pravne osnove Uredbe o kontroli koncentracija<sup>18</sup>. Kao što je Sud već utvrdio, i Uredba o kontroli koncentracija isto tako služi provedbi pravila sadržanih u člancima 101. i 102. UFEU-a te predstavlja dio zakonodavne cjeline kojom se želi u potpunosti zajamčiti zaštita tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu<sup>19</sup>. To pak pokazuje da ta uredba nije ni po hijerarhiji pravnih normi na istoj razini s člancima 101. i 102. UFEU-a niti u svojstvu provedbenog propisa može modificirati područje primjene tih referentnih normi, a kamoli ih ograničiti.

36. Budući da se oprečna pravila nacionalnog prava zbog nadređenosti prava Unije ne mogu protiviti provedbi članka 102. UFEU-a te se taj članak u tom smislu diljem Unije mora tumačiti ujednačeno<sup>20</sup>, bespredmetno je upućivanje Towercasta, TDF-a i Tivane Topco na eventualnu različitu primjenu tog članka u pravnim porecima država članica te ni na koji način ne može utjecati na odgovor na prethodno pitanje.

37. Osobito s obzirom na TDF-ovu argumentaciju, prema kojoj se koncentracija koja ne prelazi pragove i stoga se ne mora prijaviti ne može više naknadno dovesti u pitanje primjenom članka 102. UFEU-a, želim dodati da se člankom 1. Uredbe o koncentracijama ili odgovarajućim nacionalnim pravilima predviđenim pragovima isto tako ne može ograničiti ili isključiti izravna primjenjivost članka 102. UFEU-a kao što se to ne može ni člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama.

38. To proizlazi i iz same funkcije pragova. Kao prvo, pragovima se uređuje raspodjela nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela za tržišno natjecanje i s tim u vezi određuje pravo primjenjivo na ispitivanje koncentracija<sup>21</sup>. Kao drugo, pragovi se temelje na ocjeni zakonodavca i s time povezanoj oborivoj presumpciji da su koncentracije koje prelaze određene prihodovne pragove osobito značajne te mogu štetno utjecati na strukturu tržišta i tržišno natjecanje te im je stoga potrebna *ex ante* kontrola odgovarajućih tijela<sup>22</sup>. Suprotno tomu, nedosezanje tih pragova sadržava presumpciju da se za dotičnu koncentraciju ne zahtijeva takva *ex ante* kontrola. Međutim, pragovi kao takvi ne govore ništa o tome je li u određenim slučajevima na temelju članka 102. UFEU-a moguća *ex post* kontrola ponašanja poduzetnika u vladajućem položaju u kontekstu koncentracije.

## ***B. Način funkcioniranja i struktura zaštite od narušavanja tržišnog natjecanja prema pravu Unije***

39. Hijerarhijski položaj i izravna primjenjivost članka 102. UFEU-a opisani u točkama 29. do 38. zapravo su dovoljni da bi se obrazložilo kako se primjenjivost tog članka na koncentracije ne može isključiti člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama. Osim toga, i način funkcioniranja i struktura zaštite od narušavanja tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu prema pravu Unije idu u prilog komplementarnoj primjeni članka 102. UFEU-a na koncentracije.

<sup>18</sup> Vidjeti sedmu uvodnu izjavu Uredbe o koncentracijama.

<sup>19</sup> Presude od 7. rujna 2017., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, t. 31.) i od 31. svibnja 2018., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, t. 55.) kao i moje mišljenje u predmetu Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, t. 35.)

<sup>20</sup> Presuda od 9. rujna 2003., CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, t. 49. i 50.). Vidjeti i presudu od 13. veljače 1969., Wilhelm i dr. (14/68, EU:C:1969:4, t. 6.).

<sup>21</sup> Vidjeti uvodne izjave 8. i 9. Uredbe o koncentracijama.

<sup>22</sup> Vidjeti uvodne izjave 3. do 5. i 8. Uredbe o koncentracijama.

40. Dok se Uredbom o kontroli koncentracija predviđa sustav obvezne preventivne *ex ante* kontrole za promjene strukture tržišta, ponašanje poduzetnika na tržištu prema Uredbi br. 1/2003 podliježe samo represivnoj *ex post* kontroli, neovisno o tome je li riječ o koordiniranim ponašanjima ili jednostranim postupcima. Ta je funkcija dodatno osnažena sustavom zakonskog izuzeća uvedenim tom uredbom, i to na način da su njime na temelju (sada potpune) izravne primjenjivosti članka 101. i 102. UFEU-a zadaće kontrole i provedbe uvelike prenesene na nacionalna tijela i sudove (decentralizacija)<sup>23</sup>. Međutim, njihova se diskrecijska ovlast pri provedbi članka 101. i 102. UFEU-a pak ograničava načelima izravne primjenjivosti i nadređenosti<sup>24</sup>.

41. Samostalnost *preventivne* kontrole koncentracija naglašava se šestom uvodnom izjavom Uredbe o kontroli koncentracija<sup>25</sup>. S tim u skladu, ta bi uredba kao „poseban pravni instrument” trebala biti „jedini” instrument za pravnu ocjenu utjecaja koncentracija na tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu<sup>26</sup>. Osim toga, Sud se izjasnio protiv nedopuštenog proširenja područja primjene te uredbe na postupke koji pridonose provedbi koncentracije<sup>27</sup>. Time je spriječio „protruziju” odredaba te uredbe u druga područja kojima se uređuje pravo tržišnog natjecanja<sup>28</sup>.

42. Međutim, suprotno shvaćanju francuske vlade i francuske Agencije za zaštitu natjecanja, iz toga se ne može zaključiti da Uredba za kontrolu koncentracija ima narav u cijelosti uređenog *lex specialisa*.

43. To ne proizlazi ni iz činjenice da se u skladu s člankom 21. stavkom 1. Uredbe o koncentracijama, među ostalim, Uredba br. 1/2003 ne primjenjuje na koncentracije. Točno je da se iz te uredbe može razabrati da je ispitivanje eventualnih štetnih utjecaja koncentracije na tržišno natjecanje ponajprije svrstano u područje prava kontrole koncentracija kao posebnog režima u odnosu na članke 101. i 102. UFEU-a. Međutim, time se ne isključuje mogućnost *ex post* kontrole ponašanja poduzetnika koji ima vladajući položaj u kontekstu takve koncentracije. Osim toga, zakonodavac pravno gledano ne bi mogao donijeti pravilo sekundarnog prava kojim bi se isključila primjena nadređenog i izravno primjenjivog članka 102. UFEU-a.

44. U prilog primjeni članka 102. UFEU-a uz Uredbu o kontroli koncentracija ide i činjenica da se ta uredba, kao što je razvidno iz njezine sedme uvodne izjave, temelji ne samo na članku 103. UFEU-a nego i na dodatnoj ovlasti temeljem ugovora iz članka 352. UFEU-a. To se šestom uvodnom izjavom Uredbe br. 4064/89 (vidjeti točku 12. ovog mišljenja) potvrđuje pojašnjenjem da bi uvođenje režima kontrole koncentracija trebalo služiti tomu da se u pogledu koncentracija zatvore praznine u sustavu zaštite od narušavanja tržišnog natjecanja.

<sup>23</sup> Vidjeti četvrtu uvodnu izjavu i članke 5. i 6. Uredbe br. 1/2003.

<sup>24</sup> Tako nacionalna tijela za tržišno natjecanje, za razliku od Komisije, osobito ne mogu obustaviti istragu ponašanja poduzetnika koji se nalaze u vladajućem položaju zbog nedostatka „interesa Unije”; vidjeti samo presudu od 4. ožujka 1999., Ufex i dr./Komisija (C-119/97 P, EU:C:1999:116, t. 88. i 89.); presude Suda od 16. svibnja 2017., Agria Polska i dr./Komisija (T-480/15, EU:T:2017:339, t. 34. i sljedeće) i od 13. srpnja 2022., Design Light & Led Made in Europe i Design Luce & Led Made u Italija/Komisija (T-886/19, neobjavljenu, EU:T:2022:442, t. 38. i sljedeće).

<sup>25</sup> Vidjeti i sedmu uvodnu izjavu Uredbe br. 4064/89.

<sup>26</sup> Vidjeti i rješenje od 29. siječnja 2020., Silgan Closures i Silgan Holdings/Komisija (C-418/19 P, neobjavljeno, EU:C:2020:43, t. 50.).

<sup>27</sup> Presuda od 31. svibnja 2018., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, t. 58.)

<sup>28</sup> Vidjeti i mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, t. 68. i 69.). Osim toga, vidjeti i moje mišljenje u predmetu Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, t. 37.) i presudu Suda od 20. studenoga 2002., Lagardère i Canal+/Komisija (T-251/00, EU:T:2002:278, t. 77. do 79.).

45. Suprotno tomu, iz ustaljene sudske prakse Suda razvidno je da članak 102. UFEU-a ima široko područje primjene, osobito jer primjeri zlorabnih praksi nisu taksativno navedeni<sup>29</sup>. S tim u skladu i ponašanje poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju povodom pripreme ili provedbe preuzimanja konkurenta može biti obuhvaćeno materijalnim područjem primjene te odredbe i njezinim izravnim utjecajem. To vrijedi tim više jer se zlorabno istiskivanje konkurenta s tržišta može pojaviti u različitim oblicima<sup>30</sup> te je na poduzetniku u vladajućem položaju osobita odgovornost da svojim postupanjem ne ugrozi djelotvorno i nenarušeno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu<sup>31</sup>.

46. Za razliku od argumentacije TDF-a, Tivane Topco, francuske Agencije za tržišno natjecanje te francuske i nizozemske vlade, taj je zaključak potpuno u skladu s mojim mišljenjem<sup>32</sup> i presudom Suda u predmetu Austria Asphalt<sup>33</sup>. Naime, u tom je predmetu bila riječ samo o razgraničenju područja primjene Uredbe o kontroli koncentracija u odnosu na područje primjene Uredbe br. 1/2003 u pogledu *ex ante* ispitivanja koncentracije čiji je predmet uspostava zajedničkog samostalnog pothvata. Suprotno tomu, predmet postupka nisu bila pitanja moguće *ex post* kontrole koncentracije ili ponašanja poduzetnika koji su u toj koncentraciji sudjelovali, osobito s obzirom na kriterij iz članka 102. UFEU-a<sup>34</sup>.

47. Za razliku od shvaćanja francuske Agencije za tržišno natjecanje, francuske vlade, društava Tivana Topco i TDF kao i suda koji je uputio zahtjev, za tumačenje odnosa između članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama i članka 102. UFEU-a nije značajan ni mehanizam upućivanja iz članka 22. Uredbe o koncentracijama kojim se na zahtjev država članica iznimno može uspostaviti Komisijina nadležnost za koncentracije koje nisu od značaja za Zajednicu<sup>35</sup>. Naime, isključenje izravne primjenjivosti članka 102. UFEU-a u slučaju poput predmetnog ne može se obrazložiti ni člankom 22. Uredbe o koncentracijama kao odredbom sekundarnog prava (vidjeti točke 29. do 33. ovog mišljenja).

48. Štoviše, komplementarna primjena članka 102. UFEU-a slično je poput one članka 22. Uredbe o koncentracijama prikladna da doprinese učinkovitoj zaštiti tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu u slučaju da koncentracije koje su problematične u smislu prava tržišnog natjecanja ne dosežu pragove prema pravu kontrole koncentracija te stoga načelno ne podliježu *ex ante* kontroli. Kao što su istaknule talijanska vlada i Komisija, prethodnih se godina, naime, očitovala praznina u zaštiti kada je riječ o obuhvaćanju i kontroli preuzimanja inovativnih novoosnovanih (*start-up*) poduzeća pravom tržišnog natjecanja, primjerice na području internetskih usluga, farmaceutske industrije ili medicinske tehnike (takozvane „killer acquisitions”). To se odnosi na situacije u kojima etablirani i tržišno snažni poduzetnici preuzimaju poduzetnike u sponu koji ne ostvaruju dovoljno velike prihode, a djeluju na istim, sličnim odnosno uzlaznim ili silaznim

<sup>29</sup> Vidjeti samo presude od 14. studenoga 1996., Tetra Pak/Komisija (C-333/94 P, EU:C:1996:436, t. 37.), od 15. ožujka 2007., British Airways/Komisija (C-95/04 P, EU:C:2007:166, t. 57.), od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 173.) i od 17. veljače 2011., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, t. 26.).

<sup>30</sup> O različitim oblicima takozvanog štetnog učinka istiskujućeg djelovanja vidjeti Komunikaciju Komisije – Uputa o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. [UEZ-a] na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zlorabnu u smislu istiskivanja konkurenata s tržišta (SL 2009., C 45, str. 7.).

<sup>31</sup> Presuda od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:52, t. 153.)

<sup>32</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, točke 36. i 37.)

<sup>33</sup> Presude od 7. rujna 2017., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, t. 31. do 33.) i od 31. svibnja 2018., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, t. 54. i sljedeće)

<sup>34</sup> To isto tako vrijedi za rješenje od 29. siječnja 2020., Silgan Closures i Silgan Holdings/Komisija (C-418/19 P, neobjavljeno, EU:C:2020:43, t. 50.).

<sup>35</sup> Vidjeti u tom pogledu presudu Suda od 13. srpnja 2022., Illumina/Komisija (T-227/21, EU:T:2022:447).

područjima, kako bi ih se isključilo kao konkurente te konsolidiralo vlastitu tržišnu poziciju<sup>36</sup>. Kako bi se i u tom smislu zajamčila učinkovita zaštita tržišnog natjecanja, nacionalno tijelo za tržišno natjecanje trebalo bi stoga moći primijeniti barem „slabiji”<sup>37</sup> instrument represivne *ex post* kontrole u skladu s člankom 102. UFEU-a ako su ispunjene činjenične pretpostavke koje se njime zahtijevaju. Takva potreba može postojati i u slučaju preuzimanja na vrlo koncentriranim tržištima poput predmetnog, ako je cilj takvog preuzimanja isključiti pritisak tržišnog natjecanja od strane konkurenata u usponu.

49. To dovodi do pitanja koje je sporno među strankama postupka, mogu li se i u kojoj se mjeri na koncentracije mogu i nadalje primjenjivati načela primjenjivosti članka 102. UFEU-a uspostavljena presudom *Continental Can*<sup>38</sup>.

### **C. Značenje presude *Continental Can* i pravna sigurnost**

50. S obzirom na prethodna razmatranja, navode iz presude Suda u predmetu *Continental Can* svakako treba precizirati.

51. U toj je presudi Sud u pogledu primjenjivosti članka 86. Ugovora o EEZ-u (sada članak 102. UFEU-a), među ostalim, utvrdio sljedeće:

„Ograničavanje tržišnog natjecanja koje je zabranjeno ako je posljedica ponašanja obuhvaćenog člankom 85., ne može postati dopušteno na temelju činjenice da je takvim ponašanjem vladajućeg poduzeća ostvareno spajanje predmetnih poduzeća. [...]

Prema tome, do zlorabe može doći ako poduzetnik u vladajućem položaju osnaži taj položaj na takav način da postignuta razina vladajućeg položaja bitno sputava tržišno natjecanje, tj. da na tržištu ostaju samo poduzeća čije ponašanje ovisi o poduzetniku koji ima vladajući položaj.”<sup>39</sup>

52. Iz toga se čak može izvesti zaključak da je članak 102. UFEU-a u punom opsegu primjenjiv na kontrolu koncentracija.

53. Međutim, tu presudu treba shvatiti u kontekstu tadašnje pravne situacije, osobito činjenice da je Sud „u nedostatku izričitih odredbi”<sup>40</sup> smatrao kontrolu koncentracija potrebnom s obzirom na mjerila iz članka 86. Ugovora o EZ-u kako bi se osigurala dovoljna zaštita dobrog funkcioniranja tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu. No danas takve „izričite odredbe” nedvojbeno postoje u obliku Uredbe o kontroli koncentracija; osim toga, one prema volji zakonodavca služe izričito tomu da se popune praznine u uređenju koje je Sud svojedobno utvrdio<sup>41</sup>.

54. U pogledu prethodno zagovarane komplementarne primjenjivosti članka 102. UFEU-a u svrhu kontrole zlorabe u kontekstu koncentracija, ta sudska praksa unatoč stvaranju sustava prava Unije koji se odnosi na kontrolu koncentracija nije u potpunosti postala bespredmetnom. To se potvrđuje kako sedmom uvodnom izjavom Uredbe o kontroli koncentracija (vidjeti

<sup>36</sup> Vidjeti detaljnije Europska komisija, Smjernice o primjeni mehanizma upućivanja iz članka 22. Uredbe o koncentracijama na određene kategorije predmeta (SL 2021., C 113, str. 1.), t. 9. i 10. kao i presudu Suda od 13. srpnja 2022., *Illumina/Komisija* (T-227/21, EU:T:2022:447).

<sup>37</sup> Vidjeti još moje mišljenje u predmetu *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:322, t. 36.).

<sup>38</sup> Presuda od 21. veljače 1973., *Europemballage i Continental Can/Komisija* (6/72, EU:C:1973:22)

<sup>39</sup> Presuda od 21. veljače 1973., *Europemballage i Continental Can/Komisija* (6/72, EU:C:1973:22, t. 25. i 26.)

<sup>40</sup> Presuda od 21. veljače 1973., *Europemballage i Continental Can/Komisija* (6/72, EU:C:1973:22, t. 25.)

<sup>41</sup> Uvodne izjave 5. do 8. Uredbe o koncentracijama, odnosno uvodne izjave 6. i 7. Uredbe br. 4064/89

točku 5. ovog mišljenja), kojom se, kako se čini, referira na tu sudsku praksu, tako i činjenicom da se presuda *Continental Can* sama po sebi oslanja na cilj Ugovora kojim se želi ostvariti što učinkovitija i cjelovitija zaštita tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu<sup>42</sup>. Sažeti navod iz bilješke mojeg mišljenja u predmetu *Austria Asphalt* koji stranke postupka uvelike citiraju, a prema kojem je ta presuda „postala bespredmetna”<sup>43</sup>, odnosio se na jedno drugo prethodno pitanje i time na drugi predmet postupka (točnije primjenu članka 101. UFEU-a na zajedničke pothvate) te se stoga ne može uopćavati.

55. Zato je potrebno razjasniti pitanje koje su otvorile stranke postupka, a to je, pod kojim je uvjetima moguća komplementarna primjena članka 102. UFEU-a u kontekstu koncentracije i svjetlu presude *Continental Can* te načela pravne sigurnosti.

56. U tom je smislu potrebno razlikovati dvije situacije, točnije, s jedne strane, situaciju na kojoj se temelji predmetni postupak, u kojoj se zbog nedostatka dosezanja pragova nije provelo *ex ante* ispitivanje koncentracije prema pravu kontrole koncentracija, i, s druge strane, moguće usporedno ili sukcesivno „dvostruko ispitivanje” koncentracije kako prema kriterijima prava kontrole koncentracija tako i onima iz članka 102. UFEU-a.

57. Kao što je navedeno u točkama 29. do 48. ovog mišljenja, izravna primjenjivost članka 102. UFEU-a na koncentracije nije pravno isključena. To u cijelosti vrijedi u slučaju poput predmetnog u kojem, kao što proizlazi iz točke 20., nije provedeno *ex ante* ispitivanje koncentracije prema pravu kontrole koncentracija, pa stoga ne postoji opasnost od dvostrukog ispitivanja.

58. Međutim, drukčije bi bilo u hipotetskoj situaciji u kojoj bi *ex ante* ispitivanje provelo bilo nacionalno tijelo za tržišno natjecanje na temelju nacionalnog prava kontrole koncentracija, bilo Komisija na temelju Uredbe o kontroli koncentracija. Može li takva koncentracija biti predmet dodatne *ex post* kontrole na temelju članka 102. UFEU-a?

59. S obzirom na poštovanje načela pravne sigurnosti, važna je okolnost da je zakonodavac takvo dvostruko ispitivanje u načelu želio isključiti, kao što je razvidno iz članka 21. stavka 1. Uredbe o koncentracijama (vidjeti točku 43. ovog mišljenja). Smatram da stoga, bez obzira na narav primarnog prava i izravnu primjenjivost članka 102. UFEU-a, ima prostora za primjenu načela *lex specialis derogat legi generali*.

60. To ne proturječi načelu hijerarhije pravnih normi spomenutom u točki 30. ovog mišljenja. Naime, članak 102. UFEU-a ostao bi načelno primjenjiv. Međutim, koncentracija odobrena prema posebnijim pravilima kontrole koncentracija, čiji je utjecaj na strukturu tržišta i uvjete tržišnog natjecanja proglašen spojivim s unutarnjim tržištem, kao takva se (više) ne može kvalificirati zlouporabom vladajućeg položaja u smislu članka 102. UFEU-a, ako nije potrebno utvrditi dodatna druga ponašanja dotičnog poduzetnika koja bi mogla ispuniti to obilježje. Stoga je potrebno odgovarajuće precizirati tvrdnje iz presude *Continental Can*, koje bi se i u takvom slučaju mogle pogrešno shvatiti u smislu mogućeg dvostrukog ispitivanja koncentracije.

61. Uzimajući u obzir navedene zahtjeve, pravne posljedice koje proizlaze iz komplementarne primjenjivosti Uredbe o kontroli koncentracija i članka 102. UFEU-a imaju umnogome manji utjecaj na provedbu koncentracija i pravnu sigurnost nego što to primjerice navode nizozemska vlada i TDF.

<sup>42</sup> Presuda od 21. veljače 1973., *Europemballage i Continental Can/Komisija* (6/72, EU:C:1973:22, t. 25.)

<sup>43</sup> C-248/16, EU:C:2017:322, t. 37., vidjeti bilješku 18.

62. Kao prvo, to proizlazi iz primjene načela *lex specialis derogat legi generali*, prema kojem odobrenje koncentracije prema pravu kontrola koncentracije i s time izazvana promjena strukture tržišta i uvjeta tržišnog natjecanja nužno isključuje činjenično postojanje zlouporabe u smislu članka 102. UFEU-a (vidjeti točke 59. i 60. ovog mišljenja). Stoga takva koncentracija ni ne može biti predmetom kasnije odluke kojom se, primjerice u skladu s člankom 7. stavkom 1. Uredbe br. 1/2003 određuje da se spojeni poduzetnik opet razdvoji. Kao drugo, *ex post* kontrola u skladu s člankom 102. UFEU-a može se odnositi samo na takve koncentracije poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju.

63. Time se moguća komplementarna primjena članka 102. UFEU-a u pravnoj praksi reducira na slučajeve u kojima je zbog tržišne moći tog poduzetnika *a priori* potrebna kontrola u smislu prava tržišnog natjecanja, ali koji ne podliježu *ex ante* ispitivanju na temelju prava kontrole koncentracija. Pa čak i u tim situacijama u slučaju povrede, suprotno bojaznima nekih stranaka postupka, s obzirom na nadređenost korekcijskih mjera proporcionalnih povredi propisa i načela razmjernosti u pravilu ne prijeti naknadni raskid koncentracije<sup>44</sup>, nego samo izricanje novčane kazne<sup>45</sup>.

64. Zaključno želim u pogledu načela pravne sigurnosti razmotriti podredni zahtjev društva Tivana Topco za ograničenje vremenskih učinaka presuda Suda.

65. U tom pogledu valja podsjetiti na to da tumačenje koje Sud da pravnom pravilu prava Unije, u izvršavanju nadležnosti koju mu povjerava članak 267. UFEU-a, objašnjava i precizira značenje i doseg tog pravnog pravila, onako kako ono treba ili je trebalo biti shvaćeno i primijenjeno nakon stupanja na snagu. Samo iznimno Sud može, primjenjujući opće načelo pravne sigurnosti svojstveno pravnom poretku Unije, biti doveden u situaciju da ograniči mogućnost da se zainteresirane osobe pozovu na odredbu koju je protumačio s ciljem dovođenja u pitanje pravnih odnosa utvrđenih u dobroj vjeri. Takvo ograničenje, koje je moguće isključivo u samoj presudi kojom se odlučuje o zatraženom tumačenju, dopušteno je samo ako su ispunjena dva osnovna kriterija, odnosno dobra vjera zainteresiranih osoba i opasnost od ozbiljnih poremećaja.<sup>46</sup>

66. U predmetnom slučaju ne vidim da bi potonji uvjeti bili ispunjeni. Kao prvo, dotične stranke s obzirom na ustaljenu sudsku praksu koja se odnosi na izravnu primjenjivost članka 102. UFEU-a i presude Continental Can nisu mogle razviti dobru vjeru u smislu da bi se ta odredba tumačila drukčije nego je prethodno navedeno u točki 29. i sljedećima. Kao drugo, opasnost od ozbiljnih poremećaja s obzirom na prethodno navedeno u točki 55. i sljedećima isto je tako isključena.

67. S obzirom na prethodna razmatranja, ne postoji uvjerljiv razlog ni za kategoričko isključivanje primjene članka 102. UFEU-a na slučaj poput predmetnog ni za vremensko ograničenje presude Suda.

<sup>44</sup> U pogledu Komisijine ovlasti da samo iznimno može odrediti strukturne mjere vidjeti članak 7. stavak 1. Uredbe br. 1/2003.

<sup>45</sup> Vidjeti članke 23. i 24. Uredbe br. 1/2003.

<sup>46</sup> Vidjeti presudu od 22. lipnja 2021., Latvijas Republikas Saeima (Kazneni bodovi) (C-439/19, EU:C:2021:504, t. 132. i 133. i navedenu sudsku praksu).

## V. Zaključak

68. U skladu s prethodno navedenim predlažem Sudu da na zahtjev za prethodnu odluku odgovori na sljedeći način:

Članak 21. stavak 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba o koncentracijama) treba tumačiti na način da se njime nacionalnom tijelu za tržišno natjecanje ne zabranjuje da koncentraciju koja nije od značaja za Zajednicu u smislu članka 1. te uredbe i ne doseže pragove predviđene nacionalnim pravom za *ex ante* ispitivanje te nije ni predmet upućivanja Komisiji u skladu s člankom 22. iste uredbe ispita u smislu predstavlja li ta koncentracija s obzirom na strukturu tržišnog natjecanja na nacionalnom tržištu zlorabitu vladajućeg položaja u skladu s člankom 102. UFEU-a.