



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ
JULIANE KOKOTT
z dnia 13 października 2022 r.¹

Sprawa C-449/21

**Towercast
przeciwko
Autorité de la concurrence,
Ministère de l'Économie,
uczestnicy:
Tivana Topco S.A.,
Tivana Midco S.A.R.L.,
TDF Infrastructure Holding S.A.S.,
TDF Infrastructure S.A.S.,
Tivana France Holdings S.A.S.**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Cour d'appel de Paris (sąd apelacyjny w Paryżu, Francja)]

Konkurencja – Kontrola koncentracji przedsiębiorstw („kontrola łączenia przedsiębiorstw”) – Artykuł 21 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 („rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw”) – Wyłączne stosowanie przepisów dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw – Krajowa kontrola łączenia przedsiębiorstw – Nieosiągnięcie progów ilościowych – Artykuł 102 TFUE – Nadużycie pozycji dominującej na rynku – Bezpośrednie stosowanie – Rozporządzenie (WE) nr 1/2003

Spis treści

I.	Wprowadzenie	2
II.	Ramy prawne	3
	A. Wtórne prawo Unii	3
	1. Rozporządzenie (WE) nr 139/2004	3

¹ Język oryginału: niemiecki.

2. Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89.....	4
B. Prawo krajowe	5
III. Stan faktyczny i wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym	6
IV. Ocena prawna	7
A. Stosunek art. 21 rozporządzenia nr 139/2004 do art. 102 TFUE.....	7
1. Określenie zakresu stosowania rozporządzenia nr 139/2004 w art. 21 tego rozporządzenia	7
2. Bezpośrednie stosowanie art. 102 TFUE	8
B. Funkcjonowanie i systematyka przewidzianej w prawie Unii ochrony przed zakłóceniami konkurencji	10
C. Znaczenie wyroku Continental Can i pewność prawa	12
V. Wnioski	15

I. Wprowadzenie

1. W swoim pytaniu prejudycjalnym dotyczącym relacji między przepisami dotyczącymi kontroli ex ante łączenia przedsiębiorstw a kontrolą ex post nadużycia na podstawie art. 102 TFUE sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy krajowy organ ochrony konkurencji może a posteriori, na podstawie art. 102 TFUE, badać koncentrację, która została przeprowadzona przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą na rynku, jeżeli koncentracja ta nie osiąga właściwych progów opartych na obrocie określonych w rozporządzeniu (WE) nr 139/2004 (zwanym dalej „rozporządzeniem nr 139/2004”)² oraz w krajowych przepisach dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw, i z tego względu nie przeprowadzono odpowiedniej oceny ex ante.

2. Spór w postępowaniu głównym dotyczy konkretnie kwestii uzupełniającego lub wypełniającego luki zastosowania art. 102 TFUE w stosunku do krajowych przepisów dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw. Głównym celem pytania prejudycjalnego jest wyjaśnienie, czy art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 oznacza, że koncentracje należy badać wyłącznie w oparciu o przepisy dotyczące kontroli łączenia, a równoległe lub następcze stosowanie art. 102 TFUE jest wyłączone (tak zwany „skutek blokujący”). Aby bliżej określić wzajemną relację między tymi regulacjami należy przeanalizować ich charakter prawny i funkcję w unijnym systemie ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym oraz jego podstawowe cele.

3. W tym celu, po przedstawieniu ram prawnych (II) oraz stanu faktycznego (III), omówię relację między art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 a art. 102 TFUE z uwzględnieniem jego pozycji w hierarchii norm i jego bezpośredniego stosowania (IV.A). Następnie zbadam wynik tej analizy w oparciu o cele unijnego systemu ochrony przed zakłóceniami konkurencji (IV.B). Na koniec zajmę się kwestią, czy i w jakim zakresie uzyskany wynik można pogodzić z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości i zasadą pewności prawa (IV.C).

² Rozporządzenie Rady z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 24, s. 1).

II. Ramy prawne

A. Wtórne prawo Unii

1. Rozporządzenie (WE) nr 139/2004

4. Motywy 2 i 6 rozporządzenia nr 139/2004 stanowią:

„(2) Aby osiągnąć cele Traktatu, art. 3 ust. 1 lit. g) nakłada na Wspólnotę zadanie stworzenia systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na wspólnym rynku. [...]

(6) Z tego względu konieczne jest stworzenie nowego instrumentu prawnego w celu umożliwienia skutecznej kontroli wszystkich koncentracji z punktu widzenia ich wpływu na strukturę konkurencji we Wspólnocie oraz aby był jedynym instrumentem mającym zastosowanie do takich koncentracji. [...]”.

5. Motyw 7 rozporządzenia nr 139/2004 odnosi się do podstawy prawnej w następujący sposób:

„Artykuły 81 i 82, stosowane, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, do niektórych koncentracji, nie są wystarczające, aby objąć kontrolą wszystkie działania, które mogą okazać się niezgodne z przewidzianym w traktacie systemem niezakłóconej konkurencji. Niniejsze rozporządzenie powinno zatem zostać oparte nie tylko na art. 83, ale głównie na art. 308 traktatu [...]”.

6. Motywy 8 i 9 rozporządzenia nr 139/2004 dotyczą podziału kompetencji i zakresu zastosowania tego rozporządzenia:

„(8) Przepisy, które mają zostać przyjęte w niniejszym rozporządzeniu, powinny być stosowane do znaczących zmian strukturalnych, których wpływ na rynek wykracza poza granice narodowe któregośkolwiek z państw członkowskich. [...] Koncentracje nieobjęte zakresem [przedmiotowym] niniejszego rozporządzenia w zasadzie podlegają jurysdykcji państw członkowskich.

(9) Zakres stosowania niniejszego rozporządzenia powinien zostać określony zgodnie z terytorium geograficznym działalności danych przedsiębiorstw oraz ograniczony przez progi ilościowe w celu objęcia tych koncentracji, które mają wymiar wspólnotowy; [...]”.

7. Artykuł 1 rozporządzenia nr 139/2004 określa jego zakres stosowania w szczególności w oparciu o progi ilościowe oparte na obrocie przewidziane w ust. 2:

„1. Bez uszczerbku dla art. 4 ust. 5 i art. 22 niniejsze rozporządzenie stosuje się do wszystkich koncentracji o wymiarze wspólnotowym, jak określono w niniejszym artykule.

2. Koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli:

[...] obrót [...] wynosi”.

8. Artykuł 3 rozporządzenia nr 139/2004 definiuje pojęcie „koncentracja”:

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

- a) łączenia się dwóch lub więcej wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw; lub
- b) przejęcia, przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo albo przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw, czy to w drodze zakupu papierów wartościowych [udziałów w kapitale] lub aktywów, czy to w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób [...]”.

9. Artykuł 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 dotyczy rozgraniczenia zakresu stosowania tego rozporządzenia w stosunku do innych aktów prawnych Unii:

„Niniejsze rozporządzenie stosuje się jedynie do koncentracji określonych w art. 3, zaś rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 [...] nie mają zastosowania, z wyjątkiem, gdy odnoszą się do wspólnych przedsiębiorstw, które nie mają wymiaru wspólnotowego oraz które mają jako swój cel lub efekt [skutek] działania koordynację zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne [niezależne]. [...]”.

10. Wreszcie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi w szczególności:

„1. Jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wnioski o zbadanie wszelkiej koncentracji, jak określono w [w rozumieniu] art. 3, która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, ale ma wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wnioski. [...]”.

[...]

3. [...] Państwo członkowskie lub państwa po złożeniu wniosku nie stosują do koncentracji krajowych przepisów prawnych dotyczącego konkurencji. [...]”.

2. *Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89*

11. Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89³ jest poprzednikiem obecnego rozporządzenia nr 139/2004.

12. Jego motywy od szóstego do ósmego stanowiły:

„(6) Artykuły 85 i 86, gdy są stosowane do niektórych koncentracji, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, nie są jednakże wystarczające by objąć wszystkie działania, które mogą okazać się niezgodne z przewidzianym w Traktacie systemem konkurencji wolnej od zakłóceń;

³ Rozporządzenie Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1989, L 395, s. 1), zwane dalej „rozporządzeniem nr 4064/89”.

- (7) nowy instrument prawny powinien zostać stworzony w formie rozporządzenia, w celu zapewnienia skutecznego monitorowania wszystkich koncentracji, z punktu widzenia wpływu na strukturę konkurencji we Wspólnocie, oraz być jedynym instrumentem mającym zastosowanie do takich koncentracji;
- (8) niniejsze rozporządzenie powinno zostać oparte nie tylko na art. 87, ale głównie na art. 235 Traktatu, na mocy którego Wspólnota może udzielić sobie dodatkowych kompetencji koniecznych do osiągnięcia swoich celów [...]”.

13. Artykuł 22 rozporządzenia nr 4064/89 zawierał w ust. 1 i 2 przepis będący poprzednikiem art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, a w ust. 3 przepis będący poprzednikiem art. 22 rozporządzenia nr 139/2004:

„1. Jedynie niniejsze rozporządzenie stosuje się do koncentracji określonych w art. 3.

2. Rozporządzenia nr 17 [6], (EWG) nr 1017/68 [7], (EWG) nr 4056/86 [8] i (EWG) nr 3975/87 [9] nie mają zastosowania do koncentracji określonych w art. 3.

3. Jeżeli Komisja stwierdza na wniosek państwa członkowskiego, że koncentracja, o której mowa w art. 3, niemająca wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja może być znacząco utrudniona na terytorium danego państwa członkowskiego, może, w zakresie w jakim koncentracja wpływa na handel między państwami członkowskimi, przyjąć decyzje przewidziane w art. 8 ust. 2 akapit drugi, [art. 8] ust. 3 i 4. [...]”.

B. Prawo krajowe

14. Artykuł L. 490-9 francuskiego code de commerce (kodeksu handlowego) stanowi w szczególności, że:

„Do celów stosowania art. 81–83 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską organ ochrony konkurencji posiada odpowiednie uprawnienia przyznane mu na mocy artykułu pierwszego niniejszej księgi oraz na mocy rozporządzenia (WE) nr 139/2004 [...] i rozporządzenia (WE) nr 1/2003 [...]. Mają do niego zastosowanie zasady proceduralne przewidziane w tych przepisach”.

15. Również prawo francuskie przewiduje kontrolę ex ante koncentracji. Pojęcie koncentracji jest zdefiniowane w art. L. 430-1 kodeksu handlowego. Jego art. L. 430-2 określa progi obrotu, w przypadku których znajdują zastosowanie przepisy dotyczące kontroli łączenia.

16. Artykuł L. 430--9 kodeksu handlowego przewiduje ponadto, że

„[...] Urząd ochrony konkurencji może, w przypadku nadużywania pozycji dominującej [...], nakazać danemu przedsiębiorstwu lub grupie przedsiębiorstw, w drodze decyzji z uzasadnieniem, zmianę, uzupełnienie lub rozwiązanie w określonym terminie wszystkich porozumień i wszelkich czynności, w drodze których doszło do koncentracji siły gospodarczej, która umożliwiła nadużycia [...]”.

III. Stan faktyczny i wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

17. Podstawę postępowania przed sądem krajowym i wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym stanowi skarga francuskiej spółki Towercast S.A.S.U. z siedzibą w Paryżu (Francja) (zwanej dalej „Towercast”) na decyzję francuskiego Autorité de la concurrence (zwanego dalej „francuskim organem ochrony konkurencji”), na mocy której urząd ten odrzucił skargę Towercast dotyczącą nadużycia pozycji dominującej na rynku przez francuską spółkę TDF Infrastruktura Holding S.A.S. (zwaną dalej „TDF”)⁴.

18. W dniu 15 listopada 2017 r. Towercast wniosła skargę do francuskiego organu ochrony konkurencji dotyczącą (kontrolnego) przejęcia spółki Itas S.A.S. przez TDF w dniu 13 października 2016 r. Towercast podniosła, że to przejęcie stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku, ponieważ utrudnia konkurencję na rynkach hurtowych wyższego i niższego szczebla nadawania naziemnej telewizji cyfrowej (Digital Video Broadcasting – Terrestrial lub DVB-T), wzmacniając znacznie pozycję dominującą TDF na tych rynkach.

19. Francuski rynek nadawania naziemnej telewizji cyfrowej, na którym TDF pierwotnie posiadała ustawowy monopol, został zliberalizowany na początku 2004 r. W ostatnich latach jednak ponownie nastąpiła silna koncentracja, tak że w momencie zakwestionowanego przejęcia na tym rynku działały jeszcze tylko trzy spółki, Towercast, Itas i TDF, przy czym TDF posiadała bezspornie największy udział w rynku.

20. Transakcja nabycia spółki Itas przez TDF mieściła się poniżej progów przewidzianych w art. 1 rozporządzenia nr 139/2004 i art. L. 430-2 kodeksu handlowego i nie była w związku z tym przedmiotem kontroli ex ante koncentracji przeprowadzanej przez Komisję lub francuski organ ochrony konkurencji. Nie doszło również do wszczęcia postępowania w sprawie odesłania do Komisji Europejskiej na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

21. Decyzją z dnia 16 stycznia 2020 r. francuski organ ochrony konkurencji oddalił skargę Towercast, podnosząc w uzasadnieniu, że zarzucane nadużycie pozycji dominującej na rynku nie zostało wykazane. Zdaniem tego organu prawdą jest, że TDF ma taką pozycję. Od czasu przyjęcia rozporządzenia nr 4064/89 ustanowiono jednak wyraźną granicę między kontrolą łączenia z jednej strony a kontrolą zachowań antykonkurencyjnych na podstawie art. 101 i 102 TFUE z drugiej strony, wobec czego rozporządzenie nr 139/2004 znajduje jedyne i wyłączne zastosowanie do koncentracji w rozumieniu art. 3 tego rozporządzenia. Artykuł 102 TFUE nie ma zatem zastosowania, jeżeli nie ujawnia się zachowanie antykonkurencyjne spowodowane koncentracją. Tak jednak nie jest w niniejszym przypadku.

22. Towercast wniosła środek odwoławczy od tej decyzji do Cour d’appel de Paris (sądu apelacyjnego w Paryżu, Francja).

23. Postanowieniem z dnia 1 lipca 2021 r., które wpłynęło w dniu 21 lipca 2021 r., Cour d’appel de Paris (sąd apelacyjny w Paryżu) przedłożył Trybunałowi Sprawiedliwości, na podstawie art. 267 TFUE, w szczególności wskazując na różne zastosowanie art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 w państwach członkowskich, następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. 21 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by pozbawiona wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1 ww.

⁴ Zgodnie z ustaleniami sądu odsyłającego TDF jest spółką zależną luksemburskiej spółki Tivana Topco S.A.

rozporządzenia koncentracja, której wielkość nie przekracza przewidzianych w prawie krajowym progów, powyżej których przeprowadzenie kontroli ex ante jest obowiązkowe i w przedmiocie której nie skierowano na podstawie art. 22 wspomnianego rozporządzenia odesłania do Komisji Europejskiej, była badana przez krajowy organ ochrony konkurencji jako mająca znamiona nadużycia pozycji dominującej zakazanego przez art. 102 TFUE ze względu na strukturę konkurencji na rynku o wymiarze krajowym?”.

24. Towercast, francuski organ ochrony konkurencji, Francja, Włochy, Niderlandy, Komisja Europejska, TDF i Tivana Topco zarówno przedstawiły uwagi na piśmie, jak i, z wyjątkiem Włoch, uczestniczyły w rozprawie w dniu 6 lipca 2022 r.

IV. Ocena prawna

A. Stosunek art. 21 rozporządzenia nr 139/2004 do art. 102 TFUE

1. Określenie zakresu stosowania rozporządzenia nr 139/2004 w art. 21 tego rozporządzenia

25. Artykuł 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 reguluje zakres zastosowania tego rozporządzenia w odniesieniu do badania koncentracji w stosunku do tudzież w odgraniczeniu od zastosowania innych wynikających z prawa wtórnego reguł prawa konkurencji Unii. Przepis ten wyłącza w szczególności wyraźnie zastosowanie rozporządzenia nr 1/2003⁵ do koncentracji, chyba że chodzi o (kooperatywne) wspólne przedsiębiorstwa, które nie mają wymiaru wspólnotowego oraz które mają jako swój cel lub efekt działania koordynację zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw” i dlatego są objęte zakresem zastosowania art. 101 TFUE.

26. Odpowiednio w sprawie Austria Asphalt Trybunał Sprawiedliwości potwierdził wyłączenie stosowanie rozporządzenia nr 139/2004 do badania koncentracji i w tym zakresie wykluczył zastosowanie rozporządzenia nr 1/2003⁶. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości rozporządzenie to znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do zachowań przedsiębiorstw, które, tak jak współpracujące ze sobą wspólne przedsiębiorstwa, nie powinny być kwalifikowane jako koncentracja, ale mogą mieć jednak za przedmiot koordynację sprzeczną z art. 101 TFUE⁷. Wyrok w sprawie Austria Asphalt nie zawiera zatem ogólnego stwierdzenia na temat stosunku między przepisami dotyczącymi kontroli łączenia z jednej strony a art. 101 i 102 TFUE z drugiej strony.

27. Wyłączenie stosowania rozporządzenia nr 1/2003 do koncentracji, nakazane w art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, nie udziela natomiast odpowiedzi na pytanie o zastosowanie art. 102 TFUE. Udzielenie odpowiedzi na nie jest tym bardziej ważne, gdy tak jak w niniejszym

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

⁶ Wyrok z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 32): „Jak wynika z art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, akt ten jest jedynym mającym zastosowanie w przypadku koncentracji takich jak te określone w jego art. 3, do których rozporządzenie nr 1/2003 nie ma co do zasady żadnego zastosowania”. Sprawa ta dotyczyła wspólnego przedsiębiorstwa mającego cechy przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji w rozumieniu art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004, które spełniało definicję koncentracji. Zobacz również wyrok: z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371); postanowienie z dnia 29 stycznia 2020 r., Silgan Closures und Silgan Holdings/Komisja (C-418/19 P, niepublikowane, EU:C:2020:43, pkt 50).

⁷ Wyroki: z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 33); z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 57).

przypadku, przedmiotowa koncentracja nie osiąga ani unijnych ani krajowych progów ilościowych i nie została odesłana do Komisji na podstawie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, wobec czego nie jest przeprowadzana ocena ex ante zgodnie z przepisami dotyczącymi kontroli łączenia⁸.

28. Przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie, czy art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wyłącza zastosowanie art. 102 TFUE, szczególną wagę ma jego charakter jako prawa pierwotnego i jego bezpośrednie stosowanie.

2. Bezpośrednie stosowanie art. 102 TFUE

29. Artykuł 102 TFUE jest przepisem prawa pierwotnego, którego bezpośrednie stosowanie Trybunał Sprawiedliwości uznaje od dawna⁹.

30. Ponadto z zasady hierarchii norm¹⁰ i wynikającej z niej zasady kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori* wynika, że norma prawa wtórnego nie może ograniczać zakresu zastosowania ani bezpośredniego stosowania normy prawa pierwotnego, lecz przeciwnie, musi szanować jego wymogi i w danym wypadku powinna być interpretowana zawężająco¹¹.

31. Z tego powodu art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 może wykluczyć stosowanie do koncentracji rozporządzenia nr 1/2003, które służy wdrożeniu w szczególności art. 102 TFUE¹². Jednak niezależnie od tego i wbrew opinii francuskiego organu ochrony konkurencji zakaz określony w art. 102 TFUE ma zastosowanie bezpośrednio, a jego egzekwowanie nie jest zablokowane. Zakaz ten jest wystarczająco jasny, precyzyjny i bezwarunkowy, wobec czego nie wymaga przepisu prawa wtórnego, który wyraźnie musiałby nakazywać lub zezwalać na jego stosowanie przez organy i sądy krajowe¹³.

32. Bezpośrednie stosowanie art. 102 TFUE umożliwia jednostkom egzekwowanie przyznanego im statusu prawnego przed organami i sądami państw członkowskich; z tym koreluje na zasadzie odbicia lustrzanego ciężący na tych organach państwowych obowiązek ochrony tego statusu¹⁴. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości wywnioskował z tego bezpośredniego stosowania i związanego z nim pierwszeństwa art. 101 i 102 TFUE, że krajowe organy ochrony konkurencji są zobowiązane do niestosowania sprzecznych z nimi przepisów krajowych¹⁵.

33. Jeżeli jednak z bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE wynika dla organów krajowych nawet obowiązek stosowania, wówczas przepis prawa wtórnego, taki jak art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, tym bardziej nie może mieć skutku blokującego, wbrew temu, co utrzymuje w tym względzie francuski urząd ochrony konkurencji.

⁸ Zobacz w tym względzie wyrok Sądu z dnia 13 lipca 2022 r., *Illumina/Komisja* (T-227/21, EU:T:2022:447).

⁹ Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 21 marca 1974 r., *BRT i Belgijskie stowarzyszenie Auteurs, Componisten en Uitgevers* (127/73, EU:C:1974:25, pkt 15, 16); z dnia 5 czerwca 2014 r., *Kone i in.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, pkt 20); z dnia 14 marca 2019 r., *Skanska Industrial Solutions i in.* (C-724/17, EU:C:2019:204, pkt 24).

¹⁰ Zobacz wyrok z dnia 26 czerwca 2012 r., *Polska/Komisja* (C-335/09 P, EU:C:2012:385, pkt 127).

¹¹ Zobacz w odniesieniu do wykładni zgodnej z prawem pierwotnym: wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., *Komisja/Printeos* (C-301/19 P, EU:C:2021:39, pkt 70 i nast.).

¹² Zobacz motyw 1 rozporządzenia nr 1/2003.

¹³ Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 kwietnia 1989 r., *Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, pkt 32).

¹⁴ Szczególnie wyraźnie w wyroku z dnia 20 września 2001 r., *Courage und Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, pkt 19–24).

¹⁵ Wyrok z dnia 9 września 2003 r., *CIF* (C-198/01, EU:C:2003:430, pkt 49 i 50), z powołaniem się na wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r., *Costanzo* (103/88, EU:C:1989:256, pkt 31).

34. Wniosku tego nie zmienia również treść tego przepisu, który używa terminu „jedynie”¹⁶. Dotyczy to również sformułowania w motywie 6 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym powinien to być „jedin[y] instrumen[t] mając[y] zastosowanie do takich koncentracji” [w rozumieniu art. 3]¹⁷.

35. Potwierdza to wybór art. 103 TFUE – obok art. 352 TFUE – jako podstawy prawnej rozporządzenia nr 139/2004¹⁸. Jak już stwierdził Trybunał Sprawiedliwości, również rozporządzenie nr 139/2004 ma na celu wdrożenie art. 101 i 102 TFUE i stanowi część składową zbioru przepisów mających zapewnić szeroką ochronę konkurencji na rynku wewnętrznym¹⁹. To dowodzi z kolei, że rozporządzenie to nie jest ani na tym samym poziomie co art. 101 i 102 TFUE pod względem hierarchii norm, ani jako przepis wykonawczy nie może zmieniać, a tym bardziej ograniczać zakresu stosowania tych norm odniesienia.

36. Ponieważ ze względu na pierwszeństwo prawa unijnego mające odmienne brzmienie przepisy prawa krajowego nie mogą stać na przeszkodzie wykonaniu art. 102 TFUE i przepis ten należy interpretować jednolicie w całej Unii²⁰, również powołanie się przez Towercast, TDF i Tivana Topco na ewentualnie różne zastosowanie w porządkach prawnych państw członkowskich jest bezskuteczne i nie może mieć wpływu na odpowiedź na pytanie prejudycjalne.

37. Mając na uwadze argument podniesiony w szczególności przez TDF, że koncentracja, która mieści się poniżej progów ilościowych i w związku z tym nie musi być zgłaszana, nie może już być podważana a posteriori poprzez zastosowanie art. 102 TFUE, chciałabym tytułem uzupełnienia nadmienić, że progi ilościowe przewidziane w art. 1 rozporządzenia nr 139/2004 lub w odpowiednich przepisach krajowych również nie mogą, tak jak art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, ograniczać ani wyłączać bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE.

38. Wynika to również z funkcji progów ilościowych. Z jednej strony regulują one podział kompetencji między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji i w nawiązaniu do tego określają prawo właściwe dla badania koncentracji²¹. Z drugiej strony opierają się one na ocenie ustawodawcy i związanym z nią wrzuszalnym domniemaniu że koncentracje przekraczające określone progi oparte na obrocie są szczególnie znaczące i mogą mieć szkodliwy wpływ na strukturę rynku i konkurencję, w związku z czym wymagają urzędowej kontroli ex ante²². Nieosiągnięcie tych progów obrotu skutkuje a contrario domniemaniem, że dana koncentracja nie wymaga takiej kontroli ex ante. Jednak same progi ilościowe nie stanowią nic o tym, czy w niektórych przypadkach kontrola ex post zachowania przedsiębiorstw o pozycji dominującej na rynku w związku z koncentracją jest możliwa na podstawie art. 102 TFUE.

¹⁶ Zobacz na przykład „alone” w angielskiej wersji językowej, „seul” we francuskiej wersji językowej, „solo” we włoskiej wersji językowej i „uitsluitend” w niderlandzkiej wersji językowej.

¹⁷ Zobacz również motyw siódmy rozporządzenia nr 4064/89.

¹⁸ Zobacz motyw 7 rozporządzenia nr 139/2004.

¹⁹ Wyroki: z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 31); z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 55); moja opinia w sprawie Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, pkt 35).

²⁰ Wyrok z dnia 9 września 2003 r., CIF (C-198/01, EU:C:2003:430, pkt 49, 50). Zobacz również wyrok z dnia 13 lutego 1969 r., Wilhelm i in. (14/68, EU:C:1969:4, pkt 6).

²¹ Zobacz motywy 8 i 9 rozporządzenia nr 139/2004.

²² Zobacz motywy 3–5 i 8 rozporządzenia nr 139/2004.

B. Funkcjonowanie i systematyka przewidzianej w prawie Unii ochrony przed zakłóceniami konkurencji

39. Przedstawione w pkt 29–38 pozycja w hierarchii norm i bezpośrednie stosowanie art. 102 TFUE właściwie wystarczają, aby uzasadnić, że jego zastosowania do koncentracji nie można wyłączyć na podstawie art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004. Ponadto funkcjonowanie i systematyka przewidzianej w prawie Unii ochrony przed zakłóceniami konkurencji na rynku wewnętrznym również przemawiają za komplementarnym zastosowaniem art. 102 TFUE do koncentracji.

40. Podczas gdy rozporządzenie nr 139/2004 przewiduje system obowiązkowej prewencyjnej kontroli ex ante zmian w strukturze rynku, zachowanie rynkowe przedsiębiorstw – czy to skoordynowane zachowanie, czy też jednostronne działania – podlegają zgodnie z rozporządzeniem nr 1/2003 jedynie represyjnej kontroli ex post. Funkcja ta została dodatkowo wzmocniona przez system wyłączeń wprowadzony przez to rozporządzenie poprzez to, że w dużej mierze przekazało ono zadania kontrolne i wykonawcze organom i sądom krajowym na podstawie (obecnie pełnego) bezpośredniego stosowania art. 101 i 102 TFUE (decentralizacja)²³. Jednak ich swoboda w wykonywaniu art. 101 i 102 TFUE jest z kolei ograniczona zasadami bezpośredniego stosowania i pierwszeństwa²⁴.

41. Niezależność prewencyjnej kontroli łączenia przedsiębiorstw podkreśla motyw szósty rozporządzenia nr 139/2004²⁵. Zgodnie z tym motywem, jako „nowy [specjalny] instrument prawny” powinna ona być „jedynym” instrumentem prawnej oceny wpływu koncentracji na konkurencję na rynku wewnętrznym²⁶. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości sprzeciwił się niedopuszczalnemu rozszerzeniu zakresu stosowania tego rozporządzenia na operacje, które nie przyczyniają się do realizacji koncentracji²⁷. Tym samym ukrócił „wdzieranie się” jego przepisów w inne obszary regulacyjne prawa konkurencji²⁸.

42. Wbrew stanowisku rządu francuskiego i francuskiego organu ochrony konkurencji nie można jednak z tego wnioskować, że rozporządzenie nr 139/2004 ma charakter wyczerpującego lex specialis.

43. Nie wynika to również z faktu, że zgodnie z art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 do koncentracji nie ma zastosowania w szczególności rozporządzenie nr 1/2003. Można z [tego] wnioskować, że badanie ewentualnie antykonkurencyjnych skutków koncentracji jest przede wszystkim przypisane do przepisów dotyczących kontroli łączenia jako systemowi szczególnemu w stosunku do art. 101 i 102 TFUE. Nie wyklucza to jednak możliwości kontroli ex post

²³ Zobacz motyw 4 oraz art. 5 i 6 rozporządzenia nr 1/2003.

²⁴ W szczególności, w przeciwieństwie do Komisji, krajowe organy konkurencji nie mogą zaprzestać badania zachowania przedsiębiorstw o pozycji dominującej z powodu braku „interesu Unii”; zob. na przykład wyrok z dnia 4 marca 1999 r., Ufex i in./Komisja (C-119/97 P, EU:C:1999:116, pkt 88, 89); wyroki Sądu: z dnia 16 maja 2017 r., Agria Polska i in./Komisja (T-480/15, EU:T:2017:339, pkt 34 i nast.); z dnia 13 lipca 2022 r., Design Light & Led Made in Europe i Design Luce & Led Made in Italy/Komisja (T-886/19, niepublikowany, EU:T:2022:442, pkt 38 i nast.).

²⁵ Zobacz również motyw siódmy rozporządzenia nr 4064/89.

²⁶ Zobacz również postanowienie z dnia 29 stycznia 2020 r., Silgan Closures i Silgan Holdings/Komisja (C-418/19 P, niepublikowane, EU:C:2020:43, pkt 50).

²⁷ Wyrok z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 58).

²⁸ Zobacz również opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:23, pkt 68, 69). Zobacz ponadto moja opinia w sprawie Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, pkt 37); wyrok Sądu z dnia 20 listopada 2002 r., Lagardère und Canal+/Komisja (T-251/00, EU:T:2002:278, pkt 77–79).

zachowania w związku z taką koncentracją przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku. Poza tym prawodawca nie miałby prawnej możliwości wydania przepisu prawa wtórnego, który wyłączałby zastosowanie nadrzędnego i bezpośrednio stosowanego art. 102 TFUE.

44. Za stosowaniem art. 102 TFUE obok rozporządzenia nr 139/2004 przemawia również fakt, że – jak wynika z jego motywu 7 – jest ono oparte nie tylko na art. 103 TFUE, ale również na upoważnieniu do uzupełnienia traktatu zawartym w art. 352 TFUE. Motyw szósty rozporządzenia 4064/89 (powyżej, pkt 12) potwierdza to, wyjaśniając, że wprowadzenie systemu kontroli połączeń powinno służyć wypełnieniu luk w systemie ochrony przed zakłóceniami konkurencji w odniesieniu do koncentracji.

45. Z drugiej strony z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że art. 102 TFUE ma szeroki obszar stosowania, zwłaszcza że wskazane w nim przykłady nadużyć nie są wyczerpujące²⁹. W związku z tym również zachowanie przedsiębiorstw o pozycji dominującej na rynku w związku z inicjowaniem lub realizacją przejęcia konkurenta może mieścić się w przedmiotowym zakresie stosowania przedmiotowym tego przepisu i uczestniczyć w jego bezpośrednim skutku. Jest tak tym bardziej, że stanowiące nadużycie wypieranie konkurenta z rynku może przybierać różne formy³⁰, a na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym³¹.

46. Wniosek ten – inaczej niż utrzymywali TDF, Tivany Topco, francuskiego organu ochrony konkurencji oraz rządu Francji i Niderlandów – jest całkowicie zgodny z moją opinią³² oraz z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Austria Asphalt Asphalt³³. Tam chodziło bowiem wyłącznie o odgraniczenie zakresu stosowania rozporządzenia nr 139/2004 w stosunku do rozporządzenia nr 1/2003 w odniesieniu do oceny ex ante koncentracji, której przedmiotem było utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa posiadającego cechy przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji. Natomiast kwestie możliwej ewentualnej kontroli ex post koncentracji lub zachowania uczestniczących w nim przedsiębiorstw, w szczególności w świetle art. 102 TFUE, nie były przedmiotem postępowania³⁴.

47. Wbrew stanowisku francuskiego organu ochrony konkurencji, rządu francuskiego, Tivany Topco i TDF oraz sądu odsyłającego, mechanizm odsyłania zawarty w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004, na podstawie którego, na wniosek państw członkowskich, można ustanowić w wyjątkowych przypadkach kompetencję Komisji w sprawach koncentracji, które nie mają wymiaru wspólnotowego, jest również bez znaczenia dla interpretacji stosunku między art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 a art. 102 TFUE³⁵. Również art. 22 rozporządzenia

²⁹ Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 14 listopada 1996 r. Tetra Pak/Komisja (C-333/94 P, EU:C:1996:436, pkt 37); z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisja (C-95/04 P, EU:C:2007:166, pkt 57); z dnia 14 października 2010 r., Deutsche Telekom/Komisja (C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 173); z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 26).

³⁰ Zobacz w odniesieniu do różnych form tak zwanych szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej Komunikat Komisji – Przewodnik po priorytetach, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7).

³¹ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in. (C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 153).

³² Zobacz moją opinię w sprawie Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:322, pkt 36, 37).

³³ Wyroki: z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 31–33); dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 54 i nast.).

³⁴ Dotyczy to również postanowienia z dnia 29 stycznia 2020 r., Silgan Closures i Silgan Holdings/Komisja (C-418/19 P, niepublikowany, EU:C:2020:43, pkt 50).

³⁵ Zobacz w tym względzie wyrok Sądu z dnia 13 lipca 2022 r., Illumina/Komisja (T-227/21, EU:T:2022:447).

nr 139/2004, jako przepis prawa wtórnego, nie może bowiem dostarczać uzasadnienia dla wyłączenia bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE w przypadku takim jak niniejszy (powyżej, pkt 29–33).

48. Komplementarne stosowanie art. 102 TFUE jest – podobnie jak stosowanie art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 – odpowiednie do przyczynienia się do skutecznej ochrony konkurencji na rynku wewnętrznym, jeżeli koncentracje, które są problematyczne z punktu widzenia prawa konkurencji, nie osiągają progów ilościowych określonych w przepisach dotyczących kontroli łączeń przedsiębiorstw i dlatego zasadniczo nie podlegają kontroli *ex ante*. Jak wskazali rząd włoski i Komisja, w poprzednich latach pojawiła się luka w ochronie w zakresie konkurencyjnej identyfikacji i przejęć innowacyjnych przedsiębiorstw typu start-up, na przykład w dziedzinie usług internetowych, przemysłu farmaceutycznego czy technologii medycznych („zabójcze przejęcia”). Dotyczy to sytuacji, w których ugruntowane i mające siłę rynkową przedsiębiorstwa przejmują wschodzące, ale wciąż mające niskie obroty przedsiębiorstwa, które działają na tych samych, sąsiednich rynkach wyższego lub niższego szczebla na wczesnym etapie ich rozwoju w celu wyeliminowania ich jako konkurentów i skonsolidowania własnej pozycji rynkowej³⁶. Aby zapewnić skuteczną ochronę konkurencji również w tym zakresie, krajowy organ ochrony konkurencji powinien mieć możliwość skorzystania przynajmniej ze „słabszego”³⁷ instrumentu represyjnej kontroli *ex post* na podstawie art. 102 TFUE, jeżeli są spełnione jego przesłanki faktyczne. Taka potrzeba może również zaistnieć w przypadku przejęć na wysoce skoncentrowanych rynkach, takich jak w niniejszej sprawie, jeśli ich celem jest wyeliminowanie presji konkurencyjnej ze strony wschodzącego konkurenta.

49. To prowadzi do spornej między stronami postępowania kwestii, czy i w jakim zakresie zasady określone w wyroku w sprawie *Continental Can*³⁸ dotyczące zastosowania art. 102 TFUE mają nadal zastosowanie do koncentracji.

C. Znaczenie wyroku *Continental Can* i pewność prawa

50. Na podstawie powyższych rozważań należy w każdym razie sprecyzować twierdzenia zawarte w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Continental Can*.

51. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził tam w przedmiocie stosowania art. 86 traktatu EWG (obecnie art. 102 TFUE), co następuje:

„Zakłócenie konkurencji, które jest zakazane, gdy jest ono wynikiem zachowania objętego art. 85, nie może stać się dopuszczalne w wyniku tego, że zachowanie jest skuteczne pod wpływem przedsiębiorstwa dominującego i doprowadza do koncentracji zaangażowanych przedsiębiorstw. [...]

Zachowanie stanowiące nadużycie może zatem mieć miejsce, jeśli przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą wzmacnia ją w taki sposób, że osiągnięty stopień dominacji w znaczący sposób ogranicza konkurencję, a więc że pozostają jeszcze na rynku tylko przedsiębiorstwa, które w swoim zachowaniu rynkowym zależą od przedsiębiorstwa dominującego”³⁹.

³⁶ Zobacz bliżej, Komisja Europejska, Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz.U. 2021, C 113, s. 1), pkt 9, 10, oraz wyrok Sądu z dnia 13 lipca 2022 r., *Illumina/Komisja* (T-227/21, EU:T:2022:447).

³⁷ Zobacz moja opinia w sprawie *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:322, pkt 36).

³⁸ Wyrok z dnia 21 lutego 1973 r., *Europemballage i Continental Can/Komisja* (6/72, EU:C:1973:22).

³⁹ Wyrok z dnia 21 lutego 1973 r., *Europemballage i Continental Can/Komisja* (6/72, EU:C:1973:22, pkt 25 i 26).

52. Z tego można by nawet wnioskować, że art. 102 TFUE ma w pełnym zakresie zastosowanie do kontroli koncentracji.

53. Wyrok ten należy jednak interpretować w kontekście ówczesnego stanu prawnego, w szczególności faktu, że Trybunał Sprawiedliwości orzekł „w braku wyraźnych przepisów”⁴⁰ o konieczności kontroli koncentracji na podstawie art. 86 traktatu EWG w celu zapewnienia wystarczającej ochrony prawidłowego funkcjonowania konkurencji na wspólnym rynku. Dziś jednak takie „wyraźne przepisy” niewątpliwie istnieją w rozporządzeniu na 139/2004; zgodnie z wolą prawodawcy służą one ponadto wyraźnie zamknięciu luki regulacyjnej luki stwierdzonej w tamtym czasie przez Trybunał Sprawiedliwości⁴¹.

54. Mając na uwadze preferowane powyżej komplementarne zastosowanie art. 102 TFUE w celów kontroli zachowań stanowiących nadużycie w związku z koncentracją, orzecznictwo to nie stało się jednak całkowicie bezprzedmiotowe, pomimo stworzenia unijnego systemu kontroli łączenia. Potwierdzają to zarówno motyw 7 rozporządzenia nr 139/2004 (powyżej, pkt 5), który wydaje się odwoływać do tego orzecznictwa, jak również fakt, że wyrok *Continental Can* opiera się ze swojej strony na traktatowym celu możliwie jak najbardziej skutecznej i pozbawionej luk ochrony konkurencji na wspólnym rynku⁴². Zwiąże stwierdzenie w przypisie w mojej opinii w sprawie *Austria Asphalt*, często przytaczane przez strony postępowania, zgodnie z którym wyrok ten „sta[ł] się bezprzedmiotow[y]”⁴³, odnosiło się do innego pytania prejudycjalnego, a tym samym do innego przedmiotu postępowania (mianowicie zastosowania art. 101 TFUE do wspólnych przedsiębiorstw), a zatem nie można go uogólniać.

55. W związku z tym pozostaje do wyjaśnienia pytanie podniesione przez strony postępowania dotyczące warunków, na jakich komplementarne zastosowanie art. 102 TFUE w związku z koncentracją może być brane pod uwagę w świetle wyroku *Continental Can* i zasady pewności prawa.

56. W tym względzie należy dokonać rozróżnienia między dwiema sytuacjami, a mianowicie z jednej strony sytuacją, która leży u podstaw niniejszego postępowania, w której nie przeprowadzono badania *ex ante* koncentracji podstawie przepisów dotyczących kontroli łączeń przedsiębiorstw ze względu na brak osiągnięcia progów ilościowych, a z drugiej strony możliwą równoległą lub sukcesywną „podwójnym badaniem” koncentracji na podstawie zarówno przepisów dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw, jak i art. 102 TFUE.

57. Jak wyjaśniono w pkt 29–48 niniejszej opinii, bezpośrednio stosowanie art. 102 TFUE w odniesieniu do koncentracji przedsiębiorstw nie jest prawnie wyłączone. Dotyczy to bez ograniczeń przypadku takiego jak niniejszy, w którym, jak wynika z pkt 20, nie przeprowadzono badania *ex ante* koncentracji na podstawie przepisów dotyczących kontroli łączenia, czyli nie istnieje ryzyko podwójnego badania.

58. Inaczej rzecz miałyby się jednak w hipotetycznej sytuacji, w której badanie *ex ante* rzeczywiście zostałyby przeprowadzone, czy to przez krajowy organ ochrony konkurencji na podstawie krajowych przepisów dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorstw, czy to przez Komisję na podstawie rozporządzenia nr 139/2004. Czy taka koncentracja może być przedmiotem dodatkowej kontroli *ex post* na podstawie art. 102 TFUE?

⁴⁰ Wyrok z dnia 21 lutego 1973 r., *Europemballage i Continental Can/Komisja* (6/72, EU:C:1973:22, pkt 25).

⁴¹ Motywy 5–8 rozporządzenia nr 139/2004 lub motywy szósty i siódmy rozporządzenia nr 4064/89.

⁴² Wyrok z dnia 21 lutego 1973 r., *Europemballage i Continental Can/Komisja* (6/72, EU:C:1973:22, pkt 25).

⁴³ C-248/16, EU:C:2017:322, pkt 37, tamże przypis 18.

59. W odniesieniu do przestrzegania zasady pewności prawa ważne jest, że prawodawca zasadniczo chciał wyłączyć takie podwójne badanie, jak wynika z art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 (powyżej, pkt 43). W mojej ocenie pozostaje zatem miejsce na zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali* – niezależnie od charakteru jako prawa pierwotnego i bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE.

60. Nie stoi to w sprzeczności ze wspomnianą w pkt 30 niniejszej opinii zasadą hierarchii norm. Artykuł 102 TFUE miałby bowiem zasadniczo nadal zastosowanie. Jednakże koncentracja zatwierdzona na podstawie bardziej szczegółowych zasad kontroli łączenia, której wpływ na strukturę rynku i warunki konkurencji zostały uznane za zgodne z rynkiem wewnętrznym, nie może jako taka (już) być kwalifikowana jako nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE, chyba że zostanie stwierdzone wykraczające poza to zachowanie danego przedsiębiorstwa, które mogłoby spełniać to kryterium. Należy zatem odpowiednio doprecyzować stwierdzenia zawarte w orzeczeniu w sprawie *Continental Can*, które również w takim przypadku mogłyby zostać źle zrozumiane pod względem możliwego podwójnego badania koncentracji.

61. Biorąc pod uwagę te wymogi, skutki prawne wynikające z komplementarnego zastosowania przepisów dotyczących o kontroli łączenia oraz art. 102 TFUE mają znacznie mniejszy wpływ na realizację koncentracji i pewność prawa niż utrzymują to na przykład rząd niderlandzki oraz TDF.

62. Po pierwsze, wynika to ze stosowania zasady *lex specialis derogat legi generali*, zgodnie z którą zezwolenie na koncentrację przedsiębiorstw na mocy przepisów dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz spowodowana tym zmiana struktury rynku i warunków konkurencji z konieczności wyklucza faktyczne istnienie nadużycia w rozumieniu art. 102 TFUE (powyżej, pkt 59 i 60). Dlatego taka koncentracja nie mogłaby być przedmiotem późniejszej decyzji, na przykład na podstawie art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, nakazującej rozwiązanie przedsiębiorstwa powstałego w wyniku połączenia. Po drugie, kontrola *ex post* na podstawie art. 102 TFUE może dotyczyć tylko takich koncentracji, które są przeprowadzane przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku.

63. Tym samym możliwe komplementarne zastosowanie art. 102 TFUE ogranicza się w praktyce prawnej do tych przypadków, które ze względu na siłę rynkową tego przedsiębiorstwa od początku wymagają kontroli na mocy prawa konkurencji, ale nie podlegają ocenie *ex ante* na podstawie przepisów dotyczących kontroli łączenia. I nawet w tych przypadkach, z uwagi na pierwszeństwo środków behawioralnych i zasadę proporcjonalności, w razie naruszenia – wbrew obawom części uczestników postępowania – z reguły nie grozi późniejsze anulowanie koncentracji⁴⁴, lecz tylko nałożenie grzywny⁴⁵.

64. Na koniec, mając na uwadze zasadę pewności prawa, chciałbym odnieść się do posiłkowego żądania *Tivany Topco* odnośnie do ograniczenia w czasie skutków wyroku Trybunału Sprawiedliwości.

65. W tym względzie należy przypomnieć, że wykładnia przepisów prawa Unii dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości w ramach kompetencji przyznanej mu w art. 267 TFUE wyjaśnia i precyzuje znaczenie oraz zakres tych przepisów, tak jak należy lub należało je rozumieć i stosować od chwili ich wejścia w życie. Jedynie w wyjątkowych przypadkach Trybunał

⁴⁴ W odniesieniu do uprawnienia Komisji do stosowania środków strukturalnych jedynie w wyjątkowych przypadkach zobacz art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.

⁴⁵ Zobacz art. 23 i 24 rozporządzenia nr 1/2003.

Sprawiedliwości, stosując ogólną zasadę pewności prawa stanowiącą nieodłączną część porządku prawnego Unii, może uznać, że należy ograniczyć w odniesieniu do wszystkich zainteresowanych możliwość powołania się na przepis, którego wykładni dokonał, w celu podważenia stosunków prawnych nawiązanych w dobrej wierze. Aby tego rodzaju ograniczenie, które może być dokonane jedynie w tym samym wyroku, w którym Trybunał rozstrzyga w kwestii wykładni, o którą się do niego zwrócono, mogło mieć miejsce, winny zostać spełnione dwie istotne przesłanki, mianowicie dobra wiara zainteresowanych i ryzyko poważnych [zakłóceń]⁴⁶.

66. W niniejszej sprawie nie dostrzegam, aby te ostatnie przesłanki zostały spełnione. Po pierwsze, biorąc pod uwagę utrwalone orzecznictwo dotyczące bezpośredniego stosowania art. 102 TFUE oraz wyrok *Continental Can*, zainteresowani nie mogli być w dobrej wierze co do tego, że przepis ten byłby interpretowany inaczej niż powyżej w pkt 29 i nast. Po drugie, ryzyko poważnych zakłóceń jest również wyłączone w świetle tego, co zostało powiedziane powyżej w pkt 55 i nast.

67. Z powyższego wynika, że nie ma przekonującego powodu, aby kategorycznie wyłączyć zastosowanie art. 102 TFUE do przypadku takiego jak niniejszy, ani też ograniczyć w czasie wyroku Trybunału Sprawiedliwości.

V. Wnioski

68. W świetle powyższych powodów proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości udzielił odpowiedzi na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w następujący sposób:

Artykuł 21 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) należy interpretować w ten sposób, że nie zakazuje on krajowemu organowi ochrony konkurencji zbadania koncentracji przedsiębiorstw, która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1 tego rozporządzenia, ani nie osiąga progów ilościowych przewidzianych w prawie krajowym dla badania *ex ante* i nie jest również przedmiotem odesłania do Komisji na podstawie art. 22 tego samego rozporządzenia, pod kątem tego, czy, biorąc pod uwagę strukturę konkurencji na rynku krajowym, stanowi ona nadużycie pozycji dominującej zgodnie z art. 102 TFUE.

⁴⁶ Zobacz wyrok z dnia 22 czerwca 2021 r., *Latvijas Republikas Saeima (Punkty karne)* (C-439/19, EU:C:2021:504, pkt 132, 133 i przywołane tam orzecznictwo).