



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 27 kwietnia 2017 r.¹

Sprawa C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
przeciwko
Bundeskartellanwalt

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, Austria)]

Konkurencja – Kontrola koncentracji przedsiębiorstw („kontrola łączenia przedsiębiorstw”) – Artykuł 3 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 („rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”) – Przedmiotowy zakres stosowania – Pojęcie koncentracji – Zmiana kontroli nad przedsiębiorstwem z wyłącznej na wspólną – Przekształcenie istniejącego przedsiębiorstwa o niepełnym zakresie funkcji we wspólne przedsiębiorstwo o niepełnym zakresie funkcji – Rozgraniczenie kompetencji pomiędzy Komisją Europejską a krajowymi organami właściwymi w sprawach kontroli łączenia przedsiębiorstw

I. Wprowadzenie

1. Minnesinger Ulryk von Liechtenstein mógł mieć sporo różnego rodzaju przemysłów, gdy w 1227 r. podczas swojej upamiętnionej literacko podróży z Wenecji do Czech przejeżdżał przez miejscowość Mürzzuschlag² w dzisiejszej Austrii³. Czy jednak już wtedy przewidział, że to malownicze miasteczko, położone nad brzegiem rzeki Mürz, pewnego dnia stanie się widownią pierwszego postępowania w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego europejskiego systemu kontroli łączenia przedsiębiorstw?

2. Powodem tego postępowania jest mieszalnia asfaltu, która do tej pory była wyłączną własnością pewnego wielkiego koncernu budowlanego, ale w przyszłości ma być eksploatowana wspólnie przez ten właśnie koncern wraz z innym koncernem budowlanym. Innymi słowy zamierzone jest więc przekształcenie istniejącej mieszalni asfaltu we *wspólne przedsiębiorstwo*. Z perspektywy kontroli łączenia przedsiębiorstw problematyczna jest w tym kontekście okoliczność, że zakład ten *nie jest przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji*. Jego działalność ogranicza się bowiem do dokonywania dostaw na rzecz jego obecnej spółki dominującej – a w przyszłości na rzecz obu spółek dominujących – i nie zajmuje ono w pozostałym zakresie godnej wzmianki, samodzielnej pozycji na rynku.

¹ Język oryginału: niemiecki.

² [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

³ Pojęcie „Murzuslage”, które zostało użyte przez tego urodzonego około 1200 r. i zmarłego w 1275 r. poetę w jego poemacie „Frauendienst” („Służba damom”), jest jednocześnie uważane za pierwszą udokumentowaną wzmiankę o mieście Mürzzuschlag.

3. W tym kontekście Trybunał został poproszony o wyjaśnienie bardzo zasadniczego zagadnienia: co jest istotą koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia (WE) w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 139/2004”) ⁴. Dokładniej mówiąc, chodzi o art. 3 ust. 1 lit. b) i art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004, przy czym należy omówić, czy zgodnie z tymi przepisami przedsiębiorstwa takie jak to z Mürzzuschlag, które z uwagi na brak samodzielnej obecności na rynku nie mogą zostać uznane za przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji, podlegają mimo to europejskiemu systemowi kontroli łączenia przedsiębiorstw, gdy podmiot trzeci nabywa w nim udziały.

4. Przedstawiona problematyka związana z przekształceniem istniejącego przedsiębiorstwa nieposiadającego pełnego zakresu funkcji we wspólne przedsiębiorstwo może wydawać się na pierwszy rzut oka bardzo techniczna i jest z pewnością bardziej sucha niż minnesang Ulryka von Liechtensteina. Ma ona jednak praktyczne znaczenie, którego nie należy nie doceniać, dla przewidzianego w prawie Unii systemu wprowadzania w życie reguł konkurencji na europejskim rynku wewnętrznym. Wykładnia art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 pozwala bowiem nie tylko wytyczyć horyzontalną linię podziału pomiędzy kontrolą koncentracji przedsiębiorstw na podstawie rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw a egzekwowaniem prawa antymonopolowego na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1/2003 ⁵, ale także dokonać pionowego rozgraniczenia kompetencji Komisji Europejskiej jako organu kontroli łączenia przedsiębiorstw na rynku wewnętrznym i kompetencji organów państw członkowskich zajmujących się koncentracją przedsiębiorstw – europejski system kontroli łączenia przedsiębiorstw jest przecież oparty na systemie ścisłego rozdziału kompetencji ⁶.

II. Ramy prawne

5. Ramy prawne tej sprawy w prawie Unii określa art. 3 rozporządzenia nr 139/2004, który jest zatytułowany „Definicja koncentracji” i który we fragmentach brzmi następująco:

„1. Uznaje się, że koncentracja występuje w przypadku, gdy trwała zmiana kontroli wynika z:

[...]

b) przejęcia, przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo albo przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośrednio lub pośrednio nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw, czy to [w] drodze zakupu papierów wartościowych [udziałów] lub aktywów, czy to w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób.

[...]

4. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego stanowi koncentrację w rozumieniu ust. 1 lit. b).

[...]”.

⁴ Rozporządzenie Rady z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 24, s. 1).

⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasad konkurencji ustanowionych w art. 81 [WE] i 82 [WE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1), zwane dalej „rozporządzeniem nr 1/2003”.

⁶ Wyroki: z dnia 25 września 2003 r., Schlüsselverlag J.S. Moser i in./Komisja (C-170/02 P, EU:C:2003:501, pkt 32); z dnia 22 czerwca 2004 r., Portugalia/Komisja (C-42/01, EU:C:2004:379, pkt 50); podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja (C-202/06 P, EU:C:2007:814, pkt 37).

6. Artykuł 3 ust. 1 i 4 rozporządzenia nr 139/2004 został wyjaśniony w motywie 20 rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw:

„Wskazane jest zdefiniowanie pojęcia koncentracji w taki sposób, aby obejmowało ono tylko te działania, które przynoszą trwałą zmianę w kontroli zainteresowanych przedsiębiorstw, a tym samym w strukturze rynku. Konieczne jest zatem włączenie w zakres niniejszego rozporządzenia wszystkich wspólnych przedsiębiorstw pełniących, w oparciu o stałe zasady, wszystkie funkcje samodzielnych podmiotów gospodarczych. [...]”.

7. Tytułem uzupełnienia warto wspomnieć motyw 8 powyższego rozporządzenia:

„Przepisy, które mają zostać przyjęte w niniejszym rozporządzeniu, powinny być stosowane do znaczących zmian strukturalnych, których wpływ na rynek wykracza poza granice narodowe któregośkolwiek z państw członkowskich. Koncentracje takie, jako zasada ogólna, powinny zostać sprawdzone wyłącznie na poziomie Wspólnoty, przy zastosowaniu systemu »pojedynczej instytucji« (»one-stop shop«) i zgodności z zasadą pomocniczości. Koncentracje nieobjęte zakresem niniejszego rozporządzenia w zasadzie podlegają jurysdykcji państw członkowskich”.

8. Wreszcie należy wskazać na art. 21 rozporządzenia nr 139/2004, który jest zatytułowany „Zastosowanie rozporządzenia i właściwość” i który – w zakresie, w jakim ma znaczenie w niniejszej sprawie – ma następującą treść⁷:

„1. Niniejsze rozporządzenie stosuje się jedynie do koncentracji określonych w art. 3; zaś [rozporządzenie nr 1/2003] nie [ma] zastosowania, z wyjątkiem, gdy odnos[i] się do wspólnych przedsiębiorstw, które nie mają wymiaru wspólnotowego oraz które mają jako swój cel lub efekt działania koordynację zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne.

2. Z zastrzeżeniem kontroli Trybunału Sprawiedliwości, Komisja posiada wyłączne kompetencje do podejmowania decyzji przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu.

3. Żadne państwo członkowskie nie stosuje własnego ustawodawstwa krajowego dotyczącego konkurencji w stosunku do koncentracji o wymiarze wspólnotowym.

[...]”.

9. Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych⁸ *nie* jest częścią ram prawnych do celów niniejszej sprawy, gdyż stanowi jedynie niewiążący pod względem prawnym dokument, w którym Komisja z uwagi na przejrzystość przedstawia swoje stanowisko prawne oraz praktykę administracyjną w kwestiach jurysdykcyjnych dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁹.

III. Stan faktyczny i postępowanie główne

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (zwana dalej „AA”) jest spółką pośrednio zależną od Strabag SE, natomiast Teerag Asdag AG (zwana dalej „TA”) należy do grupy Porr. Zarówno Strabag, jak i Porr są koncernami budowlanymi działającym na arenie międzynarodowej, które prowadzą między innymi działalność w segmencie budowy dróg.

⁷ Zawarte w oryginalnym brzmieniu art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 odniesienia do innych rozporządzeń niż rozporządzenie nr 1/2003 są bezprzedmiotowe i dlatego – dla uzyskania większej przejrzystości – pominęłam je w poniższym cytacie.

⁸ Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2008, C 95, s. 1).

⁹ Zobacz w tym względzie w szczególności pkt 3 skonsolidowanego obwieszczenia dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych.

11. Mieszalnia asfaltu Mürzzuschlag jest położona w gminie Mürzzuschlag w austriackim kraju związkowym Styria. Mieszalnia produkuje asfalt na potrzeby budowy dróg i dokonuje dostaw niemal wyłącznie na rzecz TA, która jest w chwili obecnej jej wyłączną właścicielką.

12. Spółki AA i TA zamierzają założyć spółkę na podstawie prawa austriackiego w formie GmbH & Co KG (sp. z o.o. & sp.k.), przy czym każda z nich ma przejąć 50% udziałów komandytariusza oraz 50% udziałów w spółce będącej komplementariuszem. Wszystkie uchwały zgromadzenia wspólników nowej spółki mają wymagać jednomyślności.

13. Własność mieszalni asfaltu ma zostać przeniesiona przez TA na nową spółkę. Jak przedstawiono w postanowieniu odsyłającym, zdarzenie to pod względem gospodarczym należy rozumieć w ten sposób, że AA nabędzie udział wynoszący 50% w mieszalni asfaltu jako istniejącym już przedsiębiorstwie docelowym, przy czym TA jako strona zbywająca, która do tej pory sprawowała wyłączną kontrolę nad przedsiębiorstwem docelowym, pozostaje nadal udziałowcem i zachowuje uprawnienia kontrolne w ramach kontroli wspólnej. Asfalt produkowany w mieszalni ma być dostarczany niemal wyłącznie na rzecz AA i TA.

14. W dniu 3 sierpnia 2015 r. AA zgłosiła tę transakcję na podstawie austriackiej Kartellgesetz 2005 (ustawy antymonopolowej z 2005 r., zwanej dalej „KartG”) w Bundeswettbewerbshörde (federalnym organie ds. ochrony konkurencji). Jak wynika z akt sprawy, AA uzyskała uprzednio w piśmie administracyjnym Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej informację, że przedsięwzięcie nie wydaje się stanowić koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004¹⁰. Stanowisko to zostało jednak powiązane z wyraźną informacją, że wyrażono w nim jedynie stanowisko jednej ze służb Komisji, które nie jest wiążące dla Komisji jako instytucji Unii.

15. W następstwie zgłoszenia z dnia 3 sierpnia 2015 r. austriacki Bundeskartellanwalt (federalny rzecznik ds. antymonopolowych) złożył z zachowaniem przepisanego terminu w Oberlandesgericht Wien (wyższym sądzie krajowym w Wiedniu) działającym jako Kartellgericht (sąd antymonopolowy) wniosek o zbadanie na podstawie § 11 ust. 1 KartG. Jednakże Kartellgericht oddalił ten wniosek postanowieniem z dnia 6 października 2015 r. Kartellgericht uzasadnił to tym, że zgłoszona transakcja jest koncentracją o wymiarze unijnym, tak że zastosowanie znajduje do niej wyłącznie prawo Unii w postaci rozporządzenia (WE) w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, a nie austriackie prawo ochrony konkurencji.

16. Oberster Gerichtshof¹¹ (sąd najwyższy), działając jako Kartellobergericht (wyższy sąd antymonopolowy), rozpatruje obecnie środek odwoławczy (Rekurs) AA od wskazanego postanowienia Kartellgericht. W drodze swojego środka odwoławczego AA dąży do uchylenia postanowienia Kartellgericht, tak aby jego transakcja była traktowana jako koncentracja podlegająca zgłoszeniu na podstawie austriackiego prawa ochrony konkurencji (§§ 7 i 9 KartG).

10 Pismo z dnia 22 grudnia 2015 r. (konsultacja C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), podpisana przez właściwego w ramach Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji dyrektora wydziału przemysłu wydobywczego, przetwórczego i rolnictwa.

11 Poniżej zwany także „sędem odsyłającym”.

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

17. Postanowieniem z dnia 31 marca 2016 r., które wpłynęło w dniu 2 maja 2016 r., Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy) przedłożył Trybunałowi, na podstawie art. 267 TFUE, następujące pytanie w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

„Czy art. 3 ust. 1 lit. b) i art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 należy interpretować w ten sposób, że w wypadku zmiany kontroli nad istniejącym przedsiębiorstwem z wyłącznej na wspólną, w związku z którą przedsiębiorstwo sprawujące uprzednio wyłączną kontrolę nadal zachowuje uprawnienia kontrolne w ramach kontroli wspólnej, koncentracja ma miejsce jedynie wówczas, gdy przedsiębiorstwo to w sposób trwały spełnia wszystkie funkcje samodzielnej jednostki?”.

18. W postępowaniu w sprawie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym przed Trybunałem udział wzięły Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt i Komisja Europejska, które przedstawiły uwagi na piśmie. Strony te były też reprezentowane na rozprawie w dniu 22 marca 2017 r.

V. Ocena

19. W drodze swojego pytania sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy zmiana stosunków w zakresie kontroli w istniejącym przedsiębiorstwie – w niniejszej sprawie przejście z kontroli wyłącznej na kontrolę wspólną nad mieszalnią asfaltu w Mürrzuschlager – powinna zostać uznana za koncentrację przedsiębiorstw w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 nawet wtedy, gdy powstała w wyniku transakcji wspólne przedsiębiorstwo nie jest przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji.

20. Punkt wyjścia jest bezsporny: zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004 za koncentrację uznaje się każde zdarzenie, które prowadzi do uzyskania trwałej kontroli wyłącznej lub wspólnej nad przedsiębiorstwem lub jego częścią. Trudności sprawia jednak interakcja tego przepisu z art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004. Druga z tych klauzul włącza bowiem do pojęcia koncentracji także „utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa”, jednakże z zastrzeżeniem, że wspólne przedsiębiorstwo pełni „w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego” – czyli jest przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji.

21. W świetle powyższego sformułowania oraz miejsca art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 w strukturze tego tekstu brak jest jasności co do tego, czy wspólne przedsiębiorstwa generalnie podlegają europejskiemu systemowi kontroli łączenia przedsiębiorstw jedynie w wypadku, gdy są „samodzielnymi podmiotami gospodarczymi”, czyli – formułując to inaczej – są przedsiębiorstwami o pełnym zakresie funkcji. Możliwe byłoby też takie rozumienie art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004, że zawarte w nim ograniczające odniesienie do pełnego zakresu funkcji znajduje zastosowanie wyłącznie w wypadku *tworzenia nowych* wspólnych przedsiębiorstw, ale nie w wypadku *przekształcania istniejącego* przedsiębiorstwa we wspólne przedsiębiorstwo kontrolowane łącznie przed dwa koncerny. W wypadku przyjęcia tej drugiej interpretacji kontroli łączenia podlegałyby ostatecznie *wszystkie zdarzenia*, przy których kontrola w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004 nad istniejącymi (wspólnymi) przedsiębiorstwami ulega trwałej zmianie, niezależnie od tego, czy są to przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji lub – tak jak w wypadku mieszalni asfaltu Mürrzuschlager – wyłącznie jednostki produkcyjne bez własnej obecności na rynku.

22. Co ciekawe, w niniejszym postępowaniu sądowym Komisja Europejska opowiada się za drugą ze wskazanych interpretacji, natomiast służba Komisji właściwa do kontroli łączenia przedsiębiorstw zajęła uprzednio *w tej samej sprawie* diametralnie odmienne stanowisko¹². Należy wyrazić głębokie ubolewanie, że Komisja w tak podstawowej i często powtarzającej się kwestii dotyczącej właściwości

¹² Zobacz w tym względzie pkt 14 i przypis 10 niniejszej opinii.

nie ustali z góry jasnej, jednolitej pozycji i nie zapewni jej konsekwentnego stosowania¹³. Jedynie w takim wypadku uczestnicy rynku mogą bowiem polegać na opiniach i poradach służb Komisji właściwych w zakresie koncentracji przedsiębiorstw – nawet jeżeli są wyrażane w niewiążących pismach administracyjnych – i rozsądnie ocenić swoje obowiązki wynikające z prawa Unii.

23. Mało celowe wydaje mi się snucie na tym etapie wyłącznie abstrakcyjnych rozważań, czy art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 prowadzi w odniesieniu do wspólnych przedsiębiorstw do rozszerzenia, ograniczenia czy też jedynie do doprecyzowania pojęcia koncentracji z art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004. Należy raczej znaleźć rozwiązanie, które działa w praktyce w odniesieniu do interpretacji i stosowania art. 3 rozporządzenia nr 139/2004. W tym celu należy uwzględnić – co jest zgodne z utrwalonym orzecznictwem – zarówno brzmienie, jak i kontekst oraz cele tego przepisu¹⁴.

Brzmienie

24. Brzmienie art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 nie dostarcza dokładnych informacji dotyczących diskutowanego w tym miejscu zagadnienia. Artykuł 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 ogranicza się do stwierdzenia, że utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, które pełni w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego, stanowi koncentrację w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004. Przy tym sformułowaniu pozostaje niejasne, czy cecha spełniania wszystkich funkcji – czyli okoliczność, że w sposób trwały pełnione są wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego – jest konieczna wyłącznie w wypadku utworzenia *nowego* wspólnego przedsiębiorstwa, czy też ma się na myśli także przekształcenie już istniejącego przedsiębiorstwa we wspólne przedsiębiorstwo – wobec czego także to przedsiębiorstwo wyłącznie wtedy podlega europejskiemu systemowi kontroli łączenia przedsiębiorstw, gdy dane przedsiębiorstwo jest przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji.

25. Spór toczący się przed Trybunałem pokazuje dobitnie, że obie interpretacje są do przyjęcia. Można bowiem rozumieć art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 zgodnie ze stanowiskiem sformułowanym przez AA w ten sposób, że ogólnie rzecz biorąc, *jedynie* takie wspólne przedsiębiorstwa podlegają europejskiemu systemowi kontroli łączenia przedsiębiorstw, które są przedsiębiorstwami o pełnym zakresie funkcji, niezależnie od tego, czy przy ich „tworzeniu” powstało zupełnie nowe przedsiębiorstwo, czy też istniejące przedsiębiorstwo zostało przekształcone we wspólne przedsiębiorstwo. Jednakże biorąc pod uwagę brzmienie art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004, można się także przychylić do stanowiska Komisji i uznać posiadanie pełnego zakresu funkcji jako przesłankę do przeprowadzenia europejskiej kontroli łączenia przedsiębiorstw jedynie w wypadku tworzenia nowego wspólnego przedsiębiorstwa, natomiast zmiana kontroli nad istniejącym już przedsiębiorstwem – poprzez jego przekształcenie we wspólne przedsiębiorstwo – w każdym razie podlega kontroli łączenia przedsiębiorstw, nawet wtedy, gdyby nie występował pełny zakres funkcji; ani bowiem w art. 3 ust. 4, ani w art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004 nie jest zawarty wyraźny wymóg, że także *istniejące* przedsiębiorstwa muszą w sposób trwały pełnić wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego.

26. W wypadku gdy brzmienie przepisu prawa Unii – tak jak w niniejszej sprawie art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 – dopuszcza różne interpretacje, należy ustalić właściwą interpretację na podstawie jego celu i systematyki, w której jest on osadzony. Uzupełniająco można uwzględnić genezę danego przepisu.

¹³ Sąd odsyłający wskazuje na to, że Komisja w swojej praktyce decyzyjnej dotyczącej zmiany z kontroli wyłącznej na kontrolę wspólną jeszcze do niedawna czasami badała kryterium pełnego zakresu funkcji, a czasami tego nie czyniła.

¹⁴ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 8 września 2015 r., Hiszpania/Parlament i Rada (C-44/14, EU:C:2015:554, pkt 44); podobnie wyrok z dnia 8 listopada 2016 r., Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, pkt 31).

Cel

27. Sporny przepis art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 został dokładniej wyjaśniony w motywie 20 zdanie drugie rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Stwierdza się tam, że w zakres tego rozporządzenia włączone są wszystkie wspólne przedsiębiorstwa pełniące, w oparciu o stałe zasady, wszystkie funkcje samodzielnych podmiotów gospodarczych – czyli, innymi słowy, wszystkie wspólne przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji.

28. W preambule rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw nie dokonano zatem *żadnego* rozróżnienia pomiędzy nowo utworzonymi wspólnymi przedsiębiorstwami, a takimi, które – tak jak w niniejszej sprawie – powstały w wyniku zmiany kontroli nad istniejącym przedsiębiorstwem z wyłącznej kontroli jednego koncernu na kontrolę sprawowaną wspólnie przez dwa koncerny. W tym kontekście należy przyjąć, że także w art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 nie przewidziano takiego rozróżnienia, lecz że w tym miejscu w bardzo ogólny sposób ustanowiono wymóg sprawowania pełnego zakresu funkcji dla *wszystkich wspólnych przedsiębiorstw*, niezależnie od tego, czy dane wspólne przedsiębiorstwo jest nowo utworzonym przedsiębiorstwem, czy też jego „utworzenie” jest wynikiem przekształcenia istniejącego przedsiębiorstwa we wspólne przedsiębiorstwo.

29. Za taką oceną przemawia poza tym także ogólny cel europejskiego systemu kontroli łączenia przedsiębiorstw. Jak wynika z motywu 8 rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, powinno być ono stosowane do *znaczących zmian strukturalnych*, których wpływ na rynek wykracza poza granice narodowe któregośkolwiek z państw członkowskich. Podobnie w motywie 20 zdanie pierwsze wyjaśniono, że wskazane jest zdefiniowanie pojęcia koncentracji w taki sposób, aby obejmowało ono tylko te działania, które przynoszą trwałą zmianę w kontroli zainteresowanych przedsiębiorstw, a tym samym w *strukturze rynku*.

30. Biorąc pod uwagę te cele, europejski system kontroli łączenia przedsiębiorstw odnosi się do takich przedsięwzięć, które prowadzą do zmiany struktury rynku. Do takich zmian struktury rynku dochodzi jednak jedynie wtedy, gdy pojawiają się istotne zmiany w układach kontroli nad przedsiębiorstwami, które rzeczywiście działają na rynku lub przynajmniej poważnie planują podjęcie działalności.

31. Poddanie przekształcenia istniejącego przedsiębiorstwa nieposiadającego cech przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji we wspólne przedsiębiorstwo obowiązkowej kontroli ex ante przeprowadzanej przez Komisję na podstawie kryteriów rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw byłoby sprzeczne z istotą europejskiego systemu kontroli łączenia przedsiębiorstw. Jeżeli bowiem jednostka nie jest samodzielnie obecna na rynku, to także zmiana w układzie kontroli nad tą jednostką nie może prowadzić do zmiany struktury rynku.

32. Mało przekonująca wydaje się w tym kontekście informacja Komisji wskazująca na słówko „auch” [„także”] w zdaniu drugim motywu 20 rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Po pierwsze, sformułowanie to występuje bowiem jedynie w kilku wersjach językowych, na przykład w niemieckiej, natomiast w licznych innych wersjach językowych – między innymi w wersji angielskiej i francuskiej – brakuje go całkowicie. Z drugiej strony argument Komisji nie jest też merytorycznie szczególnie przekonujący. Przy powierzchownej ocenie sformułowanie, zgodnie z którym „[także] wszyscy[e] wspólne przedsiębiorstwa[a] pełniąc[e], w oparciu o stałe zasady, wszystkie funkcje samodzielnych podmiotów gospodarczych¹⁵” powinny zostać włączone w zakres rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, może co prawda nie wykluczać, że europejski system kontroli łączenia przedsiębiorstw obok tego obejmuje także inne

¹⁵ Wyróżnienie jedynie w treści opinii.

rodzaje wspólnych przedsiębiorstw, a mianowicie takich, które *nie mają* charakteru przedsiębiorstw sprawujących pełen zakres funkcji. Przy dogłębszej analizie sprzeciwiałoby się to się jednak ogólnemu celowi rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, który to cel polega na stosowaniu kontroli ex ante do przedsięwzięć zmieniających strukturę rynku.

33. Wbrew stanowisku Komisji przekształcenie przedsiębiorstwa nieposiadającego pełnego zakresu funkcji we wspólne przedsiębiorstwo nie może także zostać poddane europejskiemu systemowi kontroli łączenia przedsiębiorstw na podstawie art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004, gdyż zawarty w tym przepisie opis koncentracji zakłada trwałą zmianę kontroli nad *przedsiębiorstwem* lub *częścią przedsiębiorstwa*. Pojęcie przedsiębiorstwa powinno być przy tym – jak zresztą generalnie w europejskim prawie konkurencji – rozumiane funkcjonalnie i obejmuje każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, niezależnie od jego statusu prawnego i sposobu finansowania¹⁶. Jako że za działalność gospodarczą uważa się każdą działalność polegającą na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku¹⁷, wspólne przedsiębiorstwa *bez* samodzielnej obecności na rynku – to jest bez posiadania pełnego zakresu funkcji – nie mogą być a priori objęte art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004.

Kontekst

34. Do innego wniosku nie dojdzie się też, jeżeli uwzględni się kontekst, w który wpisuje się art. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

35. Zarówno rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, jak i pokrewne rozporządzenie WE nr 1/2003 służą ostatecznie wykonaniu reguł konkurencji dla rynku wewnętrznego zawartych w art. 101 i 102 TFUE, przy czym zastosowanie może zawsze znaleźć jedynie jedno z obu tych rozporządzeń (zob. w tym względzie art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004).

36. Podczas gdy w obrębie stosowania rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw stworzono dla zmian struktury rynku system prewencyjnej i obligatoryjnej kontroli ex ante, w pozostałym zakresie rynkowe zachowania przedsiębiorstw – niezależnie od tego, czy są to zachowania o charakterze zmywy lub też jednostronne nadużycia pozycji dominującej – podlegają na podstawie rozporządzenia nr 1/2003 jedynie represyjnej kontroli ex post, której przeprowadzenie pozostawiono ponadto uznaniu organów ochrony konkurencji.

37. Jak można wywieść z art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, pojęcie koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 tworzy linię podziału pomiędzy oboma wskazanymi częściami europejskiego prawa konkurencji¹⁸. Zgodne z tym systemem rozumienie art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 wymaga zatem, aby pojęcie koncentracji interpretować w ten sposób, że jedynie rzeczywiste zmiany struktury rynku podlegają europejskiej kontroli łączenia przedsiębiorstw, natomiast nie podlegają jej same zachowania rynkowe przedsiębiorstw.

16 Wyroki: z dnia 23 kwietnia 1991 r., Höfner i Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, pkt 21); z dnia 16 marca 2004 r., AOK Bundesverband i in. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, EU:C:2004:150, pkt 46); z dnia 17 września 2015 r., Total/Komisja (C-597/13 P, EU:C:2015:613, pkt 33); podobnie już wyrok z dnia 12 lipca 1984 r., Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, pkt 11).

17 Wyroki: z dnia 18 czerwca 1998 r., Komisja/Włochy (C-35/96, EU:C:1998:303, pkt 36); z dnia 12 września 2000 r., Pavlov i in. (od C-180/98 do C-184/98, EU:C:2000:428, pkt 75); z dnia 10 stycznia 2006 r., Cassa di Risparmio di Firenze i in. (C-222/04, EU:C:2006:8, pkt 108); z dnia 1 lipca 2008 r., MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, pkt 22); z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 149).

18 Wcześniejsza praktyka sporadycznego stosowania art. 85 traktatu EWG (obecnie art. 101 TFUE) lub art. 86 traktatu EWG (obecnie art. 102 TFUE) oraz przepisów proceduralnych przyjętych w tym względzie (obecnie rozporządzenie nr 1/2003) do koncentracji przedsiębiorstw (zob. wyroki: z dnia 21 lutego 1973 r., Europemballage i Continental Can/Komisja, 6/72, EU:C:1973:22; z dnia 17 listopada 1987 r., British American Tobacco i Reynolds Industries/Komisja, 142/84 i 156/84, EU:C:1987:490) stała się bezprzedmiotowa wraz z wejściem w życie odrębnych przepisów w sprawie europejskiej kontroli łączenia przedsiębiorstw, które są obecnie zawarte w rozporządzeniu WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

38. W związku z powyższym art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 powinien być interpretowany w ten sposób, że także w wypadku przekształcenia istniejącego przedsiębiorstwa we wspólne przedsiębiorstwo koncentracja w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004 występuje jedynie wtedy, gdy mamy do czynienia z przedsiębiorstwem o pełnym zakresie funkcji. Jedynie bowiem w takim wypadku dochodzi do zmiany struktury rynku, która może uzasadnić przeprowadzenie kontroli łączenia przedsiębiorstw. Jeżeli natomiast dana transakcja prowadzi do powstania wspólnego przedsiębiorstwa *bez* pełnego zakresu funkcji, należy obawiać się co najwyżej koordynacji zachowań rynkowych obu spółek dominujących w ramach ich współpracy we wspólnym przedsiębiorstwie. Taka koordynacja zachowań rynkowych – nawet jeżeli może być niewątpliwie istotna z punktu widzenia art. 101 i 102 TFUE – nie stanowi problemu dotyczącego europejskiej kontroli łączenia przedsiębiorstw, lecz jest problemem z zakresu rozporządzenia nr 1/2003.

39. Bundeskartellanwalt wyraża obawę, że w wypadku rezygnacji z kontroli *ex ante* organy ds. ochrony konkurencji nie będą mogły już tak szybko interweniować w takich wypadkach jak niniejszy na ewentualne naruszenia konkurencji na skoncentrowanym już silnie rynku. Jest to jednak nieunikniona konsekwencja wprowadzonego przez rozporządzenie nr 1/2003 systemu egzekwowania prawa antymonopolowego. Prawodawca Unii w pełni świadomie zrezygnował z obowiązkowego uprzedniego zgłaszania porozumień przedsiębiorstw począwszy od dnia 1 maja 2004 r., aby, z jednej strony, zwiększyć odpowiedzialność uczestników rynku, a z drugiej strony, uwolnić zasoby w organach ds. ochrony konkurencji, co w konsekwencji zwiększa ich margines swobody w ramach ustalania priorytetów w zakresie egzekwowania prawa antymonopolowego. Gdyby obecnie zmierzać – poprzez szeroką wykładnię pojęcia koncentracji – do objęcia liczniejszych wypadków zakresem stosowania europejskiego systemu kontroli łączenia przedsiębiorstw, sprowadzałoby się to do braku poszanowania dla nowej systematyki, która została ustanowiona ze skutkiem od dnia 1 maja 2004 r. w drodze rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw i rozporządzenia nr 1/2003 w celu egzekwowania europejskich reguł konkurencji. Nic nie stoi na przeszkodzie temu, by w ramach swoich priorytetów dotyczących egzekwowania prawa antymonopolowego (art. 101 i 102 TFUE) krajowe organy ds. ochrony konkurencji poświęcały szczególną uwagę zdarzeniom na silnie skoncentrowanych rynkach takich jak rynek w niniejszej sprawie.

Geneza

40. Wreszcie także uwzględnienie genezy art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 nie prowadzi do innego wniosku.

41. Źródłem art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 należy doszukiwać się w rozporządzeniu (WE) nr 1310/97¹⁹, w drodze którego wprowadzono identyczny przepis już do uregulowania poprzedzającego dzisiejsze rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw.

42. Już wtedy prawodawca Unii zadbał o poddanie trwałych zmian w strukturze przedsiębiorstw kontroli koncentracji. Deklarowanym celem ówczesnego nowego uregulowania, które zresztą do dnia dzisiejszego ma w tym samym brzmieniu moc prawną²⁰, było objęcie wszystkich wspólnych przedsiębiorstw posiadających pełny zakres funkcji zakresem stosowania europejskiego systemu kontroli łączenia przedsiębiorstw²¹.

19 Rozporządzenie Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1997, L 180, s. 1).

20 Wraz z przyjęciem obowiązującego obecnie rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw nastąpiła jedynie zmiana numeracji odpowiednich przepisów w obrębie art. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

21 Zobacz w tym względzie motyw 5 rozporządzenia nr 1310/97, który ma następujące brzmienie (fragment): „Należy zdefiniować pojęcie koncentracji w taki sposób, aby obejmowało działania prowadzące do trwałych zmian w strukturze zaangażowanych przedsiębiorstw; w szczególnym przypadku wspólnych przedsiębiorstw wskazane jest włączenie w zakres procedur rozporządzenia (EWG) nr 4064/89 wszystkich pełnofunkcyjnych wspólnych przedsiębiorstw [...]”.

43. Sama współpraca pomiędzy przedsiębiorstwami, która prowadzi do tworzenia wspólnych przedsiębiorstw, ale nie prowadzi do własnej obecności tych wspólnych przedsiębiorstw na rynku, nie była natomiast nigdy przedmiotem europejskiej kontroli łączenia przedsiębiorstw – ani zgodnie z rozporządzeniem WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, ani zgodnie poprzedzającym je uregulowaniem²².

Uwagi końcowe

44. Podsumowując, pojęcie koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 należy rozumieć w ten sposób, że utworzenie wspólnych przedsiębiorstw – niezależnie od tego, czy chodzi o tworzenie zupełnie nowych przedsiębiorstw, czy też o przekształcenie istniejących przedsiębiorstw we wspólne przedsiębiorstwa – podlega europejskiemu systemowi kontroli łączenia przedsiębiorstw wyłącznie wtedy, gdy w grę wchodzi przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji.

45. To, co jest bowiem trafne w stosunku do tworzenia od podstaw wspólnego przedsiębiorstwa, powinno być tym bardziej uwzględniane w przypadku przekształcenia istniejącego przedsiębiorstwa we wspólne przedsiębiorstwo. Jest to tym bardziej słuszne w wypadku takim jak niniejszy, w którym sporna transakcja w świetle tego, że planowane jest utworzenie nowej spółki handlowej²³, wykazuje silne podobieństwo do tworzenia przedsiębiorstwa od podstaw.

46. Nie potrafię zrozumieć obawy wyrażonej przez Komisję na rozprawie, że stałe stosowanie kryterium pełnego zakresu funkcji może doprowadzić do powstania luki w skutecznym egzekwowaniu europejskiego systemu kontroli łączenia przedsiębiorstw (po angielsku: „*enforcement gap*”). Wręcz przeciwnie, wydaje mi się, że faworyzowana przez Komisję rezygnacja z kryterium pełnego zakresu funkcji w wypadku przekształcania istniejących przedsiębiorstw we wspólne przedsiębiorstwa mogłaby prowadzić do rozmycia pojęcia koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 i odwrócić uwagę Komisji od transakcji, które są rzeczywiście istotne dla struktury rynku.

47. W przeciwieństwie do Komisji uważam poza tym, że nie ma potrzeby, aby w niniejszym postępowaniu zająć stanowisko w kwestii, pod jakimi warunkami możliwe zniknięcie wspólnego przedsiębiorstwa z rynku podlega europejskiemu systemowi kontroli koncentracji. Niniejsza sprawa nie dotyczy bowiem zniknięcia, lecz wręcz przeciwnie, utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Gdyby doszło do sytuacji, że przedsiębiorstwo *po* jego przekształceniu we wspólne przedsiębiorstwo – czyli *po* zmianach w układzie kontroli nad tym przedsiębiorstwem – zostanie wycofane z rynku przez swoje spółki dominujące, byłoby to raczej kwestią dotyczącą zachowania rynkowego spółek dominujących (art. 101 lub 102 TFUE) aniżeli kwestią dotyczącą zmiany struktur rynkowych.

VI. Wnioski

48. W świetle powyższych rozważań proponuję Trybunałowi, aby na pytanie prejudycjalne austriackiego Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego) udzielił następującej odpowiedzi:

Przekształcenie kontroli nad istniejącym przedsiębiorstwem lub częścią przedsiębiorstwa z wyłącznej kontroli jednego koncernu we wspólną kontrolę sprawowaną właśnie przez ten koncern i inny, niezależny od niego koncern stanowi koncentrację przedsiębiorstw w rozumieniu art. 3 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 wyłącznie wtedy, gdy wspólne przedsiębiorstwo powstałe w wyniku tej transakcji pełni w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego.

²² Zgodnie z pierwotnym uregulowaniem zawartym w art. 3 ust. 2 rozporządzenia (EWG) nr 4064/89 wspólne przedsiębiorstwa *kooperacyjne* – w przeciwieństwie do wspólnych przedsiębiorstw *koncentracyjnych* – nie były objęte europejskim systemem kontroli łączenia przedsiębiorstw.

²³ Zobacz pkt 13 niniejszej opinii.