

Дело C-449/21

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда**

Дата на постъпване в Съда:

21 юли 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

Cour d'appel de Paris (Франция)

Дата на акта за преюдициално запитване:

1 юли 2021 г.

Жалбоподател:

Towercast

Ответници:

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж, Франция)

Решение от 1 юли 2021 г.

I. Предмет на главното производство

- 1 Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж) е сезиран от дружеството TowerCast (наричано по-нататък „TowerCast“) с жалба за отмяна на решение на Autorité de la concurrence française (Орган по конкуренция, Франция), с което този орган отказва да продължи проверката на придобиването на конкурентно предприятие от дружеството TDF.

II. Приложими разпоредби

A. Правото на Съюза

- 2 Съгласно член 102 от Договора за функционирането на Европейския съюз (наричан по-нататък „ДФЕС“):

„Забранена като несъвместима с вътрешния пазар е всяка злоупотреба от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение в рамките на вътрешния пазар или в съществена част от него, доколкото тя може да повлияе върху търговията между държавите членки“.

- 3 Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (наричан по-нататък „Регламент № 139/2004“), заменил Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (наричан по-нататък „Регламент № 4064/89“), предвижда в съображения 5—9, 20 и 24:

„(5) [...] следва да бъде гарантирано, че процесът на реорганизация не води до трайни нарушения на конкуренцията [...]“.

(6) Поради това е необходим специфичен правен инструмент, който да даде възможност за ефективен контрол върху всички концентрации по отношение на тяхното въздействие върху структурата на конкуренцията в Общността, като същевременно е единственият инструмент, приложим по отношение на такива концентрации. Регламент (ЕИО) № 4064/89 даде възможност за изграждане на политика на Общността в тази област. В светлината на натрупания опит обаче този регламент следва да бъде трансформиран в законодателство, предвидено да посрещне предизвикателствата на по-интегриран пазар и бъдещо разширяване на Европейския съюз. В съответствие с принципите на субсидиарност и пропорционалност, съдържащи се в член 5 от Договора, настоящият регламент не се простира извън пределите на това, което е необходимо за постигането на целта за създаване на гаранции за ненарушаване на конкуренцията на общия пазар, в съответствие с принципа на отворената пазарна икономика и свободната конкуренция.

(7) Членове 81 и 82, доколкото са приложими, в съответствие със съдебната практика на Съда на Европейските общности, по отношение на определени концентрации[,] не са достатъчни за установяване на контрол по отношение на всички операции, за които би могло да се докаже, че са несъвместими със системата за ненарушаване на конкуренцията, предвидена в Договора. Поради това настоящият регламент се издава не само на основание член 83, но принципно — на основание член 308 от Договора, съгласно който Общността може сама да си предостави допълнителни правомощия за действия, необходими за постигането на тези цели [...].

(8) Разпоредбите, които се приемат в настоящия регламент, следва да бъдат прилагани по отношение на съществени структурни изменения, чието влияние по отношение на пазара преминава извън националните граници на която и да е държава членка. Такива концентрации по правило се преценяват изключително на равнище на Общността в случаите на прилагане на системата „едно гише“ и в съответствие с принципа на субсидиарност. [...].

(9) Приложното поле на настоящия регламент се дефинира в съответствие с географската област на действие на засегнатите предприятия и може да бъде ограничен[о] от количествени прагове с цел да обхване тези концентрации, които имат общностно измерение. [...]

(20) Целесъобразно е концепцията за концентрация да бъде дефинирана по такъв начин, че да обхваща операции, които внасят трайни промени в контрола на засегнатите предприятия и оттам — в структурата на пазара. [...]

(24) За да осигури ненарушаването на конкуренцията на общия пазар при преследването на политика в изпълнение на принципа за отворена пазарна икономика със свободна конкуренция, настоящият регламент трябва да позволява ефективен контрол върху всички концентрации от гледна точка на техния ефект върху конкуренцията в Общността. Съответно Регламент (ЕИО) № 4064/89 установи принципа, че концентрация с общностно измерение, която създава или засилва господстващо положение, в резултат от което ефективната конкуренция в общия пазар или в значителна част от него би била съществено възпрепятствана, се обявява за несъвместима с общия пазар“.

4 Член 1 от Регламент № 139/2004 определя приложното му поле по следния начин:

„1. Без да се накърняват член 4, параграф 5 и член 22, настоящият регламент се прилага по отношение на всички концентрации, които имат значение за Общността, както е дефинирано в настоящия член. [...]“.

5 Съгласно член 2, параграфи 1 и 4 от Регламент № 139/2004:

„1. Концентрациите, попадащи в приложното поле на настоящия регламент, се оценяват в съответствие с целите на настоящия регламент и със следващите разпоредби с цел да бъде установено дали те са съвместими с общия пазар.

При извършване на оценката Комисията взема предвид:

а) необходимостта от поддържане и развитие на ефективна конкуренция в рамките на общия пазар, предвид, освен всичко останало, структурата на всички засегнати пазари и на действителната или потенциалната

конкуренция между предприятията, намиращи се във или извън рамките на Общността;

[...].

4. Създаването на съвместно предприятие, представляващо концентрация съгласно член 3, подлежи на оценка в съответствие с критерия на член 81, параграфи 1 и 3 от Договора само доколкото целта или резултатът от неговото създаване е координирането на конкурентното поведение на предприятията, които остават независими, с цел установяване на това дали операцията е съвместима с общия пазар“.

6 Член 3 гласи:

„1. Счита се, че е налице концентрация, когато е налице трайна промяна в контрола в резултат на:

а) сливането на две или повече преди това независими предприятия или части от предприятия, или

б) придобиването от едно или повече лица, които вече контролират най-малко едно предприятие, или от едно или повече предприятия, независимо дали чрез продажба на ценни книжа или активи, чрез договор или по друг начин, на пряк или непряк контрол върху цялото или върху част от едно или повече предприятия.

2. Контролът се придобива посредством права, договори или по друг начин, самостоятелно или в комбинация, като се вземат предвид релевантните фактически и правни обстоятелства, и предоставя възможността за упражняване на решаващо влияние по отношение на дадено предприятие, по-специално чрез:

а) собственост или право на ползване на всички или част от активите на дадено предприятие;

б) права или договори, които предоставят решаващо влияние върху състава, гласуването или решенията на органите на предприятието.

3. Контролът се придобива от лица или предприятия, които:

а) имат права или упражняват права по силата на съответните договори; или

б) ако нямат права или не упражняват права съгласно такива договори, имат правото да упражняват права, произтичащи от тях.

[...]“.

7 Член 21, озаглавен „Прилагане на регламента и юрисдикция“, предвижда:

„1. Настоящият регламент [единствен] се прилага по отношение на концентрациите по смисъла на член 3, като Регламенти (ЕО) № 1/2003 [...], (ЕИО) № 1017/68 [...], (ЕИО) № 4056/86 [...] и [...] (ЕИО) № 3975/87 [...] на Съвета не се прилагат освен по отношение на съвместните предприятия, които нямат общностно измерение и които имат за предмет на дейността си или като резултат от нея координирането на конкурентно поведение на предприятия, които остават независими.

2. Комисията единствена притежава юрисдикцията да взема решенията, предвидени по настоящия регламент, като тези решения са предмет на обжалване пред Съда на Европейските общности.

3. Нито една държава членка няма право да прилага националното си законодателство по отношение на конкуренцията спрямо концентрация с общностно измерение“.

8 Член 22, който предвижда възможност за препращане до Европейската комисията, гласи:

„1. Една или повече държави членки могат да изискат Комисията да разгледа всяка концентрация по член 3, която няма общностно измерение по смисъла на член 1, но засяга търговията между държави членки и заплашва да застраши сериозно конкуренцията на територията на държавата членка или държавите членки, които са отправили искането. [...]“.

Б. Националното право

9 Член L.430—2 от Code de commerce (Търговски кодекс) гласи:

„I.- Разпоредбите на член L.430—3 и сл. от настоящия дял се прилагат за всяка концентрация по смисъла на член L.430—1, ако са изпълнени следните три условия:

- общият световен нетен оборот на всички участващи в концентрацията предприятия или групи физически или юридически лица надвишава 150 милиона евро;
- общият нетен оборот, реализиран във Франция от поне две засегнати предприятия или групи физически или юридически лица, надвишава 50 милиона евро;
- концентрацията не попада в приложното поле на Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия. [...]“.

10 Член L.430—9 от Търговския кодекс предвижда:

„В случай на злоупотреба с господстващо положение или състояние на икономическа зависимост Органът по конкуренция може с мотивирано решение да разпорежи на съответното предприятие или на съответната група от предприятия да измени, допълни или прекрати в определен срок всички споразумения и действия, с които е осъществена концентрацията на икономическа мощ, позволила злоупотребата, дори когато по отношение на тези действия е била проведена процедурата, предвидена в настоящия дял“.

- 11 В Насоките за контрола върху концентрациите, публикувани от Органа по конкуренция, в редакцията им от 2013 г., в точка 314, която се отнася до условията за прилагане на член L.430—9 от Търговския кодекс, се уточнява, че:

„Този член се прилага за всяка злоупотреба, която е станала възможна в резултат на концентрация, независимо дали спрямо нея е приложена процедура за издаване на разрешение от Органа по конкуренция или преди това — от министъра“.

III. Факти и обстоятелства, предхождащи спора

- 12 С инвестиционно споразумение, сключено на 23 юни 2016 г. и изменено с допълнително споразумение от 30 юни 2016 г., дружеството TDF Infrastructure придобива всички акции на своя конкурент Itas SAS, холдингово дружество на групата, като придобива самостоятелен контрол върху нея. В резултат на разглежданата концентрация на съответния френски пазар остават само двама доставчици на услуги: TDF и TowerCast.
- 13 По отношение на операцията по придобиването на Itas, която е под праговете, предвидени в член 1 от Регламент № 139/2004 и в член L.430—2 от Търговския кодекс, не е провеждана процедура за предварителен контрол върху концентрациите, нито е приложена процедурата за препращане до Европейската комисия, предвидена в член 22 от Регламент № 139/2004.
- 14 С регистрирано на 15 ноември 2017 г. писмо TowerCast сезира Органа по конкуренция (наричан по-нататък „Органът“), като твърди, че придобиването на контрол върху дружеството Itas от дружеството TDF на 13 октомври 2016 г. представлява злоупотреба с господстващо положение, доколкото възпрепятства конкуренцията на пазарите на едро нагоре и надолу по веригата на разпространението на цифрова наземна телевизия (наричана по-нататък „ЦНТ“), като засилва значително вече господстващото положение на TDF на тези пазари.
- 15 На 25 юни 2018 г. до дружествата от групата TDF (TDF infrastructure, TDF infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco) е изпратено уведомление за твърдени нарушения, изразяващи се в това, че „на 13 октомври 2016 г., като едно-единствено предприятие по смисъла на конкурентното право, те са злоупотребили с господстващото положение

на същото предприятие на пазара на едро надолу по веригата на услугите за разпространение на ЦНТ чрез придобиването на самостоятелен контрол върху групата *Itas*“, като тази практика може да има за резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията на пазара на едро надолу по веригата на услуги за разпространение на ЦНТ и е забранена от член L.430—2 от Търговския кодекс и от член 102 ДФЕС.

- 16 С Решение № 20-D-01 от 16 януари 2020 г. (наричано по-нататък „обжалваното решение“) Органът приема, че практиката на злоупотреба с господстващо положение, в която са упреквани дружествата от групата TDF, не е доказана и че следователно няма основание производството да продължи.
- 17 TowerCast подава жалба срещу това решение и иска неговата отмяна. Дружествата от групата TDF искат от Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж) да потвърди изцяло въпросното решение и да отхвърли жалбата на TowerCast. Органът, министърът на икономиката и прокуратурата, които се съгласяват с анализа в обжалваното решение, също приканват запитващата юрисдикция да отхвърли жалбата.

IV. Доводи на страните

A. Органът по конкуренция

- 18 В обжалваното решение, както и пред запитващата юрисдикция Органът поддържа, че приемането на Регламент № 4064/89 и Регламент № 139/2004 очертава ясна разделителна линия между контрола върху концентрациите и контрола върху антиконкурентните практики и че създаването на специален режим за контрол върху концентрациите на равнището на Европейския съюз de facto е лишило от актуалност съдебната практика, установена с решение Continental Can по времето, когато не е съществувала никаква европейска система за контрол върху концентрациите.
- 19 По същество той счита, че макар след влизането в сила на Регламент № 4064/89 член 102 ДФЕС да продължава да се прилага към поведение, представляващото злоупотреба, което може да бъде отделено от самата концентрация, все пак прилагането му по отношение на структурната операция по концентрация по смисъла на Регламент № 139/2004 — макар да не е изрично изключено с посочения регламент — вече е лишено от предмет.
- 20 Той отбелязва също, че член 3 от Регламент № 139/2004, както преди него и член 3 от Регламент № 4064/89, определя концентрацията според материалноправен критерий, а не с оглед на праговете, определени в член 1 от Регламента. От това той заключава, че Регламент № 139/2004 се прилага изключително за концентрациите, както са определени в посочения член 3, и прави безпредметно прилагането на член 102 ДФЕС по отношение на

концентрация, при която липсва отделно поведение на разглежданото предприятие след тази концентрация.

- 21 Той извършва същия анализ и във връзка с прилагането на националното право, съответстващо на член L.420—2 от Търговския кодекс, като счита, че процедурите относно антиконкурентните практики и процедурата за контрол върху концентрациите са различни и несъвместими помежду си.

Б. TowerCast

- 22 С жалбата си TowerCast оспорва това тълкуване на текстовете. То изтъква главно преследваната от Договора за ЕИО цел за установяване на система, която да гарантира ненарушаване на конкуренцията на общия пазар, и препраща към принципите, изведени по посоченото по-горе дело Continental Can, които счита за все още релевантни. То отбелязва, че тези принципи са били припомнени и във връзка с редица последващи дела (решения от 21 септември 2005 г., EDP/Комисия, T-87/05, EU:T:2005:333, т. 46 и 47, и от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия, T-210/01, EU:T:2005:456, т. 86), и представя правно становище в подкрепа на твърдението си, че органите и съдилищата на държавите членки продължават в по-голямата си част да прилагат съдебната практика, установена с решение Continental Can.
- 23 Освен това TowerCast се позовава на директния ефект на член 102 ДФЕС и претендира, че по отношение на концентрациите под праговете следва да се осъществява контрол ex post за съвместимост с този член.
- 24 Дружеството отбелязва, че макар Регламент № 139/2004 и Регламент № 1/2003 да не могат да се прилагат едновременно по един и същ случай, все пак Регламент № 139/2004 се прилага изключително само по отношение на концентрациите, които попадат в неговото приложно поле, т.е. тези с общностно измерение или препратени на Комисията от националните органи по конкуренция или от съответните лица.
- 25 В отговор на доводите на останалите страни то изтъква, че контролът, ограничен до отделните действия, представляващи злоупотреба, не позволява да се обхванат концентрациите, които значително възпрепятстват конкуренцията, като засилват съществено господстващото положение на придобиващия, и добавя, че предвидената в член 22 от Регламент № 139/2004 система на препращане не е достатъчна, за да се осигури задоволителен контрол, тъй като е факултативна и се задейства единствено по преценка на държавите членки. То припомня също, че до неотдавна Комисията не е искала да разглежда концентрациите, попадащи под националните прагове за контрол.

В. Другите страни в производството

- 26 Министърът на икономиката споделя виждането на Органа. Встъпилите дружества от групата TFF също го подкрепят. Освен това те отбелязват, че в решение от 7 септември 2017 г., *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643, т. 30—33), Съдът е приел, че членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС са неприложими спрямо всяка операция по придобиването на контрол, която може да се квалифицира като концентрация по смисъла на член 3 от Регламент № 139/2004, независимо от преминаването на праговете. Накрая те подчертават правната несигурност, до която би довело прилагането на член 102 ДФЕС към концентрации като разглежданата, тъй като то би дало възможност концентрациите да бъдат оспорени години след извършването им, и в допълнение изтъкват опасността от различия, произтичащи от раздробяването на съдебните спорове в областта на контрола върху концентрациите.

V. Анализ на запитващата юрисдикция

- 27 В решението си, известно като *Continental Can* (решение от 21 февруари 1973 г., *Europemballage и Continental Can/Комисия*, 6/72, EU:C:1973:22), Съдът приема, че „при липсата на изрични разпоредби не може да се предположи, че Договорът, който с член 85 забранява някои решения на обикновени сдружения на предприятия, които изкривяват конкуренцията, без да я премахват, все пак би допуснал в член 86 предприятията — след като са изградили органично единство — да могат да достигнат до такова господстващо положение, при което би била премахната всяка сериозна възможност за конкуренция“. Въз основа на това Съдът стига до извода, че „при това положение може да представлява злоупотреба обстоятелството, че предприятие с господстващо положение укрепва това положение до степен, при която постигнатото равнище на господство би възпрепятствало съществено конкуренцията, т.е. биха продължили да съществуват единствено предприятия, чието поведение зависи от предприятието с господстващо положение“.
- 28 Тази съдебна практика обикновено се тълкува като признаваща, че засилването на господстващо положение чрез външен растеж, което създава опасност от премахване на всяка сериозна възможност за конкуренция, не може — предвид преследваните цели — да бъде изключено от приложното поле на член 102 ДФЕС (предишен член 86 от Договора за ЕИО) — разпоредба на първичното право с директен ефект.
- 29 Това решение обаче е постановено, когато в европейското право не е имало никакъв механизъм за контрол върху концентрациите. Съюзът междуременно се е сдобил с правила, приложими към концентрациите, които могат в значителна степен да възпрепятстват ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него.

- 30 Следва да се отбележи, че за да се избегне двоен анализ — *ex ante* и *ex post* — на попадащите в приложното им поле операции, последователните регламенти относно контрола върху концентрациите предвиждат, че спрямо концентрациите с „общностно“ измерение, които подлежат на контрол *ex ante*, не могат да се приложат и разпоредбите на регламентите (регламенти № 17 и № 1/2003) относно прилагането на правилата, забраняващи антиконкурентните практики (членове 85 и 86 от ДЕО, понастоящем членове 101 и 102 ДФЕС).
- 31 Освен това член 3 от Регламент № 139/2004 дава материалноправно определение на понятието за концентрация, без да се позовава на посочените в член 1 прагове, чрез които може да се определи дали концентрацията е с общностно измерение. Ето защо изглежда, че предвиденото в член 21 изключване би могло да се прилага за всяка концентрация, която отговаря на определението по член 3, без значение дали тя достига праговете за задължителен контрол.
- 32 Съображение 7 от Регламент № 139/2004 уточнява обаче, че „[ч]ленове 81 и 82, доколкото са приложими, в съответствие със съдебната практика на Съда на Европейските общности, по отношение на определени концентрации[,] не са достатъчни за установяване на контрол по отношение на всички операции, за които би могло да се докаже, че са несъвместими със системата за ненарушаване на конкуренцията, предвидена в Договора [...]“, и поради това запитващата юрисдикция поставя въпроса дали даденото в решение *Continental Can* тълкуване продължава да се прилага към концентрация като разглежданата, за която не се спори, че отговаря на определението в посочения член 3, и чието въздействие върху конкуренцията не е било предмет на предварителен контрол.
- 33 Най-новата практика на Съда като че ли не заема позиция по въпроса дали предвиденото в член 21 от Регламент № 139/2004 изключване се прилага и към концентрации, които изобщо не са били предмет на контрол *ex ante*.
- 34 В посоченото по-горе решение от 7 септември 2017 г. по дело C-248/16, *Austria Asphalt*, Съдът припомня:
- „31. „[...] регламент[ът] [...] е част от съвкупност от законодателни разпоредби, които имат за цел да приведат в действие членове 101 и 102 ДФЕС, както и да създадат система за контрол, която да гарантира, че конкуренцията във вътрешния пазар на Съюза не е нарушена.
32. Видно от член 21, параграф 1 от Регламент № 139/2004, този регламент единствен се прилага по отношение на концентрациите по смисъла на член 3 от него, за които Регламент № 1/2003 по принцип е неприложим [подчертаването е добавено от запитващата юрисдикция].
33. От друга страна, последният регламент остава приложим за поведението на предприятия, което не представлява концентрация по смисъла на

Регламент № 139/2004, но все пак може да доведе до координация между тях, противоречаща на член 101 ДФЕС, и което по тази причина подлежи на контрол от страна на Комисията или на националните органи по конкуренция“.

- 35 Съдът обаче не е уточнил изключенията, които биха могли да бъдат направени от посочения в точка 32 от решението принцип, нито се е произнесъл по въпроса дали възприетото в решение *Continental Can* тълкуване все още може да се приложи, по-специално по отношение на концентрации, попадащи под праговете за задължителен контрол, които не са били анализирани в рамките на задължителен контрол *ex ante*, нито на искане за препращане към Комисията на основание член 22 от Регламент № 139/2004.
- 36 С оглед на директния ефект на член 102 ДФЕС и на обхвата, който би могъл да се придаде на разпоредбите, уреждащи концентрациите (член 21, параграф 1 от Регламент № 139/2004), запитващата юрисдикция има съмнения относно тълкуването, което следва да се даде на последните разпоредби, що се отнася до невъзможността „по принцип“ да се прилагат самостоятелно правилата за конкуренция, произтичащи от посоченото първично право, към концентрация, която, както в настоящия случай:
- може да отговаря на определението, дадено в член 3 от Регламент № 139/2004,
 - не е била предмет на предварителен контрол както въз основа на европейското право, така и въз основа на националното право, приложимо към концентрациите,
 - и при която поради това не възниква риск от кумулативно прилагане на Регламенти № 139/2004 и № 1/2003 или от противоречие, произтичащо от двоен анализ *ex ante* и *ex post*.
- 37 Тази трудност при тълкуването се потвърждава от прегледа на националните решения, на които се позовават страните и от които проличава нееднородно прилагане на правото на Съюза.

VI. Мотиви за отправяне на преюдициалното запитване

- 38 Тъй като изглежда, че Съдът още не е разрешил спорния правен въпрос по настоящото дело, предвид установените различия в тълкуването и за да се гарантира еднаквото тълкуване и прилагане на това право в рамките на Съюза, е необходимо да бъде отправен преюдициален въпрос до Съда.

VII. Преюдициален въпрос

- 39 Cour d'appel de Paris (Апелативен съд Париж) отправя до Съда на Европейския съюз следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли член 21, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите [между предприятия] да се тълкува в смисъл, че не допуска концентрация без общностно измерение по смисъла на член 1 от посочения регламент, която е под предвидените в националното право прагове за задължителен контрол ex ante и за която не е направено препращане към Европейската комисия съгласно член 22 от същия регламент, да бъде разглеждана от национален орган по конкуренция като съставляваща злоупотреба с господстващо положение, забранена от член 102 ДФЕС, с оглед на структурата на конкуренцията на пазар с национално измерение?“