



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
EVGENIEGO TANCHEVA
przedstawiona w dniu 26 września 2019 r.¹

Sprawa C-10/18 P

Marine Harvest ASA, której następcą prawnym jest Mowi ASA,
przeciwko

Komisji Europejskiej

Odwołanie – Kontrola koncentracji przedsiębiorstw – Pojęcie jednej i tej samej koncentracji –
Wykonanie koncentracji przed jej zgłoszeniem i uznaniem za zgodną z rynkiem wewnętrznym –
Grzywny nałożone za naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 –
Zasada ne bis in idem – Zasada zaliczenia – Zasady regulujące zbieg naruszeń

Spis treści

I. Ramy prawne	3
II. Okoliczności powstania sporu	4
A. Przejęcie Morpolu	4
B. Decyzja o zezwoleniu na koncentrację i procedura prowadząca do jej wydania	5
C. Sporna decyzja oraz procedura prowadząca do jej wydania	5
III. Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok	6
IV. Przebieg postępowania przed Trybunałem i żądania stron	8
V. Ocena zarzutów podniesionych w odwołaniu	8
A. Zarzut pierwszy oparty na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, gdy nie zastosował art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004	8
1. Argumenty stron	8
2. Ocena	10

¹ Język oryginału: angielski.

a) Pierwsza część zarzutu pierwszego oparta na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, uznając, iż transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna nie stanowią jednej i tej samej koncentracji	10
b) Druga część zarzutu pierwszego oparta na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, dokonując rygorystycznej wykładni ratio legis art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004	13
B. Zarzut drugi oparty na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, gdy nie zastosował zasady ne bis in idem, zasady zaliczenia lub zasad regulujących zbieg naruszeń	15
1. Argumenty stron	15
2. Ocena	16
a) Dopuszczalność	16
b) Co do istoty	17
1) Pierwsza część zarzutu drugiego	17
i) Zarzut naruszenia zasady ne bis in idem	17
ii) Zarzut naruszenia zasady zaliczenia	20
2) Druga część zarzutu drugiego	22
i) Wprowadzenie	22
ii) Zasady regulujące zbieg przestępstw w porządkach prawnych państw członkowskich	23
iii) Czy z zasad istniejących na gruncie porządków prawnych państw członkowskich można czerpać inspirację co do naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 powodowanego przez jedno i to samo zachowanie ..	24
iv) Naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 obejmuje naruszenie art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia	25
v) Błąd Sądu polegający na podtrzymaniu twierdzenia Komisji, że Marine Harvest naruszyła art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004	27
VI. Wnioski	29

1. W niniejszym odwołaniu spółka Marine Harvest ASA (zwana dalej „Marine Harvest”), której następcą prawnym jest Mowi ASA, wnosi do Trybunału o uchylenie wyroku Sądu², w którym Sąd oddalił skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji z dnia 23 lipca 2014 r. nakładającej na Marine Harvest grzywny za wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem obowiązku zgłoszenia i obowiązku zawieszenia koncentracji (zwanej dalej „sporną decyzją”)³.

2 Wyrok z dnia 26 października 2017 r., Marine Harvest/Komisja (T-704/14, EU:T:2017:753, zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem”).

3 Decyzja nakładająca grzywnę za wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (sprawa M.7184 – Marine Harvest/Morpol) [C(2014) 5089 final].

2. Sporną decyzję wydano w następstwie decyzji Komisji z dnia 30 września 2013 r., w której nabycie przez Marine Harvest ASA spółki Morpol ASA (zwanej dalej „Morpołem”) uznano za zgodne z rynkiem wewnętrznym z zastrzeżeniem przestrzegania zobowiązań (zwanej dalej „decyzją o zezwoleniu na koncentrację”)⁴. Nabycie to przeprowadzono w dwóch etapach: w pierwszej kolejności Marine Harvest zawarła z głównym akcjonariuszem Morpolu umowę nabycia akcji, na mocy której nabyła akcje odpowiadające 48,5% kapitału Morpolu; w drugiej kolejności Marine Harvest złożyła publiczną ofertę przejęcia pozostałych akcji Morpolu, co pozwoliło jej na zwiększenie poziomu udziału w kapitale Morpolu z 48,5% do 87,1%.

3. Niemniej jednak pierwszy etap, mianowicie nabycie 48,5% akcji Morpolu, sfinalizowano przed zgłoszeniem go Komisji Europejskiej. W ocenie Komisji nabycie tych akcji wystarczyło, by przejąć kontrolę nad Morpołem, w związku z czym stanowiło koncentrację w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004⁵. W konsekwencji Komisja uznała w spornej decyzji, że Marine Harvest, dokonując finalizacji nabycia akcji odpowiadających 48,5% kapitału Morpolu przed zgłoszeniem tego Komisji i przed uznaniem zgodności transakcji z rynkiem wewnętrznym, naruszyła, po pierwsze, obowiązek zgłoszenia przewidziany w art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a po drugie, obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. W rezultacie za naruszenie tych przepisów Komisja nałożyła dwie kary grzywny w wysokości 10 mln EUR każda.

4. W odwołaniu wniesionym do Trybunału podniesiono dwie kwestie. Po pierwsze, zwrócono się do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy samo nabycie 48,5% akcji Morpolu stanowi koncentrację czy też nabycie i późniejszą publiczną ofertę przejęcia należy uznać za jedną i tę samą koncentrację. Po drugie, jeżeli Trybunał uzna, że koncentracja wynika z samego nabycia 48,5% akcji, będzie musiał zdecydować, czy za dokonanie finalizacji nabycia można było nałożyć dwie kary grzywny, czy też nakładając odrębne grzywny, Komisja naruszyła w szczególności zasadę *ne bis in idem*.

I. Ramy prawne

5. Motyw 20 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi:

„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. Ponadto właściwe jest traktowanie jako pojedynczą koncentrację [jednej i tej samej koncentracji] takich transakcji, które są ściśle powiązane ze względu na zaistniałe warunki [są ściśle powiązane warunkowo] bądź przyjmują formę ciągu transakcji w obrocie papierami wartościowymi przeprowadzanych w stosownie krótkim okresie”.

6. Artykuł 4 rozporządzenia nr 139/2004, zatytułowany „Uprzednie zgłoszenie koncentracji i odesłanie na wnioski zgłaszających stron poprzedzające zgłoszenie”, stanowi:

„1. Koncentracje o wymiarze wspólnotowym [unijnym] określone w niniejszym rozporządzeniu zgłasza się Komisji przed ich wykonaniem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji.

[...]”.

⁴ Decyzja na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) w związku z art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 (sprawa M.6850 – Marine Harvest/Morpol) [C(2013) 6449 final].

⁵ Rozporządzenie z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (zwane dalej „rozporządzeniem WE w sprawie łączenia przedsiębiorstw”) (Dz.U. 2004, L 24, s. 1).

7. Zgodnie z art. 7 rozporządzenia nr 139/2004, zatytułowanym „Zawieszenie koncentracji”:

„1. Koncentracja o wymiarze [unijnym] zdefiniowana w art. 1 lub mająca zostać zbadana przez Komisję zgodnie z art. 4 ust. 5 nie zostaje wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem [rynkiem wewnętrznym], stosownie do decyzji podjętej zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b), 8 ust. 1 lub 8 ust. 2 lub na podstawie domniemania, zgodnie z art. 10 ust. 6.

2. Ustęp 1 nie stanowi przeszkody we wprowadzeniu publicznej oferty przejęcia lub serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi, łącznie z tymi wymienialnymi na inne papiery wartościowe dopuszczon[e] do obrotu na rynku, takim jak giełda papierów wartościowych, dzięki czemu kontrola jest przejmowana przez [od] różnych sprzedających, w rozumieniu art. 3, pod warunkiem że:

- a) koncentracja została niezwłocznie zgłoszona Komisji zgodnie z art. 4; oraz
- b) nabywca nie wykonuje prawa głosu związanego z papierami wartościowymi, o których mowa, lub robi to tylko dla utrzymania pełnej wartości swych inwestycji na podstawie odstępstwa udzielonego przez Komisję zgodnie z ust. 3.

[...]”.

8. Artykuł 14 rozporządzenia nr 139/2004, zatytułowany „Grzywny”, stanowi w ust. 2:

„Komisja może w formie decyzji nałożyć na osoby, o których mowa w art. [3] ust. 1 lit. b), lub na zainteresowane przedsiębiorstwa grzywny nieprzekraczające 10% łącznego obrotu zainteresowanego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 5, w przypadku gdy umyślnie lub nieumyślnie [przez niedbalstwo]:

- a) nie zgłaszają one koncentracji zgodnie z art. 4 lub art. 22 ust. 3 przed jej dokonaniem, chyba że są one wyraźnie do tego upoważnione na mocy art. 7 ust. 2 lub na mocy decyzji podjętej zgodnie z art. 7 ust. 3;
- b) dokonują one koncentracji z naruszeniem art. 7;

[...]”.

II. Okoliczności powstania sporu

A. Przejęcie Morpolu

9. W dniu 14 grudnia 2012 r. Marine Harvest zawarła umowę nabycia akcji (zwaną dalej „umową nabycia akcji”) ze spółkami: Friendmall Ltd (zwaną dalej „Friendmall”) oraz Bazmonta Holding Ltd (zwaną dalej „Bazmonta”). Bazmonta jest spółką zależną należącą w całości do Friendmall, która z kolei jest kontrolowana przez pana M. Na podstawie umowy nabycia akcji Marine Harvest nabyła 48,5% akcji Morpolu. Finalizacja nabycia (zwanego dalej „transakcją nabycia z grudnia 2012 r.”) miała miejsce w dniu 18 grudnia 2012 r.

10. Zgodnie z prawem norweskim nabywca ponad jednej trzeciej akcji spółki notowanej na giełdzie⁶ ma obowiązek złożyć ofertę nabycia pozostałych akcji spółki. W związku z tym w dniu 17 grudnia 2012 r. Marine Harvest ogłosiła w komunikacie giełdowym zamiar złożenia oferty publicznej odnośnie do pozostałych akcji Morpolu, stanowiących 51,5% kapitału tej spółki. W dniu 15 stycznia 2013 r.

⁶ Spółka Morpol przed nabyciem akcji przez Marine Harvest była notowana na giełdzie papierów wartościowych w Oslo (Norwegia). Również Marine Harvest jest spółką notowaną na giełdzie papierów wartościowych w Oslo.

Marine Harvest złożyła obowiązkową publiczną ofertę nabycia akcji (zwaną dalej „ofertą publiczną”). W następstwie zaplanowania i dokonania transakcji na podstawie oferty publicznej w dniu 12 marca 2013 r. Marine Harvest znalazła się w posiadaniu 87,1% akcji Morpolu. Zatem za sprawą oferty publicznej Marine Harvest nabyła akcje stanowiące około 38,6% kapitału Morpolu, czym powiększyła swoją dotychczasową pulę 48,5% akcji Morpolu objętą w drodze transakcji nabycia z grudnia 2012 r.

11. Do nabycia pozostałych akcji Morpolu doszło w dniu 12 listopada 2013 r. W dniu 15 listopada 2013 r. podczas nadzwyczajnego walnego zgromadzenia akcjonariuszy podjęto uchwałę w sprawie wniesienia o wycofanie akcji z obrotu giełdowego, ograniczenia liczby członków zarządu oraz zniesienia komisji ds. nominacji. W dniu 28 listopada 2013 r. spółka Morpol została wycofana z giełdy papierów wartościowych w Oslo.

B. Decyzja o zezwoleniu na koncentrację i procedura prowadząca do jej wydania

12. W dniu 21 grudnia 2012 r. Marine Harvest skierowała do Komisji wnioski o wyznaczenie zespołu, który zajmie się kwestią przejęcia wyłącznej kontroli nad Morpołem. We wspomnianym wniosku Marine Harvest poinformowała Komisję o sfinalizowaniu transakcji nabycia z grudnia 2012 r. oraz o wstrzymaniu się od wykonywania prawa głosu w oczekiwaniu na decyzję Komisji.

13. Po kilku żądaniach udzielenia informacji przesłanych przez Komisję i po przedłożeniu pierwszego projektu formularza zgłoszenia⁷ w dniu 5 marca 2013 r. operację zgłoszono formalnie w dniu 9 sierpnia 2013 r.

14. W dniu 30 września 2013 r. decyzją o zezwoleniu na koncentrację Komisja zezwoliła na koncentrację pod warunkiem pełnego przestrzegania zaproponowanych zobowiązań. Jak wspomniano w pkt 3 powyżej, Komisja stwierdziła w tej decyzji, że już transakcja nabycia z grudnia 2012 r. spowodowała przejęcie przez Marine Harvest faktycznej kontroli nad Morpołem. Z tego względu Komisja zaznaczyła, że nie może wykluczyć, iż realizacja transakcji nabycia z grudnia 2012 r. za sprawą jej finalizacji w dniu 18 grudnia 2012 r., a więc przed zgłoszeniem i uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, spowodowała naruszenie obowiązku zgłoszenia przewidzianego w art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 oraz obowiązku zawieszenia przewidzianego w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Komisja stwierdziła, że w ramach odrębnej procedury może zbadać, czy kara nałożona na podstawie art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 jest właściwa⁸.

C. Sporna decyzja oraz procedura prowadząca do jej wydania

15. Pismem z dnia 30 stycznia 2014 r. Komisja poinformowała Marine Harvest o toczącym się dochodzeniu w przedmiocie ewentualnych naruszeń art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

16. W dniu 31 marca 2014 r. Komisja skierowała do Marine Harvest pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, do którego spółka ta ustosunkowała się w dniu 30 kwietnia 2014 r.

17. W dniu 23 lipca 2014 r. Komisja przyjęła sporną decyzję, w której uznała, że Marine Harvest naruszyła obowiązek zgłoszenia przewidziany art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 i obowiązek zawieszenia przewidziany w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, a także nałożyła za te naruszenia dwie grzywny w wysokości 10 mln EUR każda.

⁷ Zgodnie z załącznikiem I do rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. wdrażającego rozporządzenie nr 139/2004 (Dz.U. 2004, L 133, s. 1).

⁸ Zobacz motywy 7–9 decyzji o zezwoleniu na koncentrację.

18. W spornej decyzji Komisja stwierdziła, po pierwsze, że w wyniku transakcji nabycia z grudnia 2012 r. Marine Harvest de facto przejęła wyłączną kontrolę nad Morpołem. W rezultacie owa transakcja stanowiła koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004. Po drugie, Komisja uznała, że koncentrację przeprowadzono poprzez finalizację transakcji w dniu 18 grudnia 2012 r., a więc przed zgłoszeniem jej w dniu 9 sierpnia 2013 r. i stwierdzeniem jej zgodności z rynkiem wewnętrznym w drodze decyzji o zezwoleniu na koncentrację w dniu 30 września 2013 r.⁹. Po trzecie, Komisja stwierdziła, że nie ma zastosowania zwolnienie z obowiązku zawieszenia na podstawie art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004. Komisja doszła do wniosku, że finalizując transakcję nabycia z grudnia 2012 r., Marine Harvest naruszyła art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 oraz że za każde naruszenie należy nałożyć grzywnę w wysokości 10 mln EUR¹⁰.

III. Postępowanie przed Sądem i zaskarżony wyrok

19. W dniu 3 października 2014 r. Marine Harvest wniosła o stwierdzenie nieważności spornej decyzji albo – posiłkowo – o uchylenie grzywien nałożonych na nią w tej decyzji, albo – w dalszej kolejności posiłkowo – o istotne zmniejszenie wysokości grzywien.

20. Sąd w zaskarżonym wyroku oddalił pięć podniesionych przed nim zarzutów, a następnie oddalił skargę.

21. W szczególności¹¹ Sąd oddalił zarzut pierwszy oparty na naruszeniu prawa oraz na błędzie dotyczącym okoliczności faktycznych, gdy Komisja stwierdziła, że nie miał zastosowania art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

22. Po pierwsze, Sąd podkreślił, że Komisja miała prawo uznać, iż Marine Harvest przejęła kontrolę nad Morpołem poprzez transakcję nabycia z grudnia 2012 r., w związku z czym Marine Harvest miała obowiązek zgłoszenia tej transakcji oraz wstrzymania się od jej wykonania do czasu uznania jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Z tego względu konieczne było ustalenie, czy zastosowanie ma wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidziany w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

23. Po drugie, Sąd orzekł, że sytuacja w niniejszej sprawie różni się od dwóch sytuacji objętych tym wyjątkiem, a mianowicie publicznych ofert przejęcia i serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi. Wyjątek dotyczący publicznych ofert przejęcia nie miał zastosowania, ponieważ naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie wynikało z realizacji oferty publicznej, ale z wykonania transakcji nabycia z grudnia 2012 r. Zastosowania nie miał również wyjątek dotyczący serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi, ponieważ obejmuje on jedynie operacje, w ramach których kontrolę przejmuje się poprzez szereg transakcji z udziałem różnych sprzedawców, natomiast przejęcie kontroli nad Morpołem nastąpiło w drodze jednej transakcji, a mianowicie transakcji nabycia z grudnia 2012 r., z udziałem jednego sprzedającego, a mianowicie pana M.

⁹ Zobacz motywy 85–88 spornej decyzji.

¹⁰ Zobacz motywy 100–119 spornej decyzji.

¹¹ Pięć zarzutów podniesionych przed Sądem odnosiło się, odpowiednio, do oczywistego naruszenia prawa oraz oczywistego błędu dotyczącego okoliczności faktycznych, jako że Komisja wykluczyła w spornej decyzji możliwość stosowania art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 (zarzut pierwszy); do oczywistego naruszenia prawa oraz oczywistego błędu dotyczącego okoliczności faktycznych, jako że Komisja stwierdziła w spornej decyzji, iż skarżąca dopuściła się niedbalstwa (zarzut drugi); do naruszenia zasady *ne bis in idem* (zarzut trzeci); do oczywistego naruszenia prawa oraz oczywistego błędu dotyczącego okoliczności faktycznych przy nałożeniu na skarżącą grzywien (zarzut czwarty), jak również do oczywistego naruszenia prawa, oczywistego błędu dotyczącego okoliczności faktycznych oraz braku uzasadnienia przy określeniu wysokości grzywien (zarzut piąty). Ponieważ Marine Harvest kwestionuje przed Trybunałem jedynie ocenę Sądu dotyczącą zarzutów pierwszego i trzeciego podniesionych przed Sądem, dokonam streszczenia oceny dokonanej przez Sąd jedynie w odniesieniu do dwóch wspomnianych zarzutów.

24. Po trzecie, Sąd oddalił argument Marine Harvest, iż transakcję nabycia z grudnia 2012 r. i ofertę publiczną należy traktować jako jedną i tę samą koncentrację, wskutek czego była ona objęta zakresem wyjątku od obowiązku zawieszenia, przewidzianego w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 dla publicznych ofert przejęcia. Spośród dwóch scenariuszy, w myśl których – zgodnie z motywem 20 tego rozporządzenia – kilka transakcji można traktować jako jedną i tę samą koncentrację, a mianowicie scenariusza transakcji powiązanych warunkowo i scenariusza serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi, Marine Harvest powoływała się wyłącznie na pierwszy z nich. W pierwszej kolejności z pkt 44 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia nr 139/2004 (zwanego dalej „skonsolidowanym obwieszczeniem Komisji”)¹² wynika, że aby dwie transakcje mogły być traktowane jako jedna i ta sama koncentracja, nie wystarczy, by były one powiązane warunkowo. Przejęcie kontroli musi również nastąpić w drodze kilku transakcji. Ponieważ Marine Harvest przejęła kontrolę nad Morpołem w ramach jednej transakcji, owa transakcja i oferta publiczna nie stanowią jednej i tej samej koncentracji. W drugiej kolejności argument Marine Harvest, iż ratio legis art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 jest zamiar uwzględnienia „przejęć pełzających”, nie miał znaczenia, ponieważ przejęcie Morpolu nie miało charakteru „pełzającego”, a w każdym razie „przejęcia pełzające” dotyczą drugiego ze scenariuszy przewidzianych w motywie 20 rozporządzenia, na który to scenariusz Marine Harvest nie powołała się. Wreszcie sam fakt, że celem art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 jest ułatwienie przejęć i zapewnienie płynności rynków akcji, nie oznacza, że w celu ułatwienia przejęć konieczne jest rozszerzanie zakresu tego przepisu wykraczające poza jego brzmienie.

25. Ponadto Sąd oddalił zarzut trzeci dotyczący naruszenia zasady *ne bis in idem* lub zasady zaliczenia, jak również naruszenia zasad regulujących kwestię zbiegu naruszeń.

26. Sąd zauważył w uwagach wstępnych, że naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 automatycznie pociąga za sobą naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, za to nie ma miejsca sytuacja odwrotna. Jeśli bowiem przedsiębiorstwo dokonuje koncentracji przed jej zgłoszeniem i przed uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, narusza ono obydwa przepisy. Natomiast jeżeli przedsiębiorstwo dokonuje koncentracji po jej zgłoszeniu, za to przed uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, narusza jedynie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. To, zdaniem Sądu, uczyniło obowiązujące ramy prawne „niezwykłymi”.

27. Po pierwsze, Sąd uznał, że zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania. Zgodnie z orzecznictwem, aby zasada ta miała zastosowanie, dane przedsiębiorstwo musi zostać ukarane lub uznane za nieponoszące odpowiedzialności we wcześniejszej, niepodlegającej zaskarżeniu decyzji. Zasada *ne bis in idem* nie ma więc zastosowania do sytuacji, w której – tak jak w niniejszej sprawie – organ nakłada dwie kary w ramach *jednej i tej samej decyzji*. Co się tyczy tak zwanej zasady zaliczenia, która zgodnie z orzecznictwem wymaga, by Komisja, ustalając wysokość grzywny, uwzględniła kary nałożone już przez organ ochrony konkurencji danego państwa członkowskiego za to samo zachowanie, Sąd orzekł, że zasada ta również nie ma zastosowania, ponieważ – podobnie jak zasada *ne bis in idem* – obowiązuje ona jedynie w sytuacji, gdy istnieje wcześniejsza decyzja.

28. Po drugie, Sąd oddalił argument Marine Harvest, że analogicznie do zasady „pozornego” lub „fałszywego zbiegu” obowiązującej w prawie międzynarodowym i niemieckim należałoby uznać, że w przypadku zbiegu naruszeń czyn poważniejszy obejmuje mniej poważny, co prowadzi do nałożenia tylko jednej kary. Sąd orzekł, że wbrew twierdzeniu Marine Harvest naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie jest czynem bardziej szczególnym niż naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, w związku z czym pierwszy z czynów nie obejmuje drugiego. Wynika to z faktu, iż naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 jest naruszeniem krótkotrwałym, natomiast naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi naruszenie ciągłe. Z tego względu do pierwszego z czynów zastosowanie ma termin przedawnienia wynoszący trzy lata, zaś w przypadku drugiego

¹² Dz.U. 2008, C 95, s. 1.

termin przedawnienia wynosi pięć lat. W rezultacie gdyby jedynie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 miał mieć zastosowanie wówczas, gdy przedsiębiorstwo dokonało koncentracji przed jej zgłoszeniem i uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, przedsiębiorstwo to znajdowałoby się w korzystniejszej sytuacji niż przedsiębiorstwo, które dokonało koncentracji po jej zgłoszeniu, ale przed uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Wynika z tego, że żaden z przytoczonych przepisów nie miał zastosowania jako przepis główny, co oznacza, że nie doszło do naruszenia zasady „pozornego” lub „fałszywego zbiegu”.

IV. Przebieg postępowania przed Trybunałem i żądania stron

29. W swoim odwołaniu Marine Harvest wnosi do Trybunału o:

- uchylenie w całości lub w części zaskarżonego wyroku;
- stwierdzenie nieważności spornej decyzji lub, tytułem żądania ewentualnego, uchylenie grzywien nałożonych na Marine Harvest, lub, tytułem dalszego żądania ewentualnego, znaczne obniżenie wysokości tych grzywien;
- obciążenie Komisji kosztami postępowania i innymi wydatkami poniesionymi przez Marine Harvest zarówno w ramach postępowania odwoławczego, jak i w ramach postępowania przed Sądem;
- w razie potrzeby skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd; oraz
- podjęcie wszelkich innych środków, jakie Trybunał uzna za stosowne.

30. Komisja wnosi do Trybunału o:

- oddalenie odwołania; oraz
- obciążenie Marine Harvest kosztami postępowania.

31. Podczas rozprawy w dniu 22 maja 2019 r. Marine Harvest i Komisja przedstawiły swoje stanowiska ustnie.

V. Ocena zarzutów podniesionych w odwołaniu

32. Na poparcie odwołania Marine Harvest podnosi dwa zarzuty. Po pierwsze, uważa, że Sąd błędnie uznał, iż art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 nie ma zastosowania. Po drugie, podnosi, że Sąd popełnił błąd, odstępując od zastosowania zasady *ne bis in idem*, zasady zaliczenia lub zasad dotyczących zbiegu naruszeń.

A. Zarzut pierwszy oparty na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, gdy nie zastosował art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004

1. Argumenty stron

33. W zarzucie pierwszym Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd w pkt 46–233 zaskarżonego wyroku, gdy nie zastosował w niniejszej sprawie art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

34. Zarzut pierwszy dzieli się na dwie części.

35. W pierwszej części zarzutu pierwszego Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd, uznając, że transakcja nabycia z 2012 r. i oferta publiczna nie stanowią jednej i tej samej koncentracji. Marine Harvest wskazuje, że z motywu 20 rozporządzenia nr 139/2004 wynika, iż transakcje, które są „powiązane ze względu na zaistniałe warunki [powiązane warunkowo]”, należy postrzegać jako jedną i tę samą koncentrację, niezależnie od tego, czy do przejęcia kontroli nad przejmowanym podmiotem dochodzi w drodze pierwszej czy też ostatniej transakcji. W niniejszej sprawie transakcja nabycia z grudnia 2012 r. oraz oferta publiczna są powiązane de iure i de facto, w związku z czym muszą być traktowane jako jedna i ta sama koncentracja.

36. W drugiej części zarzutu pierwszego Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd, dokonując rygorystycznej wykładni ratio legis art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004. Marine Harvest argumentuje, że ratio legis tego przepisu, który ma ułatwiać publiczne oferty przejęcia i przejęcia pełzające, wymaga, by wyjątek od obowiązku zawieszenia miał zastosowanie do struktury transakcji, na którą składa się publiczna oferta przejęcia, nawet jeżeli – tak jak w niniejszej sprawie – kontrolę przejęto przed złożeniem publicznej oferty przejęcia. Zezwolenie na odstąpienie na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 nie stanowi zadowalającej alternatywy względem stosowania art. 7 ust. 2 tego rozporządzenia. Co więcej, stosowanie drugiego z przepisów względem pojedynczej transakcji opisanej powyżej zapewnia dokonanie przez Komisję oceny wszystkich skutków operacji, a nie tylko tych wynikających z transakcji nabycia z grudnia 2012 r.

37. Marine Harvest dochodzi do wniosku, że art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie do niniejszej sprawy. Ponieważ spełnione są dwa warunki, od których zależy wyjątek od obowiązku okresu zawieszenia, wyjątek ten ma zastosowanie.

38. Zdaniem Komisji zarzut pierwszy jest bezzasadny.

39. W przedmiocie pierwszej części zarzutu pierwszego Komisja jest zdania, że transakcji nabycia z grudnia 2012 r. i oferty publicznej nie należy postrzegać jako jednej i tej samej koncentracji. W ocenie Komisji, aby transakcje stanowiły jedną i tę samą koncentrację, nie wystarczy, by – jak przewiduje motyw 20 rozporządzenia nr 139/2004 – były one powiązane warunkowo. Również przejęcie kontroli w rozumieniu art. 3 tego rozporządzenia musi nastąpić w drodze drugiej transakcji. W sytuacji gdy – tak jak w niniejszej sprawie – przejęcie kontroli następuje w drodze pierwszej transakcji, druga transakcja nie ma już znaczenia dla ustalenia, czy doszło do przejęcia kontroli i czy w związku z tym należy zawiesić wykonanie koncentracji. Dla zachowania kompletności wyводу Komisja podnosi również, że transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna nie są powiązane ani de iure, ani de facto.

40. W przedmiocie drugiej części zarzutu pierwszego Komisja twierdzi, że Sąd dokonał prawidłowej wykładni zarówno brzmienia, jak i ratio legis art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004. Komisja podnosi, że Marine Harvest powołuje się tylko na jedną z dwóch sytuacji przewidzianych w tym przepisie, w którym mowa o publicznej ofercie przejęcia i serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi, a mianowicie na pierwszą z nich. Pierwsza sytuacja nie ma jednak zastosowania do niniejszej sprawy, ponieważ kontrolę przejęto przed złożeniem oferty publicznej i inaczej niż w drodze oferty publicznej. Wynika z tego, że Marine Harvest nie może skorzystać z wyjątku od obowiązku zawieszenia, który to wyjątek przewidziano w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004. W rezultacie nie ma znaczenia, że Marine Harvest spełniła wynikający z tego przepisu wymóg wstrzymania się od wykonywania prawa głosu.

2. Ocena

41. W pierwszym zarzucie Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd, uznając, że art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 nie ma zastosowania, ponieważ, po pierwsze, transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna stanowią jedną i tę samą koncentrację, a po drugie, cel tego przepisu, jakim jest ułatwienie publicznych ofert przejęcia i przejęć pełzających, wymaga, aby przepis ten był interpretowany jako mający zastosowanie do struktury transakcji, która nie składa się wyłącznie z oferty publicznej, ale obejmuje taką ofertę. W ocenie Marine Harvest dwa warunki określone w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 zostały spełnione, ponieważ zgłosiła ona koncentrację „niezwłocznie” i nie wykonywała praw głosu w Morpolu, wskutek czego ma zastosowanie wyjątek od obowiązku zawieszenia.

a) Pierwsza część zarzutu pierwszego oparta na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, uznając, iż transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna nie stanowią jednej i tej samej koncentracji

42. W pierwszej części zarzutu pierwszego Marine Harvest podnosi, że transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna stanowią jedną i tę samą koncentrację.

43. Uważam, że pierwsza część zarzutu pierwszego jest bezzasadna.

44. Na potrzeby rozporządzenia nr 139/2004 „koncentracja” zgodnie z art. 3 ust. 1 tego rozporządzenia oznacza „trwałą zmianę kontroli”. „Kontrola” jest zdefiniowana w art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia jako „możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo”. Zgodnie z orzecznictwem kontrolę nad przedsiębiorstwem można przejąć w drodze jednej, dwóch lub większej liczby transakcji¹³.

45. W niniejszej sprawie Marine Harvest przejęła Morpol w drodze następujących transakcji: po pierwsze, poprzez transakcję nabycia z grudnia 2012 r., na podstawie której Marine Harvest nabyła 48,5% akcji Morpolu; a po drugie, poprzez ofertę publiczną, w drodze której Marine Harvest zwiększyła swój udział w Morpolu z 48,5% do 87,1%¹⁴.

46. Niemniej jednak przejęcia kontroli nad Morpołem dokonano w drodze samej transakcji nabycia z grudnia 2012 r.¹⁵. Pragnę podkreślić, że fakt ten nie jest kwestionowany przez Marine Harvest. Na poparcie swojego twierdzenia, iż transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna stanowią jedną i tę samą transakcję, Marine Harvest nie dowodzi bowiem, że kontrolę nad Morpołem przejęto w drodze drugiej transakcji, a więc oferty publicznej. Przyczyną, dla której – w opinii Marine Harvest – transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna stanowią jedną i tę samą koncentrację, jest fakt, iż są one związane warunkowo.

47. Z tego względu kwestią poruszoną w niniejszej sprawie jest to, czy jeżeli przedsiębiorstwo dokonuje przejęcia innego przedsiębiorstwa poprzez więcej niż jedną transakcję, *ale przeniesienie kontroli ma miejsce już za sprawą pierwszej transakcji*, wszystkie transakcje należy uznać za jedną i tę samą koncentrację, czy też jedynie pierwsza transakcja stanowi koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

¹³ Wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja (T-282/02, EU:T:2006:64, pkt 104).

¹⁴ Dla zachowania kompletności wyводу (ponieważ Marine Harvest nie powołuje się na ten fakt) pozwolę sobie zauważyć, że na dzień 12 listopada 2013 r. Marine Harvest była jedynym akcjonariuszem Morpolu (zob. pkt 11 powyżej).

¹⁵ Jak wyjaśniono w spornej decyzji, choć nabycie przez Marine Harvest 48,5% akcji Morpolu nie przyznawało Marine Harvest kontroli nad tą spółką w wymiarze de iure, przyznawało taką kontrolę de facto. Było tak, ponieważ, po pierwsze, pozostałe akcje były bardzo rozproszone, a po drugie, zwykła większość akcji reprezentowanych na zgromadzeniu akcjonariuszy Morpolu, z których wykonywano prawo głosu, wystarczała, by przyjąć uchwałę dotyczącą na przykład wyboru zarządu czy ustalenia wysokości dywidend, natomiast w świetle frekwencji na zwyczajnych i nadzwyczajnych walnych zgromadzeniach akcjonariuszy pan M. (którego akcje Marine Harvest nabyła w drodze transakcji nabycia z grudnia 2012 r.) zawsze reprezentował znaczną większość głosów oddanych podczas takich zgromadzeń (zob. motywy 48–84 spornej decyzji).

48. Pragnę zauważyć, że choć żaden z artykułów rozporządzenia nr 139/2004 nie precyzuje warunków uznawania kilku transakcji odnoszących się do tego samego przejmowanego podmiotu za jedną i tę samą koncentrację, pewne wskazówki w tym względzie zawiera motyw 20 tego rozporządzenia. Ostatnie zdanie tego motywu stanowi: „właściwe jest traktowanie jako pojedynczą koncentrację [jednej i tej samej koncentracji] takich transakcji, które są ściśle powiązane ze względu na zaistniałe warunki [są ściśle powiązane warunkowo] bądź przyjmują formę ciągu transakcji w obrocie papierami wartościowymi przeprowadzanych w stosownie krótkim okresie”.

49. Dodatkowe wskazówki można znaleźć w skonsolidowanym obwieszczeniu Komisji. Co się tyczy pierwszej sytuacji przewidzianej w motywie 20 tego rozporządzenia (a mianowicie transakcji powiązanych warunkowo)¹⁶, pkt 43 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji stanowi, że jedna i ta sama koncentracja ma miejsce wówczas, gdy „żadna transakcja nie może się odbyć bez innych transakcji”. W tym samym punkcie skonsolidowanego obwieszczenia Komisji wskazano, że warunkowość da się zwykle wykazać, gdy transakcje są powiązane albo *de iure* (gdy „umowy są zgodnie ze swym brzmieniem powiązane wzajemną warunkowością”), albo *de facto* (gdy ocena ekonomiczna wskazuje, że każda z tych transakcji jest koniecznie uwarunkowana zawarciem innych transakcji).

50. W mojej opinii nie można uznać, że jeżeli przedsiębiorstwo przejmuje inne w drodze dwóch transakcji, *ale przeniesienie kontroli ma miejsce już za sprawą pierwszej transakcji*, te dwie transakcje należy uznać za jedną i tę samą koncentrację. Poniżej przedstawię powody, które skłaniają mnie do przyjęcia takiego stanowiska.

51. Jak wyjaśniono w pkt 44 powyżej, aby dokonać koncentracji, musi dojść do zmiany kontroli. Wynika z tego, że jeżeli przedsiębiorstwo przejmuje całość lub większość kapitału podmiotu przejmowanego w drodze kilku transakcji, ale kontrolę nad nim przejmuje już w drodze pierwszej transakcji, koncentrację stanowi tylko pierwsza transakcja. Kolejne transakcje, w ramach których kupujący zwiększa swój udział w kapitale podmiotu przejmowanego, nie powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu, czy doszło do koncentracji, ponieważ doszło już do przejścia kontroli nad podmiotem przejmowanym.

52. W mojej ocenie jest to spójne z tokiem rozumowania przedstawionym w wyroku *Cementbouw Handel & Industrie/Komisja*. W wyroku tym Sąd orzekł, że do koncentracji dochodzi w przypadku transakcji formalnie odrębnych pod względem prawnym, jeśli – po pierwsze – między tymi transakcjami istnieje współzależność, a – po drugie – „*rezultatem* jest przekazanie [...] kontroli” nad przejmowanym podmiotem¹⁷. Z kolei gdy przejście kontroli nie jest „*rezultatem*” kilku transakcji, ale rezultatem pierwszej transakcji, właśnie ta transakcja stanowi wówczas koncentrację.

53. Znajduje to potwierdzenie również w art. 3 ust. 4 wniosku Komisji w sprawie późniejszego rozporządzenia nr 139/2004¹⁸, z którego wywodzi się zdanie ostatnie motywu 20 tego rozporządzenia. Komisja proponowała dodanie w art. 3 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89¹⁹ czwartego ustępu, który stanowiłby, że „dwie lub większą liczbę transakcji, które są od siebie zależne lub są ze sobą tak ściśle powiązane, że ich uzasadnienie ekonomiczne usprawiedliwia uznanie ich za jedną i tę samą transakcję, należy uznać za stanowiące jedną i tę samą koncentrację dokonaną w dacie ostatniej

16 Nie będę rozwodził się nad drugą sytuacją przewidzianą w motywie 20 rozporządzenia nr 139/2004 (ciąg transakcji w obrocie papierami wartościowymi przeprowadzanych w stosownie krótkim okresie), zważywszy, że, po pierwsze, *Marine Harvest* powołuje się wyłącznie na pierwszą sytuację określoną w tym motywie (transakcje powiązane warunkowo), a po drugie, Sąd nie zbadał drugiej sytuacji (zob. pkt 97, 98 i 149 zaskarżonego wyroku).

17 Wyrok z dnia 23 lutego 2006 r. (T-282/02, EU:T:2006:64, pkt 109) (wyróżnienie własne).

18 Wniosek z dnia 11 grudnia 2002 r. (zwany dalej „wnioskiem Komisji”) dotyczący rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („rozporządzenia WE w sprawie łączenia przedsiębiorstw”) (Dz.U. 2003, C 20, s. 4).

19 Rozporządzenie z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1989, L 395, s. 1). Rozporządzenie nr 4064/89 zostało uchylone i zastąpione rozporządzeniem nr 139/2004.

transakcji, o ile transakcje te – *rozpatrywane jako całość* – spełniają wymogi określone w ust. 1”²⁰. „Wymogi określone w ust. 1” to wymogi definiujące koncentrację jako trwałą zmianę kontroli. Zatem we wniosku Komisji dwie lub więcej transakcji uznawano za stanowiące jedną i tę samą koncentrację, jeżeli – *rozpatrywane jako całość* – powodowały przeniesienie kontroli, a więc, innymi słowy, jeżeli przeniesienie kontroli nie wynikało z pierwszej transakcji, ale ze wszystkich transakcji.

54. Prawdą jest, że art. 3 rozporządzenia nr 4064/89 nie został zmieniony w myśl wniosku Komisji. Niemniej na zawarty we wniosku Komisji art. 3 ust. 4 można zwrócić uwagę, dokonując wykładni ostatniego zdania motywu 20 rozporządzenia nr 139/2004, ponieważ zdanie to wprowadzono wówczas, gdy podjęto decyzję, by nie przyjmować wniosku Komisji w zakresie nowego art. 3 ust. 4²¹.

55. W każdym razie gdyby Trybunał uznał, że w przypadku przeniesienia kontroli w drodze pierwszej z dwóch transakcji te dwie transakcje należy postrzegać jako jedną i tę samą koncentrację, nie wynikałoby z tego, że w niniejszej sprawie transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna muszą być postrzegane jako jedna i ta sama koncentracja.

56. Jak wspomniano bowiem w pkt 49 powyżej, aby dwie transakcje można było uznać za jedną i tę samą koncentrację, muszą być one – albo *de iure*, albo *de facto* – powiązane wzajemną warunkowością. Sytuacja taka nie ma jednak miejsca w przypadku transakcji nabycia z grudnia 2012 r. i oferty publicznej.

57. Po pierwsze, transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna nie są powiązane wzajemną warunkowością *de iure*. Prawdą jest, że oferta publiczna jest konieczną i bezpośrednią konsekwencją transakcji nabycia z grudnia 2012 r. Wynika to z przewidzianego norweską ustawą obowiązku złożenia przez nabywcę ponad jednej trzeciej akcji w spółce notowanej na giełdzie publicznej oferty przejęcia pozostałych akcji w spółce. W wyniku transakcji nabycia z grudnia 2012 r. Marine Harvest nabyła 48,5% akcji Morpolu, przez co była zobowiązana do złożenia oferty publicznej. Nie jest jednak prawdą twierdzenie odwrotne. Marine Harvest nie miała w żadnym razie obowiązku nabycia określonej części kapitału Morpolu przed złożeniem publicznej oferty przejęcia.

58. Pragnę podkreślić w tym względzie, że z pkt 43 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji jasno wynika, iż warunkowość musi być wzajemna, ponieważ punkt ten stanowi, że „wymagana warunkowość wiąże się z tym, że żadna transakcja nie może się odbyć bez innych transakcji”²². Pragnę też zauważyć, że zdanie to ma brzmienie bardzo zbliżone do pkt 109 wyroku w sprawie *Cementbouw Handel & Industrie/Komisja*²³.

59. Po drugie, transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna nie są powiązane wzajemną warunkowością *de facto*. Jak podnosi Komisja, Marine Harvest podpisała umowę nabycia akcji i dokonała transakcji nabycia z grudnia 2012 r., mimo iż nie wiedziała wówczas, czy oferta publiczna pozwoli na nabycie wszystkich pozostałych akcji Morpolu, czy też może zostanie ona w posiadaniu jedynie 48,5% akcji. Co więcej, Marine Harvest mogła złożyć publiczną ofertę przejęcia bez uprzedniego zawarcia umowy nabycia akcji.

20 Wyróżnienie własne. Pragnę doprecyzować, że choć słowa „o ile transakcje te – *rozpatrywane jako całość* – spełniają wymogi określone w ust. 1” znajdują się w angielskiej wersji art. 3 ust. 4 wniosku Komisji, nie uwzględniono ich jednak we francuskiej wersji tego przepisu. Istnieją natomiast w wersjach: niemieckiej, hiszpańskiej, włoskiej i portugalskiej. Wydaje się, że błąd w wersji francuskiej został sprostowany przez Radę (zob. wersje angielską i francuską dokumentu Rady z dnia 24 października 2003 r., nr 13892/03).

21 Świadczy o tym dokument roboczy służb Komisji przedłożony Komitetowi Stałych Przedstawicieli (Coreper) podczas prac przygotowawczych nad rozporządzeniem nr 139/2004, który Komisja przedstawiła Trybunałowi. Z owego dokumentu wynika, że Komisja zwróciła uwagę Rady na fakt, iż w razie nieprzyjęcia art. 3 ust. 4 zawartego w jej wniosku będzie ona musiała oceniać liczne transakcje, tak jak czyniła to w przeszłości, a więc na podstawie pojęcia „jednej i tej samej koncentracji”. Doprowadziło to do kompromisu z Coreperem, w myśl którego art. 3 ust. 4 wniosku Komisji nie został zachowany, ale do motywu 23 rozporządzenia nr 4064/89, który stał się następnie motywem 20 rozporządzenia nr 139/2004, dodano jedno zdanie. Mowa o zdaniu przytoczonym w pkt 48 powyżej.

22 Wyróżnienie własne. W tym samym punkcie stwierdzono ponadto, że transakcje są powiązane *de iure*, jeżeli „umowy są zgodne ze swym brzmieniem powiązane *wzajemną* warunkowością”, oraz że są one ze sobą powiązane *de facto*, jeżeli z oceny ekonomicznej wynika, że „*każda* z tych transakcji jest koniecznie uwarunkowana zawarciem innych transakcji” (wyróżnienie własne).

23 Wyrok z dnia 23 lutego 2006 r. (T-282/02, EU:T:2006:64).

60. Wynika z tego, że transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna nie mogą być postrzegane jako jedna i ta sama koncentracja, a pierwszą część zarzutu pierwszego należy oddalić jako bezzasadną.

61. Dla zachowania kompletności wyводу pragnę zauważyć, że gdyby Trybunał uznał, iż transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna stanowią jedną i tę samą koncentrację, nie wynikałoby z tego, że zakaz wprowadzenia w życie przewidziany w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie wyłącznie do drugiej transakcji, a mianowicie oferty publicznej, z takim skutkiem, iż pierwsza transakcja, a więc transakcja nabycia z grudnia 2012 r., może być wprowadzona w życie przed jej zgłoszeniem i uznaniem za zgodną z rynkiem wewnętrznym²⁴.

62. W sprawie Ernst & Young Trybunał orzekł bowiem, że w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 zakazano wprowadzania w życie „jakichkolwiek transakcji przyczyniających się do trwałej zmiany kontroli” nad przejmowanym podmiotem²⁵. W rezultacie, jeżeli przyjąć założenie jednej i tej samej koncentracji, transakcja nabycia z grudnia 2012 r. musiałaby być postrzegana jako transakcja przyczyniająca się do zmiany kontroli, a przez to wchodząca w zakres zakazu wprowadzania w życie przewidzianego w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

b) Druga część zarzutu pierwszego oparta na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, dokonując rygorystycznej wykładni ratio legis art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004

63. W drugiej części zarzutu pierwszego Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd, dokonując rygorystycznej wykładni ratio legis art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004. W opinii Marine Harvest w świetle ratio legis, jakim jest ułatwienie publicznych ofert przejęcia i przejęć pełzających, przepis ten należy interpretować w ten sposób, że ma on zastosowanie do struktury transakcji obejmującej publiczną ofertę przejęcia, nawet jeżeli – tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – kontrola nad przejmowanym podmiotem nie zostaje przejęta w drodze publicznej oferty przejęcia, ale w drodze wcześniejszej transakcji. Co więcej, zgodnie z wymogami zawartymi w lit. a) i b) tego przepisu, Marine Harvest zgłosiła koncentrację „niezwłocznie” i nie wykonywała prawa głosu w Morpolu. W rezultacie zdaniem Marine Harvest do transakcji nabycia z grudnia 2012 r. ma zastosowanie wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidziany w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

64. W mojej ocenie druga część zarzutu pierwszego jest bezzasadna.

65. Artykuł 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 przewiduje bowiem wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidzianego w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, a ów wyjątek ma zastosowanie w dwóch sytuacjach. Zakaz wprowadzenia w życie wynikający z drugiego z wymienionych przepisów nie obowiązuje w odniesieniu do „publicznej oferty przejęcia” (sytuacja pierwsza) lub „serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi” (sytuacja druga), o ile spełnione są dwa następujące warunki: po pierwsze – koncentracja musi zostać niezwłocznie zgłoszona Komisji; po drugie – nabywcy nie wolno wykonywać prawa głosu związanego z papierami wartościowymi, o których mowa, lub robi to tylko na podstawie odstępstwa udzielonego przez Komisję na podstawie art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

66. Pragnę podkreślić, że w niniejszej sprawie na pytanie, czy ma zastosowanie wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidziany w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, należy udzielić odpowiedzi w odniesieniu do samej transakcji nabycia z grudnia 2012 r., a nie w odniesieniu do operacji, na którą składa się transakcja nabycia z grudnia 2012 r. oraz oferta publiczna. Wynika to z faktu, że – jak

²⁴ Nie podnoszono by wówczas kwestii, czy wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidziany art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie do transakcji nabycia z grudnia 2012 r. i nie byłoby konieczności badania drugiej części zarzutu pierwszego.

²⁵ Wyrok z dnia 31 maja 2018 r. (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 52).

wykazano powyżej – transakcja nabycia z grudnia 2012 r. sama w sobie stanowi koncentrację, a zatem to wprowadzenie w życie tej właśnie transakcji ujmowanej osobno (poprzez jej finalizację w dniu 18 grudnia 2012 r., a więc przed uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym) powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

67. Jasne jest, że art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 nie ma zastosowania do transakcji nabycia z grudnia 2012 r., ponieważ, po pierwsze, transakcja ta nie jest publiczną ofertą przejęcia, a po drugie, jest to jedna transakcja, a nie „seria” transakcji w obrocie papierami wartościowymi w rozumieniu tego przepisu. Z tego względu nie ma znaczenia, czy Marine Harvest spełniła dwa warunki określone w art. 7 ust. 2 lit. a) i b) rozporządzenia nr 139/2004.

68. W związku z tym Sąd nie popełnił błędu, podtrzymując w pkt 83 zaskarżonego wyroku twierdzenie Komisji, że art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 nie ma zastosowania do transakcji nabycia z grudnia 2012 r.

69. W każdym razie gdyby Trybunał uznał, że transakcja nabycia z grudnia 2012 r. i oferta publiczna stanowią jedną i tę samą koncentrację, w związku z czym na pytanie o zastosowanie wyjątku od obowiązku zawieszenia, który to wyjątek przewidziany jest w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, należy udzielić odpowiedzi w odniesieniu do tak rozumianej jednej i tej samej koncentracji, nie oznaczaloby to, że transakcja nabycia z grudnia 2012 r. jest objęta wspomnianym wyjątkiem.

70. Na wstępie pragnę zauważyć, że wykładni art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 należy dokonywać w sposób ścisły, jako że stanowi on wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidzianego w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, do którego prawodawca Unii przykłada szczególnie dużą wagę²⁶.

71. Co się tyczy pierwszej sytuacji przewidzianej w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, a mianowicie wyjątku dotyczącego publicznych ofert przejęcia, pragnę zauważyć, że wyjątek od obowiązku zawieszenia przewidziany w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie wyłącznie do publicznych ofert przejęcia lub serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi, poprzez które „kontrola jest przejmowana”. W mojej ocenie wynika z tego, że jeżeli struktura transakcji obejmuje publiczną ofertę przejęcia, ale kontrola nad podmiotem przejmowanym nie zostaje przejęta w drodze takiej publicznej oferty przejęcia, oferta ta pozostaje poza zakresem wyjątku od obowiązku zawieszenia. Pragnę podkreślić w tym względzie, że oferta publiczna nie doprowadziła ani nie przyczyniła się do zmiany kontroli, ponieważ została złożona po przejęciu kontroli nad przejmowanym podmiotem. Z powyższego wynika, że nawet przy przyjęciu założenia jednej i tej samej koncentracji transakcja nabycia z grudnia 2012 r. wykracza poza zakres pierwszej sytuacji przewidzianej w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

72. Co się tyczy drugiej sytuacji przewidzianej w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, a mianowicie serii transakcji w obrocie papierami wartościowymi²⁷, nie dostrzegam, w jaki sposób operacja obejmująca transakcję nabycia z grudnia 2012 r. i ofertę publiczną może być postrzegana jako „seria transakcji w obrocie papierami wartościowymi [...], dzięki czemu kontrola jest przejmowana przez [od] różnych sprzedających”. W niniejszej sprawie kontrola nad podmiotem przejmowanym została bowiem przejęta w drodze jednej transakcji, a mianowicie transakcji nabycia z grudnia 2012 r., a nie w drodze „serii” transakcji (niezależnie od tego, czy dwie transakcje można postrzegać jako „serię” transakcji). Kontrolę przejęto od jednego sprzedającego, a mianowicie pana M., a nie od „różnych sprzedających”.

²⁶ Wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., Electrabel/Komisja (T-332/09, EU:T:2012:672, pkt 246).

²⁷ Pragnę zauważyć, że Marine Harvest powołuje się jedynie na pierwszą z sytuacji przewidzianych w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 (publiczne oferty przejęcia). Niemniej dla kompletności wyводу zbadam również drugą sytuację przewidzianą w tym przepisie (serię transakcji w obrocie papierami wartościowymi), ponieważ, po pierwsze, argument Marine Harvest oparty na ratio legis owego przepisu dotyczy de facto drugiej sytuacji, a po drugie, Sąd zbadał drugą sytuację (zob. pkt 73–82 i 176 zaskarżonego wyroku).

73. Co więcej, ponieważ dokonując rozszerzenia zakresu wyjątku od obowiązku zawieszenia na „serię transakcji w obrocie papierami wartościowymi”²⁸, prawodawca Unii zamierzał – jak argumentuje Marine Harvest – ułatwić przejęcia pełzające²⁹, pragnę zaznaczyć, że operacja złożona z transakcji nabycia z grudnia 2012 r. i oferty publicznej w żadnym wypadku nie stanowi przejęcia pełzającego. Należy powtórnie zauważyć, że kontrola nad Morpołem została przejęta w drodze jednej transakcji, wskutek czego Sąd miał prawo uznać w pkt 175 zaskarżonego wyroku, że przejęcie nie miało charakteru „pełzającego”.

74. Z powyższego wynika, że gdyby transakcję nabycia z grudnia 2012 r. i ofertę publiczną uznać za jedną i tę samą koncentrację, wówczas wprowadzenie w życie pierwszej z nich mimo wszystko wykraczałoby poza zakres wyjątku od obowiązku zawieszenia, który to wyjątek przewidziano w art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

75. Uważam zatem, że druga część zarzutu pierwszego jest bezzasadna i należy ją oddalić.

B. Zarzut drugi oparty na twierdzeniu, że Sąd popełnił błąd, gdy nie zastosował zasady *ne bis in idem*, zasady zaliczenia lub zasad regulujących zbieg naruszeń

1. Argumenty stron

76. W zarzucie drugim Marine Harvest twierdzi, że uznając w szczególności w pkt 306, 319, 339–344 i 362 zaskarżonego wyroku, że Komisja mogła nałożyć na wnoszącą odwołanie odrębne grzywny, jedną za naruszenie obowiązku zgłoszenia przewidzianego w art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a drugą za naruszenie obowiązku zawieszenia przewidzianego w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, Sąd naruszył zasadę *ne bis in idem*, zasadę zaliczenia lub zasady regulujące zbieg naruszeń.

77. Zarzut drugi dzieli się na dwie części.

78. W pierwszej części zarzutu drugiego Marine Harvest twierdzi, że Sąd błędnie uznał, jakoby zasada *ne bis in idem* nie miała zastosowania. W ocenie Marine Harvest zasada ta ma zastosowanie nawet w sytuacji, gdy – tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – dwie grzywny nałożone są jedną decyzją. Posiłkowo Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd, uznając, że nie miała zastosowania ogólna zasada zaliczenia. W ocenie Marine Harvest zasada ta, która ma zastosowanie wówczas, gdy zasada *ne bis in idem* nie ma pełnego zastosowania, wymaga, aby przy wyznaczaniu grzywny wziąć pod uwagę wcześniejszą grzywnę.

79. W drugiej części zarzutu drugiego Marine Harvest podnosi, że Sąd popełnił błąd, oddalając w pkt 362 zaskarżonego wyroku zarzut dotyczący naruszenia zasad regulujących zbieg naruszeń. W myśl tych zasad, jeżeli to samo zachowanie objęte jest dwoma przepisami prawnymi, a jeden z nich przewiduje bardziej szczególny czyn niż drugi, zachowanie to powoduje naruszenie tylko pierwszego

28 Pragnę uściślić, że art. 7 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 (obecnie art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004) przewidywał wyjątek od obowiązku zawieszenia wyłącznie w odniesieniu do publicznych ofert przejęcia. Wyjątek ten rozszerzono o serię transakcji w obrocie papierami wartościowymi rozporządzeniem nr 139/2004.

29 Z pkt 188 zielonej księgi wynika, że stosowanie obowiązku zawieszenia do przejęć pełzających może być postrzegane jako „niepraktyczne”, zaś z pkt 76 streszczenia odpowiedzi otrzymanych w związku z zieloną księgą wynika, że jest trudno określić, „kiedy obowiązek zgłoszenia powstaje w przypadku przejęcia pełzającego” (innymi słowy, które akcje „przeważają szalę”, powodując przekazanie kontroli nad przejmowanym przedsiębiorstwem). Z tego względu w rozporządzeniu nr 139/2004 rozszerzono zakres wyjątku od obowiązku zawieszenia na serię transakcji w obrocie papierami wartościowymi. Zobacz zieloną księgę dotyczącą przeglądu rozporządzenia nr 4064/89, przedstawioną przez Komisję w dniu 11 grudnia 2001 r. (zwaną dalej „zieloną księgą”) [COM(2001) 745 wersja ostateczna], jak również streszczenie odpowiedzi otrzymanych w związku z zieloną księgą, dostępne na stronie internetowej Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej.

z przepisów, ale nie drugiego. W ocenie Marine Harvest naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi bardziej szczególny czyn niż naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Wynika z tego, że Marine Harvest naruszyła jedynie pierwszy z przepisów, dlatego też można było na nią nałożyć tylko jedną grzywnę.

80. Komisja podnosi, że drugi zarzut odwołania należy oddalić.

81. W ocenie Komisji pierwsza część zarzutu drugiego jest częściowo niedopuszczalna, a w całości – bezzasadna. Komisja uznaje podnoszony przez Marine Harvest zarzut co do naruszenia zasady *ne bis in idem* za bezzasadny w szczególności ze względu na to, iż zasada ta nie ma zastosowania, gdy dwie grzywny nałożone są jedną decyzją. Komisja podnosi ponadto, że zarzut Marine Harvest dotyczący naruszenia zasady zaliczenia jest niedopuszczalny, a w każdym razie bezzasadny. Niedopuszczalność zarzutu wynika z tego, iż w odwołaniu nie przytoczono argumentów prawnych na poparcie tego twierdzenia ani nie wskazano konkretnego uchybienia Sądu. O bezzasadności zarzutu świadczy to, że Komisja w spornej decyzji ustaliła wysokość grzywien na poziomie proporcjonalnym do rodzaju, ciężaru i czasu trwania naruszeń, jak wymaga tego art. 14 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

82. Druga część zarzutu drugiego jest, zdaniem Komisji, bezzasadna. W ocenie Komisji, po pierwsze, zasady regulujące zbieg naruszeń, ogólnie rzecz biorąc, nie stoją na przeszkodzie uznaniu, że to samo zachowanie powoduje naruszenie dwóch odrębnych przepisów prawnych. Po drugie, naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie jest bardziej szczególnym naruszeniem niż naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

83. Marine Harvest podnosi w odpowiedzi, że przedstawiony przez nią zarzut dotyczący naruszenia zasady zaliczenia jest dopuszczalny, jako że wskazuje ona w odwołaniu kwestionowane punkty zaskarżonego wyroku i przedstawia argumenty na poparcie tego zarzutu.

2. Ocena

84. W zarzucie drugim Marine Harvest podnosi, że uznając możliwość nałożenia odrębnych grzywien, jednej za naruszenie obowiązku zgłoszenia przewidzianego art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a drugiej za naruszenie obowiązku zawieszenia przewidzianego w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, Sąd naruszył zasadę *ne bis in idem*, zasadę zaliczenia lub zasady regulujące zbieg naruszeń.

a) Dopuszczalność

85. Komisja twierdzi, że zarzut naruszenia zasady zaliczenia jest niedopuszczalny, ponieważ nie przedstawiono argumentów prawnych na jego poparcie i nie wskazano konkretnego błędu popełnionego przez Sąd³⁰.

86. W mojej ocenie twierdzenie o niedopuszczalności nie zasługuje na uwzględnienie.

87. Po pierwsze, odwołanie czyni zadość wymogowi określonymu w art. 168 ust. 1 lit. d) regulaminu postępowania przez Trybunałem Sprawiedliwości, zgodnie z którym odwołanie powinno zawierać argumenty prawne, na które powołuje się wnoszący odwołanie. W odwołaniu wyjaśniono bowiem, że zasada zaliczenia stanowi ogólną zasadę prawa Unii (powołano się tu na pojęcie *Anrechnungsprinzip*

³⁰ Pragnę zauważyć, że Komisja nie podniosła przed Sądem niedopuszczalności zarzutu naruszenia zasady *ne bis in idem* ani zarzutu naruszenia zasad regulujących zbieg naruszeń.

występujące w prawie niemieckim oraz na opinie dwóch rzeczników generalnych)³¹; czego wymagają takie zasady (by przy ustalaniu drugiej kary uwzględniać pierwszą karę) oraz dlaczego zasada ta ma zastosowanie do niniejszej sprawy (ma zastosowanie, gdy nie ma zastosowania zasada *ne bis in idem*)³².

88. Po drugie, zgodnie z wymogiem przewidzianym w art. 169 ust. 2 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości odwołanie precyzyjnie wskazuje, że wnosząca odwołanie kwestionuje pkt 339–344 zaskarżonego wyroku.

b) Co do istoty

1) Pierwsza część zarzutu drugiego

89. W pierwszej części zarzutu drugiego Marine Harvest zarzuca naruszenie zasady *ne bis in idem* lub, posiłkowo, zasady zaliczenia. Odniosę się po kolei do każdego z tych zarzutów.

*i) Zarzut naruszenia zasady *ne bis in idem**

90. Marine Harvest twierdzi, że Sąd naruszył zasadę *ne bis in idem*, uznając, iż za to samo zachowanie, a mianowicie za dokonanie transakcji nabycia z grudnia 2012 r. można ją ukarać, nakładając odrębne grzywny, z których jedna jest grzywną za naruszenie obowiązku zgłoszenia koncentracji przed jej wykonaniem przewidzianego w art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, zaś druga jest grzywną za naruszenie obowiązku zawieszenia wprowadzenia koncentracji w życie do czasu uznania jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, o czym stanowi art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

91. Zgodnie z orzecznictwem w postępowaniu w sprawie nałożenia grzywnien na podstawie przepisów prawa konkurencji należy przestrzegać zasady *ne bis in idem*, która obecnie jest zapisana w art. 50 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”). Zasada ta zabrania ponownego karania lub ścigania przedsiębiorstwa z tytułu antykonkurencyjnego zachowania, za które zostało ono ukarane lub za które nie ponosi ono odpowiedzialności, jak uznano we wcześniejszej, niepodlegającej zaskarżeniu decyzji³³.

92. Wynika z tego, że na zasadę *ne bis in idem*, której stosowanie w odniesieniu do nakładania grzywnien za naruszenie obowiązków ciężących na przedsiębiorstwach na podstawie rozporządzenia nr 139/2004 wynika z orzecznictwa przytoczonego we wcześniejszym punkcie, składają się dwa elementy: (i) musi chodzić o to samo zachowanie (przesłanka *idem*); oraz (ii) wydana wcześniej decyzja musi być ostateczna (przesłanka *bis*).

93. Uważam, że zarzut dotyczący naruszenia zasady *ne bis in idem* należy oddalić. Chociaż zachowanie, które Komisja uznała za naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, jest tożsame, nie został spełniony wymóg istnienia wcześniejszej decyzji.

94. Jak już wspomniano w poprzednim punkcie, przesłanka *idem* nie powoduje żadnych trudności.

31 Mianowicie opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2006:760, pkt 56, 58, 61); a także opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie Beneo-Orafti (C-150/10, EU:C:2011:164, przypis 43).

32 Przypominam, że zarzut naruszenia zasady zaliczenia podniesiono posiłkowo, a więc na wypadek gdyby Sąd uznał, że nie doszło do naruszenia zasady *ne bis in idem*.

33 Wyroki: z dnia 15 października 2002 r., Limburgse Vinyl Maatschappij i in./Komisja (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, EU:C:2002:582, pkt 59); z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 94); z dnia 3 kwietnia 2019 r., Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, pkt 28).

95. Zgodnie z orzecznictwem w sprawach z zakresu prawa konkurencji stosowanie zasady *ne bis in idem* jest obwarowane trzema warunkami, a mianowicie tożsamości zdarzeń, tożsamości sprawcy naruszenia i tożsamości chronionego interesu prawnego³⁴.

96. Po pierwsze, naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wywodzi się z tych samych zdarzeń co naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

97. Można by argumentować, że naruszenie pierwszego z przepisów wynikało z niezgłoszenia umowy nabycia akcji po jej zawarciu w dniu 14 grudnia 2012 r., zaś naruszenie drugiego z przepisów wynikało z przeprowadzenia 4 dni później transakcji nabycia z grudnia 2012 r.

98. Pragnę jednak zauważyć, że niezgłoszenie umowy nabycia akcji *samo w sobie* nie stanowi naruszenia art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, zważywszy, że przepis ten przewiduje wymóg zgłoszenia koncentracji „przed ich wykonaniem”. Nie dochodzi do naruszenia tego przepisu, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo wstrzymuje się od zgłoszenia koncentracji „po zawarciu umowy”. Naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wynika z *wykonania* koncentracji, której nie zgłoszono. Z kolei art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 zawierał wymóg, aby koncentrację zgłosić „nie później niż w tydzień po zawarciu porozumienia”, co oznacza, że niezgłoszenie koncentracji (w terminie jednego tygodnia) *samo w sobie* stanowiło naruszenie tego przepisu.

99. Z tego względu naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wynikało z finalizacji transakcji nabycia z grudnia 2012 r., za sprawą której wykonano koncentrację przed jej zgłoszeniem. Z powyższego wynika, że naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wywodzi się z tych samych zdarzeń (finalizacji transakcji nabycia z grudnia 2012 r.), co sprawia, że spełniony jest pierwszy z warunków wymienionych w pkt 95 powyżej.

100. Po drugie, w obydwu przypadkach sprawcą naruszenia jest Marine Harvest. Mając na uwadze, że spółka ta przejęła wyłączną kontrolę nad Morpołem, Marine Harvest powinna była dochować obowiązku dokonania zgłoszenia koncentracji przed jej wykonaniem przewidzianego art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004³⁵ oraz obowiązku zawieszenia przewidzianego w art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

101. Po trzecie, interes prawny chroniony przez obydwie obowiązki jest tożsamy, ponieważ służą one zapobieżeniu wykonaniu koncentracji przed jej zgłoszeniem i zaakceptowaniem przez Komisję, a zatem uniknięciu szkód dla konkurencji, które mogłyby wyniknąć z tego rodzaju przedwczesnego wykonania, o czym mowa w motywach 5 i 6 rozporządzenia nr 139/2004³⁶.

102. W rezultacie spełnione są trzy warunki wymienione w pkt 95 powyżej.

34 Wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 338); z dnia 14 lutego 2012 r., Toshiba Corporation i in. (C-17/10, EU:C:2012:72, pkt 97). Dla zachowania kompletności wyводу pragnę doprecyzować, że zakwestionowano istotność trzeciego warunku wymienionego w pkt 95 powyżej, a mianowicie tożsamości chronionego interesu prawnego. Zgodnie z orzecznictwem reguły konkurencji Unii i krajowe reguły konkurencji służą „różnym celom” (zob. wyrok z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in., 14/68, EU:C:1969:4, pkt 11), w związku z czym służą ochronie odmiennych interesów prawnych. Wynika z tego, że zasada *ne bis in idem* nie stoi na przeszkodzie nałożeniu na to samo przedsiębiorstwo odrębnych grzywnien za naruszenie, z jednej strony, reguł konkurencji Unii, a z drugiej strony, krajowych reguł konkurencji. Niemniej znaczenie warunku tożsamości chronionego interesu prawnego jest kwestionowane, ponieważ, po pierwsze, warunku tego nie stosuje się w obszarach prawa Unii innych niż prawo konkurencji (zob. opinie: rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in., C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 116; a także rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Menci, C-524/15, EU:C:2017:667, pkt 27), a po drugie, jest on sprzeczny z rosnącą konwergencją unijnych i krajowych reguł konkurencji oraz decentralizacją stosowania reguł konkurencji Unii przewidzianą w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w [art. 101 i 102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1) (zob. opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Toshiba Corporation i in., C-17/10, EU:C:2011:552, pkt 121–123; opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, C-617/17, EU:C:2018:976, pkt 48; a także M. Veenbrink, *Bringing Back Unity: Modernizing the Application of the Non Bis in Idem Principle*, *World Competition*, 2019, vol. 42, No 1, s. 67–86). Kwestia ta nie pojawia się jednak w niniejszej sprawie ze względów wskazanych w pkt 101 poniżej.

35 Zobacz art. 4 ust. 2 zdanie drugie rozporządzenia nr 139/2004.

36 Zobacz wyrok z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 41, 42).

103. Niemniej jednak, jak wspomniano w pkt 93 powyżej, trudności przysparza przesłanka bis, zatem zasada ne bis in idem nie ma zastosowania do niniejszej sprawy.

104. Otóż, aby zasada ne bis in idem miała zastosowanie, musi istnieć wcześniejsza decyzja, w której na tę samą osobę nałożono grzywnę za to samo zachowanie. Wynika to z orzecznictwa przytoczonego w pkt 91 powyżej, w którym zakaz podwójnego karania uzależniono od istnienia „wcześniejszej, niepodlegającej zaskarżeniu decyzji”. Wynika to również z brzmienia art. 50 karty, który wymaga, by osoba była „uprzednio uniewinniona lub [...] skazana”.

105. Z kolei, jeżeli – tak jak w tym przypadku – nie ma wcześniejszej decyzji, a dwie grzywny nałożono jedną decyzją, zasada ne bis in idem nie ma zastosowania.

106. Potwierdzono to w niedawnym wyroku, w którym Trybunał orzekł, że zasada ne bis in idem nie ma zastosowania, w sytuacji gdy krajowy organ ochrony konkurencji nałożył w jednej decyzji dwie grzywny – jedną za naruszenie reguł konkurencji Unii, a drugą za naruszenie krajowych reguł konkurencji³⁷. Chociaż w niniejszej sprawie dwie grzywny nałożono za naruszenie dwóch przepisów prawa Unii, a mianowicie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, w świetle uwag poczynionych w pkt 104 nie widzę powodu, aby rozstrzygnięcie z przytoczonego wyroku nie mogło mieć zastosowania w niniejszej sprawie.

107. Ponadto jest to spójne z wyrokiem w sprawie LG Display i LG Display Taiwan/Komisja. Komisja wydała decyzję (zwaną dalej „pierwszą decyzją”), w której uznała, że producenci wyświetlaczy ciekłokrystalicznych naruszyli art. 101 TFUE. Niemniej jednak Komisja wyłączyła z zakresu pierwszej decyzji japońskich dostawców tych wyświetlaczy i wszczęła w stosunku do nich kolejne postępowanie, które nadal było w toku (zwane dalej „drugim postępowaniem”). Sąd orzekł, że na poparcie skargi o stwierdzenie nieważności pierwszej decyzji nie można powołać się na zasadę ne bis in idem³⁸. Na zasadę tę można powołać się jedynie na poparcie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji kończącej drugie postępowanie. Zdaniem Sądu zasada ne bis in idem „nie ma [...] żadnego znaczenia w przypadku [pierwszej] decyzji, której wydanie stanowi warunek sine qua non dla możliwości powołania się na tę zasadę w odniesieniu do kolejnego postępowania”³⁹.

108. Znajduje to potwierdzenie w wyroku wydanym w sprawie Limburgse Vinyl Maatschappij i in./Komisja, w którym Trybunał, powołując się na względy proceduralne, stwierdził nieważność decyzji Komisji nakładającej grzywnę za naruszenie art. 101 TFUE. Trybunał orzekł, że zasada ne bis in idem nie stała na przeszkodzie ponownemu wszczęciu postępowania przez Komisję i nałożeniu nowej grzywny. W takiej sytuacji grzywna nałożona w nowej decyzji nie zostaje bowiem dodana do grzywny nałożonej w pierwszej decyzji, ale ją zastępuje. Można zatem powiedzieć, że wcześniejsza grzywna już nie istnieje⁴⁰.

109. Konkluzja przedstawiona przeze mnie w pkt 105 powyżej nie została zakwestionowana w trzech wyrokach, na które powołuje się Marine Harvest, a mianowicie w wyrokach w sprawach: Beneo-Orafti, Coop de France Bétail et Viande i in./Komisja oraz Transcatlab/Komisja⁴¹.

37 Wyrok z dnia 3 kwietnia 2019 r., Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, pkt 35).

38 Skarżący, których dotyczyła pierwsza decyzja, podnosili, że drugie postępowanie mogłoby skutkować nie tylko nałożeniem grzywnien na dostawców japońskich, ale również na nich.

39 Wyrok z dnia 27 lutego 2014 r., LG Display i LG Display Taiwan/Komisja (T-128/11, EU:T:2014:88, pkt 242).

40 Wyrok z dnia 15 października 2002 r. (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, EU:C:2002:582, pkt 62). Zobacz również wyrok z dnia 1 lipca 2009 r., ThyssenKrupp Stainless/ Komisja (T-24/07, EU:T:2009:236, pkt 190, 191). Zasada ne bis in idem mogłaby jednak prawdopodobnie stać na przeszkodzie ponownemu wszczęciu postępowania, gdyby nieważność decyzji Komisji stwierdzono z przyczyn materialnych, ponieważ wówczas stanowiłoby to „uniewinnienie” (wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r., Komisja/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, pkt 24; opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Komisja/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:317, pkt 27).

41 Wyroki: z dnia 18 grudnia 2008 r., Coop de France Bétail et Viande i in./Komisja (C-101/07 P i C-110/07 P, EU:C:2008:741); z dnia 21 lipca 2011 r., Beneo-Orafti (C-150/10, EU:C:2011:507); z dnia 5 października 2011 r., Transcatlab/Komisja (T-39/06, EU:T:2011:562).

110. Wyroki te odnosiły się do sytuacji, w których kilka kar nałożono jedną decyzją. Uznając, że nie doszło do naruszenia zasady *ne bis in idem*, sądy Unii oparły się w każdej z tych spraw nie na braku wcześniejszej decyzji, ale na następujących okolicznościach: jeden ze spornych środków nie stanowił kary⁴²; nie zachodziła tożsamość sprawców naruszenia⁴³ i nie zachodziła tożsamość zdarzeń ani tożsamość sprawców⁴⁴.

111. Wbrew temu, co podnosi Marine Harvest, fakt, że sądy Unii nie oparły się na braku wcześniejszej decyzji, nie oznacza, że uznały, iż zasada *ne bis in idem* ma zastosowanie w przypadku nałożenia wielu kar jedną decyzją. Oznacza to po prostu, że nie istniała konieczność rozstrzygnięcia przez sądy Unii tej kwestii z uwagi na to, iż warunki dotyczące tożsamości zdarzeń, tożsamości sprawcy naruszenia i tożsamości chronionego interesu prawnego oraz warunków istnienia wcześniejszej, niepodlegającej zaskarżeniu decyzji muszą zostać spełnione łącznie. Z tego względu, skoro – podobnie jak to miało miejsce we wszystkich trzech orzeczeniach – jeden z pierwszych trzech warunków nie jest spełniony, nie zachodzi konieczność ustalania, czy spełniono warunek istnienia wcześniejszej decyzji.

112. Pragnę zauważyć, że Sąd nie popełnił błędu, stwierdzając w pkt 319 zaskarżonego wyroku, że zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania do niniejszej sprawy, ponieważ dwie grzywny nałożono w jednej i tej samej decyzji.

ii) Zarzut naruszenia zasady zaliczenia

113. Marine Harvest twierdzi, że skoro Sąd oddalił zarzut dotyczący naruszenia zasady *ne bis in idem*, powinien on mimo wszystko stwierdzić naruszenie zasady zaliczenia, w myśl której przy ustalaniu drugiej kary należy wziąć pod uwagę pierwszą nałożoną karę.

114. W mojej ocenie zarzut ten należy oddalić.

115. Zgodnie z orzecznictwem możliwość zbiegu sankcji, z których jedna jest sankcją na szczeblu unijnym, a druga sankcją na szczeblu krajowym, i które wynikają z dwóch równoległych, służących różnym celom procedur, których dopuszczalność wynika ze szczególnego systemu podziału kompetencji w dziedzinie karteli między Unię Europejską a państwa członkowskie, podlega zasadzie słuszności. Oznacza to, że przy ustalaniu wysokości grzywien Komisja musi uwzględnić kary poniesione już przez to samo przedsiębiorstwo w związku z tym samym zachowaniem, jeżeli nałożono je za naruszenia prawa kartelowego państwa członkowskiego, a zatem za naruszenia, których dopuszczono się w Unii Europejskiej⁴⁵.

116. Jak wynika z orzecznictwa przytoczonego w poprzednim punkcie, zasada ta, znana jako zasada zaliczenia, ma zastosowanie w sytuacjach, gdy postępowania toczą się równolegle przed Komisją (na podstawie reguł konkurencji Unii) oraz krajowym organem ochrony konkurencji (na podstawie krajowych reguł konkurencji). Jak już wspomniano⁴⁶, w takich sytuacjach zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania. Wymóg uwzględnienia pierwszej grzywny przy ustalaniu drugiej łagodzi konsekwencje niestosowania zasady *ne bis in idem*.

42 Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Beneo Orafti (C-150/10, EU:C:2011:507, pkt 70, 74).

43 Wyroki: z dnia 18 grudnia 2008 r., Coop de France Bétail et Viande i in./Komisja (C-101/07 P i C-110/07 P, EU:C:2008:741, pkt 128, 130); z dnia 13 grudnia 2006 r., FNCBV/Komisja (T-217/03 i T-245/03, EU:T:2006:391, pkt 342, 344).

44 Wyrok z dnia 5 października 2011 r., Transcatab/Komisja (T-39/06, EU:T:2011:562, pkt 254–259). Odwołanie od tego wyroku zostało oddalone (postanowienie z dnia 13 grudnia 2012 r., Transcatab/Komisja, C-654/11 P, niepublikowane, EU:C:2012:806).

45 Wyroki: z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in. (14/68, EU:C:1969:4, pkt 11); z dnia 6 kwietnia 1995 r., Sotralentz/Komisja (T-149/89, EU:T:1995:69, pkt 29); z dnia 27 września 2006 r., Jungbunzlauer/ Komisja (T-43/02, EU:T:2006:270, pkt 290).

46 Zobacz przypis 34.

117. Niemniej jednak zasada zaliczenia nie obowiązuje, jeżeli postępowania toczą się równolegle przed Komisją i przed organem ochrony konkurencji państwa niebędącego państwem członkowskim. W takiej sytuacji Komisja może wziąć pod uwagę grzywny nałożone przez organ państwa niebędącego państwem członkowskim, ale nie ma takiego obowiązku⁴⁷. Dzieje się tak nawet wówczas, gdy zasada *ne bis in idem* nie ma zastosowania ze względu na fakt, iż nie zachodzi tożsamość chronionego interesu prawnego⁴⁸. Z tego względu nie zgodzę się z argumentem Marine Harvest, że zasada zaliczenia „ma zastosowanie do *wszelkich* sytuacji, w których nie ma zastosowania w pełni zasada *ne bis in idem*”.

118. Nie zgodzę się również z argumentem Marine Harvest, że zasada zaliczenia stanowi „ogólną zasadę prawa Unii”. W tym względzie pragnę zauważyć, że twierdzenie rzecznik generalnej E. Sharpston, która w opinii w sprawie Kraaijenbrink, na którą powołuje się Marine Harvest, wskazała, że „w prawie Unii obowiązuje ogólna zasada zaliczania nakazująca sądowni, który po raz drugi dokonuje osądzenia tych samych czynów, wziąć pod uwagę kary wymierzone wcześniej”⁴⁹, nie znalazło poparcia Trybunału⁵⁰. Co więcej, nawet gdyby Trybunał przyjął stanowisko proponowane przez rzecznik generalną E. Sharpston i uznał zasadę zaliczenia za zasadę ogólną, i tak nie miałoby to wpływu na niniejszą sprawę. Ze słów rzecznik generalnej E. Sharpston wynika bowiem, że zasada ta miałaby zastosowanie, gdyby dokonywano osądzenia po raz drugi, a w niniejszej sprawie tak się nie dzieje.

119. Ponadto z orzecznictwa przytoczonego w pkt 115 powyżej wynika, że aby zasada zaliczenia mogła mieć zastosowanie, postępowania muszą toczyć się równolegle przed Komisją i przed organem ochrony konkurencji państwa członkowskiego. Jeżeli – tak jak w niniejszej sprawie – nie toczą się równolegle postępowania, a działanie podejmuje jedynie Komisja, nie ma powodu, aby stosować to orzecznictwo.

120. W tym względzie pragnę podkreślić, że niniejsza sprawa dotyczy kontroli łączenia przedsiębiorstw w Unii, którą to kwestię reguluje zasada „jednego okienka”, w myśl której postępowania nigdy nie mogą toczyć się równolegle przed Komisją i przed organem ochrony konkurencji państwa członkowskiego⁵¹. Z tego względu nie może wchodzić w grę zasada zaliczenia, która służy złagodzeniu konsekwencji systemu równoległej właściwości przy wykonaniu art. 101 i 102 TFUE. Wynika z tego, że jeżeli to samo zachowanie jest objęte dwoma przepisami należącymi do *jednego systemu prawnego*⁵², kwestia możliwości nałożenia dwóch kar podlega rozstrzygnięciu w świetle zasad regulujących zbieg naruszeń w ramach tego systemu, a nie w świetle zasady zaliczenia.

121. W związku z powyższym uważam, że zarzut naruszenia zasady zaliczenia należy oddalić.

122. Dla zachowania kompletności wyводу zaznaczę, że w odpowiedzi na pytanie Trybunału Marine Harvest podniosła na rozprawie, że zasada zaliczenia stanowi wyraz zasady proporcjonalności.

123. Zgadzam się z Komisją, że zarzut naruszenia zasady proporcjonalności jest niedopuszczalny.

47 Wyroki: z dnia 29 czerwca 2006 r., Showa Denko/Komisja (C-289/04 P, EU:C:2006:431, pkt 57–60); z dnia 29 czerwca 2006 r., SGL Carbon/Komisja (C-308/04 P, EU:C:2006:433, pkt 33–36); z dnia 10 maja 2007 r., SGL Carbon/Komisja (C-328/05 P, EU:C:2007:277, pkt 31–34); z dnia 9 lipca 2015 r., InnoLux/Komisja (C-231/14 P, EU:C:2015:451, pkt 75).

48 Wyroki: z dnia 29 czerwca 2006 r., Showa Denko/Komisja (C-289/04 P, EU:C:2006:431, pkt 50–56); z dnia 29 czerwca 2006 r., SGL Carbon/Komisja (C-308/04 P, EU:C:2006:433, pkt 28–32); z dnia 10 maja 2007 r., SGL Carbon/Komisja (C-328/05 P, EU:C:2007:277, pkt 24–30); z dnia 9 lipca 2015 r., InnoLux/Komisja (C-231/14 P, EU:C:2015:451, pkt 75).

49 C-367/05, EU:C:2006:760, pkt 58.

50 Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r., Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444).

51 Zobacz motywy 8 i 11, a także art. 21 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004. Komisja ma wyłączną właściwość w zakresie kontroli koncentracji o wymiarze unijnym, a więc w przypadku osiągnięcia progów obrotu przewidzianych w art. 1 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia (chyba że Komisja podejmie decyzję o skierowaniu koncentracji do właściwych organów państwa członkowskiego na podstawie art. 4 ust. 4 lub art. 9 rozporządzenia nr 139/2004).

52 W niniejszej sprawie – systemu prawnego Unii, a konkretniej art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

124. Chociaż zgadzam się, że zasada zaliczenia jest, koniec końców, wyrazem wymogu proporcjonalności grzywien, nie zmienia to faktu, iż w odwołaniu wniesionym do Trybunału Marine Harvest nie podnosiła zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności. Nie zakwestionowała pkt 579–631 zaskarżonego wyroku, w którym Sąd oddalił zarzut dotyczący nieproporcjonalności grzywien. Powoduje to niespójność z art. 168 ust. 1 lit. d) regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości, który wymaga, aby odwołanie zawierało podnoszone zarzuty.

125. Uważam zatem, że pierwszą część zarzutu drugiego należy oddalić.

2) Druga część zarzutu drugiego

i) Wprowadzenie

126. W drugiej części zarzutu drugiego Marine Harvest twierdzi, że w prawie międzynarodowym i w porządkach prawnych państw członkowskich określono zasady regulujące zbieg naruszeń. W opinii Marine Harvest zasady te wymagają, aby w sytuacji, gdy to samo zachowanie podlega więcej niż jednemu przepisowi prawnemu, ale jeden z przepisów jest bardziej szczególny niż drugi, zastosowanie miał wyłącznie pierwszy z nich. Marine Harvest podnosi, że naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi naruszenie bardziej szczególne niż naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, w związku z czym zastosowanie powinien mieć tylko pierwszy z przepisów. Marine Harvest twierdzi, że wynika z tego, iż Sąd popełnił błąd, podtrzymując twierdzenie Komisji, że zachowanie Marine Harvest powodowało naruszenie zarówno art. 4 ust. 1, jak i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, tak że możliwe było nałożenie odrębnych grzywien.

127. Uważam, że druga część zarzutu drugiego zasługuje na uwzględnienie. Poniżej przedstawię powody, które skłaniają mnie do przyjęcia takiego stanowiska.

128. Na początku pragnę przypomnieć, że – jak wyjaśniłem w pkt 98 i 99 powyżej – zachowanie objęte zakresem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi jedno i to samo zachowanie, a mianowicie jest nim dokonanie finalizacji transakcji nabycia z grudnia 2012 r. Niezgłoszenie przez Marine Harvest zawarcia umowy nabycia akcji nie stanowi naruszenia art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia, ponieważ niezgłoszenie koncentracji po zawarciu umowy nie wystarczy, by naruszyć ten przepis. Zostaje on naruszony jedynie wówczas, gdy niezgłoszona koncentracja zostanie wykonana. Z tego względu naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wynika z *wykonania* koncentracji przy braku uprzedniego zgłoszenia. Nie budzi sporu, iż to samo zachowanie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

129. W rezultacie nasuwa się pytanie, czy jeżeli *to samo zachowanie* (finalizacja transakcji nabycia z grudnia 2012 r.) jest objęte zakresem dwóch przepisów prawa Unii (art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004), Komisja może stwierdzić naruszenie obydwu przepisów czy musi stwierdzić naruszenie tylko jednego z nich.

130. Pragnę zauważyć, że wedle mojej wiedzy, jak stwierdził Sąd w pkt 348 zaskarżonego wyroku, w prawie konkurencji Unii nie istnieją żadne szczególne przepisy dotyczące zbiegu naruszeń.

131. Niemniej w przepisach karnych państw członkowskich występują zasady regulujące zbieg przestępstw. Należałoby zatem zwrócić uwagę na te zasady w celu ustalenia, czy można czerpać z nich inspirację na potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane w pkt 129 powyżej.

132. Z tego względu w pierwszej kolejności przeanalizuję zasady regulujące zbieg przestępstw w porządkach prawnych niektórych państw członkowskich. Następnie zbadam, czy mogą one posłużyć za inspirację. W mojej ocenie, jeżeli – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie – to samo zachowanie wchodzi w zakres art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a naruszenie jednego z tych

przepisów obejmuje naruszenie drugiego, zastosowanie powinien mieć tylko pierwszy z nich. Po trzecie, ocenę, czy naruszenie jednego z tych dwóch przepisów obejmuje naruszenie drugiego. W mojej ocenie naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 obejmuje naruszenie art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia. Po czwarte, wyciągnę wnioski z tego ustalenia i zaproponuję uchylenie zaskarżonego wyroku oraz stwierdzenie nieważności – w części – spornej decyzji.

ii) Zasady regulujące zbieg przestępstw w porządkach prawnych państw członkowskich

133. Marine Harvest powołuje się na niemiecką doktrynę „pozornego” lub „fałszywego zbiegu” (niem. *unechte Konkurrenz*).

134. Zgodnie z prawem niemieckim to samo zachowanie może powodować naruszenie kilku przepisów ustawowych (co odpowiada sytuacji „rzeczywistego zbiegu”, niem. *echte Konkurrenz*). W tej sytuacji nakładana jest tylko jedna kara. Zgodnie z § 52 ust. 2 Strafgesetzbuch (niemieckiego kodeksu karnego) taka pojedyncza kara nie może przekraczać najwyższego wymiaru kary za naruszenie odnośnych przepisów i nie może być niższa niż najwyższa kara minimalna przewidziana za naruszenie tych przepisów⁵³.

135. Niemniej zachowanie objęte kilkoma przepisami ustawowymi może zostać uznane za naruszenie tylko jednego przepisu. Dzieje się tak, jeżeli stosowanie danego przepisu wyklucza możliwość zastosowania innego przepisu (co odpowiada sytuacji „pozornego” lub „fałszywego zbiegu”, niem. *unechte Konkurrenz*). Do „pozornego” lub „fałszywego zbiegu” dochodzi, gdy: i) przepis ustawowy, obejmując wszystkie znamiona czynu z innego przepisu, zawiera element dodatkowy (zasada „szczegółności”, niem. *Spezialität*); (ii) przepis ustawowy w sposób wyraźny lub istotny wyłącza stosowanie innego przepisu (zasada pomocniczości, niem. *Subsidiarität*); lub (iii) przepis ustawowy należy do tak zwanego „typowego przebiegu zdarzeń”, który prowadzi do naruszenia innego przepisu, a pierwszy z przepisów jest regularnie naruszany jednocześnie z drugim (zasada absorpcji, niem. *Konsumtion*). W sytuacji „pozornego” lub „fałszywego zbiegu” stosuje się tylko jedną karę, zważywszy, że dane zachowanie spowodowało naruszenie tylko jednego przepisu⁵⁴.

136. Można wziąć pod uwagę przykładowo również zasady regulujące zbieg przestępstw w prawie francuskim, na które między innymi powoływała się Marine Harvest.

137. Zgodnie z prawem francuskim, jeżeli to samo zachowanie jest objęte więcej niż jednym przepisem ustawowym, zazwyczaj stwierdza się naruszenie tylko jednego przepisu⁵⁵. Przykładowo to samo zachowanie nie może stanowić jednocześnie zgwałcenia i uszkodzenia ciała. Zastosowanie będzie mieć tylko przepis zakazujący zgwałcenia, a przepis dotyczący uszkodzenia ciała będzie wyłączony⁵⁶. Dzieje się tak, gdy wszystkie obowiązujące przepisy chronią tę samą wartość społeczną. Przestępstwem nadrzędnym i uznanym za popełnione z wyłączeniem innych przestępstw jest to, które zagrożone jest wyższą karą maksymalną (stąd zgwałcenie ma pierwszeństwo przed uszkodzeniem ciała) lub to, które

53 Zobacz Brögelmann, *Methodik der Strafzumessung, Juristische Schulung*, 2002, s. 903 (zob. s. 905).

54 Przykładowo gdy to samo zachowanie jest objęte § 212 niemieckiego kodeksu karnego, który zakazuje zabójstwa, a także § 223 kodeksu, który zakazuje uszkodzenia ciała, zastosowanie ma tylko pierwszy z przepisów. Zobacz *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, Auf. 30, 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff.

55 Zobacz M.L. Rassat, *Droit penal général*, Ellipses, éd. 4, 2017, pkt 242.

56 Zobacz wyrok Cour de cassation, chambre criminelle [sądu kasacyjnego (izba karna), Francja] z dnia 6 stycznia 1999 r. (nr 98-80.730).

obejmuje drugie przestępstwo, ponieważ drugie popełniono w wyłącznym celu popełnienia pierwszego lub ponieważ drugie stanowi wstępny etap pierwszego⁵⁷, lub też – zgodnie z zasadą specialia generalibus derogant – to, które jest bardziej szczególne niż drugie przestępstwo. Z powyższego wynika, że nakłada się tylko jedną karę⁵⁸.

138. Niemniej jednak to samo zachowanie można też uznać za naruszenie więcej niż jednego przepisu ustawowego. Dzieje się tak szczególnie wówczas, gdy odnośne przepisy służą ochronie różnego rodzaju wartości społecznych⁵⁹. Co do zasady, w takiej sytuacji zastosowanie ma art. 132-3 Code pénal (francuskiego kodeksu karnego), który stanowi, że w toku tego samego postępowania można nałożyć tylko jedną karę o tym samym charakterze⁶⁰, przestrzegając przy tym górnej granicy wymiaru kary⁶¹. Możliwe jest jednak, że w drodze wyjątku wymóg nałożenia tylko jednej kary o tym samym charakterze nie zostanie zastosowany, co będzie skutkowało nałożeniem odrębnych kar, przy czym nadal obowiązywać będzie górna granica wymiaru kary⁶².

iii) Czy z zasad istniejących na gruncie porządków prawnych państw członkowskich można czerpać inspirację co do naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 powodowanego przez jedno i to samo zachowanie

139. W niniejszej sprawie to samo zachowanie jest objęte zakresem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Przez analogię do przytoczonych powyżej zasad pochodzących z krajowych porządków prawnych odnoszę wrażenie, że pytanie sprowadza się do tego, czy jeden z tych dwóch przepisów obejmuje drugi.

140. Proponowałbym, aby – jeżeli tak jest – stosować tylko przepis, który obejmuje drugi, wyłączając ów drugi przepis, co skutkowałoby możliwością nałożenia na Marine Harvest tylko jednej kary (opcja 1)⁶³. Jeżeli jest inaczej, do niniejszej sprawy zastosowanie muszą mieć obydwa przepisy. W takiej sytuacji pojawia się jednak kolejne pytanie, a więc pytanie o możliwość nałożenia odrębnych kar. Można uznać, że powinno się nałożyć odrębne kary, ponieważ Marine Harvest dopuściła się odrębnych naruszeń (opcja 2); lub że nałożyć trzeba tylko jedną karę, ponieważ obydwa naruszenia

57 Przykładowo nie można skazać osoby, z jednej strony, za pranie pieniędzy pochodzących z przestępstw oszustwa popełnionych przez jej partnera, a z drugiej, za zatajenie. Fakt, iż fundusze uzyskane w drodze oszustwa wpłacono na rachunek bankowy tej osoby, co stanowi przestępstwo zatajenia, był bowiem „jedynie wstępnym krokiem” do nabycia za te środki pewnej własności, co stanowi przestępstwo polegające na praniu brudnych pieniędzy pochodzących z oszustwa. Z tego względu taką osobę uznano za winną jedynie prania pieniędzy [zob. wyrok Cour de cassation, chambre criminelle (sądu kasacyjnego (izba karna)) z dnia 26 października 2016 r., n° 15-84.552].

58 Zobacz E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, éd. 4, 2016, pkt 632, 633.

59 Przykładowo, jeżeli te same osoby uprowadzą samolot i wezmą pilota, załogę i pasażerów jako zakładników, mogą być uznane za winne dwóch przestępstw, a więc uprowadzenia samolotu oraz wzięcia zakładników. Przestępstwa te wymierzone są bowiem w odmienne dobra, odpowiednio w swobodę ruchu w przestrzeni powietrznej oraz w życie osób i ofiar [zob. wyrok Cour de cassation, chambre criminelle [sądu kasacyjnego (izba karna)] z dnia 27 listopada 2003 r., n° 83-93.975].

60 Za kary o tym samym charakterze uważa się wszystkie wyroki przewidujące karę izolacyjną. Podobnie ten sam charakter mają wszystkie grzywny.

61 Zobacz J. Pradel, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, éd. 20, 2014, pkt 342(4°).

62 Zobacz wyrok Cour de cassation, chambre criminelle [sądu kasacyjnego (izba karna)] z dnia 9 grudnia 2014 r. (nr 13-85.937). W wyroku tym ów sąd orzekł, po pierwsze, że jedno i to samo zachowanie stanowiło, z jednej strony, naruszenie zakazu nieumyślnego spowodowania śmierci, a z drugiej strony, naruszenie zasad bezpieczeństwa pracowników. Po drugie, sąd orzekł, że „za te naruszenia można nałożyć odrębne kary o tym samym charakterze, o ile – tak jak w niniejszej sprawie – ich łączna wysokość nie przekroczy górnej granicy wymiaru kary”.

63 Pragnę podkreślić, że moja propozycja ogranicza się ściśle do naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, wynikającego z jednego i tego samego zachowania. W żaden sposób nie wpływa ona na możliwość nałożenia przez Komisję większej liczby grzywn na to samo przedsiębiorstwo, jeżeli stwierdzi ona kilka naruszeń art. 101 TFUE, których dopuściło się owo przedsiębiorstwo. Sytuacja w niniejszej sprawie jest bowiem sytuacją, w której jedno i to samo zachowanie powoduje naruszenie kilku przepisów prawa konkurencji Unii, a mianowicie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Pytanie brzmi zatem, czy przepisy te definiują to samo naruszenie, czy może jeden obejmuje drugi, w którym to przypadku obydwa nie powinny odnosić się do tego samego zachowania. Z kolei jeżeli Komisja nakłada na to samo przedsiębiorstwo więcej niż jedną grzywnę na podstawie art. 101 TFUE, wynika to z faktu, że różnymi zachowaniami przedsiębiorstwo to naruszyło więcej niż raz ten sam przepis prawa konkurencji Unii, a mianowicie zakaz porozumień i uzgodnionych praktyk przewidziany w art. 101 TFUE. W tej sytuacji nasuwa się pytanie, czy faktycznie doszło do kilku naruszeń art. 101 TFUE, co pozwoliłoby nałożyć kilka grzywn, czy może sporne działania niezgodne z prawem stanowią jedno i to samo naruszenie art. 101 TFUE, co oznacza, że można nałożyć tylko jedną grzywnę. Jest to pytanie zupełnie odmienne od tego, które nas interesuje.

wynikają z jednego i tego samego zachowania (opcja 3); lub że należy nałożyć dwie kary, jednak z zastrzeżeniem wymogu, w myśl którego *ich łączna wysokość* nie przekracza limitu 10% przewidzianego w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 r.⁶⁴, ponieważ – powtórzmy – obydwa naruszenia wynikają z jednego i tego samego zachowania⁶⁵ (opcja 4).

141. Pragnę podkreślić, że podczas gdy opcje 1 i 3 skutkowałyby w razie ich wyboru stwierdzeniem nieważności spornej decyzji w zakresie, w jakim stwierdzono w niej naruszenie więcej niż jednego przepisu i nałożono więcej niż jedną grzywnę, opcje 2 i 4 nie skutkowałyby stwierdzeniem nieważności tej decyzji w całości ani w części. W szczególności w kwestii opcji 4 pragnę zauważyć, że łączna wysokość grzywien nałożonych na Marine Harvest, a więc 20 mln EUR, stanowi mniej niż 1% obrotu zainteresowanego przedsiębiorstwa⁶⁶, w związku z czym jest to kwota znacznie poniżej limitu 10% przewidzianego w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

142. Uważam, że zachowanie polegające na wykonaniu koncentracji przed jej zgłoszeniem i uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym należy uznać za naruszenie tylko jednego przepisu, a mianowicie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Innymi słowy, jestem zdania, że spośród czterech opcji rozważanych w dwóch poprzednich punktach, należy przyjąć opcję 1. Poniżej przedstawię powody, które skłaniają mnie do przyjęcia takiego stanowiska.

iv) Naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 obejmuje naruszenie art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia

143. Jak już wspomniałem powyżej, jestem zdania, że dokonanie finalizacji transakcji nabycia z grudnia 2012 r. stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a nie art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia.

144. Po pierwsze, jak zauważyłem w pkt 101 powyżej, art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 służą temu samemu celowi. Obydwa mają służyć zapobieganiu wykonaniu koncentracji przed jej zgłoszeniem i uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym, a przez to uniknięciu szkody dla konkurencji, która może wyniknąć z takiego przedwczesnego wykonania. Dwa wspomniane przepisy służą zatem ochronie tej samej wartości i nie widzę powodów, dla których nie powinny być stosowane łącznie.

145. Ponadto odnoszę wrażenie, że szkoda dla konkurencji nie wynika z niedokonania zgłoszenia, stanowiącego naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, ale z wykonania koncentracji, co do której nie stwierdzono zgodności z rynkiem wewnętrznym, stanowiącego naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Zatem szkoda dla konkurencji wynikająca z przedwczesnego wykonania koncentracji powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a nie art. 4 ust. 1.

146. Po drugie, pragnę zauważyć, że niezgłoszenie koncentracji jest krokiem prowadzącym do wykonania takiej koncentracji. Dlaczego bowiem przedsiębiorstwo nie zgłasza koncentracji? Albo dąży ono do uniknięcia kontroli dokonywanej przez Komisję, albo nie ma świadomości, że transakcja stanowi koncentrację w wymiarze unijnym. W obydwu przypadkach będzie kontynuować działania zmierzające do wykonania koncentracji.

⁶⁴ Zgodnie z tym przepisem grzywny nie mogą przekraczać 10% łącznego obrotu zainteresowanego przedsiębiorstwa.

⁶⁵ Oznaczałoby to w moim przeświadczeniu, że zgodność z zasadą proporcjonalności należałoby ocenić (gdyby podniesiono ją w przyszłej sprawie) w odniesieniu do łącznej wysokości grzywien, a nie w odniesieniu do każdej grzywny z osobna.

⁶⁶ Zobacz przypis 5 spornej decyzji.

147. Po trzecie, pragnę zaznaczyć, że podczas gdy art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wymaga, by koncentracje zgłaszać „przed ich wykonaniem”, art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia zawiera zakaz wprowadzenia koncentracji w życie „przed jej zgłoszeniem” (część pierwsza) i „do czasu uznania jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym” (część druga). Artykuł 4 ust. 1 oraz część pierwsza art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 określają zatem to samo naruszenie i odnoszą się do tej samej sytuacji, w której koncentracja jest wykonywana przed jej zgłoszeniem⁶⁷.

148. W tym względzie pragnę zauważyć, że – jak wyjaśniłem w pkt 98 powyżej – nie jest możliwe naruszenie tylko i wyłącznie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Było to możliwe na gruncie rozporządzenia nr 4064/89, które wymagało według pierwotnego brzmienia art. 4 ust. 1 zgłoszenia koncentracji w terminie jednego tygodnia od zawarcia porozumienia. Z tego względu, jeżeli koncentrację zgłoszono jeden miesiąc po zawarciu porozumienia, ale przed jej wykonaniem, strona zgłaszająca naruszała art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89, ale nie naruszała art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Taka sytuacja nie jest już możliwa, ponieważ rozporządzeniem Rady (WE) nr 1310/97⁶⁸ zniesiono tygodniowy termin zgłoszenia (przyczyną zniesienia było uznanie terminu za zbędny, „ponieważ w interesie stron jest na ogół dokonywanie zgłoszenia możliwie jak najszybciej w celu zapewnienia szybkiego wydania decyzji”⁶⁹, a w praktyce nie przestrzegano go ściśle, ponieważ Komisja pozostawała elastyczna w kwestii zezwolenia na wydłużenie terminu)⁷⁰.

149. Pragnę również zauważyć, że wedle mojej wiedzy w praktyce Komisja nie nałożyła kary grzywny za naruszenie wyłącznie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 lub rozporządzenia nr 4064/89. We wszystkich sprawach, w których Komisja nakładała grzywnę za naruszenie tego przepisu, nakładała ona w tej samej decyzji drugą grzywnę – za naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 lub rozporządzenia nr 139/2004⁷¹.

150. Możliwe jest natomiast naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 bez naruszenia art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia. Jeżeli koncentrację wykonano po jej zgłoszeniu, ale przed uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym⁷², strona zgłaszająca narusza część drugą art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, który przewiduje zakaz wprowadzenia jej w życie do czasu uznania jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Nie dochodzi wówczas jednak do naruszenia art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia. Ponadto, zgodnie z wyrokiem w sprawie Ernst & Young, wprowadzenie w życie

67 Sytuacja ta może mieć miejsce w szczególności, gdy strony uznają, że ich transakcja nie stanowi koncentracji na potrzeby rozporządzenia nr 139/2004 (przykładowo, ponieważ nabyły udział mniejszościowy, który postrzegają jako niewystarczający do przejęcia kontroli w przejmowanym przedsiębiorstwie) lub że koncentracja nie ma wymiaru unijnego.

68 Rozporządzenie z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniające rozporządzenie nr 4064/89 (Dz.U. 1997, L 180, s. 1).

69 Zobacz pkt 182 zielonej księgi, przypis 29 powyżej.

70 Zobacz N. Levy, C. Cook, *European Merger Control Law: A Guide to the Merger Regulation*, LexisNexis, 2003, pkt 17.03[3].

71 Komisja nałożyła grzywny za wykonanie koncentracji przed jej zgłoszeniem i uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym w pięciu przypadkach: (i) decyzji Komisji z dnia 18 lutego 1998 r. nakładającej grzywny za niedokonanie zgłoszenia i wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 (sprawa IV/M.920) – Samsung/AST; (ii) decyzji Komisji z dnia 10 lutego 1999 r. nakładającej grzywny za niedokonanie zgłoszenia i wprowadzenie w życie trzech koncentracji z naruszeniem art. 4 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 (sprawa IV/M.969 – A.P.Møller); (iii) decyzji Komisji z dnia 10 czerwca 2009 r. nakładającej grzywnę za wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 (sprawa COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône); (iv) decyzji Komisji z dnia 24 kwietnia 2018 r. nakładającej grzywnę za wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 (sprawa M.7993 – Altice/PT Portugal); oraz (v) spornej decyzji. W czterech z wymienionych decyzji powołano się na naruszenie art. 4 ust. 1 wraz z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 lub rozporządzenia nr 139/2004; w jednej z nich na samo naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 (decyzja w sprawie M.4994 – Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône); w żadnej z nich nie powołano się jedynie na naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89 lub rozporządzenia nr 139/2004. Pragnę doprecyzować, że szóstą decyzję przyjęto w dniu 27 czerwca 2019 r., a Komisja nałożyła w niej na spółkę Canon grzywnę w wysokości 28 mln EUR za częściowe wykonanie przejęcia Toshiba Medical Systems Corporation. Wygląda na to, że grzywna ta stanowi karę za naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, zważywszy, że w komunikacie prasowym Komisji stwierdzono, że „Canon naruszyła zarówno obowiązek zgłoszenia, jak i obowiązek zawieszenia” (zob. komunikat prasowy Komisji z dnia 27 czerwca 2019 r., IP/19/3429 – decyzja jak dotąd nieopublikowana).

72 Do sytuacji takiej może dojść w szczególności, gdy strony nie mają świadomości, co stanowi wykonanie w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004 lub gdy błędnie uznają, że zastosowanie ma wyjątek przewidziany w art. 7 ust. 2 tego rozporządzenia.

transakcji, która przyczynia się do zmiany kontroli, przed zgłoszeniem koncentracji powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004⁷³. Niemniej w takiej sytuacji nie dochodzi do naruszenia art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia, ponieważ transakcja ta przyczynia się do zmiany kontroli, ale jej nie powoduje, w związku z czym nie stanowi koncentracji wymagającej zgłoszenia.

151. W rezultacie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 obejmuje w części pierwszej wszystkie przesłanki art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia, a w części drugiej zawiera przesłankę dodatkową. W mojej ocenie wynika z tego, że naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 obejmuje naruszenie art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia.

152. Jestem zatem zdania, że wykonanie koncentracji przed jej zgłoszeniem i uznaniem jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym stanowi naruszenie tylko art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Nie stanowi to naruszenia jednocześnie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

v) Błąd Sądu polegający na podtrzymaniu twierdzenia Komisji, że Marine Harvest naruszyła art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004

153. Sąd oddalił zarzut naruszenia zasad regulujących zbieg naruszeń na tej podstawie, iż – po pierwsze – naruszenie art. 4 ust. 1 i naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 były objęte jednakowym limitem 10%, co oznacza, że żaden z tych dwóch przepisów nie może być postrzegany jako mający pierwszeństwo przed drugim (pkt 350 zaskarżonego wyroku); a po drugie – naruszenie art. 4 ust. 1 nie było bardziej szczególne niż naruszenie art. 7 ust. 1 (pkt 351–362)⁷⁴.

154. Po pierwsze, pragnę podkreślić, że fakt, iż obydwa naruszenia podlegają tej samej górnej granicy wymiaru kary, nie oznacza, że jedno nie ma pierwszeństwa przed drugim. Jest to jeden z elementów, które należy wziąć pod uwagę, tym bardziej że zgodnie z rozporządzeniem nr 4064/89 naruszenie art. 4 ust. 1 podlegało wyłącznie karze grzywny w wysokości od 1000 EUR do 50 000 EUR, podczas gdy naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia było objęte – tak jak dzisiaj – limitem 10%. Niemniej w celu ustalenia, czy jedno naruszenie ma pierwszeństwo przed drugim, należy wziąć pod uwagę również inne czynniki. Należy zwrócić uwagę przykładowo na charakter naruszenia (niezgłoszenie lub przedwczesne wykonanie); fakt, iż jedno naruszenie (niezgłoszenie) jest na ogół krokiem prowadzącym do drugiego (przedwczesnego wykonania); oraz fakt, iż jedno naruszenie, obejmując wszystkie sytuacje, w których zachodzi drugie, obejmuje dodatkowe sytuacje. W szczególności ustalenie przez Sąd w pkt 294, 295 i 306 zaskarżonego wyroku, iż naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 „oznacza bezwzględnie naruszenie” art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, podczas gdy zasada ta nie działa w drugą stronę, powinno doprowadzić Sąd do wniosku, że to drugi przepis ma pierwszeństwo przed pierwszym. Niemniej w dokonywanej przez Sąd ocenie zarzutu naruszenia zasad regulujących zbieg naruszeń nie ma żadnego odniesienia do tego ustalenia.

155. Po drugie, pragnę zauważyć, że Sąd zbadał, czy naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi bardziej szczególne naruszenie niż naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Nie badał on scenariusza odwrotnego, a mianowicie tego, czy naruszenie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 było bardziej szczególne niż art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia.

⁷³ Wyrok z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 52).

⁷⁴ Pragnę zaznaczyć, że pkt 363-371 zaskarżonego wyroku dotyczą kwestii, czy „w sposób ogólny” (zob. pkt 371) w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych zasady regulujące zbieg naruszeń wykluczają zaistnienie odrębnych naruszeń wynikających z tego samego zachowania. Niemniej jednak kluczową kwestią jest, czy na potrzeby rozporządzenia nr 139/2004 zasady regulujące zbieg naruszeń wykluczają zaistnienie odrębnych naruszeń wynikających z tego samego zachowania.

156. Powodem pominięcia tej kwestii jest fakt, iż nie podniesiono jej. Marine Harvest podnosiła przed Sądem, że naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 było naruszeniem bardziej szczególnym niż naruszenie art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Nie podnosiła ona zaś, że naruszenie drugiego z przepisów było bardziej szczególne niż pierwszego⁷⁵.

157. Nie zmienia to jednak faktu, że Sąd nie mógł uznać w pkt 373 zaskarżonego wyroku, że „nie istnieje przepis mający zastosowanie jako przepis główny” jedynie na tej podstawie, że art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie był „przepisem mającym zastosowanie jako przepis główny” w stosunku do art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. Sąd mógłby dojść do takiego wniosku jedynie wówczas, gdyby stwierdził nie tylko że art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie ma pierwszeństwa przed art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, co uczynił, lecz także że drugi z wymienionych przepisów nie ma pierwszeństwa przed pierwszym, czego z kolei nie uczynił. Stwierdzenie, iż „nie istnieje przepis mający zastosowanie jako przepis główny” sugeruje uznanie a priori, że *żaden* z dwóch rozpatrywanych w tej sprawie przepisów nie ma pierwszeństwa przed drugim⁷⁶. Odnoszę wrażenie, że Sąd, stwierdzając, iż „nie istnieje przepis mający zastosowanie jako przepis główny” po zbadaniu tylko jednego z dwóch możliwych scenariuszy, nie wyciągnął wniosków z własnych ustaleń poczynionych w pkt 294–306 zaskarżonego wyroku.

158. W mojej ocenie nie można kwestionować tego, że należałoby stwierdzić niezgodność z prawem art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, by można było następnie uznać, że wykonanie koncentracji, która nie została zgłoszona ani uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym, stanowi naruszenie jednego, a nie dwóch przepisów tego rozporządzenia.

159. W tym względzie pragnę zauważyć, że w pkt 306 zaskarżonego wyroku Sąd orzekł, że chociaż „obecne ramy prawne są niezwykle”, Marine Harvest „nie podnosi zarzutu niezgodności z prawem w odniesieniu do pewnych przepisów rozporządzenia nr 139/2004”.

160. Chociaż Marine Harvest nie podniosła zarzutu niezgodności z prawem przed Sądem ani w odwołaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości, kwestię niezgodności art. 14 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 139/2004 z prawem podniosła podczas rozprawy.

161. Jak twierdzi Komisja, zarzut niezgodności z prawem jest niedopuszczalny, ponieważ nie został podniesiony przed Sądem⁷⁷.

162. Uważam jednak, że nie jest konieczne, by Trybunał stwierdził, że art. 14 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 139/2004 jest niezgodny z prawem, zanim uzna on, iż nie można nałożyć na podstawie art. 14 ust. 2 lit. a) i art. 14 ust. 2 lit. b) tego rozporządzenia odrębnych grzywien za koncentrację wykonaną z naruszeniem art. 4 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia.

163. Artykuł 14 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 nie określa bowiem, czy Komisja może nałożyć grzywny na podstawie lit. a) oraz lit. b), jeżeli są spełnione warunki stosowania każdej z tych liter (a więc jeżeli koncentrację wykonano z naruszeniem – odpowiednio – obowiązku zgłoszenia i obowiązku zawieszenia). Prawdą jest, iż w art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 nie określono, że Komisja może nałożyć grzywnę na podstawie lit. a) *lub* lit. b), jeżeli spełnione są warunki stosowania każdej z tych liter. Nie zmienia to jednak faktu, że art. 14 ust. 2 rozporządzenia

⁷⁵ Pragnę doprecyzować, że chociaż w odwołaniu do Trybunału Marine Harvest podniosła, że naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 ma pierwszeństwo przed naruszeniem art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia, podczas rozprawy przyjęła ona stanowisko przeciwne i podniosła, że to drugie naruszenie ma szerszy zakres, a przez to obejmuje pierwsze, które jest niczym więcej jak pustą strukturą.

⁷⁶ Pragnę zauważyć w tym względzie, że sam Sąd nie wydaje się przekonany, by fakt, iż nie istnieje przepis mający zastosowanie jako przepis główny, wynikał z samego tylko ustalenia, że naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 nie ma pierwszeństwa przed naruszeniem art. 7 ust. 1 tego rozporządzenia. W takiej sytuacji nie byłoby bowiem konieczne powoływanie się przez Sąd również na fakt, że naruszenia obydwu przepisów podlegają tym samym limitom wymiaru kary.

⁷⁷ Zobacz postanowienie z dnia 20 stycznia 2009 r., Sack/Komisja (C-38/08 P, EU:C:2009:21, pkt 21–24).

nr 139/2004 nie umożliwia wprost Komisji nałożenia grzywien na podstawie lit. a) oraz lit. b), gdy zastosowanie mają obie te litery. Z tego względu uznanie, że Komisja nie może nałożyć odrębnych grzywien za wynikające z tego samego zachowania naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 jest spójne z art. 14 ust. 2 tego rozporządzenia.

164. Uważam więc, że Sąd popełnił błąd, stwierdzając w pkt 372–374, że Komisja mogła nałożyć na Marine Harvest odrębne grzywny za naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, nie naruszając przy tym zasad regulujących zbieg naruszeń.

165. Wynika z tego, że druga część zarzutu drugiego jest zasadna.

166. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jeżeli odwołanie jest zasadne, Trybunał Sprawiedliwości uchyla orzeczenie Sądu. Może on wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala. Uważam, że jest tak w niniejszym przypadku.

167. Ze względów przedstawionych w pkt 143–152 powyżej jasne jest, że Komisja popełniła błąd, stwierdzając, że poprzez dokonanie transakcji nabycia z grudnia 2012 r. przed jej zgłoszeniem i uznaniem za zgodną z rynkiem wewnętrznym Marine Harvest naruszyła art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, i nakładając w związku z tym na Marine Harvest grzywnę w wysokości 10 mln EUR za naruszenie tego przepisu.

168. Konieczne jest zatem uwzględnienie podniesionego przez Marine Harvest przed Sądem zarzutu naruszenia zasad regulujących zbieg naruszeń oraz stwierdzenie nieważności – po pierwsze – art. 1 spornej decyzji w zakresie, w jakim Komisja stwierdza w nim naruszenie art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a po drugie – art. 2 tej decyzji, w którym Komisja nakłada na Marine Harvest grzywnę za naruszenie art. 4 ust. 1 tego rozporządzenia w wysokości 10 mln EUR.

VI. Wnioski

169. W związku z powyższym uważam, że Trybunał powinien:

- uchylić wyrok z dnia 26 października 2017 r., Marine Harvest/Komisja (T-704/14, EU:T:2017:753);
- stwierdzić nieważność art. 1 decyzji Komisji z dnia 23 lipca 2014 r. nakładającej grzywnę za wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (sprawa M. 7184 – Marine Harvest/Morpol) w zakresie, w jakim uznano w nim, że poprzez wykonanie koncentracji o wymiarze unijnym w okresie od dnia 18 grudnia 2012 r. do dnia 30 września 2013 r. Marine Harvest ASA naruszyła art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 r. z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji między przedsiębiorstwami (rozporządzenie WE w sprawie łączenia przedsiębiorstw);
- stwierdzić nieważność art. 2 decyzji Komisji z dnia 23 lipca 2014 r.;
- obciążyć Komisję Europejską jej własnymi kosztami oraz kosztami poniesionymi przez Marine Harvest ASA.