



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINĖS ADVOKATĖS
JULIANE KOKOTT IŠVADA,
pateikta 2017 m. balandžio 27 d.¹

Byla C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
prieš
Bundeskartellanwalt

(Oberster Gerichtshof (Aukščiausiasis Teismas, Austrija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Konkurencija – Koncentracijų tarp įmonių kontrolė (koncentracijos kontrolė) – Reglamento (EB) Nr. 139/2004 (EB Susijungimų reglamentas) 3 straipsnis – Dalykinė taikymo sritis – Koncentracijos sąvoka – Įmonės vienvaldės kontrolės pakeitimas į bendrą kontrolę – Esamos nesavarankiškos įmonės reorganizavimas į nesavarankišką bendrą įmonę – Europos Komisijos ir už koncentracijos kontrolę atsakingų nacionalinių institucijų jurisdikcijos atskyrimas“

I. Įvadas

1. Tikriausiai daug minčių sukosi minezingerio Ulricho fon Lichtenšteino galvoje, kai jis 1227 m. per literatūroje įamžintą savo kelionę iš Venecijos į Bohemiją traukė per Miurcušlago² vietovę dabartinėje Austrijoje³. Ar jis tuomet nujautė, kad šis vaizdingoje vietovėje prie Miurco upės esantis miestelis kada nors taps pirmosios prejudicinio sprendimo priėmimo procedūros dėl ES koncentracijos kontrolės veiksmo vieta?

2. Šios procedūros pradėjimo priežastis yra asfaltbetonio gamybos įmonė, kuri kol kas priklauso didelei statybos bendrovių grupei, tačiau ateityje turėtų būti valdoma šios statybos bendrovių grupės kartu su kita statybos bendrovių grupe. Kitaip tariant, esamą asfaltbetonio gamybos įmonę ketinama reorganizuoti į *bendrą įmonę*. Koncentracijos kontrolės požiūriu problemų kyla dėl to, kad ši gamybos įmonė *nėra savarankiška įmonė*, nes jos veikla apsiriboja asfaltbetonio tiekimu dabartinei patronuojančiajai bendrovei, ateityje – abiem patronuojančiosioms bendrovėms, o ji pati rinkoje iš esmės nedalyvauja.

1 Originalo kalba: vokiečių.

2 [ˌmyrtsˈtsuːflaːk].

3 Sąvoka „Murzuslage“, kurią poetas (gyvenęs apie 1200–1275 m.) vartojo savo epe „Frauendienst“ („Tarnystė moterims“), laikoma ir pirmuoju Miurcušlago miesto paminėjimu rašytiniuose šaltiniuose.

3. Šiomis aplinkybėmis Teisingumo Teismo prašoma išaiškinti principinį klausimą, kas yra koncentracija tarp įmonių pagal Susijungimų reglamento⁴ 3 straipsnį. Konkrečiai kalbama apie Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punktą ir 3 straipsnio 4 dalį – reikia išnagrinėti, ar pagal šias nuostatas tokioms įmonėms kaip įmonė Miurcušlage, kurios negali būti laikomos savarankiškoms įmonėms, nes pačios nedalyvauja rinkoje, vis dėlto taikoma ES koncentracijos kontrolė, nes valdant jų kapitalą dalyvauja trečiosios šalys.

4. Apibūdinta problema, susijusi su esamos nesavarankiškos įmonės reorganizavimu į bendrą įmonę, iš pirmo žvilgsnio gali atrodyti labai techninė ir jau tikrai yra nuobodesnė už Ulricho fon Lichtenšteino minezangą. Tačiau Sąjungos teisėje įtvirtintai konkurencijos taisyklių įgyvendinimo Europos vidaus rinkoje sistemai ji turi didžiulę praktinę reikšmę. Mat Susijungimų reglamento 3 straipsnio aiškinimu nubrėžiama ne tik horizontali skiriamoji linija tarp koncentracijos kontrolės pagal Susijungimų reglamentą ir kartelių teisės įgyvendinimo pagal Reglamentą (EB) Nr. 1/2003⁵, bet ir vertikali linija tarp Europos Komisijos, kaip vidaus rinkos koncentracijos kontrolės institucijos, ir koncentracijas nagrinėjančių valstybių narių institucijų jurisdikcijos, nes juk ES koncentracijos kontrolės pamatas – tikslaus jurisdikcijos pasidalijimo sistema⁶.

II. Teisinis pagrindas

5. Šios bylos teisinis pagrindas pagal Sąjungos teisę yra Susijungimų reglamento 3 straipsnis „Koncentracijos sąvokos apibrėžimas“, kuriame nustatyta (ištraukos):

„1. Laikoma, kad koncentracija vykdoma, kai atsiranda ilgalaikių kontrolės pokyčių dėl:

<...>

b) įsigijimo, kai įmonę įsigijo vienas arba daugiau asmenų, kurie jau kontroliuoja bent vieną įmonę, arba kai įmonę įsigijo viena ar daugiau įmonių pirkdamos vertybinius popierius arba turtą, sudarius sutartį arba kitomis priemonėmis, kurios leidžia tiesiogiai arba netiesiogiai kontroliuoti visą arba dalį vienos arba daugiau kitų įmonių.

<...>

4. Bendros įmonės, kuri nuolat atlieka [visas] autonomiško ūkinio subjekto funkcijas, sukūrimas yra laikomas koncentracija, kaip apibrėžta 1 dalies b punkte.

<...>“

6. Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 ir 4 dalys paaiškinamos jo 20 konstatuojamojoje dalyje:

„Racionalu apibrėžti koncentracijos sąvoką taip, kad ji apimtų operacijas, dėl kurių atitinkamų įmonių kontrolėje, taip pat ir rinkos struktūroje atsirastų ilgalaikių pokyčių. Todėl taikant šį reglamentą, sąvoka turi apimti visas bendras įmones, ilgą laiką atliekančias [visas] autonomiško ūkinio vieneto funkcijas. <...>“

4 2004 m. sausio 20 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL L 24, 2004, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 3 t., p. 40, ir klaidų ištaisymas OL L 305, 2015, p. 51).

5 2002 m. gruodžio 16 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 1/2003 dėl konkurencijos taisyklių, nustatytų [EB] 81 ir 82 straipsniuose, įgyvendinimo (OL L 1, 2003, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 2 t., p. 205).

6 2003 m. rugsėjo 25 d. Sprendimas *Schlüsselverlag J. S. Moser ir kt. / Komisija* (C-170/02 P, EU:C:2003:501, 32 punktas) ir 2004 m. birželio 22 d. Sprendimas *Portugalija / Komisija* (C-42/01, EU:C:2004:379, 50 punktas); tuo pačiu klausimu žr. 2007 m. gruodžio 18 d. Sprendimą *Cementbouw Handel & Industrie / Komisija* (C-202/06 P, EU:C:2007:814, 37 punktas).

7. Papildomai reikia nurodyti šio reglamento 8 konstatuojamąją dalį:

„Šiame reglamente patvirtintos nuostatos turėtų būti taikomos svarbiems struktūriniais pokyčiams, kurių poveikis rinkai jaučiamas už bet kurios vienos valstybės narės ribų. Tokios koncentracijos paprastai turėtų būti tikrinamos išimtinai Bendrijos lygiu taikant vieno langelio principą ir laikantis subsidiarumo principo. Koncentracijos, kurioms netaikomas šis reglamentas, iš esmės priklauso valstybių narių jurisdikcijai.“

8. Galiausiai reikia nurodyti Susijungimų reglamento 21 straipsnį „Reglamento taikymas ir jurisdikcija“, kuriame – kiek šiuo atveju svarbu – nustatyta⁷:

„1. Tik šis reglamentas taikomas koncentracijoms, kaip apibrėžta 3 straipsnyje, o [Reglamentas Nr. 1/2003 netaikomas], išskyrus bendroms įmonėms, kurios neveikia Bendrijos mastu ir kurių tikslas arba veiklos padarinys – kontroliuoti įmonių, kurios lieka savarankiškos, konkurencinį elgesį.

2. Komisija turi išskirtinę jurisdikciją priimti šiame reglamente numatytus sprendimus, juos gali peržiūrėti Teisingumo Teismas.

3. Nei [nė] viena valstybė narė netaiko savo nacionalinės konkurencijos teisės aktų Bendrijos mastu veikiančioms koncentracijoms.

<...>“

9. Komisijos suvestinis pranešimas dėl jurisdikcijos⁸ nėra šios bylos teisinio pagrindo dalis, nes jis yra tik teisiškai neprivalomas pranešimas, kuriame Komisija skaidrumo sumetimais paaiškina savo teisinę nuomonę ir savo administracinę praktiką jurisdikcijos koncentracijų kontrolės srityje klausimais⁹.

III. Faktinės aplinkybės ir pagrindinė byla

10. *Austria Asphalt GmbH & Co OG* (toliau – AA) yra netiesioginė *Strabag SE* patronuojamoji bendrovė, *Teerag Asdag AG* (toliau – TA) priklauso *Porr* grupei. Tiek *Strabag*, tiek *Porr* yra tarptautiniu lygiu, be kita ko, kelių tiesimo srityje veikiančios statybos bendrovių grupės.

11. Miurcušlago asfaltbetonio gamybos įmonė veikia Austrijos Štirijos federacinės žemės Miurcušlago savivaldybėje. Įmonėje gaminamas keliams tiesti naudojamas asfaltas, jis tiekiamas beveik tik TA, kuri šiuo metu yra vienintelė įmonės savininkė.

12. AA ir TA ketina pagal Austrijos teisę įsteigti bendrovę – komanditinę ūkinę bendriją, kurios tikrasis neribotos atsakomybės narys yra ribotos atsakomybės bendrovė: abi įmonės valdo po 50 % komanditorių įnašų ir po 50 % neribotos atsakomybės nario akcijų. Visi sprendimai naujai įsteigtos bendrovės visuotiniame akcininkų susirinkime turėtų būti priimami vienbalsiai.

⁷ Originalioje Susijungimų reglamento 21 straipsnio 1 dalies formuluotėje pateiktos nuorodos į kitus reglamentus, išskyrus Reglamentą Nr. 1/2003, yra pasenusios, todėl šioje citatoje dėl aiškumo praleistos.

⁸ Komisijos suvestinis pranešimas dėl jurisdikcijos pagal Tarybos reglamentą (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL C 95, 2008, p. 1).

⁹ Šiuo klausimu žr. visų pirma Suvestinio pranešimo dėl jurisdikcijos 3 punktą.

13. Asfaltbetonio gamybos įmonė iš TA turėtų būti perduota naujai įsteigta bendrovei. Kaip nurodyta nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, ekonominiu požiūriu ši procedūra vertintina taip, kad AA įsigis 50 % asfaltbetonio gamybos įmonės, kaip esamos įsigijamos įmonės, kapitalo dalį, o TA, kaip iki tol viena įsigijamą įmonę kontroliavusi pardavėja, vykdydama bendrą kontrolę toliau dalyvaus valdant įsigijamos įmonės kapitalą. Įmonėje pagamintas asfaltbetonis turėtų būti tiekiamas beveik tik AA ir TA.

14. 2015 m. rugpjūčio 3 d. AA pagal 2005 m. Austrijos *Kartellgesetz* (Kartelių įstatymas, toliau – *KartG*) apie šį sandorį pranešė *Bundeswettbewerbsbehörde* (Federalinė konkurencijos institucija). Kaip matyti iš bylos medžiagos, prieš tai Europos Komisijos Konkurencijos generalinio direktorato administraciniu raštu AA buvo pranešta, kad projektas nelaikytinas koncentracija pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnį¹⁰. Vis dėlto ši išvada buvo susieta su aiškiu nurodymu, kad tai – tik Komisijos tarnybos nuomonė, kuri Komisijai, kaip Sąjungos institucijai, neprivaloma.

15. 2015 m. rugpjūčio 3 d. pateikus pranešimą, Austrijos *Bundeskartellanwalt* (federalinis kartelių bylų prokuroras) *Oberlandesgericht Wien* (Vienos aukštesnysis apygardos teismas), kaip kartelių bylas nagrinėjančiam teismui, laiku pateikė prašymą atlikti patikrinimą pagal *KartG* 11 straipsnio 1 dalį. 2015 m. spalio 6 d. nutartimi kartelių bylas nagrinėjantis teismas šį prašymą atmetė. Jis motyvavo tuo, kad sandoris, apie kurį pranešta, yra Sąjungos reikšmės koncentracija, taigi jai taikytina ne Austrijos konkurencijos teisė, o tik Sąjungos teisė, konkrečiai Susijungimų reglamentas.

16. *Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas)¹¹, kaip apeliacinės instancijos teismas kartelių byloms, turi priimti sprendimą dėl AA apeliacinio skundo dėl minėto kartelių bylas nagrinėjančio teismo sprendimo. AA apeliaciniu skundu nori pasiekti, kad būtų panaikintas kartelių bylas nagrinėjančio teismo sprendimas ir jos sandoris būtų traktuojamas kaip koncentracijos projektas, apie kurį reikia pranešti pagal Austrijos konkurencijos teisę (*KartG* 7 ir 9 straipsniai).

IV. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą ir procesas Teisingumo Teisme

17. 2016 m. kovo 31 d. nutartimi, gauta 2016 m. gegužės 2 d., *Oberster Gerichtshof* pagal SESV 267 straipsnį Teisingumo Teismui pateikė šį prejudicinį klausimą:

„Ar Reglamento (EB) Nr. 139/2004 3 straipsnio 1 dalies b punktą ir 4 dalį reikia aiškinti taip, kad vienvaldę konkrečios įmonės kontrolę pakeitus į bendrą kontrolę, kai anksčiau vienvaldę kontrolę vykdžiusi įmonė toliau dalyvauja vykdant bendrą kontrolę, koncentracija įvyksta tik tuomet, kai ši įmonė ilgą laiką atlieka autonomiško ūkinio vieneto funkcijas?“

18. Per prejudicinio sprendimo priėmimo procedūrą Teisingumo Teisme rašytines pastabas pateikė *Austria Asphalt*, *Bundeskartellanwalt* ir Europos Komisija, jų atstovai dalyvavo ir 2017 m. kovo 22 d. teismo posėdyje.

V. Vertinimas

19. Savo klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės nori sužinoti, ar esamos įmonės kontrolės santykių pokytis, šiuo atveju – Miurcušlago asfaltbetonio gamybos įmonės vienvaldės kontrolės pakeitimas į bendrą kontrolę, laikytinas koncentracija tarp įmonių, kaip tai suprantama pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnį, ir tuomet, kai iš šio sandorio atsirandanti bendra įmonė nėra savarankiška įmonė.

10 2015 m. gruodžio 22 d. raštas (Konsultacija C.1493 – STRABAG / PORR / AMA Miurcušlagas), pasirašytas Konkurencijos generaliniame direktorate už pagrindinių pramonės šakų, gamybos ir žemės ūkio sritis atsakingo direktoriaus.

11 Toliau taip pat – prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.

20. Atskaitos taškas aiškus: pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punktą koncentracija laikoma bet kuri operacija, kuria įgyjama nuolatinė vienvaldė arba bendra įmonės arba įmonės dalies kontrolė. Vis dėlto problemų kyla dėl šios nuostatos ir Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalies sąveikos. Mat pastarojoje nuostatoje pateiktoje išlygoje į koncentracijos sąvoką įtrauktas ir „bendros įmonės sukūrimas“, jei ši bendra įmonė „nuolat atlieka [visas] autonomiško ūkinio subjekto funkcijas“, taigi yra savarankiška.

21. Atsižvelgiant į šią Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalies formuluotę ir sisteminę padėtį, neaišku, ar bendroms įmonėms ES koncentracijos kontrolė apskritai taikoma tik tuomet, kai jos yra „autonomiški ūkiniai subjektai“, kitaip tariant, savarankiškos įmonės. Mat Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalį įmanoma aiškinti ir taip, kad joje pateikta ribojamoji nuoroda į savarankiškumą taikoma tik *steigiant naujas* bendras įmones, bet netaikoma *esamą* įmonę *reorganizuojant* į dvejų bendrovių grupių bendrai kontroliuojamą bendrą įmonę. Laikantis pastarojo aiškinimo, koncentracijos kontrolė galiausiai būtų taikoma *visoms operacijoms*, dėl kurių pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punktą atsiranda ilgalaikių esamų (bendrų) įmonių kontrolės pokyčių, nesvarbu, ar tai savarankiškos įmonės, ar – kaip Miurcušlago asfaltbetonio gamybos įmonė – tik gamybos subjektai, patys nedalyvaujantys rinkoje.

22. Įdomu tai, kad Europos Komisija šiame teismo procese pritaria pastarajam aiškinimui, nors prieš tai *tuo pačiu atveju* už koncentracijos kontrolę atsakinga Komisijos tarnyba laikėsi visiškai priešingo požiūrio¹². Tenka labai apgailestauti, kad tokiu principiniu ir dažnai pasikartojančiu jurisdikcijos klausimu Komisija nėra iš anksto suformavusi aiškios bendros pozicijos, kurią nuosekliai taikytų¹³. Tik tuomet rinkos dalyviai galėtų pasitikėti už koncentracijas tarp įmonių atsakingų Komisijos tarnybų nuomonėmis ir rekomendacijomis, net jei jos išreiškiamos neprivalomuose administraciniuose raštuose, ir tikslingai įvertinti pagal Sąjungos teisę turimus išpareigojimus.

23. Man atrodo, vargu ar tikslinga vien abstrakčiai svarstyti, ar, kiek tai susiję su bendromis įmonėmis, Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalis nulemia jo 3 straipsnio 1 dalies b punkte vartojamos koncentracijos sąvokos išplėtimą, apribojimą arba vien patikslinimą. Priešingai, reikia rasti praktinį Susijungimų reglamento 3 straipsnio aiškinimo ir taikymo sprendimą. Šiuo tikslu, remiantis Teisingumo Teismo jurisprudencija, reikia atsižvelgti tiek į šios nuostatos formuluotę, tiek į aplinkybes ir tikslus¹⁴. Formuluotė

24. Iš Susijungimų reglamento 3 straipsnio formuluotės tikslus atsakymas į šioje byloje aptariamą klausimą nepaaiškėja. Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalyje tik konstatuota, kad bendros įmonės, kuri nuolat atlieka visas autonomiško ūkinio subjekto funkcijas, sukūrimas yra laikomas koncentracija, kaip apibrėžta Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punkte. Iš šios formuluotės nepaaiškėja, ar savarankiškumas – t. y. aplinkybė, kad nuolat atliekamos visos autonomiško ūkinio subjekto funkcijos, – reikalingas vien *steigiant naują* bendrą įmonę, ar turimas mintyje ir esamos įmonės reorganizavimas į bendrą įmonę, taigi ir šiai įmonei ES koncentracijos kontrolė būtų taikoma tik tuomet, jei ji būtų savarankiška.

25. Ginčas, dėl kurio kreiptasi į Teisingumo Teismą, aiškiai patvirtina, kad įmanomi abu aiškinimo variantai. Mat Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalį, laikantis AA požiūrio, galima suprasti taip, kad apskritai ES koncentracijos kontrolė taikoma *tik* savarankiškomis bendroms įmonėms, nesvarbu, ar jas „sukuriant“ buvo įsteigta visiškai nauja įmonė, ar esama įmonė reorganizuota į bendrą įmonę. Atsižvelgiant į Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalies formuluotę, galima pritarti ir Komisijos nuomonei, kad savarankiškumas, kaip ES koncentracijos kontrolės taikymo sąlyga, yra tik tuomet, kai

¹² Šiuo klausimu žr. šios išvados 14 punktą ir 10 išnašą.

¹³ Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad Komisija savo sprendimų priėmimo praktikoje vienvaldės kontrolės pakeitimo į bendrą kontrolę atvejais iki pastarojo meto savarankiškumo kriterijų kartais svarstydavo, kartais apeidavo.

¹⁴ Žr., pavyzdžiui, 2015 m. rugsėjo 8 d. Sprendimą *Ispanija / Parlamentas ir Taryba* (C-44/14, EU:C:2015:554, 44 punktas) ir tuo pačiu klausimu 2016 m. lapkričio 8 d. Sprendimą *Ognyanov* (C-554/14, EU:C:2016:835, 31 punktas).

įsteigiama nauja bendra įmonė, tačiau esamos įmonės kontrolės pokyčiui, t. y. reorganizavus į bendrą įmonę, koncentracijos kontrolė bet kuriuo atveju būtų taikoma, net jei ji nebūtų savarankiška; mat nei Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalyje, nei 3 straipsnio 1 dalies b punkte nenustatyta aiškaus reikalavimo, kad ir *esamos* įmonės turi nuolat atlikti visas autonomiško ūkinio subjekto funkcijas.

26. Jei galimi įvairūs Sąjungos teisės nuostatos (šiuo atveju Susijungimų reglamento 3 straipsnio) formuluotės aiškinimo variantai, tinkamą aiškinimą reikia nustatyti pagal nuostatos tikslus ir sistemine padėti. Papildomai galima atsižvelgti į nuostatos priėmimo istoriją. Tikslai

27. Byloje nagrinėjama Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalies nuostata paaiškinta reglamento 20 konstatuojamosios dalies antrame sakinyje. Jame nustatyta, kad, taikant šį reglamentą, sąvoka turi apimti visas bendras įmones, ilgą laiką atliekančias visas autonomiško ūkinio vieneto funkcijas, kitaip tariant, savarankiškas bendras įmones.

28. Taigi Susijungimų reglamento preambulėje *neskiriamos* naujai įsteigtos bendros įmonės ir įmonės, atsiradusios – kaip šiuo atveju – vienos bendrovių grupės vykdomą vienvaldę esamų įmonių kontrolę pakeitus į dviejų bendrovių grupių vykdomą bendrą kontrolę. Tad reikia remtis tuo, kad ir Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalyje nedaroma tokio skyrimo, o apskritai *visoms bendroms įmonėms* keliamas savarankiškumo reikalavimas, nesvarbu, ar atitinkama bendra įmonė yra įsteigta naujai, ar jos „sukūrimas“ sietinas su esamos įmonės reorganizavimu į bendrą įmonę.

29. Ši požiūrį patvirtina, be kita ko, ir bendri ES koncentracijos kontrolės tikslai. Kaip matyti iš Susijungimų reglamento 8 konstatuojamosios dalies, šis reglamentas turėtų būti taikomas *svarbiems struktūriniais pokyčiams*, kurių poveikis rinkai jaučiamas už bet kurios vienos valstybės narės ribų. Atitinkamai 20 konstatuojamosios dalies pirmame sakinyje nurodyta, jog racionalu apibrėžti koncentracijos sąvoką taip, kad ji apimtų operacijas, dėl kurių atsirastų atitinkamų įmonių kontrolės, taip pat ir *rinkos struktūros* ilgalaikių pokyčių.

30. Taigi, atsižvelgiant į šiuos tikslus, ES koncentracijos kontrolė taikoma tokioms operacijoms, dėl kurių atsiranda rinkos struktūros pokytis. Rinkos struktūros pokyčių atsiranda tik tuomet, kai reikšmingai pasikeičia rinkoje faktiškai veikiančių arba bent rimtai planuojančių veikti įmonių kontrolės santykiai.

31. Jei esamą nesavarankišką įmonę reorganizuojant į bendrą įmonę Komisija taikytų privalomą *ex ante* kontrolę pagal Susijungimų reglamento kriterijus, tai prieštarautų ES koncentracijos kontrolės esmei. Mat jei subjektas pats nedalyvauja rinkoje, tai ir jo kontrolės santykių pokytis negali nulemti rinkos struktūros pokyčio.

32. Šiomis aplinkybėmis Komisijos nuoroda į žodį „[ir]“ Susijungimų reglamento 20 konstatuojamosios dalies antrame sakinyje atrodo nelabai tikslinga. Mat, pirma, tokia formuluotė reglamente pateikiama tik kai kuriomis kalbomis, pavyzdžiui, vokiečių, o tekste daugeliu kitų kalbų, tarp jų anglų ir prancūzų, to žodžio nėra. Antra, Komisijos argumentas nelabai įtikinamas ir turinio požiūriu. Iš pirmo žvilgsnio atrodytų, kad remiantis formuluote, pagal kurią taikant Susijungimų reglamentą „sąvoka turi apimti [ir] visas bendras įmones, ilgą laiką atliekančias [visas] autonomiško ūkinio vieneto funkcijas“¹⁵, neatmestina, jog ES koncentracijos kontrolė apima ir kitokio pobūdžio, t. y. *nesavarankiškas*, bendras įmones. Vis dėlto labiau išigilinus matyti, kad tai prieštarautų bendram Susijungimų reglamento tikslui – *ex ante* kontrolę taikyti tokiems projektams, dėl kurių atsiranda rinkos struktūros pokyčių.

¹⁵ Išskirta mano.

33. Priešingai Komisijos nuomonei, nesavarankišką įmonę reorganizuojant į bendrą įmonę ES koncentracijos kontrolė negali būti taikoma ir pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punktą. Mat jame nustatytu bendruoju koncentracijos kriterijumi preziumuojama, kad atsiranda ilgalaikių *įmonės* arba *įmonės dalies* kontrolės pokyčių. Įmonės sąvoka – kaip apskritai pagal ES konkurencijos teisę – turi būti suprantama funkciniu aspektu, tad įmonė yra bet kuris ekonominę veiklą vykdančias subjektas, kad ir koks jo teisinis statusas ir finansavimo būdas¹⁶. Kadangi ekonominę veiklą suprantama kaip bet kuri veikla, kurią sudaro prekių tiekimas ar paslaugų teikimas tam tikroje rinkoje¹⁷, rinkoje pačios *nedalyvaujančios*, t. y. nesavarankiškos, bendros įmonės *a priori* negali patekti į Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punkto taikymo sritį. Aplinkybės

34. Tokia pat išvada gaunama ir atsižvelgus į aplinkybes, kuriomis taikomas Susijungimų reglamento 3 straipsnis.

35. Tiek Susijungimų reglamentas, tiek su juo susijęs Reglamentas Nr. 1/2003 galiausiai skirti SESV 101 ir 102 straipsniuose nustatytoms vidaus rinkos konkurencijos taisyklėms įgyvendinti, tačiau visada gali būti taikomas tik vienas iš jų (šiuo klausimu žr. Susijungimų reglamento 21 straipsnio 1 dalį).

36. Dėl rinkos struktūros pokyčių Susijungimų reglamento taikymo srityje sukurta prevencinės ir privalomos *ex ante* kontrolės sistema, o šiaip įmonių elgesiui rinkoje – nesvarbu, ar tai slapti veiksmai, ar vienašališkas piktnaudžiavimas rinkoje dominuojančia padėtimi, – pagal Reglamentą Nr. 1/2003 taikoma tik represinė *ex post* kontrolė, kurios vykdymas, beje, paliktas konkurencijos institucijų nuožiūrai.

37. Kaip matyti iš Susijungimų reglamento 21 straipsnio 1 dalies, koncentracijos sąvoka pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnį yra skiriamoji linija tarp abiejų nurodytų ES konkurencijos teisės sričių¹⁸. Taigi pagal sistemą atitinkantį Susijungimų reglamento 3 straipsnio supratimą koncentracijos sąvoką reikia aiškinti taip, kad ES koncentracijos kontrolė taikoma tik tikriems rinkos struktūros pokyčiams, o ne įmonių elgesiui rinkoje.

38. Atitinkamai Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalį reikėtų aiškinti taip, kad ir esamos įmonės reorganizavimo į bendrą įmonę atveju koncentracija pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnio 1 dalies b punktą yra tik tuomet, kai tai – savarankiška įmonė. Tik tuomet atsiranda rinkos struktūros pokytis, kuriuo galima pateisinti koncentracijos kontrolės vykdymą. Jei sudarius atitinkamą sandorį atsiranda *nesavarankiška* bendra įmonė, abiejų patronuojančiųjų bendrovių elgesys rinkoje prireikus gali būti koordinuojamas tiek, kiek jos bendradarbiauja bendroje įmonėje. Toks elgesio rinkoje koordinavimas, net jei jis atsižvelgiant į SESV 101 ir 102 straipsnius gali būti svarbus, yra ne ES koncentracijos kontrolės, o Reglamento Nr. 1/2003 dalykas.

16 1991 m. balandžio 23 d. Sprendimas *Höfner ir Elser* (C-41/90, EU:C:1991:161, 21 punktas), 2004 m. kovo 16 d. Sprendimas *AOK Bundesverband ir kt.* (C-264/01, C-306/01, C-354/01 ir C-355/01, EU:C:2004:150, 46 punktas) ir 2015 m. rugsėjo 17 d. Sprendimas *Total / Komisija* (C-597/13 P, EU:C:2015:613, 33 punktas); panašiai konstatuota jau 1984 m. liepos 12 d. Sprendime *Hydrotherm Gerätebau* (170/83, EU:C:1984:271, 11 punktas).

17 1998 m. birželio 18 d. Sprendimas *Komisija / Italija* (C-35/96, EU:C:1998:303, 36 punktas), 2000 m. rugsėjo 12 d. Sprendimas *Pavlov ir kt.* (C-180/98–C-184/98, EU:C:2000:428, 75 punktas), 2006 m. sausio 10 d. Sprendimas *Cassa di Risparmio di Firenze ir kt.* (C-222/04, EU:C:2006:8, 108 punktas), 2008 m. liepos 1 d. Sprendimas *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, 22 punktas) ir 2016 m. vasario 23 d. Sprendimas *Komisija / Vengrija* (C-179/14, EU:C:2016:108, 149 punktas).

18 Ankstesnė praktika, kai koncentracijoms tarp įmonių buvo sporadiškai taikomas EBB 85 straipsnis (dabar – SESV 101 straipsnis) ar EBB 86 straipsnis (dabar – SESV 102 straipsnis) ir tam priimtoms procedūrinės taisyklės (dabar – Reglamentas Nr. 1/2003) (žr. 1973 m. vasario 21 d. Sprendimą *Europemballage ir Continental Can / Komisija*, 6/72, EU:C:1973:22, ir 1987 m. lapkričio 17 d. Sprendimą *British American Tobacco ir Reynolds Industries / Komisija*, 142/84 ir 156/84, EU:C:1987:490), išgaliojus savarankiškomis nuostatoms dėl ES koncentracijos kontrolės, dabar įtvirtintoms Susijungimų reglamente, tapo pasenusi.

39. *Bundeskartellanwalt* atkreipia dėmesį į tai, kad konkurencijos institucijos, atsisakydamos atlikti *ex ante* kontrolę tokiais atvejais, kaip nagrinėjamas, nebegalėtų taip greitai imtis veiksmų esant galimam konkurencijos pažeidimui jau ir taip labai koncentruotoje rinkoje. Tai yra būtina Reglamentu Nr. 1/2003 sukurtos kartelių teisės įgyvendinimo sistemos pasekmė. Sąjungos teisės aktų leidėjas nuo 2004 m. gegužės 1 d. sąmoningai atsisakė privalomo išankstinio pranešimo apie įmonių susitarimus tam, kad, viena vertus, rinkos dalyviai prisiimtų didesnę atsakomybę, kita vertus, konkurencijos institucijos turėtų daugiau laisvų išteklių ir dėl to galiausiai didesnę veikimo laisvę nustatyti prioritetus įgyvendinant kartelių teisę. Jei būtų norima taikant platų koncentracijos sąvokos aiškinimą į ES koncentracijos kontrolės taikymo sritį įtraukti daugiau atvejų, tai reikštų, kad nepaisoma Susijungimų reglamentu ir Reglamentu Nr. 1/2003 sukurtos ir nuo 2004 m. gegužės 1 d. taikomos naujos ES konkurencijos taisyklių įgyvendinimo sistemos. Niekas netrukdo nacionalinėms konkurencijos institucijoms nustatant savo kartelių teisės įgyvendinimo prioritetus (SESV 101 ir 102 straipsniai) įvykiams labai koncentruotose rinkose, tokiose kaip nagrinėjamu atveju, skirti ypatingą dėmesį. Priėmimo istorija

40. Galiausiai tokia pat išvada gaunama ir atsižvelgus į Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalies priėmimo istoriją.

41. Susijungimų reglamento 3 straipsnio 4 dalies ištakos – Reglamentas (EB) Nr. 1310/97¹⁹, kuriuo identiška nuostata buvo įtraukta į teisės normų sistemą, kuri buvo dabartinio Susijungimų reglamento pirmtakė.

42. Jau tuomet Sąjungos teisės aktų leidėjas siekė, kad ilgalaikiams įmonių struktūros pokyčiams būtų taikoma koncentracijos kontrolė. Deklaruotas tuometinės naujos teisės normos, kuri, beje, nepakitusios formuluotės iki dabar turi įstatymo galią²⁰, tikslas buvo *visas savarankiškas bendras įmones* įtraukti į ES koncentracijos kontrolės taikymo sritį²¹.

43. Vien įmonių bendradarbiavimas, kuris lemia tik bendrų įmonių sukūrimą, bet ne jų pačių dalyvavimą rinkoje, dar niekada nebuvo ES koncentracijos kontrolės dalykas nei pagal Susijungimų reglamentą, nei pagal teisės normų sistemą, kuri buvo jo pirmtakė²². Baigiamosios pastabos

44. Taigi apibendrinant tai, kas išdėstyta, koncentracijos sąvoką pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnį reikia suprasti taip, kad bendrų įmonių sukūrimui – nesvarbu, ar steigiamos visiškai naujos įmonės, ar esamos įmonės reorganizuojamos į bendras įmones, – ES koncentracijos kontrolė taikoma tik tuomet, kai tai yra savarankiškos įmonės.

45. Mat į tai, kas taikoma sukūriant naują bendrą įmonę, neabejotinai reikia atsižvelgti esamą įmonę reorganizuojant į bendrą įmonę. Tai juo labiau taikytina tokiu atveju, kaip nagrinėjamas, kai byloje nagrinėjamas sandoris dėl planuojamo naujos prekybos bendrovės steigimo šiaip ar taip labai panašus į naujos įmonės sukūrimą²³.

19 1997 m. birželio 30 d. Tarybos reglamentas (EB) Nr. 1310/97, iš dalies keičiantis Reglamentą (EEB) Nr. 4064/89 dėl koncentracijos tarp įmonių kontrolės (OL L 180, 1997, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 1 t., p. 164).

20 Priimant dabar galiojantį Susijungimų reglamentą buvo tik pernumeruotos atitinkamos Susijungimų reglamento 3 straipsnio nuostatos.

21 Šiuo klausimu žr. Reglamento Nr. 1310/97 5 konstatuojamąją dalį, kurioje nustatyta (ištraukos): „kadangi yra tikslinga apibrėžti koncentracijos sąvoką apimant ilgalaikius pasikeitimus koncentracijoje dalyvaujančių įmonių struktūroje sukeliančius procesus; kadangi specifiniu bendrų įmonių atveju visas funkcijas atliekančias bendras įmones tikslinga įtraukti į Reglamento (EEB) Nr. 4064/89 taikymo sritį ir taikyti joms tame reglamente nustatytas procedūras <...>“

22 Pagal ankstesnę Reglamento (EEB) Nr. 4064/89 3 straipsnio 2 dalyje įtvirtintą teisės normą *kooperacinėms* bendroms įmonėms – priešingai negu *koncentracinėms* bendroms įmonėms – ES koncentracijos kontrolė buvo *netaikoma*.

23 Šiuo klausimu žr. šios išvados 13 punktą.

46. Nesuprantu Komisijos per teismo posėdį išsakyto nuogąstavimo, kad nuosekliai taikant savarankiškumo kriterijų gali atsirasti veiksmingo ES koncentracijos kontrolės vykdymo spraga (anglų k. *enforcement gap*). Man atrodo visiškai priešingai – atsisakius, kaip siūlo Komisija, taikyti savarankiškumo kriterijų esamas įmones reorganizuojant į bendras įmones, koncentracijos sąvoka pagal Susijungimų reglamento 3 straipsnį galėtų tapti nepakankamai apibrėžta ir Komisijos dėmesys galėtų būti nukreipiamas nuo rinkos struktūrai tikrai svarbių sandorių.

47. Beje, priešingai negu Komisija, nemanau, kad šiame procese reikia konstatuoti, kokiomis sąlygomis galimam bendros įmonės pasitraukimui iš rinkos taikytina ES koncentracijos kontrolė. Šis atvejis susijęs ne su bendros įmonės pasitraukimu, o visiškai priešingai – su jos atsiradimu. Jei atsitiktų taip, kad įmonei *po* jos reorganizavimo į bendrą įmonę – taigi *po* šios įmonės kontrolės santykių pasikeitimo – jos patronuojančiosios bendrovės neleistų dalyvauti rinkoje, tai veikiau būtų patronuojančiųjų bendrovių elgesio rinkoje (SESV 101 arba 102 straipsnis), o ne rinkos struktūrų pokyčio klausimas.

VI. Išvada

48. Atsižvelgdama į išdėstytus argumentus, siūlau Teisingumo Teismui į Austrijos *Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas) pateiktą prejudicinį klausimą atsakyti taip:

Bendrovių grupės vykdomos esamos įmonės arba įmonės dalies vienvaldės kontrolės pakeitimas į tos pačios bendrovių grupės ir kitos, nuo jos nepriklausomos bendrovių grupės vykdomą bendrą kontrolę laikomas koncentracija tarp įmonių pagal Reglamento (EB) Nr. 139/2004 3 straipsnį tik tuomet, kai iš šio sandorio atsirandanti bendra įmonė nuolat atlieka visas autonomiško ūkinio subjekto funkcijas.