

**Υπόθεση C-449/21**

**Σύνοψη της αιτήσεως προδικαστικής απόφασεως κατά το άρθρο 98,  
παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου**

**Ημερομηνία καταθέσεως:**

21 Ιουλίου 2021

**Αιτούν δικαστήριο**

Cour d'appel de Paris (Γαλλία)

**Ημερομηνία εκδόσεως της απόφασεως περί παραπομπής:**

1η Ιουλίου 2021

**Προσφεύγουσα:**

Towercast

**Καθών:**

Autorité de la concurrence

Ministère de l'Économie

---

**Cour d'appel de Paris (Γαλλία)**

**Απόφαση της 1ης Ιουλίου 2021**

**I. Αντικείμενο της κύριας δίκης**

- 1 Η εταιρία TowerCast (στο εξής: TowerCast) άσκησε ενώπιον του Cour d'appel de Paris (εφετείου Παρισίων, Γαλλία) προσφυγή ακυρώσεως κατά απόφασεως της γαλλικής Αρχής Ανταγωνισμού, με την οποία η τελευταία αρνήθηκε να συνεχίσει την εξέταση μιας διαδικασίας εξαγοράς ανταγωνιστικής επιχειρήσεως από την εταιρία TDF.

## II. Οι σχετικές διατάξεις

### A. Το δίκαιο της Ένωσης

- 2 Κατά το άρθρο 102 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: ΣΛΕΕ):

«Είναι ασυμβίβαστη με την εσωτερική αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους εντός της εσωτερικής αγοράς ή σημαντικού τμήματός της».

- 3 Ο κανονισμός (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (στο εξής: κανονισμός 139/2004) –ο οποίος διαδέχθηκε τον κανονισμό (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (στο εξής: κανονισμός 4064/89)– ορίζει τα εξής στις αιτιολογικές σκέψεις 5 έως 9 καθώς και 20 και 24:

«(5) Πρέπει να εξασφαλισθεί [...] ότι η διαδικασία αναδιάρθρωσης δεν θα αποδειχθεί στη διάρκεια του χρόνου επιβλαβής για τον ανταγωνισμό. [...]

(6) Είναι, επομένως, αναγκαία η θέσπιση μιας ειδικής νομικής πράξης που θα εξασφαλίσει τον αποτελεσματικό έλεγχο όλων των συγκεντρώσεων ανάλογα με τις επιπτώσεις τους στη διάρθρωση του ανταγωνισμού στην Κοινότητα και η οποία θα είναι η μόνη που θα ισχύει για τις εν λόγω συγκεντρώσεις. Ο κανονισμός (ΕΟΚ) αριθ. 4064/89 επέτρεψε την άσκηση κοινοτικής πολιτικής στον τομέα αυτόν. Με βάση την σχετική εμπειρία, ωστόσο, ο εν λόγω κανονισμός θα πρέπει τώρα να αναδιατυπωθεί σε μία νομοθετική πράξη που θα εκπονηθεί κατά τρόπο ώστε να ανταποκρίνεται στις προκλήσεις μιας πιο ενοποιημένης αγοράς και της μελλοντικής διεύρυνσης της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σύμφωνα με τις αρχές της επικουρικότητας και της αναλογικότητας που διατυπώνονται στο άρθρο 5 της συνθήκης, ο παρών κανονισμός δεν υπερβαίνει τα αναγκαία όρια προκειμένου να επιτευχθεί ο στόχος της εξασφάλισης ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά, σύμφωνα με την αρχή της οικονομίας της ανοικτής αγοράς με ελεύθερο ανταγωνισμό.

(7) Τα άρθρα 81 και 82, αν και δυνάμει της νομολογίας του Δικαστηρίου έχουν εφαρμογή σε ορισμένες συγκεντρώσεις, δεν επαρκούν για τον έλεγχο όλων των συγκεντρώσεων που ενδέχεται να αποδειχθούν ασυμβίβαστες με το σύστημα ανόθευτου ανταγωνισμού που επιδιώκει η συνθήκη. Ο παρών κανονισμός θα πρέπει, κατά συνέπεια, να βασισθεί όχι μόνο στο άρθρο 83 αλλά, κυρίως, στο άρθρο 308 της συνθήκης, δυνάμει του οποίου η Κοινότητα μπορεί να αναλάβει πρόσθετες εξουσίες ώστε να προβεί στις ενέργειες που είναι αναγκαίες για την επίτευξη των στόχων της [...].

(8) Οι διατάξεις που θα θεσπισθούν με τον παρόντα κανονισμό θα πρέπει να ισχύουν για τις σημαντικές διαρθρωτικές μεταβολές των οποίων τα αποτελέσματα στην αγορά υπερβαίνουν τα εθνικά σύνορα ενός κράτους μέλους. Οι εν λόγω συγκεντρώσεις θα πρέπει, κατά κανόνα, να εξετάζονται αποκλειστικά, στο επίπεδο της Κοινότητας, κατ' εφαρμογή ενός συστήματος ενιαίου ελέγχου και σύμφωνα με την αρχή της επικουρικότητας.

(9) Το πεδίο εφαρμογής του παρόντος κανονισμού θα πρέπει να καθορισθεί σύμφωνα με τη γεωγραφική έκταση των δραστηριοτήτων των συμμετεχουσών επιχειρήσεων και να περιορισθεί με όρια ποσοτικού χαρακτήρα ώστε να καλύπτει μόνον εκείνες τις συγκεντρώσεις που έχουν κοινοτική διάσταση. [...]

(20) Είναι σκόπιμο να ορισθεί η έννοια της συγκέντρωσης κατά τρόπο ώστε να καλύπτονται οι πράξεις που επιφέρουν μόνιμη μεταβολή στον έλεγχο των συμμετεχουσών επιχειρήσεων και, συνεπώς, στη διάρθρωση της αγοράς. [...]

(24) Για να εξασφαλισθεί ένα σύστημα ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά, στα πλαίσια της προώθησης μια πολιτικής που διεξάγεται σύμφωνα με την αρχή της οικονομίας της ανοικτής αγοράς με ελεύθερο ανταγωνισμό, ο παρών κανονισμός πρέπει να επιτρέπει τον αποτελεσματικό έλεγχο όλων των συγκεντρώσεων από πλευράς επιπτώσεων στον ανταγωνισμό στην Κοινότητα. Κατόπιν τούτου, ο κανονισμός (ΕΟΚ) αριθ. 4064/89 καθιερώνει την αρχή βάσει της οποίας θα πρέπει να κηρύσσεται ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά κάθε συγκέντρωση με κοινοτική διάσταση που δημιουργεί ή ενισχύει δεσπίζουσα θέση που συνεπάγεται μία σημαντική παρακώλυση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην κοινή αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της.»

- 4 Το άρθρο 1 του κανονισμού 139/2004 καθορίζει το πεδίο εφαρμογής του ως εξής:
- «1. Ο παρών κανονισμός ισχύει για όλες τις συγκεντρώσεις με κοινοτική διάσταση, όπως αυτή ορίζεται στο παρόν άρθρο, υπό την επιφύλαξη του άρθρου 4 παράγραφος 5 και του άρθρου 22. [...]».
- 5 Το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 4, του κανονισμού 139/2004 ορίζει τα εξής:
- «1. Σύμφωνα με τους στόχους του παρόντος κανονισμού και τις ακόλουθες διατάξεις, οι συγκεντρώσεις επιχειρήσεων που εμπίπτουν στον παρόντα κανονισμό αξιολογούνται προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον είναι συμβατές με την κοινή αγορά.

Κατά την εκτίμηση αυτή, η Επιτροπή λαμβάνει υπόψη:

α) την ανάγκη διατήρησης και ανάπτυξης συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς με γνώμονα, μεταξύ άλλων, τη διάρθρωση όλων των σχετικών αγορών καθώς και τον πραγματικό ή δυνητικό ανταγωνισμό από τις επιχειρήσεις που ευρίσκονται εντός ή εκτός της Κοινότητας:

[...]

4. Στο μέτρο που η δημιουργία κοινής επιχείρησης που αποτελεί συγκέντρωση σύμφωνα με το άρθρο 3 έχει ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τον συντονισμό της ανταγωνιστικής συμπεριφοράς επιχειρήσεων που παραμένουν ανεξάρτητες, ο συντονισμός αυτός αξιολογείται σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 81 παράγραφοι 1 και 3 της συνθήκης, προκειμένου να διαπιστωθεί κατά πόσον η πράξη είναι συμβατή με την κοινή αγορά.»

6 Το άρθρο 3 ορίζει τα εξής:

« 1. Συγκέντρωση θεωρείται ότι υπάρχει όταν προκύπτει μόνιμη μεταβολή του ελέγχου από:

α) τη συγχώνευση δύο ή περισσότερων προηγουμένων ανεξάρτητων επιχειρήσεων ή τμημάτων επιχειρήσεων· ή

β) την απόκτηση, από ένα ή περισσότερα πρόσωπα που ελέγχουν ήδη μία τουλάχιστον επιχείρηση ή από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, άμεσα ή έμμεσα, με την αγορά τίτλων ή στοιχείων του ενεργητικού, με σύμβαση ή με άλλο τρόπο, ελέγχου στο σύνολο ή σε τμήματα μιας ή περισσότερων άλλων επιχειρήσεων.

2. Ο έλεγχος απορρέει από δικαιώματα, συμβάσεις ή άλλα μέσα τα οποία, είτε μεμονωμένα είτε σε συνδυασμό με άλλα, και λαμβανομένων υπόψη των σχετικών πραγματικών ή νομικών συνθηκών, παρέχουν τη δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού της δραστηριότητας μιας επιχείρησης, και ιδίως από:

α) δικαιώματα κυριότητας ή χρήσης επί του συνόλου ή μέρους των περιουσιακών στοιχείων της επιχείρησης·

β) δικαιώματα ή συμβάσεις που παρέχουν δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού της σύνθεσης, των συσκέψεων ή των αποφάσεων των οργάνων μιας επιχείρησης.

3. Ο έλεγχος αποκτάται από πρόσωπα ή επιχειρήσεις τα οποία:

α) είναι υποκείμενα αυτών των δικαιωμάτων ή δικαιούχοι από τις συμβάσεις αυτές· ή

β) χωρίς να είναι υποκείμενα των δικαιωμάτων ή δικαιούχοι από τις συμβάσεις αυτές, δικαιούνται να ασκούν τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτές.

[...]».

7 Το άρθρο 21, με τίτλο «Εφαρμογή του κανονισμού και δικαιοδοσία», ορίζει τα εξής:

«1. Ο παρών κανονισμός είναι ο μόνος που εφαρμόζεται στις συγκεντρώσεις, όπως ορίζονται στο άρθρο 3, και οι κανονισμοί (ΕΚ) αριθ. 1/2003, (ΕΟΚ) αριθ. 1017/68, (ΕΟΚ) αριθ. 4056/86 και (ΕΟΚ) αριθ. 3975/87 του Συμβουλίου, δεν τυγχάνουν εφαρμογής, εκτός αν πρόκειται για κοινές επιχειρήσεις που δεν έχουν

κοινοτική διάσταση και έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τον συντονισμό της ανταγωνιστικής συμπεριφοράς επιχειρήσεων που παραμένουν ανεξάρτητες.

2. Η Επιτροπή είναι αποκλειστικά αρμόδια για τη λήψη των αποφάσεων που προβλέπει ο παρών κανονισμός, με την επιφύλαξη του ελέγχου τους εκ μέρους του Δικαστηρίου.

3. Τα κράτη μέλη δεν εφαρμόζουν την εθνική τους νομοθεσία περί ανταγωνισμού στις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων με κοινοτική διάσταση».

8 Το άρθρο 22, το οποίο προβλέπει τη δυνατότητα παραπομπής στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ορίζει ότι:

«1. Ένα ή περισσότερα κράτη μέλη μπορούν να ζητούν από την Επιτροπή να εξετάσει μια συγκέντρωση, όπως ορίζεται στο άρθρο 3, που δεν έχει κοινοτική διάσταση κατά την έννοια του άρθρου 1, αλλά επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών και απειλεί να επηρεάσει σημαντικά τον ανταγωνισμό στο έδαφος του κράτους μέλους ή των κρατών μελών που υποβάλλουν την σχετική αίτηση. [...]».

### ***B. Το εθνικό δίκαιο***

9 Το άρθρο L.430-2 του code de commerce (εμπορικού κώδικα) ορίζει τα εξής:

« I.- Υπάγεται στις διατάξεις των άρθρων L.430-3 επ. του παρόντος τίτλου κάθε πράξη συγκεντρώσεως, κατά την έννοια του άρθρου L.430-1, εφόσον πληρούνται οι ακόλουθες τρεις προϋποθέσεις:

- ο συνολικός παγκόσμιος κύκλος εργασιών, εκτός φόρων, όλων των επιχειρήσεων ή ομάδων φυσικών ή νομικών προσώπων που μετέχουν στη συγκέντρωση υπερβαίνει τα 150 εκατομμύρια ευρώ·

- ο συνολικός κύκλος εργασιών εκτός φόρων που πραγματοποιούν στη Γαλλία δύο τουλάχιστον από τις επιχειρήσεις ή ομάδες φυσικών ή νομικών προσώπων υπερβαίνει τα 50 εκατομμύρια ευρώ·

- η πράξη δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του κανονισμού (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων. [...]»

10 Το άρθρο L.430-9 του code de commerce (εμπορικού κώδικα) ορίζει τα εξής:

«Η Αρχή Ανταγωνισμού μπορεί, σε περίπτωση καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσεως ή καταστάσεως οικονομικής εξαρτήσεως, να διατάξει, με αιτιολογημένη απόφαση, την οικεία επιχείρηση ή όμιλο επιχειρήσεων να τροποποιήσει, να συμπληρώσει ή να καταγγείλει, εντός ορισμένης προθεσμίας, όλες τις συμφωνίες και τις πράξεις με τις οποίες πραγματοποιήθηκε η συγκέντρωση της οικονομικής ισχύος που κατέστησε δυνατές τις καταχρήσεις,

ακόμη και αν οι πράξεις αυτές αποτέλεσαν αντικείμενο της διαδικασίας που προβλέπεται στον παρόντα τίτλο».

- 11 Οι κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με τον έλεγχο των συγκεντρώσεων που δημοσίευσε η Αρχή Ανταγωνισμού, όπως ίσχυαν το 2013, διευκρινίζουν στο σημείο 314, το οποίο αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου L.430-9 του εμπορικού κώδικα, ότι:

«Το άρθρο αυτό εφαρμόζεται σε κάθε κατάχρηση η οποία κατέστη δυνατή με πράξη συγκεντρώσεως, ανεξάρτητα από το αν η πράξη έχει αποτελέσει αντικείμενο διαδικασίας εγκρίσεως ενώπιον της Αρχής Ανταγωνισμού ή, προηγουμένως, του Υπουργού».

### III. Τα πραγματικά περιστατικά και το ιστορικό της διαφοράς

- 12 Με επενδυτικό πρωτόκολλο που συνήφθη στις 23 Ιουνίου 2016, τροποποιηθέν με τροποποιητική πράξη της 30ής Ιουνίου 2016, η εταιρία TDF Infrastructure προέβη σε εξαγορά του συνόλου των μετοχών της ανταγωνίστριας εταιρίας Itas SAS, επικεφαλής εταιρίας του ομίλου, και ανέλαβε τον αποκλειστικό έλεγχο. Κατόπιν τούτου, παραμένουν στη σχετική αγορά της Γαλλίας μόνον δύο πάροχοι υπηρεσιών: η TDF και η TowerCast.
- 13 Η πράξη εξαγοράς της Itas, η οποία βρίσκεται κάτω από τα κατώτατα όρια που προβλέπονται στα άρθρα 1 του κανονισμού 139/2004 και L-430-2 του εμπορικού κώδικα, δεν οδήγησε σε διαδικασία προηγούμενου ελέγχου των συγκεντρώσεων ούτε στην εφαρμογή της διαδικασίας παραπομπής στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή που προβλέπεται από το άρθρο 22 του κανονισμού 139/2004.
- 14 Με έγγραφο που έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου στις 15 Νοεμβρίου 2017, η TowerCast υπέβαλε καταγγελία ενώπιον της Autorité de la concurrence (Αρχής Ανταγωνισμού, στο εξής: Αρχή), με την οποία υποστηρίζει ότι η απόκτηση του ελέγχου της εταιρίας Itas από την εταιρία TDF, στις 13 Οκτωβρίου 2016, συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, καθόσον παρακωλύει τον ανταγωνισμό στις προηγούμενου και επόμενου σταδίου αγορές υπηρεσιών χονδρικής ως προς τη μετάδοση επίγειας ψηφιακής τηλεόρασης (στο εξής: ΕΨΤ), ενισχύοντας σημαντικά τη δεσπόζουσα θέση της TDF στις εν λόγω αγορές.
- 15 Στις 25 Ιουνίου 2018, εστάλη κοινοποίηση αιτιάσεων στις εταιρίες του ομίλου TDF (TDF infrastructure, TDF infrastructure Holding, Tivana France Holdings, Tivana Midco, Tivana Topco), με τις οποίες τους προσαπτόταν ότι «στις 13 Οκτωβρίου 2016, ως αποτελούσες μία και μόνη επιχείρηση κατά την έννοια του δικαίου του ανταγωνισμού, καταχράστηκαν τη δεσπόζουσα θέση που κατείχε η επιχείρηση αυτή στην επόμενου σταδίου αγορά υπηρεσιών χονδρικής ως προς τη μετάδοση της ΕΨΤ, αναλαμβάνοντας τον αποκλειστικό έλεγχο του ομίλου Itas», δεδομένου ότι η συγκεκριμένη πρακτική ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα να παρεμποδίσει, να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό στην αγορά υπηρεσιών χονδρικής προηγούμενου και επόμενου σταδίου σχετικά με τη



μετάδοση της ΕΨΤ, πρακτική η οποία απαγορεύεται δυνάμει του άρθρου L.420-2 του εμπορικού κώδικα και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

- 16 Με την απόφαση αριθ. 20-D-01 της 16ης Ιανουαρίου 2020 (στο εξής: προσβαλλόμενη απόφαση), η Αρχή δέχθηκε ότι δεν στοιχειοθετούνταν η πρακτική καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως που προσαπτόταν στις εταιρίες του ομίλου TDF και ότι, ως εκ τούτου, δεν συνέτρεχε λόγος συνέχισης της διαδικασίας.
- 17 Η TowerCast άσκησε προσφυγή κατά της αποφάσεως αυτής και ζητεί την ακύρωσή της. Οι εταιρίες του ομίλου TDF ζητούν από το Cour d'appel de Paris (εφετείο Παρισίων, Γαλλία) να επικυρώσει την απόφαση αυτή ως προς όλα τα σημεία και να απορρίψει την προσφυγή της TowerCast. Η Αρχή, ο Υπουργός Οικονομίας και η εισαγγελική αρχή, συμμεριζόμενοι την ανάλυση της προσβαλλόμενης αποφάσεως, ζητούν επίσης από το αιτούν δικαστήριο να απορρίψει την προσφυγή.

#### **IV. Επιχειρήματα των διαδίκων**

##### **A. Αρχή Ανταγωνισμού**

- 18 Με την προσβαλλόμενη απόφαση, όπως και ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, η Αρχή υποστηρίζει ότι η έκδοση των κανονισμών 4064/89 και 139/2004 χάραξε σαφή διαχωριστική γραμμή μεταξύ του ελέγχου των συγκεντρώσεων και του ελέγχου των αντανταγωνιστικών πρακτικών και ότι η θέσπιση ειδικού καθεστώτος ελέγχου των συγκεντρώσεων σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης κατέστησε de facto άνευ αντικειμένου την εφαρμογή της νομολογίας «Continental Can» που είχε διαμορφωθεί όταν δεν υφίστατο ευρωπαϊκό σύστημα ελέγχου των συγκεντρώσεων.
- 19 Η Αρχή φρονεί, κατ' ουσίαν, ότι, κατόπιν της ενάρξεως ισχύος του κανονισμού 4064/89, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ εξακολουθεί μεν να εφαρμόζεται σε καταχρηστικές συμπεριφορές που αποτελούν διακριτή πράξη από την ίδια τη συγκέντρωση, πλην όμως η εφαρμογή του άρθρου στη διαρθρωτική πράξη συγκεντρώσεως, κατά την έννοια του κανονισμού 139/2004, μολονότι δεν αποκλείεται ρητώς από τον εν λόγω κανονισμό, στερείται πλέον αντικειμένου.
- 20 Επισημαίνει επίσης ότι το άρθρο 3 του κανονισμού 139/2004, όπως και το άρθρο 3 του προγενέστερου κανονισμού 4064/89, ορίζει την πράξη συγκεντρώσεως με βάση ένα ουσιαστικό κριτήριο και όχι αναφορικά με τα κατώτατα όρια που ορίζονται στο άρθρο 1 του κανονισμού. Εξ αυτού η Αρχή συνάγει ότι ο κανονισμός 139/2004 εφαρμόζεται κατ' αποκλειστικότητα στις συγκεντρώσεις, όπως ορίζονται στο προαναφερθέν άρθρο 3, και καθιστά άνευ αντικειμένου την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε πράξη συγκεντρώσεως, ελλείψει διακριτής συμπεριφοράς της οικείας επιχειρήσεως κατόπιν της εν λόγω πράξεως συγκεντρώσεως.

- 21 Η Αρχή υιοθετεί την ίδια ανάλυση αναφορικά με την εφαρμογή του εθνικού δικαίου, που αντιστοιχεί στο άρθρο L.420-2 του εμπορικού κώδικα, λαμβάνοντας υπόψη τις διαδικασίες που αφορούν τις ανταγωνιστικές πρακτικές και τη διαδικασία που αφορά τον έλεγχο των διαφόρων και ασυμβίβαστων μεταξύ τους συγκεντρώσεων.

### ***B. TowerCast***

- 22 Με την προσφυγή της, η TowerCast αμφισβητεί την ως άνω ερμηνεία των κειμένων. Η TowerCast επικαλείται κυρίως τον επιδιωκόμενο από τη Συνθήκη ΕΟΚ σκοπό, ο οποίος συνίσταται στη θέσπιση καθεστώτος το οποίο διασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό εντός της κοινής αγοράς, και παραπέμπει στις αρχές που διατυπώθηκαν στην προαναφερθείσα υπόθεση «Continental Can», οι οποίες θεωρεί ότι εξακολουθούν να έχουν σημασία. Η TowerCast επισημαίνει ότι οι αρχές αυτές υπομνήσθηκαν σε πολλές μεταγενέστερες υποθέσεις (αποφάσεις της 21ης Σεπτεμβρίου 2005, EDP κατά Επιτροπής, T-87/05, EU:T:2005:333, σκέψεις 46 και 47, και της 14ης Δεκεμβρίου 2005, General Electric κατά Επιτροπής, T-210/01, EU:T:2005:456, σκέψη 86) και προσκομίζει νομική γνωμοδότηση προς στήριξη του ισχυρισμού ότι οι αρχές και τα δικαστήρια των κρατών μελών εξακολουθούν ως επί το πλείστον να εφαρμόζουν τη νομολογία «Continental Can».
- 23 Επικαλείται επίσης το άμεσο αποτέλεσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και ζητεί, όσον αφορά τις πράξεις που βρίσκονται κάτω από τα κατώτατα όρια, τη διεξαγωγή εκ των υστέρων ελέγχου συμβατότητας προς το εν λόγω άρθρο.
- 24 Επισημαίνει ότι οι κανονισμοί 139/2004 και 1/2003 δεν δύνανται μεν να εφαρμοστούν από κοινού στην ίδια υπόθεση, πλην όμως ο κανονισμός 139/2004 εφαρμόζεται κατ' αποκλειστικότητα μόνο στις συγκεντρώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του, ήτοι σε συγκεντρώσεις με κοινοτική διάσταση ή σε συγκεντρώσεις οι οποίες παραπέμπονται στην Επιτροπή από τις εθνικές αρχές ανταγωνισμού ή από τα διάδικα μέρη.
- 25 Προς απάντηση στα υπόλοιπα μέρη, η TowerCast ισχυρίζεται ότι ο έλεγχος που περιορίζεται στις δυνάμενες να διαχωριστούν πράξεις συγκεντρώσεως οι οποίες συνιστούν κατάχρηση δεν καθιστά δυνατή την κατανόηση των πράξεων συγκεντρώσεως που παρακωλύουν σημαντικά τον ανταγωνισμό ενισχύοντας ουσιαδώς τη δεσπόζουσα θέση της αγοράστριας εταιρίας και προσθέτει ότι το σύστημα παραπομπής που προβλέπεται από το άρθρο 22 του κανονισμού 139/2004 δεν επαρκεί για τη διασφάλιση ικανοποιητικού ελέγχου, δεδομένου ότι ο έλεγχος αυτός είναι προαιρετικός και η έναρξη της διεξαγωγής του επαφίεται αποκλειστικά στα κράτη μέλη. Υπενθυμίζει επίσης ότι, μέχρι πρόσφατα, η Επιτροπή δεν επιθυμούσε να εξετάσει τις πράξεις συγκεντρώσεως που βρίσκονταν κάτω από τα κατώτατα εθνικά όρια ελέγχου.



### ***Γ. Οι λοιποί διάδικοι***

- 26 Ο Υπουργός Οικονομίας συμφωνεί με την ανάλυση της Αρχής. Οι παρεμβαίνουσες εταιρίες του ομίλου TDF συμφωνούν επίσης με τη συγκεκριμένη ανάλυση. Οι παρεμβαίνουσες εταιρίες επισημαίνουν, εξάλλου, ότι το Δικαστήριο, στην απόφαση Austria Asphalt της 7ης Σεπτεμβρίου 2017 (C-248/16, EU:C:2017:643, σκέψεις 30 έως 33), έκρινε ότι τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ δεν έχουν εφαρμογή σε καμία πράξη ελέγχου που μπορεί να χαρακτηριστεί ως συγκέντρωση κατά την έννοια του άρθρου 3 του κανονισμού 139/2004, ανεξαρτήτως της υπερβάσεως των κατώτατων ορίων. Τέλος, εμμένουν στο επιχείρημα περί ανασφάλειας δικαίου που θα συνεπαγόταν η εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε πράξεις συγκεντρώσεως όπως η συγκεκριμένη στην υπό κρίση υπόθεση, καθόσον θα καθίστατο δυνατή η αμφισβήτησή τους πολλά έτη μετά την πραγματοποίησή τους, πέραν του κινδύνου αποκλίσεως που απορρέει από τη ραγδαία αύξηση των ένδικων διαφορών σχετικά με τον έλεγχο των συγκεντρώσεων.

### **V. Ανάλυση του αιτούντος δικαστηρίου**

- 27 Στην επονομαζόμενη απόφαση «Continental Can» (απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, Euroemballage και Continental Can κατά Επιτροπής, 6/72, EU:C:1973:22), το Δικαστήριο δέχτηκε ότι, «[ε]λλείπει ρητών διατάξεων, δεν θα μπορούσε να υποθεθεί ότι η Συνθήκη, η οποία με το άρθρο [85] απαγορεύει ορισμένες αποφάσεις απλών ενώσεων επιχειρήσεων που νοθεύουν τον ανταγωνισμό χωρίς να τον καταργούν, θεωρεί εντούτοις στο άρθρο 86 νόμιμο να μπορούν οι επιχειρήσεις, αφού πραγματοποιήσουν μια οργανική ενότητα, να επιτύχουν δεσπόζουσα ισχύ τέτοια, ώστε να αποκλείεται στην πράξη κάθε σοβαρή δυνατότητα ανταγωνισμού.» Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι «[μ]πορεί, επομένως, να αποτελέσει κατάχρηση εκ μέρους μιας επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση το γεγονός της ενισχύσεως αυτής της θέσεως σε σημείο τέτοιο, ώστε ο βαθμός επικρατήσεως που επιτυγχάνεται έτσι να εμποδίζει ουσιαδώς τον ανταγωνισμό, δηλαδή να επιτρέπει τη διατήρηση μόνο των επιχειρήσεων που εξαρτώνται, ως προς την συμπεριφορά τους, από τη δεσπόζουσα επιχείρηση».
- 28 Η συγκεκριμένη νομολογία συνήθως ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι δέχεται ότι η ενίσχυση δεσπόζουσας θέσεως μέσω εξωτερικής αναπτύξεως, η οποία ενέχει τον κίνδυνο αποκλεισμού κάθε σοβαρής πιθανότητας ανταγωνισμού, δεν δύναται, λαμβανομένων υπόψη των επιδιωκόμενων σκοπών, να εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (πρώην άρθρο 86 της Συνθήκης ΕΟΚ), το οποίο συνιστά διάταξη πρωτογενούς δικαίου με άμεσο αποτέλεσμα.
- 29 Η ως άνω απόφαση εκδόθηκε, όμως, ενόσω δεν υφίστατο στο ευρωπαϊκό δίκαιο κανένας μηχανισμός ελέγχου των συγκεντρώσεων. Η Ένωση εν τω μεταξύ απέκτησε διατάξεις οι οποίες εφαρμόζονται σε συγκεντρώσεις που ενδέχεται να

παρακωλύσουν σημαντικά τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στην κοινή αγορά ή σε μεγάλο τμήμα της.

- 30 Πρέπει να σημειωθεί ότι, προκειμένου να αποφευχθεί η διπλή ανάλυση, εκ των προτέρων και εκ των υστέρων, των πράξεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους, οι μετέπειτα κανονισμοί σχετικά με τον έλεγχο των συγκεντρώσεων προέβλεψαν ότι στις πράξεις συγκεντρώσεως με «κοινοτική» διάσταση, που αποτελούν αντικείμενο εκ των προτέρων ελέγχου, δεν δύνανται επιπλέον να εφαρμοστούν οι διατάξεις των κανονισμών (κανονισμοί αριθ. 17 και μετέπειτα 1/2003) σχετικά με την εφαρμογή των άρθρων που απαγορεύουν τις αντιανταγωνιστικές πρακτικές (άρθρα 85 και 86 ΣΕΚ, νυν 101 και 102 ΣΛΕΕ).
- 31 Εξάλλου, το άρθρο 3 του κανονισμού 139/2004 παρέχει έναν ουσιαστικό ορισμό της έννοιας της συγκεντρώσεως, χωρίς αναφορά στα μνημονευόμενα στο άρθρο 1 κατώτατα όρια τα οποία καθιστούν δυνατό τον ορισμό της συγκεντρώσεως με κοινοτική διάσταση. Επομένως, φαίνεται ότι ο αποκλεισμός που προβλέπεται στο άρθρο 21 δύναται να εφαρμοστεί σε κάθε πράξη η οποία εμπίπτει στον ορισμό του άρθρου 3, χωρίς να έχει σημασία αν η εν λόγω πράξη υπολείπεται των κατώτατων ορίων υποχρεωτικού ελέγχου.
- 32 Ωστόσο, η αιτιολογική σκέψη 7 του κανονισμού 139/2004 διευκρινίζει ότι «[τ]α άρθρα 81 και 82, αν και δυνάμει της νομολογίας του Δικαστηρίου έχουν εφαρμογή σε ορισμένες συγκεντρώσεις, δεν επαρκούν για τον έλεγχο όλων των συγκεντρώσεων που ενδέχεται να αποδειχθούν ασυμβίβαστες με το σύστημα ανόθευτου ανταγωνισμού που επιδιώκει η συνθήκη [...]» και, επομένως, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται αν η ερμηνεία που έχει δοθεί από τη νομολογία «Continental Can» εξακολουθεί να έχει εφαρμογή σε μια πράξη όπως η επίμαχη, η οποία αναμφισβήτητα εμπίπτει στον ορισμό που περιέχεται στο προαναφερθέν άρθρο 3 και της οποίας οι συνέπειες στον ανταγωνισμό δεν υπεβλήθησαν σε εκ των προτέρων έλεγχο.
- 33 Η πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου δεν φαίνεται να έχει λάβει θέση επί του ζητήματος εάν η εξαίρεση που προβλέπει το άρθρο 21 του κανονισμού 139/2004 εφαρμόζεται και σε τέτοιες πράξεις συγκεντρώσεως που δεν έχουν αποτελέσει αντικείμενο εκ των προτέρων ελέγχου.
- 34 Με την προπαρατεθείσα απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2017 στην υπόθεση C-248/16, Austria Asphalt, το Δικαστήριο υπενθύμισε τα εξής:

« 31. [...] ο εν λόγω κανονισμός [...] αποτελεί τμήμα πλέγματος νομοθετικών κανόνων το οποίο σκοπό έχει να εφαρμόσει τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ, καθώς και να θεσπίσει σύστημα ελέγχου το οποίο να διασφαλίζει τον ανόθευτο ανταγωνισμό στην εσωτερική αγορά της Ένωσης.

32. Ο κανονισμός 139/2004, όπως προκύπτει από το άρθρο του 21, παράγραφος 1, είναι ο μόνος που εφαρμόζεται στις συγκεντρώσεις όπως ορίζονται στο άρθρο του 3, για τις οποίες ο κανονισμός 1/2003 δεν τυγχάνει καταρχήν εφαρμογής [υπογράμμιση από το αιτούν δικαστήριο].

33. Αντιθέτως, ο κανονισμός 1/2003 έχει εφαρμογή στη συμπεριφορά επιχειρήσεων η οποία, χωρίς να αποτελεί συγκέντρωση κατά την έννοια του κανονισμού 139/2004, μπορεί όμως να καταλήξει σε μεταξύ τους συντονισμό αντίθετο προς το άρθρο 101 ΣΛΕΕ και η οποία, εξ αυτού του λόγου, υπόκειται στον έλεγχο της Επιτροπής ή των εθνικών αρχών ανταγωνισμού».
35. Ωστόσο, φαίνεται ότι το Δικαστήριο δεν διευκρίνισε τις εξαιρέσεις που θα μπορούσαν να εφαρμοστούν στην αρχή που διατυπώθηκε στη σκέψη 32 της απόφασης ούτε αποφάνθηκε επί του ζητήματος αν η ερμηνεία που έγινε δεκτή με την απόφαση «Continental Can» μπορεί ακόμη να τύχει εφαρμογής, ειδικότερα δε στις συγκεντρώσεις που δεν υπερβαίνουν τα κατώτατα όρια υποχρεωτικού ελέγχου, οι οποίες δεν αποτέλεσαν αντικείμενο καμίας αναλύσεως στο πλαίσιο υποχρεωτικού εκ των προτέρων ελέγχου ούτε αιτήσεως παραπομπής στην Επιτροπή κατ' εφαρμογήν του άρθρου 22 του κανονισμού 139/2004.
36. Λαμβανομένου υπόψη του άμεσου αποτελέσματος που προσδίδεται στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ και του περιεχομένου που δύναται να αποδοθεί στις διατάξεις που διέπουν τις πράξεις συγκεντρώσεως (άρθρο 21, παράγραφος 1, του κανονισμού 139/2004), το αιτούν δικαστήριο έχει αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία που πρέπει να δοθεί στις τελευταίες αυτές διατάξεις, όσον αφορά την αδυναμία «κατ' αρχήν» αυτοτελούς εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού που απορρέουν από το προαναφερθέν πρωτογενές δίκαιο σε μια πράξη η οποία, όπως εν προκειμένω:
- ενδέχεται να εμπίπτει στον ορισμό του άρθρου 3 του κανονισμού 139/2004·
  - δεν έχει αποτελέσει αντικείμενο προληπτικού ελέγχου, τόσο βάσει του ευρωπαϊκού δικαίου όσο και βάσει του εφαρμοστέου στις πράξεις συγκεντρώσεως εθνικού δικαίου· και
  - κατά συνέπεια δεν δημιουργεί κατ' ουδένα τρόπο κίνδυνο σωρευτικής εφαρμογής των κανονισμών 139/2004 και 1/2003 ή αντίφασης που να προκύπτει από τη διεξαγωγή διπλής ανάλυσης εκ των προτέρων και εκ των υστέρων.
37. Η ως άνω δυσχέρεια ερμηνείας επιβεβαιώνεται από την εξέταση των εθνικών αποφάσεων τις οποίες επικαλούνται οι διάδικοι και από τις οποίες προκύπτει ανομοιογενής εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης.

## **VI. Λόγοι της παραπομπής**

38. Εφόσον το Δικαστήριο φαίνεται ότι δεν έχει ήδη αποφανθεί επί του επίμαχου στην υπό κρίση υπόθεση νομικού ζητήματος, κρίνεται αναγκαίο, λαμβανομένων υπόψη των ερμηνευτικών αποκλίσεων που επισημάνθηκαν και με σκοπό την ομοιόμορφη ερμηνεία και εφαρμογή του εν λόγω δικαίου εντός της Ένωσης, να υποβληθεί προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο.

## **VII. Το προδικαστικό ερώτημα**

- 39 Το Cour d'appel de Paris (εφετείο Παρισίων, Γαλλία) υποβάλλει στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Έχει το άρθρο 21, παράγραφος 1, του κανονισμού (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων, την έννοια ότι δεν επιτρέπει να εξετάζεται από εθνική αρχή ανταγωνισμού ως συνιστώσα κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως απαγορευόμενη από το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, λαμβανομένης υπόψη της διαρθρώσεως του ανταγωνισμού σε αγορά με εθνική διάσταση, μια πράξη συγκεντρώσεως η οποία δεν έχει κοινοτική διάσταση κατά την έννοια του άρθρου 1 του προαναφερθέντος κανονισμού, βρίσκεται κάτω από τα κατώτατα όρια υποχρεωτικού εκ των προτέρων ελέγχου που προβλέπονται από το εθνικό δίκαιο και δεν οδήγησε σε παραπομπή στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατ' εφαρμογήν του άρθρου 22 του εν λόγω κανονισμού;»