

Sprawa C-449/21

Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości

Data wpływu:

21 lipca 2021 r.

Oznaczenie sądu odsyłającego:

Cour d'appel de Paris (Francja)

Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

1 lipca 2021 r.

Strona skarżąca:

Towercast

Strony pozwane:

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

Cour d'appel de Paris (sąd apelacyjny w Paryżu)

Wyrok z dnia 1 lipca 2021 r.

I. Przedmiot postępowania głównego

- 1 Spółka TowerCast (zwana dalej „TowerCast”) wniosła do Cour d'appel de Paris (sądu apelacyjnego w Paryżu) skargę o stwierdzenie nieważności decyzji francuskiego organu ochrony konkurencji odmawiającej dalszego badania transakcji nabycia przez spółkę TDF konkurującego przedsiębiorstwa.

II. Przywołane przepisy

A. Prawo Unii

- 2 Zgodnie z art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwanego dalej „TFUE”):

„Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami członkowskimi”.

- 3 Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (zwane dalej „rozporządzeniem nr 139/2004”), które zastąpiło rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (zwane dalej „rozporządzeniem nr 4064/89”), stanowi w motywach 5–9 oraz 20 i 24:

„(5) [N]ależy zapewnić, że proces reorganizacji nie spowoduje trwałej szkody dla konkurencji; [...]

(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. Rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 zapewniło rozwój polityki Wspólnoty w tym obszarze. W świetle doświadczeń jednakże rozporządzenie to powinno zostać przepracowane jako akt prawny pozwalający sprostać wyzwaniom zintegrowanego rynku i przyszłego rozszerzenia Unii Europejskiej. Zgodnie z zasadami pomocniczości i proporcjonalności określonymi w art. 5 traktatu niniejsze rozporządzenie nie wykracza poza to, co jest konieczne, aby osiągnąć cel, jakim jest zapewnienie, że konkurencja na wspólnym rynku jest wolna od zakłóceń, zgodnie z zasadą otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją.

(7) 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, na mocy którego Wspólnota może udzielić sobie dodatkowych kompetencji koniecznych do osiągnięcia swoich celów [...].

(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 takie, jako zasada ogólna, powinny zostać sprawdzone wyłącznie na poziomie Wspólnoty, przy zastosowaniu systemu »pojedynczej instytucji« (»one-

stop shop») i zgodności z zasadą pomocniczości. Koncentracje nieobjęte zakresem niniejszego rozporządzenia w zasadzie podlegają jurysdykcji państw członkowskich.

(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; [...]

(20) 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. [...]

(24) W celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku, na poparcie polityki prowadzonej zgodnie z zasadą gospodarki rynkowej z wolną konkurencją, niniejsze rozporządzenie musi dopuszczać skuteczną kontrolę wszystkich koncentracji z punktu widzenia ich skutków dla konkurencji we Wspólnocie. Odpowiednio rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 ustanowiło zasadę, zgodnie z którą koncentracja o wymiarze wspólnotowym tworząca lub umacniająca pozycję dominującą, w wyniku czego znacznie utrudniona byłaby skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub na jego znacznej części, powinna zostać uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem”.

4 Artykuł 1 rozporządzenia nr 139/2004 określa jego zakres stosowania w następujący sposób:

„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. [...]”.

5 Artykuł 2 ust. 1 i 4 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi:

„1. Koncentracje objęte zakresem niniejszego rozporządzenia są oceniane zgodnie z celami niniejszego rozporządzenia oraz z następującymi przepisami zmierzającymi do stwierdzenia, czy są one zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem.

Dokonując tej oceny, Komisja uwzględnia:

a) potrzebę zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na wspólnym rynku, z punktu widzenia między innymi struktury wszystkich danych rynków oraz rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji ze strony przedsiębiorstw zlokalizowanych we Wspólnocie lub poza nią;

[...]

4. W stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka

oceniającego jest zgodnie z kryteriami art. 81 ust. 1 i 3 Traktatu, w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem”.

6 Artykuł 3 stanowi:

„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 lub aktywów, czy to w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób.

2. Podstawę kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez:

a) własność lub prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa;

b) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa.

3. Kontrolę przejmują osoby lub przedsiębiorstwa, które:

a) są posiadaczami praw lub uprawnionymi do nich na mocy odpowiednich umów; lub

b) nie będąc ani posiadaczami takich praw, ani uprawnionymi do nich na mocy odpowiednich umów, mają uprawnienia wykonywania wpływających z nich praw.

[...]”.

7 Artykuł 21, zatytułowany „Zastosowanie rozporządzenia i właściwość”, stanowi:

„1. Niniejsze rozporządzenie stosuje się jedynie do koncentracji określonych w art. 3, zaś rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003, (EWG) nr 1017/68, (EWG) nr 4056/86 oraz (EWG) nr 3975/87 nie mają zastosowania, z wyjątkiem, gdy odnoszą się do wspólnych przedsiębiorstw, które nie mają wymiaru wspólnotowego oraz które mają jako swój cel lub efekt działania koordynację zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne.

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

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

8 Artykuł 22, który przewiduje możliwość odesłania do Komisji Europejskiej, stanowi, że:

„1. Jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wnioski o zbadanie wszelkiej koncentracji, jak określono w 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 wniosek. [...]”.

B. Prawo krajowe

9 Artykuł L.430–2 code de commerce (francuskiego kodeksu handlowego) stanowi:

„Każda koncentracja w rozumieniu art. L. 430–1 podlega przepisom art. L.430–3 i nast. niniejszego tytułu, jeżeli spełnione są trzy następujące warunki:

- łączny światowy obrót bez podatku wszystkich przedsiębiorstw lub grup osób fizycznych lub prawnych będących stronami koncentracji przekracza 150 mln EUR;

- łączny obrót bez podatku osiągany we Francji przez co najmniej dwa dane przedsiębiorstwa lub grupy osób fizycznych lub prawnych przekracza 50 mln EUR;

- transakcja ta nie wchodzi w zakres stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. [...]”

10 Artykuł L.430–9 tego kodeksu handlowego przewiduje, że:

„Urząd ochrony konkurencji może, w przypadku nadużywania pozycji dominującej lub stanu zależności ekonomicznej, nakazać danemu przedsiębiorstwu lub grupie przedsiębiorstw, w drodze uzasadnionej decyzji, zmianę, uzupełnienie lub rozwiązanie w określonym terminie wszystkich porozumień i wszelkich czynności, w drodze których doszło do koncentracji siły gospodarczej, która umożliwiła nadużycia, nawet jeśli działania te były przedmiotem postępowania przewidzianego w niniejszym tytule”.

11 W wytycznych w sprawie kontroli koncentracji opublikowane przez organ ochrony konkurencji, w wersji z 2013 r., a konkretnie w ich pkt 314, dotyczącym

warunków wprowadzenia w życie art. L. 430–9 kodeksu handlowego, wyjaśniono, że:

„Artykuł ten ma zastosowanie do każdego nadużycia, które stało się możliwe w wyniku koncentracji, niezależnie od tego, czy była ona przedmiotem postępowania w sprawie zezwolenia przed Urzędem ochrony konkurencji, lub, uprzednio, ministrem”.

III. Okoliczności faktyczne i okoliczności powstania sporu

- 12 Na mocy protokołu inwestycyjnego zawartego w dniu 23 czerwca 2016 r., zmienionego aneksem z dnia 30 czerwca 2016 r., spółka TDF Infrastructure nabyła wszystkie akcje swojego konkurenta, Itas SAS, spółki holdingowej grupy i przejęła nad nią wyłączną kontrolę. W następstwie rozpatrywanej transakcji na właściwym rynku francuskim pozostają tylko dwaj dostawcy usług: TDF i TowerCast.
- 13 Transakcja nabycia spółki Itas, mieszcząca się poniżej progów przewidzianych w rozporządzenia nr 139/2004 i art. L-430–2 kodeksu handlowego, nie doprowadziła do wszczęcia postępowania w sprawie uprzedniej kontroli koncentracji ani do wszczęcia przewidzianego w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 postępowania w sprawie odesłania do Komisji Europejskiej.
- 14 Pismem zarejestrowanym w dniu 15 listopada 2017 r. TowerCast wniosła do organu ochrony konkurencji (zwanego dalej „organem”) skargę, w której podniosła, że przejęcie kontroli nad spółką Itas przez spółkę TDF w dniu 13 października 2016 r. stanowi nadużycie pozycji dominującej, ponieważ utrudnia konkurencję na rynkach hurtowych wyższego i niższego szczebla nadawania naziemnej telewizji cyfrowej (zwanej dalej „NTC”), wzmacniając znacznie pozycję dominującą TDF na tych rynkach.
- 15 W dniu 25 czerwca 2018 r. do spółek grupy TDF (TDF infrastructure, TDF infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco) zostało skierowane pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym zarzucono im, że „w dniu 13 października 2016 r., stanowiąc jedno przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa konkurencji, nadużyły pozycji dominującej zajmowanej przez to przedsiębiorstwo na hurtowym rynku wyższego szczebla usług nadawania NTC poprzez przejęcie wyłącznej kontroli nad grupą Itas”, ponieważ praktyka ta mogła poskutkować zniesieniem, ograniczeniem lub zakłóceniem konkurencji na rynku hurtowym wyższego szczebla usług nadawania NTC, która to praktyka jest zakazana przez art. L.420–2 kodeksu handlowego i art. 102 TFUE.
- 16 W decyzji nr 20-D-01 z dnia 16 stycznia 2020 r. (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją”) organ uznał, że zarzucana spółkom grupy TDF praktyka nadużywania pozycji dominującej nie została wykazana i że nie ma zatem potrzeby dalszego prowadzenia postępowania.

- 17 TowerCast wniosła skargę na tę decyzję i zażądała stwierdzenia jej nieważności. Spółki grupy TDF wnoszą do cour d'appel de Paris (sądu apelacyjnego w Paryżu) o utrzymanie w mocy tej decyzji w całości i oddalenie skargi TowerCast. Organ, minister właściwy ds. gospodarki i prokuratura, którzy zgadzają się z zaskarżoną decyzją, również wnoszą do sądu odsyłającego o oddalenie tej skargi.

IV. Argumenty stron

A. Organ ochrony konkurencji

- 18 W zaskarżonej decyzji, podobnie jak przed sądem odsyłającym, organ twierdzi, że przyjęcie rozporządzeń nr 4064/89 i nr 139/2004 wyznaczyło jasną granicę pomiędzy kontrolą koncentracji a kontrolą praktyk antykonkurencyjnych oraz że utworzenie szczególnego systemu kontroli koncentracji na poziomie Unii Europejskiej spowodowało de facto, że orzecznictwo w sprawie Continental Can, które było stosowane w czasie, gdy nie istniał żaden europejski system kontroli koncentracji, stało się nieaktualne.
- 19 Stoi on co do zasady na stanowisku, że, chociaż po wejściu w życie rozporządzenia nr 4064/89 art. 102 TFUE ma nadal zastosowanie do mających znamiona nadużycia zachowań dających się oddzielić od koncentracji jako takiej, to jednak jego zastosowanie do koncentracji strukturalnej w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004, mimo że nie jest ono wyraźnie wyłączone przez wspomniane rozporządzenie, jest obecnie bezprzedmiotowe.
- 20 Podnosi on również, że art. 3 rozporządzenia nr 139/2004, podobnie jak uprzednio art. 3 rozporządzenia nr 4064/89, definiuje koncentrację w oparciu o kryterium materialne, a nie – poprzez odniesienie do progów określonych w art. 1 rozporządzenia. Wywodzi on z tego, że rozporządzenie nr 139/2004 ma jako jedyne zastosowanie do koncentracji w kształcie zdefiniowanym w ww. art. 3 i czyni bezprzedmiotowym stosowanie art. 102 TFUE do koncentracji w sytuacji, gdy nie dochodzi do odrębnego zachowania danego przedsiębiorstwa wynikającego z tej transakcji.
- 21 W ten sam sposób ocenia on stosowanie prawa krajowego, a więc art. L. 420–2 kodeksu handlowego, uznając postępowania dotyczące praktyk antykonkurencyjnych oraz postępowania w sprawie kontroli koncentracji za mające różny charakter i wzajemnie niemożliwe do pogodzenia.

B. TowerCast

- 22 W swojej skardze TowerCast kwestionuje tę wykładnię aktów prawnych. Powołuje się ona przede wszystkim na realizowany od czasu traktatu EWG cel, polegający na ustanowieniu systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na wspólnym rynku i odsyła do zasad wyrażonych w ww. wyroku Continental Can, które uważa za nadal istotne. Sygnalizuje ona, że zasady te zostały jeszcze

przypomniane w kilku późniejszych sprawach (wyroki: z dnia 21 września 2005 r., EDP/Komisja, T-87/05, EU:T:2005:333, pkt 46 i 47; oraz z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 86) i przedstawia na poparcie swojego twierdzenia opinię prawną, zgodnie z którą organy i sądy państw członkowskich nadal w przeważającej mierze stosują orzecznictwo Continental Can.

- 23 Powołuje się ona ponadto na bezpośrednią skuteczność art. 102 TFUE i żąda, w odniesieniu do transakcji, których wielkość nie przekracza tego progu, przeprowadzenia kontroli ex post zgodności z tym artykułem.
- 24 Podnosi ona, że o ile rozporządzenia nr 139/2004 i nr 1/2003 nie mogą być stosowane łącznie w tej samej sprawie, o tyle rozporządzenie nr 139/2004 ma zastosowanie wyłącznie do koncentracji objętych jego zakresem stosowania, to znaczy koncentracji o wymiarze wspólnotowym lub przekazanych Komisji przez krajowe organy ochrony konkurencji lub strony.
- 25 W odpowiedzi na argumenty pozostałych stron podnosi ona, że w ramach kontroli ograniczonej do dających się oddzielić transakcji mających znamiona nadużycia nie można ująć koncentracji, które znacząco utrudniają konkurencję, wzmacniając w istotny sposób pozycję dominującą nabywcy, i dodaje, że przewidziany w art. 22 rozporządzenia nr 139/2004 system odesłania jest niewystarczający do tego, aby zapewnić zadowalającą kontrolę, ponieważ jest on stosowny fakultatywnie i uruchamiany jedynie w zależności od decyzji państw członkowskich. Przypomina ona również, że do niedawna Komisja nie chciała badać transakcji wielkość nie przekracza krajowych progów kontroli.

C. Pozostali uczestnicy postępowania

- 26 Minister właściwy do spraw gospodarki zgadza się z oceną organu. Biorące udział w postępowaniu w charakterze interwenientów spółki grupy TDF również się z nią zgadzają. Zwracają one ponadto uwagę, że Trybunał w wyroku Austria Asphalt z dnia 7 września 2017 r. (C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 30–33) orzekł, iż art. 101 i 102 TFUE nie mają zastosowania do żadnej transakcji, którą można zakwalifikować jako koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia nr 139/2004, niezależnie od tego, czy doszło do przekroczenia progów. Kładą one wreszcie nacisk na niepewność prawną wynikającą z zastosowania art. 102 TFUE do koncentracji takich jak ta rozpatrywana, ponieważ ich zdaniem umożliwia ono zakwestionowanie ich podważenie kilka lat po ich dokonaniu, a także pociąga za sobą prawdopodobieństwo powstania rozbieżności wynikających z zaistnienia sporów dotyczących kontroli koncentracji.

V. Analiza sądu odsyłającego

- 27 W wyroku Continental Can (wyrok z dnia 21 lutego 1973 r., Europemballage i Continental Can/Komisja, 6/72, EU:C:1973:22) Trybunał Sprawiedliwości

uznał, że „w braku wyraźnych postanowień nie można zakładać, iż traktat, który w art. 85 zakazuje niektórych decyzji zwykłych związków przedsiębiorstw zmieniających konkurencję bez jej wyeliminowania, dopuszcza jednak w art. 86, by przedsiębiorstwa, po utworzeniu jednostki organicznej, mogły osiągnąć taką dominującą siłę, by konkurencja była w znacznym stopniu wyłączona”. Trybunał wywnioskował z tego, że „może zatem stanowić nadużycie fakt umocnienia pozycji dominującej przez przedsiębiorstwo zajmujące taką pozycję do tego stopnia, że osiągnięty w ten sposób poziom dominacji znacznie utrudniłby konkurencję, to znaczy pozwałaby na dalsze trwanie jedynie przedsiębiorstw zależnych w swoim zachowaniu od przedsiębiorstwa dominującego”.

- 28 Orzecznictwo to jest zazwyczaj interpretowane jako potwierdzające, że umocnienie pozycji dominującej ze względu na wzrost zewnętrzny, które może wyeliminować jakąkolwiek poważną szansę na zaistnienie konkurencji, nie może, biorąc pod uwagę zamierzone cele, zostać wyłączone z zakresu stosowania art. 102 TFUE (dawniej art. 86 traktatu EWG), przepisu prawa pierwotnego wywierającego bezpośredni skutek.
- 29 Orzeczenie to zostało zaś wydane w czasie, gdy w prawie europejskim nie istniał żaden mechanizm kontroli koncentracji. Unia ustanowiła w międzyczasie takie mające zastosowanie do koncentracji przepisy, które mogą znacząco utrudniać skuteczną konkurencję na wspólnym rynku lub znacznej jego części.
- 30 Należy zauważyć, że, aby uniknąć dwukrotnego badania ex ante i ex post transakcji objętych ich zakresem stosowania, kolejne rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przewidywały, że do koncentracji o wymiarze „wspólnotowym”, będących przedmiotem kontroli ex ante, nie można stosować również przepisów rozporządzeń (rozporządzenia nr 17, a następnie nr 1/2003) dotyczących stosowania artykułów zakazujących praktyk antykonkurencyjnych (85 i 86 TWE, obecnie art. 101 i 102 TFUE).
- 31 W art. 3 rozporządzenia nr 139/2004 określona została ponadto materialna definicja pojęcia koncentracji, nie zawierająca odniesienia do progów wymienionych w art. 1, które pozwalają zdefiniować koncentrację o wymiarze wspólnotowym. Wyłączenie przewidziane w art. 21 wydaje się zatem mieć zastosowanie do każdej transakcji odpowiadającej definicji zawartej w art. 3, przy czym bez znaczenia jest to, czy jej wielkość przekracza ona progi, powyżej których przeprowadzenie kontroli jest obowiązkowe.
- 32 Motyw 7 rozporządzenia nr 139/2004 zawiera jednak wyjaśnienie, że „[a]rtykuły 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 [...]”, w związku z czym sąd odsyłający zastanawia się, czy wykładnia przyjęta w orzecznictwie „Continental Can” znajduje zastosowanie do transakcji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie,

która bezspornie odpowiada definicji zawartej w ww. art. 3 i której skutki dla konkurencji nie zostały poddane żadnej kontroli ex ante.

33 Wydaje się, że Trybunał Sprawiedliwości w najnowszym orzecznictwie nie zajął stanowiska w kwestii tego, czy wyłączenie przewidziane w art. 21 rozporządzenia nr 139/2004 ma zastosowanie również do takich koncentracji, które nie były poddane jakiegokolwiek kontroli ex ante.

34 W ww. wyroku z dnia 7 września 2017 r. w sprawie C-248/16, Austria Asphalt, Trybunał przypomniał:

„31. Rozporządzenie to [...] stanowi część składową zbioru przepisów mającego na celu wdrożenie art. 101 i 102 TFUE oraz ustanowienie systemu kontroli mającego zapewnić niezakłóconą konkurencję w obrębie Unii.

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 [podkreślenie dodane przez sąd odsyłający].

33. To ostatnie rozporządzenie znajduje nadal zastosowanie w przypadku zachowań przedsiębiorstw, które, nie będąc koncentracjami w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004, mogą jednak skutkować prowadzeniem przez nie sprzecznej z art. 101 TFUE współpracy i które z tego względu podlegają kontroli ze strony Komisji czy też krajowych organów ochrony konkurencji”.

35 Wydaje się jednak, że Trybunał nie określił dokładnie wyjątków od zasady ustanowionej w pkt 32 tego wyroku ani nie wypowiedział się w kwestii, czy wykładnia przyjęta w wyroku Continental Can może nadal mieć zastosowanie, w szczególności w odniesieniu do koncentracji, których wielkość nie przekracza progów, powyżej których przeprowadzenie kontroli jest obowiązkowe, które nie były przedmiotem jakiegokolwiek analizy przeprowadzanej w ramach obowiązkowej kontroli ex ante, ani też żadnego wniosku o odesłanie do Komisji skierowanego w zastosowaniu art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

36 Biorąc pod uwagę bezpośredni skutek art. 102 TFUE i znaczenie, jakie można przypisać przepisom regulującym koncentrację (art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004), sąd odsyłający ma wątpliwości co do wykładni, jaką należy przyjąć w odniesieniu do tych przepisów, jeżeli chodzi o istniejący „co do zasady” brak możliwości autonomicznego zastosowania wynikających z ww. prawa pierwotnego reguł konkurencji do transakcji, która – jak w niniejszej sprawie:

- może odpowiadać definicji zawartej w art. 3 rozporządzenia nr 139/2004,

- nie była przedmiotem żadnej kontroli prewencyjnej, ani na podstawie prawa europejskiego, ani prawa krajowego mającego zastosowanie do koncentracji,

- i która nie pociąga zatem za sobą powstania ryzyka kumulatywnego stosowania rozporządzeń nr 139/2004 i nr 1/2003 lub sprzeczności wynikającej z podwójnego badania ex ante i ex post.

- 37 Tę trudność interpretacyjną potwierdza analiza decyzji i orzeczeń krajowych przywołanych przez strony, które świadczą o niejednolitym stosowaniu prawa Unii.

VI. Uzasadnienie odesłania prejudycjalnego

- 38 Ponieważ wydaje się, że Trybunał Sprawiedliwości nie rozstrzygnął jeszcze spornej w niniejszej sprawie kwestii prawnej, z uwagi na stwierdzone rozbieżności interpretacyjne oraz w celu zapewnienia jednolitej wykładni i jednolitego stosowania tego prawa w Unii konieczne jest zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.

VII. Pytanie prejudycjalne

- 39 Cour d'appel de Paris (sąd apelacyjny w Paryżu) zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującym pytaniem prejudycjalnym.

„Czy art. 21 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by pozbawiona wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1 ww. 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?”